

UNIVERSIDAD DE VALENCIA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO MERCANTIL



LA DECLARACIÓN DE LOS RIESGOS
EN LOS CONTRATOS DE SEGUROS

**Estudio de los ordenamientos jurídicos español,
uruguayo y argentino**

Tesis doctoral presentada por *Dña. Virginia Susana Bado Cardozo*

Director de Tesis:

Prof. Dr. Antonio Sotillo Martí

Profesor Titular de la Universidad de Valencia

Valencia, 2014

SUMARIO

Abreviaturas	19
Introducción	23
Metodología	29

PRIMERA PARTE: CONCEPTO, FUNDAMENTO Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DECLARACIÓN DE LOS RIESGOS.....	33
---	-----------

<i>Capítulo primero: Concepto y significado del riesgo en el seguro.....</i>	<i>36</i>
--	-----------

I. Concepto de riesgo.....	36
A. <i>Perspectivas del riesgo.....</i>	38
B. <i>Riesgo y alea.....</i>	39
C. <i>Nuestra posición.....</i>	41

II. El riesgo como elemento esencial del contrato de seguro	43
A. <i>El riesgo como objeto del contrato</i>	45
B. <i>El riesgo como causa del contrato</i>	46
1. <i>Teoría de la necesidad</i>	49
2. <i>Teoría de la traslación del riesgo.....</i>	52
3. <i>Teoría de la causa compleja</i>	52
C. <i>Nuestra posición.....</i>	54

<i>Capítulo segundo: Principios económicos de la declaración de los riesgos.....</i>	<i>55</i>
--	-----------

I. Relación entre el riesgo y la prima.....	56
A. <i>Selección del riesgo.....</i>	58
1. <i>Homogeneización cualitativa y cuantitativa</i>	58

2. Diversificación del riesgo	60
<i>B. Cuantificación del riesgo</i>	<i>60</i>
1. La regla de la probabilidad.....	61
2. Las reservas matemáticas.....	62
II. Determinación del riesgo	65
<i>A. El riesgo asegurable.....</i>	<i>67</i>
<i>B. Cláusulas delimitadoras del riesgo.....</i>	<i>68</i>
<i>C. Las cláusulas de exclusión de cobertura</i>	<i>72</i>
<i>D. El abuso del derecho de exclusión.....</i>	<i>76</i>
<i>Capítulo tercero: Principios y caracteres jurídicos de la declaración de los riesgos.....</i>	<i>79</i>
I. Principio de buena fe	80
<i>A. La buena fe en el seguro</i>	<i>82</i>
1. La buena fe como límite del propio derecho.....	85
2. La buena fe como amortiguador de la desigualdad negocial	88
<i>B. La transgresión de la buena fe.....</i>	<i>97</i>
1. Preceptos legales y apreciación doctrinaria	97
2. La mala fe en el seguro	99
II. Caracteres jurídicos de la declaración de los riesgos	101
<i>A. Posiciones de la doctrina</i>	<i>101</i>
1. Tesis de la obligación legal	101
2. Tesis de la carga	103
3. Tesis de la declaración de conocimiento.....	104
4. Tesis de la declaración de voluntad	105

<i>B. Nuestra posición.....</i>	<i>105</i>
Capítulo cuarto: Régimen de la declaración de los riesgos	106
I. Momento de declaración del riesgo	107
<i>A. Declaraciones anteriores a la celebración del contrato.....</i>	<i>107</i>
1. Distinción entre la solicitud y la proposición de seguro	108
2. Composición de la propuesta de seguro	111
3. La propuesta de seguro y las condiciones generales de la contratación en el Derecho español	112
<i>B. Declaraciones posteriores a la celebración del contrato.....</i>	<i>114</i>
1. Agravación del riesgo.....	115
2. Disminución del riesgo.....	123
<i>C. Nuestra posición.....</i>	<i>125</i>
II. Sujetos participantes en el acto de declaración de los riesgos	127
<i>A. Asegurador</i>	<i>127</i>
<i>B. Solicitante, tomador y asegurado.....</i>	<i>130</i>
<i>C. Nuestra posición.....</i>	<i>133</i>
III. Contenido de la declaración de los riesgos.....	134
<i>A. Seguros de personas</i>	<i>135</i>
1. Aspectos relevantes sobre la persona del asegurado	135
2. Los problemas que plantea el conocimiento del genoma humano	137
3. El deber de reserva del asegurador y el tratamiento de los datos de carácter personal	162

4. El principio de no discriminación	167
<i>B. Seguros de daños.....</i>	<i>168</i>
1. Elementos subjetivos.....	169
2. Elementos objetivos	170
<i>C. Seguros multirriesgo de daños.....</i>	<i>170</i>
1. Información sobre el continente del inmueble	173
2. Información sobre el contenido del inmueble.....	175
3. Información sobre el asegurado	177

IV. Otros deberes legales de información relacionados con el riesgo178

<i>A. Seguro múltiple</i>	<i>178</i>
1. Fundamento del deber de comunicar la existencia de otros seguros.....	180
2. Procedimiento	182
3. Consecuencias del incumplimiento del deber de declaración de otros seguros	184
<i>B. Seguro de accidentes.....</i>	<i>186</i>
1. Fundamento del deber de comunicar la existencia de otros seguros de accidentes	187
2. Procedimiento, contenido y sujeto encargado de la declaración de los otros seguros.....	187
3. Consecuencias del incumplimiento del deber de declaración de otros seguros de accidentes.....	189
<i>C. Seguro de enfermedad y de asistencia sanitaria.....</i>	<i>190</i>

Capítulo quinto: Formas de declaración de los riesgos191

I. La declaración espontánea y la guiada191

<i>A. Espontánea.....</i>	<i>191</i>
1. Ventajas.....	192

2. Inconvenientes.....	193
<i>B. Guiada</i>	<i>193</i>
1. Estado de la cuestión sobre la declaración del riesgo mediante cuestionarios	195
2. La confección de los cuestionarios y la legislación protectora de los derechos de los consumidores y usuarios.....	196
3. Los cuestionarios y la contratación a distancia del seguro	202
II. Valoración de los cuestionarios	204
<i>A. El cuestionario como límite de la declaración del riesgo.....</i>	<i>204</i>
<i>B. El cuestionario como guía de la declaración del riesgo.....</i>	<i>206</i>
<i>C. Consecuencias de su errónea utilización.....</i>	<i>209</i>
1. Cumplimiento por los mediadores o empleados del asegurador	211
2. Faltas de diligencia en el procedimiento	213
SEGUNDA PARTE: LOS PROBLEMAS EN LA DECLARACIÓN DE LOS RIESGOS.....	215
<i>Capítulo primero: La reticencia</i>	<i>217</i>
I. Concepto	219
<i>A. Categorías</i>	<i>219</i>
<i>B. Diferencia con otros conceptos.....</i>	<i>221</i>
1. Inexactitud.....	222
2. Declaración falsa	224
II. El silencio	225

A. Interpretación del silencio	225
1. El silencio como ausencia de compromiso	227
2. El silencio como manifestación de voluntad.....	227
3. El silencio como conducta ilícita	229
B. Consecuencias jurídicas del silencio	230
1. Asunción del riesgo.....	230
2. Nulidad.....	231
3. Anulabilidad.....	231
C. Nuestra posición	232
III. Momento de apreciación de la reticencia	233
A. Antes de la celebración del contrato.....	233
B. Durante la vigencia del contrato	234
IV. Requisitos de las circunstancias omitidas.....	235
A. Requisitos comunes	235
1. Relevancia	235
2. Conocimiento	241
3. Nuestra posición.....	251
B. Requisitos particulares.....	254
1. Relación de causalidad con el siniestro.....	254
2. Juicio de peritos	259
3. Nuestra posición.....	265
Capítulo segundo: La aplicación de la teoría de los	
vicios del consentimiento al contrato de seguros	268
I. Dolo	271
A. Posiciones de la doctrina	271
B. Condiciones de alegabilidad.....	273

C. Crítica.....	274
II. Error.....	277
A. Exposición teórica.....	277
B. Condiciones de alegabilidad.....	279
C. Consecuencias.....	281
D. Crítica.....	281
III. Relación entre el dolo y el error.....	282
<i>Capítulo tercero: Efectos de las declaraciones inexactas, falsas y reticentes.....</i>	285
I. Consecuencias en el contrato de seguro.....	286
A. Legislaciones basadas en la nulidad del contrato.....	286
1. Código de Comercio uruguayo, Ley de Seguros argentina y Marine Insurance Act de 1906.....	286
2. Valoración de la conducta del tomador.....	288
B. Legislaciones basadas en la rescisión o en la resolución del contrato.....	289
1. Ley de Contrato de Seguro española.....	289
2. Códice Civile.....	290
3. Ley de Seguros belga.....	290
4. Code des assurances.....	291
C. Alcance de los efectos.....	292
1. Sistemas que no permiten la conservación del contrato.....	292
2. Sistemas que permiten la conservación del contrato.....	300
3. Reticencia y exclusión.....	302
D. El supuesto del seguro multirriesgos.....	303

1. Consecuencias de la declaración reticente o inexacta que afecta a uno de los riesgos cubiertos	304
2. Nuestra opinión	308
II. Consecuencias penales	310
A. <i>Tipificación del delito de estafa</i>	315
1. Elementos objetivos	315
2. Elementos subjetivos.....	319
B. <i>Bien jurídico protegido en el delito de estafa</i>	320
1. Principio general	320
2. El patrimonio del asegurador como bien jurídico protegido	320
3. Nuestra opinión	321
C. <i>El engaño al asegurador</i>	322
1. La falsedad en la declaración de los riesgos como ilícito penal.....	325
2. La reticencia como ilícito penal	328
3. Nuestra opinión	329
 <i>Capítulo cuarto: La cláusula de incontestabilidad como solución para las reticencias e inexactitudes.....</i>	331
I. Consideraciones generales	333
A. <i>Concepto</i>	333
B. <i>Categorías de cláusulas</i>	333
1. Absolutas.....	333
2. Relativas.....	334
II. Régimen jurídico	334
A. <i>Plazo</i>	334
1. Extensión.....	335

2. Cómputo	335
<i>B. Límites</i>	<i>336</i>
1. Inexistencia de dolo.....	337
2. La declaración de la edad	337
III. Problemas jurídicos.....	338
<i>A. Naturaleza jurídica.....</i>	<i>338</i>
1. Renuncia al plazo legal de prescripción del derecho de rescisión del contrato	338
2. Renuncia al plazo legal de caducidad	339
3. Renuncia a los efectos de la reticencia o inexactitud	340
<i>B. Seguros que admiten la cláusula.....</i>	<i>340</i>
<i>C. Licitud.....</i>	<i>342</i>
TERCERA PARTE: LA DECLARACIÓN DE LOS RIESGOS EN ALGUNOS CONTRATOS DE SEGUROS	345
<i>Capítulo primero: Seguros de daños en las cosas.....</i>	<i>349</i>
I. Seguro de incendio.....	349
<i>A. El riesgo y su concreción en el seguro de incendio</i>	<i>349</i>
1. Delimitación del riesgo	350
2. Particularidades del siniestro.....	353
<i>B. Declaraciones del riesgo específicas del seguro de incendio.....</i>	<i>355</i>
1. Declaraciones anteriores a la celebración del contrato.....	356
2. Declaraciones durante la vigencia del contrato.....	364
II. Seguro de robo.....	370
<i>A. El riesgo de robo</i>	<i>370</i>

1. Alcance de la cobertura.....	370
2. Alcance de la indemnización	374
<i>B. Declaraciones del riesgo específicas del seguro de robo.....</i>	<i>375</i>
1. Declaraciones del riesgo anteriores a la celebración del contrato.....	375
2. Declaraciones del riesgo durante la vigencia del contrato.....	383
III. Seguro de transporte terrestre	385
<i>A. El riesgo y el alcance de la cobertura en el seguro de transporte.....</i>	<i>386</i>
1. Riesgos excluidos.....	388
2. Mercaderías excluidas.....	392
<i>B. Declaraciones del riesgo anteriores a la celebración del contrato.....</i>	<i>393</i>
1. Interés asegurable sobre las mercaderías transportadas y otros datos relevantes.....	394
2. Individualización de los objetos.....	397
3. Vehículo, conductor e itinerario.....	400
<i>C. Declaraciones del riesgo durante la vigencia del contrato.....</i>	<i>401</i>
1. Modificaciones en el medio de transporte	402
2. Modificaciones en la ejecución del contrato de transporte.....	403
<i>Capítulo segundo: Seguros de daños en el patrimonio</i>	<i>404</i>
I. El seguro de crédito	406
<i>A. Las dificultades actuariales en el seguro de crédito.....</i>	<i>406</i>
<i>B. El riesgo en el seguro de crédito y su delimitación</i>	<i>408</i>

1. La determinación del riesgo	409
2. Exclusiones de cobertura.....	412
<i>C. Declaración del riesgo en el seguro de crédito</i>	<i>414</i>
1. Declaraciones del riesgo anteriores a la celebración del contrato.....	415
2. Declaraciones del riesgo durante la vigencia del contrato.....	421
II. El seguro de caución	424
<i>A. Particularidades del seguro de caución.....</i>	<i>427</i>
1. El interés asegurable.....	429
2. El principio indemnizatorio.....	429
3. La provocación voluntaria del siniestro	429
<i>B. El riesgo y el siniestro en el seguro de caución</i>	<i>430</i>
1. El riesgo asegurable	430
2. Configuración del siniestro	431
<i>C. Declaraciones propias del seguro de caución.....</i>	<i>431</i>
1. Declaraciones anteriores a la celebración del contrato.....	432
2. Declaraciones del riesgo durante la vigencia del contrato.....	434
III. Seguro de responsabilidad civil.....	435
<i>A. El riesgo en el seguro de responsabilidad civil.....</i>	<i>438</i>
1. Nacimiento de la responsabilidad	439
2. Dificultades para delimitar el riesgo en los seguros de responsabilidad civil.....	440
<i>B. Particularidades de la declaración del riesgo en algunos seguros de responsabilidad civil.....</i>	<i>447</i>
1. Responsabilidad civil medioambiental.....	449

2. Responsabilidad civil profesional	457
3. Seguro de responsabilidad civil de vehículos a motor	479
Capítulo tercero. Seguros marítimos y aéreos	486
<i>A. El riesgo y la garantía asegurativa en el seguro marítimo y aéreo.....</i>	<i>487</i>
1. Principio rector.....	487
2. Alcance de la cobertura en el seguro marítimo y aéreo	488
<i>B. Declaraciones en el seguro marítimo y aéreo</i>	<i>491</i>
1. Aspectos formales y actuariales	491
2. Contenido de la declaración.....	493
<i>C. Consecuencias de las declaraciones reticentes, inexactas y falsas en los contratos de seguro marítimo y aéreo</i>	<i>499</i>
Capítulo cuarto: Seguros de personas	503
I. Seguro de vida	504
<i>A. Declaración del riesgo en la contratación individual del seguro de vida.....</i>	<i>508</i>
1. Forma y contenido del interrogatorio sobre el estado de salud	508
2. Reconocimientos médicos.....	517
3. Edad	521
4. Otros datos relevantes	523
5. Modificaciones en el riesgo	526
<i>B. Declaración del riesgo en los seguros de grupo.....</i>	<i>529</i>
1. Particularidades actuariales y jurídicas derivadas de la forma de contratación.....	532

2. Responsabilidad del tomador por las declaraciones del riesgo de los miembros del grupo.....	534
3. Particularidades de la declaración del estado de salud en los seguros de grupo.....	535
II. Seguro de accidentes	537
<i>A. El riesgo de accidente</i>	538
1. Violencia	539
2. Exterioridad.....	540
<i>B. Declaraciones de riesgo que inciden en la delimitación del riesgo de accidentes</i>	541
1. Actividades de riesgo	541
2. Estado de salud.....	542
3. Consumo de alcohol, drogas o estupefacientes.....	546
4. Existencia de otros seguros de accidentes.....	547
<i>C. Declaraciones durante la vigencia del contrato.....</i>	550
III. Seguro de enfermedad y de asistencia sanitaria	551
<i>A. El riesgo en el seguro de enfermedad</i>	552
<i>B. Declaraciones particulares del seguro de enfermedad.....</i>	553
1. Estado de salud.....	553
2. Existencia de otros seguros	554
3. Edad.....	555
Conclusiones	557
Jurisprudencia consultada y citada.....	583
<i>Jurisprudencia del Tribunal Supremo español.....</i>	583
<i>Jurisprudencia argentina de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y en lo Civil.....</i>	590
<i>Jurisprudencia uruguaya.....</i>	591

Bibliografía consultada y citada.....593

Abreviaturas

AC	Aranzadi Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADCom	Anuario de Derecho Comercial
ADCU	Anuario de Derecho Civil Uruguayo
ADM	Anuario de Derecho Mercantil
AIDA	Asociación Internacional de Derecho de Seguros
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi
AUDEA	Asociación Uruguaya de Aseguradores
BJN	Base de Jurisprudencia Nacional del Poder Judicial (Uruguay)
Cass.	Cassazione
CassCom	Chambre Civile, Section Commerciale, de la Cour de Cassation
CCE	Código Civil español
CCom	Código de Comercio
CCU	Código Civil uruguayo
CEDAM	Casa Editrice Dott. Antonio Milani
CPE	Código Penal español
CPU	Código Penal uruguayo
D.	Recueil Dalloz
DL	Decreto Ley
DT	Disposición transitoria
EDERSA	Editoriales de Derecho Reunidas
FCU	Fundación de Cultura Universitaria
Giur. Comm.	Giurisprudenza Commerciale
Giur. It.	Giurisprudenza Italiana

INFOJUS	Sistema jurídico de información jurídica
JA	Jurisprudencia Argentina
LCGDC	Ley sobre Condiciones Generales de Contratación (España)
LGDCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (España)
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LJU	La Justicia Uruguaya
LL	La Ley (Argentina)
LOE	Ley de Ordenación de la Edificación (España)
LOSSP	Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (España)
RD	Recueil Dalloz
RDC	Revue de droit commercial belge
RDCE	Revista de Derecho Comercial y de la Empresa (Argentina)
RDCO	Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones
RDL	Real Decreto-Ley
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDP	Revista de Derecho Privado
RDS	Revista de Derecho de Seguros (Uruguay)
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
ROJ	Repertorio Oficial de Jurisprudencia del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial.

ROSSP	Reglamento de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado (España)
RTD Com	Revue Trimestrielle de Droit Commercial
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SCC	Sentencia de la Corte de Casación Civil (Francia)
SCCC	Sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial (Argentina)
SCNC	Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Argentina).
SCNCom	Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (Argentina)
SCS	Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina)
SJLC	Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil (Uruguay)
SSCJ	Sentencia de la Suprema Corte de Justicia (Uruguay)
SSCNCom	Sentencias de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (Argentina)
SSTAC	Sentencias del Tribunal de Apelaciones en lo Civil (Uruguay)
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo (España)
STAC	Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil (Uruguay)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo (España)
t.	Turno
TOL	Tirant On Line
TRLOSSP	Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (España)

TSEG	Tiempo de Seguros (Argentina)
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
UTET	Unione Tipografica Editrice Torinese

Introducción

La presente tesis doctoral refiere a uno de los contratos clásicos del Derecho mercantil.

Si bien hemos tomado como punto de referencia la legislación, jurisprudencia y doctrina española, se trata de un estudio de Derecho comparado con las legislaciones, jurisprudencia y doctrina, uruguaya y argentina.

En lo que respecta al régimen jurídico español hemos tenido en cuenta el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro, de 8 de abril de 2011 y el Proyecto de Ley de Navegación Marítima, de 22 de noviembre de 2013, presentados por el Ministerio de Justicia. Es muy probable que el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro se incorpore a la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (Título IX del libro Quinto), de 17 de junio de 2013, texto que, en general, reproduce el Anteproyecto. Cuando la solución del Anteproyecto y de la Propuesta difiera, ello será señalado.

También hemos revisado las soluciones legislativas y las principales doctrinas elaboradas en Francia e Italia. Asimismo, en algún punto específico, hemos considerado el Derecho portugués, belga, inglés y estadounidense.

El haber asesorado a una compañía de seguros nos ha hecho interesarnos por el seguro en tanto fenómeno económico y jurídico. En el transcurso de la investigación observamos que el acto de declaración de los riesgos, tradicionalmente ha sido analizado desde la óptica del principio de la buena fe, a nuestro juicio en una visión un poco alejada de los aspectos económicos de la producción del seguro. Es así como, cuestionado el papel de la buena fe como único principio rector del acto de declaración de los riesgos, proponemos resaltar ciertos aspectos económicos del seguro, fundamentalmente aquellos relacionados con el cálculo de la prima.

El trabajo ha sido dividido en tres partes.

La primera parte introduce al estudio del riesgo y allí nos ocupamos de reseñar las principales doctrinas elaboradas en torno al concepto de riesgo en tanto fenómeno jurídico, así como a desentrañar su naturaleza jurídica. Esta perspectiva se completa con el estudio del principio de buena fe y los caracteres del acto de la declaración del riesgo.

Con una visión distinta, en otro capítulo se analiza la selección, la cuantificación y la determinación de los riesgos como procedimientos técnicos de la ciencia actuarial, procedimientos que permiten la tarificación de la prima de riesgo.

Hemos destinado un capítulo completo al régimen de la declaración de los riesgos, capítulo en el cual tratamos el tema de la oportunidad de la declaración, el sujeto que debe ocuparse de cumplimentar este acto y fundamentalmente cómo debe efectuarse este acto. Respecto a la oportunidad en que deben declararse los riesgos hemos centrado nuestro análisis en aquellas declaraciones que deben realizarse al momento de celebrarse el contrato, de lo que se desprende que el deber de informar la agravación y la disminución del riesgo, que también se encuentran sometidos a la buena fe, ha sido analizado tangencialmente.

Ubicamos el acto de declaración de los riesgos como presupuesto necesario para su delimitación. En este sentido prestamos especial atención a lo que consideramos son los dos aspectos más importantes de este acto: el contenido y la forma.

El contenido de la declaración del riesgo ha sido tratado de forma general en la primera parte del trabajo, oportunidad en la que realizamos un relevamiento de los aspectos fundamentales que preocupan al asegurador en los seguros de personas y en los de daños.

En los seguros de personas nos detuvimos en las derivaciones jurídicas que supone el manejo de los datos personales aportados por el proponente del seguro, el principio de no discriminación y el debatido problema respecto de si los aseguradores tienen el derecho a conocer la información genética de quienes les proponen el seguro y si estos pueden ser obligados

a realizarse pruebas que develen la predisposición a sufrir determinadas enfermedades.

En los seguros de daños estudiamos las dificultades que plantea el seguro multirriesgo debido a la variedad de riesgos que aglomeran, lo que repercute en el acto de su declaración y consecuentemente, en la sanción jurídica en caso de inobservancia.

Luego, por estar relacionado con el riesgo y el cálculo de prima, aunque entendemos que su inobservancia no debe considerarse un caso de reticencia, analizamos otros deberes de información. Nos referimos al deber de declaración de la existencia de otros contratos de seguros, deber que se presenta en los casos de seguros múltiples, en el caso del seguro de accidentes y, por añadidura, en la hipótesis del seguro de enfermedad y de asistencia sanitaria.

Sobre la forma de cumplimentar este deber, el capítulo quinto del trabajo refiere a los distintos métodos utilizados - espontáneo y guiado - e insiste particularmente en la valoración que realiza la doctrina y jurisprudencia española sobre la utilización de los cuestionarios. Allí se analizan las consecuencias jurídicas de la inexistencia, la insuficiencia y de los errores en la aplicación de las fórmulas de declaración del riesgo que el asegurador acostumbra presentar al futuro tomador.

En la segunda parte de esta Tesis doctoral abordamos las consecuencias jurídicas de la declaración reticente, inexacta y falsa del riesgo. Debimos tratar varios aspectos.

En primer lugar, la gran variedad de términos utilizados supuso reseñar la terminología manejada por la ley y la doctrina de modo de precisar su significado. Siguiendo las mejores investigaciones sobre el tema revisamos la interpretación y las consecuencias que se le ha atribuido al silencio, sobre todo cuando se espera recibir una respuesta. Partimos del supuesto de tres grandes bloques de opinión sobre la interpretación del silencio (ausencia de compromiso, manifestación de voluntad y conducta ilícita), silencio al que se le atribuyen ciertas consecuencias (asunción del riesgo, nulidad y anulabilidad).

En segundo lugar, se ha realizado un estudio en profundidad de la reticencia y de sus requisitos estructurales, incluido el juicio de peritos que caracteriza al Derecho uruguayo y al argentino, régimen curioso y no falto de dificultades, cuyo origen hemos rastreado hasta el *Código Commercial portuguez* de 1833.

Hemos analizado especialmente los problemas relacionados con el momento de apreciación de la reticencia y ello en tanto se ha defendido la tesis según la cual existiría la reticencia superviniente. De la misma forma, se han estudiado con detenimiento las condiciones que deben cumplir las circunstancias omitidas para que se configure la reticencia, especialmente cuál es el alcance de la relevancia y del conocimiento que los ordenamientos jurídicos requieren sobre las circunstancias omitidas o declaradas de forma inexacta.

No hemos olvidado, tampoco, la tesis que requiere un nexo causal entre la circunstancia omitida y el siniestro como elemento estructural de la reticencia.

Siguiendo la mejor doctrina, hemos preparado el análisis de las consecuencias jurídicas del incumplimiento del deber de declaración de los riesgos utilizando el recurso de aplicar al seguro la teoría general de los vicios del consentimiento. Nos hemos concentrado en el dolo y en el error, fundamentalmente estudiando sus condiciones de alegabilidad y sus efectos. Ello puso en evidencia las dificultades de aplicación de la Teoría General en materia de vicios y la necesidad de elaboración de teorías alternativas.

Sobre los efectos de la reticencia realizamos una división principal según estos efectos se produzcan en el contrato de seguro o lleguen a la figura criminal.

En lo que refiere a los efectos sobre el contrato de seguro, la disparidad de los ordenamientos jurídicos analizados supuso crear dos categorías de modo de ordenarlos en aquellos que insisten en la nulidad del contrato y aquellos que permiten la resolución y la aplicación de la regla de la equidad. Luego, en otro apartado, separamos las legislaciones que autorizan la

revisión de los términos contractuales, de aquellas que no refieren a esta posibilidad.

El seguro multirriesgos requirió un apartado especial. La confusión entre las declaraciones del proponente respecto de los diferentes riesgos que componen la póliza, sin contar con las eventuales interferencias entre las exclusiones particulares y generales, pueden comprometer la prestación del asegurador lo que evidencia que el acto de declaración de los riesgos en estos seguros es sencillo sólo en apariencia.

Las implicaciones penales a que pueda dar lugar la reticencia y las falsas declaraciones han sido tratadas tomando como punto de partida el delito de estafa y analizando las diferentes formas de engaño al asegurador. Hemos sistematizado la práctica aseguradora en este sentido y puesto énfasis en las modalidades de engaño que suelen padecer las aseguradoras, fundamentalmente en la etapa precontractual.

En el capítulo cuarto estudiamos la denominada cláusula de indisputabilidad o incontestabilidad como solución legal o contractual al problema de las declaraciones reticentes. Nos hemos detenido en varios aspectos, algunos ampliamente debatidos como la naturaleza jurídica y otros que hacen a la ejecución exitosa del pacto, como por ejemplo los límites de su licitud.

El estudio del contenido del acto de declaración del riesgo se completa en la tercera parte del trabajo, ocasión en la que nos ocupamos de analizar la importancia actuarial de brindar cierta información en cada especie de seguro y las consecuencias de su incumplimiento.

No se pretende agotar el análisis de estas declaraciones dado la enorme variedad de seguros que ofrece el asegurador. Antes bien, el estudio busca manifestar cuáles son los aspectos fundamentales sobre los que el tomador del seguro debería ser absolutamente honesto en las especies de seguros más emblemáticas.

Hemos dividido la sección en tres capítulos de modo de ordenar los seguros en seguros de daños en las cosas, seguros de

daños en el patrimonio, seguros marítimos y aéreos y seguros de personas. Reiteramos que sólo se han tratado algunas especies en cada categoría; las más tradicionales. Así, en la categoría de seguros de daños en las cosas hemos elegido los seguros de incendio robo y transporte terrestre; en el seguro de daños en el patrimonio ubicamos los seguros de crédito, caución y responsabilidad civil y, finalmente, en los seguros de personas lógicamente se eligió el seguro de vida (tanto individual como de grupo), además del seguro de accidentes y de enfermedad.

También se trató el caso de los seguros marítimos y aéreos, especies que plantean aspectos interesantes en el asunto que nos ocupa desde que en ellos predomina la autonomía de la voluntad y por ello el asegurador acostumbra dejar al proponente declarar el riesgo con mucha más libertad en el entendido de que conoce el riesgo apropiadamente, circunstancia que se evidencia en el Proyecto de Ley de Navegación Marítima, de 22 de noviembre de 2013, que permitiría realizar la declaración de los riesgos en forma espontánea o guiada mediante cuestionarios, a diferencia de la solución del artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro.

Dado que el contenido del deber de declaración va de la mano del riesgo, para comprender la razón por la cual el asegurador realiza determinadas preguntas hemos dedicado algunos párrafos a tratar la delimitación objetiva del riesgo en cada caso en particular.

Metodología

Como hipótesis de trabajo de Tesis se buscó ubicar al acto de declaración del riesgo como el acto principal en torno al cual gira el proceso económico de selección y tarificación del seguro moderno, gobernado no sólo por el principio de buena fe sino, fundamentalmente, por el principio de proporcionalidad entre el riesgo y la prima. Para ello, en la presente Tesis se identifican las principales disposiciones legales que establecen el procedimiento de declaración de los riesgos, se analizan sus contenidos, se comparan sus resultados y se estudian en detalle las consecuencias de su inobservancia.

En algunos casos fue necesario considerar normas derogadas. Precisamente, en lo que refiere al régimen de la reticencia, dada la similitud entre el artículo 640 del Código de Comercio uruguayo y el artículo 381 del Código de Comercio español nos hemos detenido en las críticas que motivaron la derogación de la norma española.

Asimismo, en función de que en el régimen uruguayo y argentino de reticencia se prevé la participación de peritos que juzguen en el caso concreto, consideramos el *Código Commercial portuguez* de 1833, hasta donde la doctrina rastrea el origen de estos sujetos.

La realización de esta tesis supuso la búsqueda, consulta y sistematización de material bibliográfico, legislativo y jurisprudencial disponibles en las Universidades de Valencia, de la República Oriental del Uruguay y de Buenos Aires.

Los recursos electrónicos utilizados para acceder a los diversos materiales han sido obtenidos de las siguientes bases de datos, públicas y privadas: Aranzadi-Westlaw, Tirant On Line, La Ley On line Uruguay, La Ley On line Argentina, vLexArgentina, vLex Uruguay, SEAIDA (España), AIDA Sección uruguaya, AIDA Argentina, Subsecretaría de Defensa del Consumidor del Gobierno de la Nación de la República Argentina, UNESCO, Biblioteca Centrale Giuridica, Comores-droit (Francia), Preguntas y respuestas de Derecho Comercial uruguayo, Poder Judicial de Mendoza, Información Legislativa y Documental de

la Presidencia de la Nación (Argentina), Oak Ridge National Laboratory, Poder Legislativo de la República Oriental del Uruguay, Legifrance, Legislation Belge, Legislation UK, National Conference of State Legislatures (Estados Unidos de Norteamérica), California Legislative Information, Revised Statutes (Colorado), Rules and Regulations of the State of Georgia, Justia US Law, Illinois General Assembly, Missouri Revised Statutes, Oregon Insurance Division Laws & Rules, State of Rhode Island General Laws, State of Rhode Island General Assembly, Tennessee Department of Commerce and Insurance, Michigan Legislative Website, Arizona State Legislature, Washington State Legislature, North Dakota Legislative Branch.

Hemos sistematizado la doctrina más sobresaliente, sobre todo la mercantil española, italiana, argentina, uruguaya y francesa, publicada en manuales, obras colectivas y en artículos de revistas científicas.

Las revistas españolas utilizadas han sido la Revista Española de Seguros, la Revista de Derecho Mercantil, la Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, La Ley, Aranzadi Civil, el Anuario de Derecho civil, la Revista del Poder Judicial, los Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, la Revista Electrónica de Derecho Informático, la Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía, la Revista Jurídica de Cataluña, la Revista de Derecho Privado y la Revista Aranzadi Civil Mercantil.

Las revistas italianas que hemos consultado han sido la Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni, Assicurazioni, Rivista di Diritto Civile, Rivista di Diritto Commerciale, Il Foro Italiano, Responsabilità Civile e Previdenza y la Giurisprudenza Italiana.

Para la doctrina francesa nos ocupamos de investigar la Revue Générale des Assurances Terrestres, la Revue Générale du Droit des Assurances, la Revue Générale des Assurances y la Revue Trimestrielle de Droit Européen.

La doctrina argentina ha sido estudiada en la revista Derecho Comercial y de las Obligaciones, Derecho y Empresa, la Revista de Jurisprudencia Argentina, la Revista Jurídica Argentina La Ley, la Revista del Colegio de abogados de Rosario y la Revista Crítica de Jurisprudencia.

Para la doctrina uruguaya se analizó en el Anuario de Derecho Comercial, la revista La Justicia Uruguaya y la revista Seguros.

Las bases de datos consultadas para la búsqueda de la jurisprudencia española han sido el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi – Westlaw, Tirant On Line y el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial. Para la jurisprudencia argentina se ha utilizado el repertorio de jurisprudencia de La Ley On Line, la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, vLex Argentina y el Sistema Argentino de Información Jurídica (INFOJUS). Para la jurisprudencia uruguaya se consultó la base de datos del sistema de jurisprudencia nacional (BJN) y la base de datos de la Revista La Justicia Uruguaya y de la revista Seguros.

La jurisprudencia sistematizada ha sido fundamentalmente española, uruguaya y argentina en los aspectos más relevantes que se relacionan con la declaración de los riesgos. La mayoría de las sentencias que hemos estudiado han sido dictadas por el Tribunal Supremo español, la Cámara Nacional de Apelaciones de la República Argentina y la Suprema Corte de Justicia y Tribunales de Apelaciones en lo Civil de la República Oriental del Uruguay.

En resumen, las conclusiones de esta tesis se derivan del análisis comparado de la legislación, de la doctrina y de la jurisprudencia española, uruguaya y argentina en los aspectos más destacados sobre el riesgo en el seguro, la forma y el régimen de su declaración, así como de las consecuencias de las declaraciones reticentes, inexactas y falsas.

PRIMERA PARTE: CONCEPTO, FUNDAMENTO Y
RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DECLARACIÓN DE
LOS RIESGOS

El riesgo es una circunstancia presente y permanente. Desde siempre los individuos han intentado prepararse para afrontar los inevitables siniestros recurriendo a diversas técnicas en lo que se conoce como *gerencia de riesgos*¹.

El autoaseguramiento y el heteroaseguramiento son formas sensatas de control de los riesgos y consecuentemente, formas de asunción de las responsabilidades. La primera opción supone afrontar las consecuencias dañosas con los propios ahorros en forma individual. La segunda, en cambio, implica la dispersión del riesgo entre una comunidad de personas en similares condiciones a cambio de un precio.

La decisión por una u otra opción supone que cada sujeto juzgue su bienestar de modo maximizar los beneficios. Para ello los individuos deberían ser capaces de discernir cabalmente y tomar decisiones racionales², postulado de la doctrina del Análisis Económico del Derecho que ha sido profundamente cuestionado en materia de seguros debido a la escasa preparación del proponente para comprender la técnica del seguro³.

La mayoría de los juristas destacan la función social y económica que cumple el contrato de seguro moderno en tanto amortiguador de las catástrofes individuales y como forma de ahorro y previsión, función, esta última, fundamentalmente relacionada al seguro de vida, que explica su necesidad⁴.

¹ DE PAZ COBO, *La transferencia alternativa de riesgos* (Cizur Menor - Navarra, Thomson-Civitas, 2005), pp. 15 y 16; ALARCÓN FIDALGO, “Gerencia y análisis de riesgos de responsabilidad civil: Algunos aspectos prácticos”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa* (Madrid, Musini, 1994), pp. 576 y 582.

² TORRES LÓPEZ, *Análisis económico del Derecho* (Madrid, Tecnos, 1987), pp. 30 y 31; DURÁN Y LAGUNA, *Una aproximación al análisis económico del Derecho* (Granada, Comares, 1992), pp. 10 y ss.

³ LANDINI, “Informativa precontrattuale e trasparenza nell’assicurazione vita”, *Assicurazione*, año LXXIV, t. 2, p. I (2007), p. 228.

⁴ LAMBERT-FAIVRE y LEVENEUR, *Droit des assurances*, 13e. ed. (Paris, Précis Dalloz, 2011), p. 3; STIGLITZ, *Derecho de seguros*, t. I, 5ª ed. act. y ampl. (Buenos Aires, La Ley, 2008), p. 1; MEILIJ, *Manual de seguros* (Buenos Aires, Depalma, 1987), p. 4; MEZZERA ÁLVAREZ, “Seguros. Generalidades”, en:

No obstante, el contrato no podrá lograr cumplir con la finalidad anotada si el solicitante del seguro no ajusta su declaración al riesgo real y ello en tanto la correcta valoración del estado del riesgo, entendido como la situación de hecho presente que de acuerdo a la ciencia actuarial determina la probabilidad de verificación del siniestro, depende de cierta información que en buena medida sólo él puede proporcionar.

Es así como las normas que regulan el deber de declaración del riesgo exigen el ajuste en un cien por cien a la realidad, de modo de permitir al asegurador calibrar este estado y calcular la prima que le corresponda. Para lograr este resultado, la declaración debe efectuarse respetando ciertos principios y guardando unas formas impuestas por la práctica aseguradora a lo largo de los años, prácticas que el legislador ha plasmado en diversos deberes de información.

Capítulo primero: Concepto y significado del riesgo en el seguro

I. Concepto de riesgo

Riesgo viene del árabe clásico *rizq* que significa *lo que depara la providencia*. Hoy es una palabra de uso vulgar y también de uso técnico que designa la contingencia o proximidad de un daño⁵.

ROCCA, M. U., *Seguros y letras de cambio* (Montevideo, Facultad de Derecho, 1975), p. 8; BATALLER GRAU, LATORRE CHINER y OLAVARRÍA IGLESIA, *Derecho de los seguros privados* (Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007), pp. 15 y 16; GUARDIOLA LOZANO, *El servicio a la sociedad, permanente razón de ser del seguro privado* (Salamanca, Universidad Pontificia, 2005), p. 8; GAMBINO, “Finalità e tendenze attuali delle assicurazioni sulla vita (Le polizze vita come prodotti finanziari)”, *Rivista di Diritto commerciale*, año LXXXIII, n° 5 – 8 (1985), p. 107.

⁵ El origen de la palabra riesgo es muy discutido. Además de la acepción de la *Real Academia Española* (22 ed.) que hemos elegido, se ha dicho que viene del latín *re-secare*, que quiere decir obstáculo, lo que explicaría su comprensión como causa de un daño (KHAN, *La notion de l'aléa dans les contrats* [Paris, Jouve Et Cie. Éditeurs, 1924], p. 21). También se ha señalado que puede provenir del castellano antiguo – *resegué* – que significa resecar o

Es un término que se utiliza en uno u otro sentido, muchas veces de modo indiscriminado, generando confusiones⁶. No obstante y a pesar de que la persona común desconoce el significado técnico, sí sabe que nada bueno puede esperarse si los riesgos se concretan. Su sólo percepción genera una sensación de ansiedad que todo individuo sensato necesita aliviar, circunstancia que ha sido señalada por la doctrina.

GARRIGUES afirma que el riesgo es la inseguridad y que el contrato de seguro es el remedio jurídico de lo inseguro⁷. PLANIOL y RIPERT califican el riesgo como una enfermedad y entienden que el seguro opera como una suerte de antídoto⁸. BIGOT explica que el riesgo es la situación incierta a la que está expuesto el asegurado y que la garantía asegurativa es la respuesta contractual a esta situación⁹. GARRIDO Y COMAS sostiene que el riesgo es el producto de una situación de inquietud y el contrato de seguro es el instrumento jurídico idóneo para lograr la liberación de ese temor mediante su transferencia al asegurador.

cortar y que en la Edad Media era un sinónimo de lucha, contradicción o división (SCHIAVO, “Contrato de seguro. Reticencia y agravación del riesgo”, en: BAEZA, E., SCHIAVO, C.A.; MASSOT, R.P. (Dir.), *Derecho de seguros*, v. I, [Buenos Aires, Hammurabi - José Luis Depalma, 2006], p. 33, nota 28).

⁶ NICOLAS, *Essai d'une nouvelle. Analyse du contrat d'assurance* (París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1996), p. 54.

⁷ GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, 2ª ed., revisada y puesta al día conforme a la Ley de 8 de octubre de 1980 (Madrid, Aguirre Torre, 1982), p. 113 y también en “Estudios sobre el contrato de seguro”, *Revista de Derecho mercantil*, n° 105 – 106 (1967), p. 25. En el mismo orden de ideas se expresa MARTÍ SÁNCHEZ cuando explica que el seguro tiene como finalidad colocar “lo seguro” en lugar de “lo inseguro” (MARTÍ SÁNCHEZ, “Actividad aseguradora y contrato de seguro”, en: *Cuadernos de Derecho judicial. Derecho de seguros*, v. II [Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996], p. 65).

⁸ PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico de Derecho civil francés*, t. XI, 2ª parte, trad. por DIAZ CRUZ, M. (La Habana, Cultural S.A., 1940), p. 555.

⁹ BIGOT, “Notions Générales”, en: BIGOT (Dir.), *Traité de Droit des assurances*, t. 3 (Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2002), pp. 35 y 38.

A. Perspectivas del riesgo

Desde el punto de vista jurídico existen tantas definiciones de riesgo como autores se han ocupado del tema. Si bien todos definen al riesgo de forma similar, algunos lo ven como la posibilidad o eventualidad de producción de un hecho y otros, en cambio, lo ven como la concreción del hecho en sí.

Entre los primeros se encuentran BROSETA PONT, TIRADO SUÁREZ, SÁNCHEZ CALERO, SCALFI, MONETTE, DE VILLE y ANDRÉ, LANGLE Y RUBIO, DONATI, CASTELLANO, CUÑAT EDO, GARRIGUES, FIORENTINO, MANES, PELAGGI, STIGLITZ y PLANIOL y RIPERT¹⁰.

Entre los segundos se puede citar a BENÍTEZ DE LUGO Y REYMUNDO, PICARD y BESSON y GARRIDO Y COMAS¹¹.

¹⁰ BROSETA PONT, *Manual de Derecho mercantil*, v. II., 20 ed., a cargo de MARTÍNEZ SANZ, F. (Madrid, Tecnos, 2013), p. 369; TIRADO SUÁREZ, “El Contrato de seguro” en: JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. (Coord.), *Derecho Mercantil*, v. II, 14 ed. act. (Madrid, Marcial Pons, 2010), p. 722; SÁNCHEZ CALERO, “Definición”, en: SÁNCHEZ CALERO, F., TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A. J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día (Cizur Menor-Navarra, Aranzadi, 2010), p. 46; SCALFI, *I Contratti di assicurazione. L'assicurazione danni* (Torino, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1991), p. 51; MONETTE, DE VILLE y ANDRÉ, *Traité des assurances terrestres*, 3ª ed., t. I, p. I (Bruxelles, Établissements Émile Bruylant y París, Librairie Du Recueil Sirey, 1949), p. 121; LANGLE Y RUBIO, *Manual de Derecho mercantil español*, t. III (Barcelona, Bosch, 1959), p. 534; DONATI, *Tratato del diritto delle assicurazioni private*, v. II (Milano, Dott. Antonino Giuffrè-Editore, 1954), pp. 109 a 111; CASTELLANO, G, *Le assicurazioni private* (Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1970), p. 174; CUÑAT EDO, “La función de la proposición del seguro en nuestro Derecho”, *Revista española de seguros*, n° 6 (1976), p. 124; GARRIGUES, *Contrato...*, p. 113; FIORENTINO, “La descrizione del rischio nell'assicurazione”, *Assicurazioni*, año XIX-XX, p. I (1941), p. 50; MANES, *Tratado de seguros: teoría general del seguro*, 4ª ed. trad. por SOTO, F. (Madrid, Logos, 1930), p. 8; PELAGGI, “Il dolo omissivo nel contratto di assicurazione”, *Assicurazioni*, año XXXIV, n° 3 (1967), p. 222; STIGLITZ, *Derecho de seguros*, t. I, p. 240 y también en *Derecho de seguros*, t. II, 5ª ed. act. y ampl. (Buenos Aires, La Ley, 2008), p. 166; PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico...*, t. XI, p. 555.

¹¹ BENÍTEZ DE LUGO Y REYMUNDO, *Tratado de seguros*, v. I, (Madrid, Instituto Editorial Reus, 1955), p. 280; PICARD y BESSON, *Traité général des*

La confusión entre el riesgo y el siniestro no es arbitraria, sino que se justifica, sobre todo en el seguro de personas, debido a la dificultad de escindir ambos conceptos¹².

En general, sin embargo, la doctrina distingue entre la posibilidad o la eventualidad de sufrir un daño, del hecho concreto generador de ese daño.

B. Riesgo y alea

Es por todos repetido que el seguro es un contrato aleatorio debido a que las prestaciones de las partes dependen del riesgo, acontecimiento que, en tanto incierto, impediría establecer de antemano la ventaja para las partes.

De lo dicho se desprende una interrelación entre riesgo y alea, interrelación que sugiere una cierta afinidad conceptual. Y ciertamente riesgo y alea son conceptos afines, pero no son sinónimos. De hecho significan cosas distintas.

El alea era un juego de dados que divertía a los romanos, de ahí su asimilación a la suerte y a su conceptualización como evento cuyos resultados pueden ser favorables o desfavorables¹³.

Actualmente nuestro lenguaje coloquial refiere al alea en los mismos términos. De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, lo aleatorio es lo *perteneciente al juego de azar, dependiente de un suceso fortuito*. El riesgo, en cambio, es *la contingencia o proximidad de un daño*.

Es curiosa la relación que existe entre el alea, sinónimo de apuesta o suerte y el seguro. El juego y el seguro tienen en común

assurances terrestre en droit français, t. I (París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1938), p. 19; GARRIDO Y COMAS, *Tratado General de Seguros*, t. I, v. I (Barcelona, Consejo General de los Colegios de Agentes y Corredores de Seguros de España, 1986), p. 60 (quien comentando la definición señala que en el riesgo se aprecian dos elementos: la posibilidad de que acontezca el hecho no deseado y la lesión económica para el asegurado).

¹² MARCO ARCALÁ, *Seguros de personas, aspectos generales* (Cizur Menor - Navarra, Thomson-Aranzadi, 2006), p. 118.

¹³ KHAN, ob. cit., p. 1.

el elemento riesgo pero, mientras que el asegurado con el seguro se protege del riesgo, el apostador lo provoca¹⁴.

En su acepción jurídica el alea es comprendido más o menos en los mismos términos que en su sentido vulgar. Es un elemento jurídico que surge en virtud del contrato y que crea una incertidumbre de ganancia o de pérdida¹⁵.

El riesgo, en cambio, ha sido interpretado de distinta manera. Se ha dicho que es un *prius* metajurídico que existiría independientemente del contrato¹⁶, o que sería la concreción de la pérdida, en una suerte de aspecto negativo del alea y en todo caso un elemento contractual¹⁷.

Para los defensores de la primera de las posiciones anotadas, el contrato de seguro sólo podría considerarse aleatorio en la medida en que se acepte que el seguro elimina ese *riesgo extracontractual* y lo sustituye por un *riesgo contractual*. Ésta sería la ventaja que obtendría el asegurado y por lo cual pagaría la prima¹⁸.

Para los defensores de la segunda teoría, que si se quiere es la más tradicional, la ventaja que obtendría el asegurado se encuentra en la asunción de la pérdida por parte del asegurador.

¹⁴ CARRESI, "Osservazioni sulla causa dell'assicurazione", *Assicurazioni*, n° 2, p. I, año XXVII (1960), p. 121.

¹⁵ PINO, "Rischio e alea nel contratto di assicurazione", *Assicurazioni*, año XXVII, n° 3 (1960), p. 254; Cfr. MONTÉS, "Observaciones sobre la aleatoriedad del contrato de seguro", en: VERDERA Y TUELLS, E., (Dir.), *Comentarios a la Ley de contrato de seguros*, v. I (Madrid, Colegio Universitario de Estudios Financieros, 1982), pp. 184, 194 y 197; BOSELLI, "Alea", en: AZARA, A. y EULA, E., [Dir.], *Novissimo Digesto italiano*, t. 1 (Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1957), p. 472 y también en "Rischio, alea ed alea normale del contratto", *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, t. II (1948), pp. 769 y ss.

¹⁶ PINO, loc. cit. MONTÉS, loc. cit.

¹⁷ BOSELLI, ob. cit., p. 770.

¹⁸ MONTÉS, ob. cit., pp. 159, 160 y 197.

Hasta aquí van las consideraciones desde un punto de vista individual, estrictamente ceñidas a la relación contractual entre el tomador y su asegurador. Pero no puede perderse de vista que el seguro es el resultado de un proceso económico basado en el principio de mutualidad y en las leyes de los grandes números, técnicas que permiten al asegurador masificar la contratación y pronosticar sus ganancias. Quiere decir que desde una perspectiva estrictamente económica, el alea desaparecería, aunque se conserve en la relación jurídica creada por el contrato individual¹⁹.

C. Nuestra posición

A nuestro entender el riesgo es el elemento característico del contrato de seguro, concebido como pura eventualidad, antecedente y distinto del siniestro que es un estado posterior. De modo que es necesario distinguir entre la posibilidad de sufrir un daño, por ejemplo el riesgo de incendio, del hecho concreto generador de ese daño, el incendio propiamente dicho.

El riesgo es la *conditio legis* para que el asegurador pueda exigir el pago de la prima. El siniestro, en cambio, es la *conditio legis* para que el asegurado pueda reclamar la prestación del asegurador²⁰.

La diferenciación anotada en el párrafo precedente permite establecer las particularidades de uno y otro elemento.

El riesgo debe ser real y debe existir en el momento de la celebración del contrato²¹. Luego, aunque no haya total certeza de la ocurrencia del evento, debe haber cierta percepción de inminencia del peligro en el proponente del seguro, inminencia

¹⁹ DURANTE, “El alea y el contrato de seguros contra los daños”, *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle obbligazioni*, año XLIV, p. I (1946), p. 531; GARRIGUES, *Contrato...*, p. 55; TIRADO SUÁREZ, “El contrato de seguro”, p. 697.

²⁰ GARRIGUES, “Estudios sobre el contrato de seguro”, *Revista de Derecho mercantil*, n° 105 – 106 (1967), p. 25.

²¹ LAMBERT-FAIVRE y LEVENEUR, ob. cit., p. 267.

que marca el límite con la certeza y que determina el máximo de la magnitud del riesgo asegurable²².

El siniestro, en cambio, debe ser un hecho incierto (estadio intermedio entre la certidumbre y la imposibilidad²³ o entre la necesidad y la imposibilidad²⁴), sea que esta incertidumbre recaiga en la producción del evento (como ocurre en los seguros de cosas) o en su oportunidad (como sucede en el seguro de vida para el caso de muerte). Debe ser probable²⁵ y futuro.

El riesgo y el siniestro deben ser posibles y no deben obedecer a la voluntad del asegurado, quien no debe colaborar en la agravación del riesgo ni en la producción del siniestro, más que en la medida natural del riesgo mismo²⁶.

²² SCHIAVO, ob. cit., pp. 38 y 39.

²³ KHAN, ob. cit., p. 9; PINO, ob. cit., p. 255.

²⁴ GARRIGUES, “Estudios sobre...”, n° 105 – 106, p. 26.

²⁵ MEILIJ, ob. cit., p 11.

²⁶ Esto sucede en el seguro de automóviles, por ejemplo, especie en la cual, dentro de ciertos límites suelen cubrirse los daños sufridos en accidentes originados en desobediencias a los reglamentos de tránsito (GARRIDO Y COMAS, *Tratado...*, t. I, v. I, p. 33).

II. El riesgo como elemento esencial del contrato de seguro

La mayoría de los autores ven al riesgo como un elemento esencial del contrato de seguro (MONETTE, DE VILLE y ANDRÉ²⁷, POTHIER²⁸, GARRIGUES²⁹, ALONSO SOTO³⁰, URÍA y MENÉNDEZ³¹, EMBID IRUJO³², PÉREZ TORRES³³, FERNÁNDEZ RUÍZ y MARTÍN REYES³⁴, MORANDI³⁵ y CUÑAT EDO³⁶), distintivo (HERBAULT³⁷), común y esencial (SÁNCHEZ CALERO³⁸), sustantivo e

²⁷ MONETTE, DE VILLE y ANDRÉ, ob. cit., p. 110

²⁸ POTHIER, *Tratado del contrato de aseguración o seguro* (Barcelona, J. Roger, 1845), p. 22.

²⁹ GARRIGUES, *Contrato...*, p. 12.

³⁰ ALONSO SOTO, “Lección 42. Los contratos de seguro”, en: MENÉNDEZ, A. y ROJO, A., *Lecciones de Derecho Mercantil*, v. II, 11 ed. (Cizur Menor-Navarra, Civitas-Thomson Reuters, 2013), p. 323.

³¹ URÍA, MENÉNDEZ y ALONSO SOTO “El mercado del riesgo”, en: URÍA, R. y MENÉNDEZ A., *Curso de Derecho mercantil*, t. II, 2ª ed. (Madrid, Civitas, 2007), p. 606.

³² EMBID IRUJO, “Nulidad del contrato de seguro por inexistencia de riesgo”, en: BOQUERA MATARREDONA, J., BATALLER GRAU, J. y OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002), p. 87.

³³ PÉREZ TORRES, “Seguros de personas”, en: GARRIDO Y COMAS (DIR.), *Tratado General de Seguros. Teoría y Práctica de los Seguros Privados*, t. II (Madrid, Consejo General de Agentes y Corredores de Seguros de España, 1986), p. 60.

³⁴ FERNÁNDEZ RUÍZ y MARTÍN REYES, *Fundamentos de Derecho mercantil*, t. II, 4ª ed. act. (Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 2003), p. 310.

³⁵ MORANDI, *El riesgo en el contrato de seguro. Régimen de las modificaciones que lo agravan* (Buenos Aires, Astrea, 1974), p. 15.

³⁶ CUÑAT EDO, “La función...”, p. 125.

³⁷ HERBAULT, *Traité des assurances sur la vie*, rev. par DE FOLLEVILLE (París, A. Marescq Aîné, Libraire-Éditeur, 1887), p. 10.

³⁸ SÁNCHEZ CALERO, “Tomo XXIV, Ley de Contrato de Seguro”, *Revista de Derecho privado. Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil*

imprescindible (GARRIDO y COMAS³⁹), principal (NICOLÀS⁴⁰), presupuesto necesario del contrato (PLANIOL y RIPERT⁴¹, RUBIO VICENTE⁴² y FIORENTINO⁴³) o constitutivo de éste (STIGLITZ⁴⁴).

No obstante lo dicho, otros autores entienden que el riesgo debe considerarse de manera distinta.

PINO, por ejemplo, afirma que el riesgo, entendido como la situación de amenaza en la cual se encuentra un individuo, es un concepto extraño a la estructura del contrato.

Riesgo y negocio jurídico no serían nociones homogéneas y sólo el segundo pertenecería al mundo del Derecho. La asunción y el reparto del riesgo serían fórmulas económicas desarrolladas por la técnica asegurativa para eliminar, con el menor costo posible, las consecuencias de determinados eventos. Por eso, el riesgo del asegurado, si bien es presupuesto del contrato, no sería esencial en la medida en que no formaría parte de su estructura. La categorización de este elemento como elemento de validez del contrato no supondría su esencialidad, puesto que validez y esencialidad serían conceptos distintos⁴⁵.

Finalmente, no falta quien advierte que esta discusión carece de sentido a los efectos prácticos⁴⁶.

especial dirigidos por Miguel Motos y Manuel Albaladejo, v. I, 1ª reimp. (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado - Editoriales de Derecho Reunidas, 1990), p. 13.

³⁹ GARRIDO Y COMAS, *Tratado...*, t. I, v. I, p. 59.

⁴⁰ NICOLAS, ob. cit., p. 54.

⁴¹ PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico...*, t. XI, p. 599.

⁴² RUBIO VICENTE, *El deber precontractual de declaración del riesgo en el contrato de seguro* (Madrid, Mapfre, 2003), p. 1.

⁴³ FIORENTINO, “La descrizione...”, pp. 50 y 51.

⁴⁴ STIGLITZ, *Derecho de seguros*, t. I, p. 242 y también en *Derecho de seguros*, t. II, p. 165.

⁴⁵ PINO, ob. cit., pp. 236, 249 y 250.

⁴⁶ MARTÍ SÁNCHEZ, ob. cit., p. 65.

Centrándonos en la doctrina que acepta al riesgo como un elemento trascendente en el contrato de seguro, existen discrepancias entre los autores respecto de si el riesgo es el objeto o es la causa del contrato.

A. El riesgo como objeto del contrato

El objeto del contrato de seguro ha sido ampliamente debatido por la doctrina del Derecho de seguros. Se han elaborado varias teorías. Entre las más destacadas se encuentran aquellas que propugnan como objeto del contrato a la cosa asegurada⁴⁷, al objeto de las obligaciones de las partes⁴⁸ y al interés asegurable⁴⁹. De entre todas ellas, la más tradicional es la

⁴⁷ El seguro se contrata de modo de precaver la eventualidad de un siniestro capaz de afectar diversos intereses susceptibles de valoración patrimonial. Pueden ser objeto de seguro la responsabilidad civil, la solvencia o la vida. Visto así, es evidente la asimilación del objeto del contrato de seguro al bien sobre el que recae el interés sometido al riesgo.

La crítica fundamental que se le ha hecho a esta postura consiste en la observación de que hay contratos en los que no hay tales *cosas*, en sentido estricto, como sucede en la cesión de créditos y la cesión de derechos incorporales, o en el caso de los contratos preliminares y normativos (DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, v. I, 6ª ed. [Madrid, Civitas, 2007], p. 198). Sólo considerando la cosa asegurada en su sentido más amplio y comprensivo se puede superar este obstáculo.

⁴⁸ Según la doctrina tradicional, el objeto del contrato es la prestación que una parte espera de la otra. Pero esta idea habrá de adaptarse porque en el seguro las partes asumen un cúmulo de obligaciones, siendo fundamentales el pago de la prima, a cargo del asegurado y la indemnización de los daños sufridos (en los seguros contra daños) o el pago del capital o de la suma pactada (en el seguro de personas), a cargo del asegurador (BROSETA PONT, ob. cit., p. 380).

⁴⁹ El interés asegurable es la relación de contenido económico que debe existir entre el tomador y la cosa, derecho, o patrimonio, objeto del seguro, al momento de celebración del contrato (BROSETA PONT, ob. cit., p. 398). Es el interés del tomador del seguro en que una determinada cosa no sea alcanzada por el riesgo y es lo que impide que el contrato degenera en apuesta o en juego (MONETTE, DE VILLE y ANDRE, ob. cit., pp. 148 y 314).

Se ha observado que este elemento no puede servir como objeto del contrato pues no estaría presente en el seguro de vida. Se afirma y es filosóficamente cierto, que la existencia de una persona es invaluable. Sin embargo, si una persona asegura su vida y contrata que en caso de muerte se pague un capital a sus hijos, esa persona tiene interés en el seguro que contrata. También existe

posición sostenida por VIVANTE, posición de acuerdo a la cual el objeto del contrato de seguro es el riesgo⁵⁰.

Se ha objetado que el riesgo no puede ser el objeto del contrato porque no es un bien⁵¹, ni una entidad económica sobre la cual pueda recaer el interés del tomador⁵² y que es un elemento metajurídico, extraño al contrato⁵³. De modo de superar estos obstáculos se ha dicho que el objeto del contrato no es el riesgo mismo, sino la transferencia que de él se hace, del asegurado al asegurador⁵⁴.

B. El riesgo como causa del contrato

Para explicar la causa en el contrato de seguro, la doctrina ha partido de la base de entender como causa la voluntad de la persona dirigida a realizar una finalidad que el Derecho objetivo considera merecedora de tutela⁵⁵.

Existen muchas teorías. Algunas son el resultado de la adaptación de la posición tradicional elaborada en la teoría

ese interés si se asegura la vida del padre y se estipula que si vive más de determinado número de años se le pague una renta mensual (MEILII, ob. cit., p. 10). Ahora bien, este interés no se corresponde al concepto jurídico de interés asegurable que la doctrina destaca como objeto de los seguros de daños. En consecuencia, se recuerda que el seguro de sumas es ajeno al concepto de interés y, va de suyo, también, es ajeno al concepto de daño patrimonial.

⁵⁰ VIVANTE, “Del contratto di assicurazione”, en: *Il Codice di commercio commentato*, v. VII, 6ª ed. riv. (Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1936), p. 65.

⁵¹ BUTTARO, *L'interesse nell'assicurazione* (Milano, Dott. Antonino Giuffrè-Editore, 1954), p. 16.

⁵² SCALFI, ob. cit., p. 51; MEZZERA ÁLVAREZ, “Seguros. Generalidades”, p. 47.

⁵³ PINO, ob. cit., pp. 242, 243 y 245.

⁵⁴ GARRIDO Y COMAS, *Tratado...*, t. I, v. I, p. 17.

⁵⁵ Además del significado expuesto, la causa ha sido comprendida como el hecho al cual el ordenamiento jurídico liga, automáticamente, otro hecho distinto, fenómeno conocido como *situaciones negociales coligadas* (PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico de Derecho civil francés* t. VI, 1ª parte, trad. por DÍAZ CRUZ, M. (La Habana, Cultural, 1936), p. 348; DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho...*, pp. 230 y 231).

general del contrato a las particularidades del seguro⁵⁶. Para muchos autores la causa del contrato de seguro está en la expectativa de prestación que el asegurado espera recibir del asegurador⁵⁷ o en el cambio de prestaciones entre las partes, con

⁵⁶ La posición tradicional sostiene que en los contratos en los que las partes se dan recíprocamente algo, la obligación de cada una de ellas constituye la causa de la obligación de la otra. La crítica que se puede esgrimir en su contra es la confusión entre la causa del contrato con la causa de las obligaciones que emanan de él. Ambas situaciones pueden ser discriminadas en la medida en que la causa de la obligación contesta la pregunta ¿por qué se debe?, mientras que la causa del contrato responde la pregunta ¿por qué se celebró el contrato? También se argumenta que esta solución no proporciona un concepto unitario de causa, sino tres especies distintas e inarmónicas. Además, la aplicación de esta teoría al contrato de seguro estaría destinada al fracaso desde que no podría acomodarse a la categoría de los contratos aleatorios (DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho...*, pp. 221, 222 y 233).

⁵⁷ Esta posición se conoce como *teoría de la indemnización*. Presupone la existencia del siniestro y de un daño del cual derive el deber de cumplimiento de pago. Se le ha hecho una crítica fundamental. No explica cuál es la causa en los seguros de personas pues sólo sería útil a los seguros de daños que son los únicos que responderían al principio indemnizatorio, según lo entiende la posición dualista del seguro. Efectivamente, en los seguros que se contratan sobre las cosas, la naturaleza de la prestación del asegurador es claramente indemnizatoria pues en estos casos el asegurado ha sufrido un perjuicio debido a la pérdida o deterioro de la cosa. Sin embargo, en los seguros sobre las personas no es posible valorar objetivamente el interés asegurable, ni hacerlo en forma previa. Esta es la razón por la cual la doctrina señala que el principio indemnizatorio es la línea divisoria entre los seguros de daños y los seguros de personas (ASCARELLI, “Sul concetto unitario del contratto di assicurazione”, *Saggi giuridici* [Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1949], p. 398), lo que daría lugar a la tesis unitaria y dualista del seguro (MENÉNDEZ MENÉNDEZ, “Preliminar. Artículos 1 a 4”, en: VERDERA Y TUELL, E. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, v. I [Madrid, Colegio Universitario de Estudios Financieros, 1982], pp. 87 a 92). En la hipótesis del seguro de vida para el caso de muerte o para el caso de supervivencia, el problema parece, aún, más difícil de resolver. La muerte no es un daño indemnizable y la supervivencia mucho menos, a no ser que consideremos la pérdida patrimonial que sufren quienes dependen económicamente de la vida asegurada. Esta excepción no es nada novedosa y fue sostenida por LEFORT en 1920 (*Nouveau traité de l'assurance sur la vie*, t. I, [París, Marcel Rivière et Cie., 1920], p. 299). Sin embargo, incluso en este supuesto, el seguro de vida sigue sin daño toda vez que la muerte o la supervivencia del individuo resulten indiferentes, cosa que sucede si la vida asegurada se encontraba económicamente pasivo, a su

la particularidad de que una de ellas es incierta⁵⁸. Para otros, en cambio, la causa del contrato de seguro se encuentra en su función, función que es social para quienes sustentan la posición objetivista de la causa⁵⁹, o que es personal para aquellos que prefieren un punto de vista individual de la cuestión y defienden la posición subjetivista⁶⁰.

muerte, o activo, al llegar a la edad prevista en el contrato. Si así fuere, la muerte o la supervivencia no causarían daño pues el individuo no sufriría consecuencias patrimoniales relevantes (DONATI, *Trattato...*, v. II, p. 9).

⁵⁸ Contra esta posición, conocida como *Teoría del cambio de las prestaciones*, puede argumentarse que no hay tal incertidumbre si se consideran como prestaciones la asunción del riesgo y la prima. De este modo, la causa para el tomador es la cobertura del riesgo que asume el asegurador y, para éste, la prima que paga aquél.

En una variante de la posición expuesta, alguna doctrina intenta buscar la causa del contrato en la particular estructura del asegurador. Así se elaboró la teoría de la organización empresarial, posición de acuerdo a la cual la causa del contrato se encuentra en la intermediación en el riesgo a cargo del asegurador (FERRI, “L’impresa nella struttura del contratto di assicurazione”, *Assicurazioni*, p. I [1963], pp. 321 y ss.; JACOB, ob. cit., pp. 495 y ss.). No obstante, este razonamiento no está exento de críticas. En primer lugar, es una aplicación de la teoría de la necesidad eventual que está sujeta a fuertes cuestionamientos. En segundo lugar, el concepto de empresa no forma parte de la definición del contrato de seguro pese a que ya VIVANTE advertía que sólo una organización empresarial, por la acumulación de capital que supone, es capaz de intermediar en el riesgo.

⁵⁹ La visión objetivista de la causa comprende a todos los negocios jurídicos. Cambia, por tanto, la órbita de acción a la que la había subsumido la teoría tradicional, reacia a comprender en el estudio a los contratos aleatorios. Su principal exponente es BETTI. Este autor sostiene la necesidad de iluminar el concepto de causa de modo de contemplar el negocio jurídico en su totalidad. El negocio jurídico, como manifestación de la autonomía de la voluntad, no interesa sólo a quienes participan de él, sino que es un fenómeno social. Por esta razón, concluye el autor, no corresponde realizar un estudio atomista de la causa, limitado al análisis de la finalidad perseguida por las partes, sino un estudio integral de modo de descubrir su función económico-social (BETTI, *Teoría general de negocio jurídico*, trad. y conc. por MARTÍN PÉREZ, A. [Granada, Comares, 2000], pp. 110 y ss.

⁶⁰ Desde este punto de vista, la causa del contrato se encuentra en la finalidad individual, directa y jurídicamente relevante que persiguen las partes al celebrar el contrato. Es la posición de COLIN y CAPITANT quienes afirman que la causa se encuentra en la voluntad del individuo, sea que derive del contrato

Fuera de las adaptaciones teóricas vistas, existen otras creaciones propias del Derecho de seguros. Se trata de la teoría de la necesidad eventual o actual, la teoría de la traslación del riesgo y la teoría de la causa compleja.

Debe advertirse que algunos autores ven al riesgo como la causa del contrato sin afiliarse, por lo menos explícitamente, a la teoría de la traslación del riesgo o a la teoría de la causa compleja. Sin duda, no comparten aquellas que no están centradas en este elemento⁶¹.

1. Teoría de la necesidad

Esta teoría se inspira en la noción económica de seguro con la cual los economistas pretenden explicar la causa del contrato. Desde esta perspectiva, el riesgo es la posibilidad de que, de algún modo fortuito, se produzca el suceso previsto en el contrato, suceso prematuro, temido y anormal, que usualmente se traduce en un quebranto económico cuyas consecuencias patrimonialmente perjudiciales obligan al desembolso de una suma de dinero que es la que el seguro tiene que cubrir⁶².

El seguro es, entonces, el medio con el cual se satisface esa falta advertida con anticipación. La causa del contrato de seguro

o de una disposición testamentaria. De este modo, siempre que una persona se obliga lo hace atendiendo a un fin inmediato que lo determina a establecer la obligación (COLIN y CAPITANT, ob. cit., p. 595). La causa, así entendida, no debe interpretarse como el motivo o la finalidad personal e irrelevante que llevó a contratar, sino que debe considerarse aquella que es relevante desde el punto de vista jurídico. Por ello, no debe confundirse el motivo que adquiere relevancia gracias a la voluntad del legislador, con la causa interpretada como requisito esencial de todo negocio jurídico. Quiere decir que a pesar de que los motivos y la causa tienen una cierta conexión, son conceptos ubicados en planos diferentes, planos que no convergen (TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere* [Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1937], pp. 94 y 95).

⁶¹ BENÍTEZ DE LUGO Y REYMUNDO, ob. cit., p. 279; GARRIDO Y COMAS, *Tratado...*, t. I, v. I, p. 31.

⁶² MANES, ob. cit., p. 8.

se encuentra, pues, en su función: satisfacer una necesidad eventual del tomador⁶³.

Al haber desarrollado la noción de interés asegurable y precisado el concepto de riesgo, la teoría tiene el mérito de haber distinguido al seguro del juego. Así, en el seguro el riesgo preexiste; en cambio en el juego existe gracias a la apuesta⁶⁴. Por otra parte, en el seguro yace una relación entre el asegurado y la cosa sujeta al riesgo, relación marcada por un interés económico en que la misma no sea siniestrada y que en el juego no está presente⁶⁵.

El seguro tiene, por tanto, una función previsora y de ahorro colectivo, especializado y generador de capital inmediato⁶⁶, que lo distingue del juego.

Ahora bien, esta teoría tiene dos puntos débiles.

En primer lugar, todos los contratos tienen la función de satisfacer una necesidad y muchos, además del seguro, se ocupan de aquellas que resultan eventuales. Una forma de eludir esta dificultad es considerar que la peculiaridad del seguro radica en que la carencia aparece como consecuencia de un acontecimiento futuro e incierto, elevándose a causa del contrato⁶⁷.

En segundo lugar, esta solución sustituye el concepto de daño por el de necesidad y por tanto incurre en los mismos defectos de la teoría indemnizatoria⁶⁸ en la medida en que no explica la causa en el seguro de vida en los casos en que la muerte o la supervivencia encuentran al asegurado

⁶³ ASCARELLI, ob. cit., p. 399; GARRIGUES, *Contrato...*, pp. 113 y 114; VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, t. II (Barcelona, Bosch, 1991), p. 509 y SÁNCHEZ CALERO, “Definición”, pp. 46 y 47.

⁶⁴ CARRESI, “Osservazioni sulla...”, ob. cit., pp. 121 y 122.

⁶⁵ MONETTE, DE VILLE y ANDRÉ, ob. cit., pp. 148 y 314; ASCARELLI, ob. cit., p. 401.

⁶⁶ LANGLE Y RUBIO, ob. cit., pp. 514 y 515.

⁶⁷ GARRIGUES, “Estudios sobre...”, n° 105 – 106, p. 30.

⁶⁸ Reseñados en la nota 57.

económicamente pasivo, a su muerte, o activo, al llegar a la edad prevista en el contrato. Si así fuere, la muerte o la supervivencia no causarían daño y no habría, por tanto, tal necesidad eventual⁶⁹.

Como consecuencia de estas críticas, se ha dicho que esta teoría es exacta pero insuficiente pues no demuestra la relevancia jurídica de la función económica de seguro en la que se fundamenta. Es más, se dice que renuncia explícitamente a hacerlo cuando concluye que el seguro sobre la vida, al menos sobre la propia, no es un contrato de indemnización⁷⁰.

Para superar esta última observación se formula la teoría de la necesidad actual, también llamada *teoría del seguro seguridad*⁷¹. En esta variación, el seguro tendría la finalidad de satisfacer la necesidad actual de satisfacer una necesidad eventual.

La crítica salta a la vista en tanto se trata de un juego de palabras y acaba por padecer los mismos inconvenientes de la posición anterior⁷².

⁶⁹ DONATI, *Trattato...*, v. II, pp. 10 y 11.

⁷⁰ ASCARELLI, ob. cit., p. 403. Sobre el principio indemnizatorio y su mantenimiento o superación en el estado actual del Derecho de seguros, corresponde atender la obra de GIRGADO PERANDONES (*El principio indemnizatorio en los seguros de daños: una aproximación a su significado* [Granada, Comares, 2005], especialmente en las pp. 207 y ss. Respecto de su aplicación en el Derecho de seguros francés se debe consultar LAMBERT-FAIVRE y LEVENEUR (ob. cit.), en las pp. 407 y ss. Finalmente, y en lo que hace a la doctrina italiana, ANTONUCCI relaciona las diferentes posiciones en este punto (*L'assicurazione fra impresa e contratto*, 4ª ed. [Bari, Cacucci Editore, 2000], pp. 164 y ss.) y CANDIAN refiere a él en su estudio sobre el contrato de seguro contra la responsabilidad civil (CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione* [Milano, Edizioni Giuridiche Economiche Aziendali Dell'Università Bocconi e Giuffè Editori S.p.A, 1993], pp. 111 y ss.).

⁷¹ MEZZERA ÁLVAREZ, "Seguros. Generalidades", p. 16.

⁷² DONATI, *Trattato...*, v. II, p. 12.

2. Teoría de la traslación del riesgo

Según esta postura la causa del contrato de seguro se encuentra en la traslación que se hace del riesgo, del asegurado a un asegurador profesional, a cambio de un precio. Es esta transferencia la que daría certeza al asegurado de que las necesidades patrimoniales, derivadas de la producción del siniestro, serían satisfechas⁷³.

En principio esta teoría enfatiza el riesgo y no el daño. Y hacemos la advertencia porque no se eleva al riesgo al nivel de causa contractual, aunque se reconoce que forma parte de ella.

Esta visión del problema tiene la virtud de contemplar el seguro en toda su extensión. Considera el contrato no sólo en el momento del acaecimiento del siniestro sino, también, desde los tratos preliminares hasta su conclusión.

No obstante este acierto, no ha escapado a las críticas. Se afirma que si por riesgo se entiende la posibilidad de un evento dañoso, la teoría de la traslación del riesgo implica un retorno a la teoría de la indemnización. Por el contrario, si por riesgo se entiende la eventualidad capaz de provocar una urgencia, volvemos a la teoría de la necesidad eventual⁷⁴.

3. Teoría de la causa compleja

En la estructura económica, técnica y jurídica del negocio asegurativo existe una correlación recíproca entre el riesgo, la prima y la prestación del asegurador⁷⁵, correlación que evidencia la relevancia del interés asegurable, elemento que alguna doctrina califica como el objeto del contrato⁷⁶.

⁷³ MARTÍ SÁNCHEZ, ob. cit, p. 65.

⁷⁴ DONATI, *Trattato...*, v. II, p. 12.

⁷⁵ MORANDI, *El riesgo...*, pp. 15 y 16.

⁷⁶ BUTTARO, *L'interesse...*, p. 45; VEIGA COPO, *Tratado...*, p. 38.

Los análisis del riesgo efectuados con independencia del siniestro y de la relación que tiene la persona con el objeto del interés asegurable sólo conducen a visiones parciales de la causa. Por esta razón, quienes se manifiestan partidarios de la teoría de la causa compleja no dudan en afirmar que la causa del contrato de seguro no se encuentra en la consideración individual de los elementos riesgo y siniestro, sino en una sumatoria de todos ellos⁷⁷.

Teniendo en cuenta la íntima relación que tienen estos elementos, la teoría compleja explica la causa del contrato en la vinculación que se produce entre el riesgo (elevado a elemento esencial de la causa y entendido como la posibilidad de un evento dañoso), en tanto y en cuanto se lo ponga en relación directa con el interés asegurable. La suma de estos elementos conformaría una suerte de *singularidad causal*, propia del contrato de seguro⁷⁸.

La posición expuesta despierta varias críticas:

En primer lugar, se afirma que el postulado es correcto en los seguros de daños donde es posible establecer una medida económica al interés asegurable, pero que ello no es trasladable al seguro de vida para el caso de muerte teniendo en cuenta que la valía del interés, en este caso, es imposible de establecer⁷⁹. Este impedimento, considerado como el resultado de un prejuicio moral, podría ser superado en la medida en que la vida humana se considere valiosa para los que dependen económicamente del fallecido⁸⁰.

En segundo lugar, también se objeta que la causa del contrato de seguro no puede encontrarse en la traslación o transferencia del riesgo, pues el riesgo es personal y el asegurador

⁷⁷ BROSETA PONT, ob. cit., pp. 377 a 380.

⁷⁸ EMBID IRUJO, “Definición de contrato de seguro”, en: BOQUERA MATARREDONA, J, BATALLER GRAU, J y OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002), p. 53.

⁷⁹ BROSETA Pont, ob. cit., p. 380.

⁸⁰ STIGLITZ, *Derecho de seguros*, t. I, p. 368.

siempre será un agente extraño, impermeable a los peligros del asegurado⁸¹.

C. Nuestra posición

En nuestra opinión el riesgo integra la causa del contrato de seguro. Es el miedo al evento dañoso lo que convence a una persona responsable a contratar un seguro. Pero el riesgo, por sí sólo, no explica el seguro. Para ello se necesita completar la noción con el interés asegurable.

No obstante nuestra afiliación a la teoría de la causa compleja, no creemos que haya transferencia alguna del riesgo porque los riesgos son personales. En tanto no ocurra el evento previsto en el contrato la compañía de seguros se compromete con el asegurado a prestarle una garantía a un precio muy asequible, producto de su incorporación a una mutualidad de personas en situación similar, cuyos riesgos gestiona de modo profesional.

Mucho más difícil es explicar el papel que en todo esto juega el interés asegurable y hacerlo, además, de modo tal de abarcar a los seguros de vida, pues es absolutamente cierto que estos seguros son ajenos al concepto de interés asegurable en virtud de que la vida humana es invaluable.

Podría intentarse *encontrar el interés*, como se ha hecho, cuando se pone como ejemplo el caso del padre que asegura su vida de modo que a su muerte se pague un capital a sus hijos. Sin embargo, mucho tememos que ese *interés* no se corresponde al concepto jurídico de interés asegurable que la doctrina destaca como objeto en los seguros de daños.

⁸¹ DE GREGORIO y FANELLI, ob. cit., p. 67; FANELLI, "Considerazioni...", p. 174; STIGLITZ, *Derecho de seguros*, t. I, p. 2.

Capítulo segundo: Principios económicos de la declaración de los riesgos

Analizado el seguro en su plano económico, la declaración de las circunstancias que rodean a la persona o a los objetos del interés asegurable del proponente se devela como el presupuesto necesario para proceder a la selección de la cartera de riesgos y al cálculo de la prima. Con estas operaciones el asegurador anticipa el coste de la asunción de los riesgos⁸².

Desde una perspectiva microeconómica, un error en la declaración puede redundar en una mala decisión comercial que haga que la compañía de seguros pierda algo de dinero. Sin embargo, algunos autores observan que si el riesgo asumido produce una siniestralidad superior a los márgenes de contingencia del asegurador, toda la mutualidad de asegurados habrá de soportar la pérdida. En la medida en que la compañía deba hacer frente a un volumen de indemnizaciones para las cuales no tenga resguardo suficiente y comprometa su solvencia,

⁸² CATALA, “La déclaration du risque en Droit française et anglais comparé”, *Revue Générale des Assurances Terrestres*, nº 4 (1966), p. 453; PICARD y BESSON, ob. cit., p. 100; PARELLA, “La reticenza nel contratto di assicurazione”, *Rivista di Diritto commerciale*, nº 28, p. I (1930), p. 756; BRUNETTI, “Le dichiarazioni dell’assicurato particolarmente nell’assicurazione marittima”, *Assicurazioni*, año IV, p. I (1937), pp. 586 y 587; PATTERSON, “Le dichiarazioni dell’assicurato nel Diritto degli Stati Uniti, con particolare riguardo all’assicurazione sulla vita”, *Assicurazioni*, t. XVI-XVII (1938), pp. 512 y 513; SALANDRA, “Le dichiarazioni dell’assicurato secondo il nuovo codice”, *Assicurazioni*, año IX, parte I (1942), p. 2; FIORENTINO, “La descrizione...”, p. 52; BUTTARO, “Contratto di...”, p. 483; STEIDL, *Il contratto di assicurazione* (Milano, Dott. A. Giuffrè, 1961), p. 41; CASTELLANO, G., ob. cit., p. 179; CUÑAT EDO, “La función...”, p. 127; CALBACHO LOSADA, RODRÍGUEZ JIMÉNEZ y BARRIOLA URRUTICOECHEA, “El deber de declaración del riesgo”, *Revista de Derecho mercantil*, nº 185-186 (1987), p. 141; RUÍZ MUÑOZ, “Deber de declaración del riesgo del tomador en el contrato de seguro y facultad rescisoria del asegurador”, *Revista española de seguros*, nº 65 (1991), p. 14 y SOLIMANDO, “Disciplina delle dichiarazioni precontrattuali nel contratto di assicurazione. Evoluzione della giurisprudenza”, *Assicurazioni*, nº 21 - 52 (2001), p. 35.

podría, incluso, llegar hasta al concurso de acreedores⁸³, conclusión cuestionada por CALZADA CONDE para quien la conducta de los asegurados no constituye una amenaza a la solvencia del asegurador⁸⁴.

I. Relación entre el riesgo y la prima

Desde el punto de vista actuarial el acto de declaración del riesgo tiene por función lograr su homogeneidad⁸⁵. La relación riesgo declarado - prima seleccionada, es, pues, la pieza de apoyo del principio de proporcionalidad, básico en la técnica aseguradora⁸⁶, que algunos juristas traducen en el principio de igualdad contractual⁸⁷.

La prima representa el coste de producción del asegurador cualquiera sea el alcance de la cobertura elegida, sea restrictiva o sea universal⁸⁸. En su cuantía se tiene presente, entre otras cosas, la probabilidad e intensidad de los siniestros⁸⁹. Y hacemos la salvedad puesto que para determinar el precio del contrato el asegurador tiene en cuenta otros elementos como ser el coste de explotación y administración del servicio, el coste de la inversión, los derechos que debe pagar al Estado para operar en el mercado y por supuesto, la ganancia que espera obtener⁹⁰.

⁸³ GARRIDO y COMAS, *Tratado...*, t. I, v. I, p. 79; RUBIO VICENTE, ob. cit., p. 15; SANGIOVANNI, ob. cit., p. 277.

⁸⁴ CALZADA CONDE, “El deber...”, p. 165.

⁸⁵ CESÀRO, “Profili della proposta del contratto di assicurazione”, en: *Studi in onore di Antígono Donati*, v. II (Roma, Edizioni della Rivista Assicurazioni, 1970), pp. 147 y ss.

⁸⁶ MORANDI, *El riesgo...*, p. 26; LAMBERT-FAIVRE y LEVENEUR, ob. cit., p. 341.

⁸⁷ SCHIAVO, ob. cit., p. 37.

⁸⁸ VEIGA COPO, *Tratado...*, pp. 102 y 103.

⁸⁹ BIGOT, ob. cit., p. 40; PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico...*, t. XI, p. 558.

⁹⁰ GUARDIA, “Contabilidad, costeo y tarifas en el sector asegurador”, en: *Jornadas Actuariales Buenos Aires 2000. El Actuario en el Siglo XXI. Nuevas*
56

Dependiendo del período considerado los seguros se clasifican en seguros elementales, en los que cada prima corresponde al riesgo anual o a la fracción, y seguros con base financiera, en los cuales la equivalencia riesgo - prima es difícil de mantener dada la extensión del lapso contemplado en el contrato⁹¹.

Tan estrecha es la relación entre el riesgo y la prima que ésta aumentará o disminuirá toda vez que el riesgo sufra alteraciones, más o menos gravosas para el asegurador⁹². Sólo así se comprende que el asegurador acepte pagar la prestación una vez acaecido el evento dañoso⁹³.

En esta postura es claro que el fundamento del acto de declaración del riesgo no radica en un mandato moral, sino en un postulado de la teoría económica del seguro según el cual, a mayor riesgo corresponde una mayor prima⁹⁴.

Los defensores de la teoría de la reciprocidad entre la prima y el riesgo entienden que su teoría se ajusta a cualquier sistema. Así, puede ser el fundamento del deber de declaración del riesgo en los regímenes jurídicos que consagran la nulidad del contrato independientemente de la intención del declarante (como sucede en el Código de Comercio uruguayo), como también puede serlo en aquellos sistemas que permiten el ajuste de la prima al riesgo realmente soportado (caso de la Ley de Contrato de Seguro

Perspectivas de la Profesión: Metas y Desafíos (Buenos Aires, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Buenos Aires, 2000), pp. 122 y 123.

⁹¹ SÁNCHEZ LÓPEZ, *Cuantificación de riesgos y análisis global de la empresa aseguradora de vida* (Madrid, Dykinson S.L, 2001), p. 12.

⁹² LATORRE CHINER, *La agravación del riesgo en el derecho de seguros* (Albonote- Granada, Comares, 2000), p. 7; STIGLITZ, *Derecho de seguros*, t. I, p. 1; MEILIJ, ob. cit., p. 4; MEZZERA ÁLVAREZ, “Seguros. Generalidades”, p. 8.

⁹³ Esta tesis ha sido recepcionada por la jurisprudencia argentina en SCNCom (sala B), de 6 de diciembre de 2002 (*Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, n° 36 [Buenos Aires, Lexis Nexis- Depalma, 2003], p. 828.

⁹⁴ TRABUCCHI, ob. cit., p. 513, nota 2.

española)⁹⁵. Desde cualquier perspectiva, el tomador asume el deber de no provocar el error en el asegurador⁹⁶.

Quienes se inclinan por las teorías económicas sostienen que el seguro no es un simple contrato; es un fenómeno económico que preexiste y es independiente de cualquier consideración jurídica. Sus detractores, en cambio, entienden que esta escuela ha contaminado de elementos extrajurídicos la elaboración de la estructura jurídica del contrato. Argumentan que las referencias a los aspectos técnicos del seguro, si bien son necesarias para comprender el seguro como producto, no lo son para determinar la naturaleza y los elementos fundamentales del contrato⁹⁷.

A. Selección del riesgo

La selección del riesgo es un procedimiento de la técnica actuarial que obedece a una serie de bases científicas dirigidas a tipificar los riesgos en admisibles e inadmisibles para luego establecer la prima que corresponda a la cartera aprobada.

Los riesgos, entonces, luego de identificados por el proponente del seguro soportan un proceso de uniformización que puede resumirse en las etapas siguientes⁹⁸.

1. Homogeneización cualitativa y cuantitativa

La homogeneización cualitativa de riesgos supone ordenar los riesgos cuya gestión le está permitida al asegurador en función de sus semejanzas. Para determinarlo, el asegurador suele recurrir a la clasificación de riesgos en específicos o especulativos y puros o genéricos o aleatorios. Todos los riesgos

⁹⁵ SÁNCHEZ TRASANCOS, loc. cit.

⁹⁶ CUÑAT EDO, “La función...”, ob. cit., pp. 127 y ss.

⁹⁷ PINO, ob. cit., p. 248.

⁹⁸ CUÑAT EDO, “La función...”, p. 102; ALARCÓN FIDALGO, ob. cit., pp. 579 y 580; MEILIJ, ob. cit., p. 6.

son susceptibles de previsión y cálculo aunque, según se verá, en algunos casos esta operación es más difícil que en otras.

Los riesgos específicos o especulativos son aquellos padecidos por sujetos que realizan actividades de la más variada naturaleza pero que están relacionadas, directa o indirectamente con el tráfico del comerciante. Se citan como ejemplos los riesgos que supone la exploración y la inversión en un mercado extranjero, la investigación de un nuevo producto, la reubicación de los talleres para mejorar la productividad o la contratación de un especialista. Se caracterizan, además, por afectar a unos pocos individuos y no necesariamente son sinónimo de perjuicios.

Los riesgos especulativos son los que presentan las mayores dificultades de armonización por dos motivos: son de muy diversa naturaleza, según se explicó y además no ocurren con frecuencia. Todo ello compromete el éxito del cálculo estadístico⁹⁹.

A diferencia del riesgo especulativo, un riesgo puro, genérico o aleatorio no depende de la voluntad ni de la actividad del individuo. Su realización acarrea sólo resultados adversos y son comunes a la población. Se trata, por ejemplo, de los riesgos inherentes a la comercialización de los productos de consumo masivo, el incendio de las instalaciones o los accidentes de trabajo¹⁰⁰.

La homogeneización cualitativa de riesgos no es demasiado eficiente en algunos seguros, caso del seguro de crédito y el seguro de grandes riesgos debido a que se trata de eventos difícilmente agrupables por ser, básicamente, únicos. No obstante, salvo las excepciones de este estilo, es una operación ordinaria para el asegurador en la gran mayoría de los casos¹⁰¹.

⁹⁹ RIEGEL, *Seguros Generales, Principios y Prácticas* (México, Compañía Editorial Continental, 1977), pp. 43 y 51; CHARBONNIER, *Risques et assurances des PME-PMI* (París, L'Argus & Dunod, 1990), pp. 16 y 17.

¹⁰⁰ MEILIJ, ob. cit., p. 3.

¹⁰¹ BATALLER GRAU, LATORRE CHINER y OLAVARRÍA IGLESIA, ob. cit., p. 19

Finalmente, la homogeneización cuantitativa de los riesgos pone un límite a la suma global de los riesgos cubiertos y consecuentemente, a las prestaciones que el asegurador habrá de pagar.

2. Diversificación del riesgo

Los riesgos uniformizados se someten a un análisis de sus principales características. En esta etapa, la masa general de riesgos que componen la denominada *mutualidad de asegurados* se subdivide en pequeñas *sub mutualidades* en función de la clase de seguros. Dentro de éstas se crean otros grupos, aún más selectivos, que atienden las características del riesgo a cubrir.

En el seguro de vida, por ejemplo, la diversificación de la mutualidad permite dividir el grupo de riesgo en atención a la edad, en el de accidentes se toma en cuenta la profesión y en el de incendio, la naturaleza de las construcciones y su utilización¹⁰².

En los seguros de vida para el caso de supervivencia son los propios asegurados los que realizan espontáneamente esta operación, en una suerte de autoselección, lo que determina que esta modalidad contractual sólo sea escogida por aquellas personas que aspiran vivir muchos años¹⁰³.

B. Cuantificación del riesgo

Para ponderar el riesgo se procede a comparar el riesgo particular con el riesgo estándar más afín de modo de establecer la prima promedio. Esta fórmula es la que permite verificar si el riesgo es aceptado en los mismos términos que el considerado como patrón o si, por el contrario, debe salirse del promedio y soportar las operaciones necesarias para hacerlo equitativamente asegurable o, si ello no es posible, resolver su rechazo¹⁰⁴.

¹⁰² MORANDI, *El riesgo...*, p. 23.

¹⁰³ PÉREZ TORRES, ob. cit., p. 34.

¹⁰⁴ BUSQUETS ROCA, *Teoría General del Seguro* (Barcelona, Vicens-Vives, 1988), p. 19; LANGLE Y RUBIO, ob. cit., p. 516.

Conocer el riesgo promedio supone al asegurador la actualización permanente de sus cálculos de probabilidad y estadística¹⁰⁵. A su vez, para poder establecer la prima necesita conformar ciertas reservas matemáticas.

1. La regla de la probabilidad

La regla de la probabilidad postula que el azar no obedece pauta alguna cuando se estudia un caso aislado o un grupo insignificante, pero sí lo hace cuando los casos analizados se multiplican considerablemente.

Cuanto mayor es el número de experiencias observadas, menor es el margen de error del resultado. Esta afirmación es el enunciado de la *Teoría de la probabilidad*, publicada por PASCALE en 1654. Esta teoría forma parte de las denominadas *Leyes de los grandes números*, que son una serie de teoremas que permiten ajustar los cálculos de probabilidad y que son muy utilizados en el proceso de cálculo de los seguros¹⁰⁶.

Las herramientas que permiten el cálculo de las probabilidades son la matemática y la estadística.

La matemática relaciona el número de oportunidades de realización de un evento con el número de casos posibles. La estadística, por su parte, permite la valoración de los hechos pasados y la elaboración técnica que hace posible su proyección al futuro¹⁰⁷.

De estas estadísticas se obtiene la información matemática necesaria para el cálculo de la prima: la frecuencia y la intensidad media de los siniestros. Para conocer la frecuencia de producción

¹⁰⁵ MAESTRO, *Garantías técnico-financieras de las entidades aseguradoras* (Barcelona, Centre Universitari E.A.E. Winterthur, 2000), pp. 78 y ss.; VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione. Problemi giuridici* (Bologna, Il Mulino, 1992), pp. 27 y ss.

¹⁰⁶ STIGLITZ, *Derecho de seguros*, t. I, p. 11; BERLINER, *Límites de la asegurabilidad de riesgos* (Madrid, Mapfre, 1982), pp. 45 y ss.

¹⁰⁷ MORANDI, *El riesgo...*, p. 24.

de un evento basta comparar el resultado estadístico obtenido con el número de experiencias consideradas¹⁰⁸.

Una vez cumplida la etapa de cálculo y ajuste de la probabilidad de los siniestros, el asegurador está preparado para asumir un gran número de riesgos y compensarlos, racionalmente, con un gran número de primas. Este procedimiento, que sólo se comprende presuponiendo la existencia de una mutualidad de asegurados y un asegurador profesional que intermedie en el mercado de riesgos, produce una suerte de dispersión o de socialización de los riesgos que hace económicamente soportable el negocio, tanto para tomador, como para el asegurador¹⁰⁹.

2. Las reservas matemáticas

El relevamiento científico de las probabilidades permite al asegurador pronosticar la prima que corresponde a cada integrante de la mutualidad de asegurados. Con estos anticipos, que son el resultado de un cálculo financiero, la compañía de seguros conforma un fondo con el que afronta los siniestros de la cartera seleccionada. Así, las exigencias financieras futuras se solventan con las contribuciones actuales de los tomadores¹¹⁰. Este fondo, que sólo es real si las primas son suficientes e

¹⁰⁸ BUSQUETS ROCA, ob. cit., p. 6; KHAN, ob. cit., p. 10.

¹⁰⁹ La idea de repartir y de compensar los riesgos entre un grupo más o menos homogéneo de personas es anterior a la ciencia actuarial e, incluso, previa a la invención del seguro como lo conocemos hoy. Ya los romanos conocían las asociaciones de ayuda mutua que permitía a la familia de los militares recibir un capital en caso de viaje, retiro, incapacidad o deceso (BIGOT, ob. cit., p. 8). Sobre la dispersión de riesgos y la creación de la mutualidad: PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico...*, t. XI, p. 556; MEZZERA ÁLVAREZ “Seguros. Generalidades”, p. 8; VEIGA COPO, *Tratado...*, p. 27; CUÑAT EDO, “La función...”, p. 102.

¹¹⁰ MORANDI, *El riesgo...*, p. 23.

ingresan a tiempo al patrimonio del asegurador¹¹¹, aumentará en función del ingreso de nuevos tomadores y decrecerá a medida que estos envejezcan. Teóricamente, si todos los asegurados fallecieran de acuerdo a los pronósticos de las tablas de mortalidad, por fuerza debería desaparecer¹¹².

Toda esta operativa permite definir al seguro, desde un punto de vista económico y técnico, como la ayuda mutua entre numerosas unidades económicas sometidas a riesgos similares, donde cada integrante se beneficia de las contribuciones de los demás¹¹³. Esta asistencia tiene carácter financiero e incluye cualquier equivalente en dinero destinado a cubrir la pérdida de un bien o de un beneficio.

El asegurador es el que administra estos intereses comunes con un fin lucrativo, salvo en el caso de las compañías mutuas de seguros¹¹⁴. Adopten la forma que adopten, toda compañía de seguros tiene la obligación de constituir y mantener en todo momento una solvencia patrimonial que le permita afrontar sus obligaciones. Para ello debe calcular, contabilizar e invertir correctamente, de acuerdo a la ley, las provisiones técnicas, entre las que se encuentran los fondos de reserva que estamos considerando¹¹⁵.

¹¹¹ Esta es otra diferencia entre el seguro y el juego (MEZZERA ÁLVAREZ, "Seguros. Generalidades", p. 11; VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni...*, pp. 28 y ss.).

¹¹² MEILII, ob. cit., p. 175; PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico...*, t. XI, p. 729; FANELLI, "Il contratto di assicurazione sulla vita [Profilo Giuridico]", en: *Saggi di Diritto delle assicurazioni* [Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1971], pp. 315 y ss.); de JACOB, ob. cit., pp. 436 y ss.

¹¹³ FANELLI, *Le assicurazioni...*, p. 19.

¹¹⁴ MORANDI, *El riesgo...*, pp. 18 y 21; MEIII, ob. cit., p. 4.

¹¹⁵ En el caso del Derecho español, tal obligación viene impuesta por el artículo 16.1 del Texto refundido de la Ley de Ordenación y supervisión de los seguros privados, Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre y en el artículo 29 del Real Decreto 2486/1998, en la redacción dada por el Real Decreto 1361/2007, de 19 de octubre, que lo reglamenta. En el caso del Derecho uruguayo, lo propio se impone en el Título III de la Recopilación de

Pero la prima, así calculada, no es invariable. Tampoco lo es el riesgo. Ciertamente la probabilidad de ocurrencia de un siniestro se incrementa si aumenta el riesgo. Por tanto, el asegurador debe tener en cuenta las eventuales agravaciones de modo de acomodar la prima a ese pronóstico.

La proyección de la prima se justifica sobre todo en los seguros sobre la vida porque en estos el riesgo de fallecimiento aumenta con el inevitable envejecimiento de la persona. Por esta razón, cada individuo que contrata un seguro de vida paga una prima un tanto superior a la que correspondería de acuerdo a las tablas de mortalidad consideradas¹¹⁶.

Quiere decir que la prima, en esta instancia inicial, supera perceptiblemente la curva de riesgo. El asegurador viene a recibir un *plus* que representa el exceso de primas pagadas en relación con los riesgos efectivamente soportados. Con estos excesos, debidamente capitalizados, invertidos y reunidos en la denominada *reserva matemática global*, el asegurador compensa los eventuales y a veces inevitables aumentos del riesgo¹¹⁷.

Cada individuo asegurado tiene derecho a una cuota parte de la reserva matemática global, a la que se le denomina *reserva matemática individual*, que puede ser objeto de rescate antes de ocurrir el siniestro en la gran mayoría de las especies asegurativas. Hacemos la salvedad puesto que este derecho no se reconoce en algunas especies en las cuales la reserva es inexistente o cuando mucho ínfima. Piénsese en los seguros temporales para el caso de muerte o en el seguro de supervivencia¹¹⁸. Todo depende de la práctica del asegurador o de la ley. El artículo 98 de la Ley de Contrato de Seguro, por

Normas de Seguros y Reaseguros, en la redacción dada por la Circular 2087 del Banco Central del Uruguay, de 30 de junio de 2011.

¹¹⁶ ALBANELL MAC COLL, “Seguros de vida”, en: ROCCA, M. U., *Seguros y letras de cambio* (Montevideo, Facultad de Derecho, 1975), p. 108.

¹¹⁷ TIRADO SUÁREZ, *El seguro*, en: OLIVENCIA, M., FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., y JIMÉNEZ DE PARGA, R., *Tratado de Derecho mercantil*, v. 3, *Los seguros de personas* (Madrid, Marcial Pons, 2006), pp. 138 y 139.

¹¹⁸ PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico...*, t. XI, p. 730.

ejemplo, permite el derecho de rescate en los seguros referidos, sólo si el asegurador lo permite.

En el caso del seguro de vida para la eventualidad de la supervivencia de la vida asegurada, las primas que el tomador paga se suman con sus intereses, junto con las que han sido acumuladas por aquellos que han fallecido antes de alcanzar la edad de cobro del capital. En este caso, la reserva matemática es el resultado de anexar las primas pagadas por el tomador a las partes proporcionales de las reservas de los que han fallecido sin alcanzar la edad de cobro¹¹⁹.

II. Determinación del riesgo

La dinámica de contratación del seguro moderno coloca al asegurado en una situación de inferioridad producto de su escasísima o nula oportunidad de decisión respecto del alcance concreto de la garantía asegurativa¹²⁰.

Su papel se reduce a aceptar una propuesta de seguro elaborada no en atención a su riesgo particular, sino en función del riesgo de la mutualidad de asegurados en la que es colocado. Y es que no es posible que el asegurador opere de otra manera desde que el seguro se funda en unos principios técnicos basados en cálculos estadísticos de probabilidad de siniestros que, por definición, suponen la consideración de una casuística cuantitativamente respetable.

Estas operaciones masivas luego se plasman en las cláusulas generales y en las cláusulas particulares de la póliza. Las cláusulas generales son el paradigma de estipulación

¹¹⁹ BUSQUETS ROCA, ob. cit., p. 38.

¹²⁰ LANDINI, ob. cit., p. 229; SOBRINO, ob. cit., 4; CUÑAT EDO, “Las líneas rectoras de la reforma”, en: CUÑAT EDO, V. y BATALLER GRAU, J. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados* (Cizur Menor – Navarra, Thomson Civitas, 2007), p. 107; PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, *La póliza...*, pp. 18 y ss.; BARRÓN DE BENITO, ob. cit., p. 41; GUIASOLA PAREDES, “Las condiciones generales de la contratación y el contrato de seguro”, *Vlex*, enero (vlex.com, 2000), p. 1.

contractual destinada a gobernar la relación jurídica de las dos partes, pero predispuestas e impuestas por el asegurador¹²¹.

Contra el poder del asegurador se enfrentan el control de legalidad y en ocasiones punitivo del Estado sobre las pólizas y el derecho del asegurado en tanto consumidor¹²².

Algunas leyes de seguros, además, caso de la española, declaran la imperatividad de sus normas, salvo que el contrato disponga otras más beneficiosas para el asegurado (artículo 2 de la Ley de Contrato de Seguro)¹²³.

En el Derecho español la legislación de protección de los derechos de los consumidores está integrada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias.

También debe considerarse la Ley 7/1998, de 13 de abril, que regula las Condiciones generales de la contratación y la Ley 22/2007, de 11 de julio, de Comercialización a distancia de los servicios financieros destinados a los consumidores.

En lo que refiere a los seguros, debe agregarse el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, que aprueba el Texto refundido de la Ley de Ordenación y supervisión de los seguros privados.

¹²¹ VEIGA COPO, *Condiciones...*, pp. 6 y 14; ALFARO ÁGUILA-REAL, ob. cit., pp. 305 y ss.; STIGLITZ, *Derecho de seguros*, t. I, pp. 17, 406 y 414.

¹²² LANDINI, ob. cit., p. 229; GREGORINI CLUSELLAS, ob. cit. pp. 3 y ss.

¹²³ En el texto del Anteproyecto de Ley de Contrato de seguro, de 8 de abril de 2011, existía un cuarto párrafo que establecía que en los contratos de seguro en los que el tomador o asegurado fueran, además, consumidores o usuarios, les sería de aplicación la normativa de defensa de los consumidores y usuarios en lo que no estuviera expresamente regulado en la norma proyectada o en la normativa de supervisión de seguros privados. Este párrafo fue eliminado del texto de la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, de 17 de abril de 2013.

En el Uruguay, el ordenamiento jurídico en este tema está integrado por la Ley 17250, de 11 de agosto de 2000, de Relaciones de consumo y la Ley 18507, de 7 de julio de 2009, que establece el Procedimiento aplicable a las causas judiciales originadas en las relaciones de consumo.

En la Argentina corresponde citar la Ley 24240, de 15 de octubre de 1993, de Defensa del consumidor y su modificativa, 26361, de 12 de marzo de 2008.

En todas estas normas aparece clara la idea de que las cláusulas del contrato de seguro deben redactarse en términos claros y precisos, de modo de compensar las dificultades que supone la técnica actuarial de homogeneización de los riesgos.

A. El riesgo asegurable

El equilibrio entre el riesgo y la prima en el contrato de seguro se logra cuando el precio del seguro es suficiente compensación por la asunción de ciertos riesgos.

Nos referimos a ciertos riesgos pues el asegurador no asumirá todos los riesgos; habrá muchos que ni siquiera él podrá o querrá soportar. Y esto es así aun en los seguros gobernados por el principio de universalidad, seguros donde quedan comprendidos todos los riesgos que no hubieren sido expresamente excluidos. Es que el seguro no es apuesta, antes bien, es un fenómeno muy complejo resultado de la combinación de aspectos jurídicos, reglas económicas y presupuestos técnicos, donde nada se deja al azar.

Para que un riesgo sea cubierto el asegurador busca un colectivo lo suficientemente numeroso y homogéneo. Sólo acepta riesgos individuales cuando puede compensarlos con un gran número de riesgos heterogéneos. Luego, debe darse cierta siniestralidad y la posibilidad de su cálculo estadístico. Además, el asegurado debe resultar ajeno a la desgracia puesto que lo contrario alteraría el azar estudiado¹²⁴.

¹²⁴ SÁNCHEZ LÓPEZ, ob. cit., p. 9.

Con lo dicho precedentemente queremos significar que la delimitación del riesgo, en términos jurídicos, responde a necesidades fundamentalmente actuariales del asegurador. De ahí que el asegurador sólo se haga cargo de los siniestros ocurridos por la producción de los riesgos individualizados y declarados, sea al momento de celebrar el contrato, sea mediante modificaciones posteriores debidamente documentadas¹²⁵.

La doctrina francesa ha resumido este principio en la expresión *le risque assuré, rien que le risque assuré*¹²⁶.

De lo expuesto no puede concluirse que cada seguro deba cubrir un riesgo único. Lo que queremos decir es que la prestación se pagará sólo si se verificó el riesgo concreto previsto, extremo que cobra vital importancia en el seguro de vida para el caso de muerte. En esta especie no alcanza que la póliza disponga que se comprenda el riesgo de muerte; debe especificarse, expresa y taxativamente, cuáles son los riesgos mortales que están compensados a cambio de determinada prima¹²⁷.

B. Cláusulas delimitadoras del riesgo

La delimitación del riesgo asegurado se logra mediante la descripción literal de las circunstancias que, de producirse, supondrán el derecho del asegurado a reclamar la prestación y la correlativa obligación del asegurador de responder¹²⁸.

¹²⁵ SÁNCHEZ CALERO, “Definición”, pp. 46 y 47; MORANDI, *Estudios de Derecho de seguros* (Buenos Aires, Pannedille, 1971), p. 218; ALONSO SOTO, “Lección 42. Los contratos de seguro”, p. 329.

¹²⁶ “*El riesgo asegurado y nada más que el riesgo asegurado*” (MONETTE, DE VILLE y ANDRE [ob. cit., p. 149]).

¹²⁷ GARRIGUES, *Contrato...*, pp. 89 y 513; HALPERIN, *Seguros. Exposición crítica de las leyes 17.418, 20.091 y 22.400*, 3ª ed., act. por BARBATO, N. (Buenos Aires, Abeledo Perrot On Line, 2001), cap. VIII, 2.

¹²⁸ VEIGA COPO, “La delimitación del riesgo en el contrato de seguro” en: *Cuadernos de Derecho y comercio*, n° 42 (Madrid, Consejo General del Notariado, 2004), p. 218; VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni...*, pp. 11 y ss.

En la póliza este objetivo se logra mediante la incorporación de dos tipos de cláusulas: las *cláusulas delimitadoras del riesgo* (aquellas que concretan los riesgos objeto del contrato, las que establecen la cuantía, el plazo y el ámbito espacial de validez de la cobertura del seguro¹²⁹) y las *cláusulas de exclusión* (que son las que determinan la clase y las condiciones de los eventos que el asegurador entiende exceptuados de la garantía)¹³⁰.

Conviene resaltar la abundante jurisprudencia que en España se ha desarrollado respecto de la diferencia entre las *cláusulas delimitadoras de riesgo* y las *cláusulas limitativas de los derechos del asegurado*. En efecto, éstas son sustancialmente diferentes de aquéllas en la medida en que restringen, condicionan o modifican un derecho ya adquirido por el asegurado¹³¹. El problema que presentan las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados es determinar cuándo la

¹²⁹ SALELLES, “Delimitación del riesgo y limitación de los derechos de los asegurados en el contrato de seguro de responsabilidad civil profesional”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 245 (2002), p. 1162.

¹³⁰ VEIGA COPO, *Tratado...*, pp. 105 y 119.

¹³¹ Sobre el hecho de tratarse de cláusulas sustancialmente diferentes se expide el Tribunal Supremo en reiteradas Sentencias. Marca un hito la Sentencia de 11 de septiembre de 2006 (R.J. 6576). Siguen los criterios allí establecidos, entre las más recientes, las Sentencias de 25 de noviembre de 2013 (R.O.J. 5633), 27 de junio de 2013 (R.O.J. 4094), 5 de marzo de 2012 (R.O.J. 1577), 27 de marzo de 2012 (R.O.J. 1928), 5 de abril del 2012 (R.J. 4997), 9 de julio de 2012 (R.J. 5766), 16 de febrero de 2011 (R.J. 2357), 20 de abril de 2011 (R.J. 3595), 23 de diciembre de 2011 (R.O.J. 9283), 25 de octubre de 2011 (R.O.J. 6692), 28 de noviembre del 2011 (R.O.J. 9337), 30 de noviembre de 2011 (R.O.J. 9344), 20 de julio de 2010 (R.J. 6564), 8 de septiembre de 2010 (R.J. 6.963), 1 de octubre de 2010 (R.O.J. 5535), 11 de febrero de 2009 (R.J. 77), 25 de marzo de 2009 (R.J. 221), 29 de abril de 2009 (R.J. 3355), 7 de mayo de 2009 (R.J. 321), 18 de mayo de 2009 (R.J. 316), 12 de noviembre de 2009 (R.J. 738), 15 de julio de 2008 (R.J. 4376), 22 de diciembre de 2008 (R.J. 1029), 20 de noviembre de 2008 (R.J. 1108), 13 de noviembre de 2008 (R.J. 1095), 17 de marzo de 2006 (R.J. 5639), 14 de mayo de 2004 (R.J. 2742) y 2 de febrero de 2001 (R.J. 3959).

limitación impuesta por el asegurador causa perjuicio al asegurado¹³².

De forma de prevenir al proponente del seguro sobre su verdadero poder lesivo, el legislador español, en el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro, obliga al asegurador a destacar de modo particular las cláusulas limitativas las que, además, deben ser previamente consentidas por el asegurado, por escrito.

El Tribunal Supremo ha determinado que son cláusulas delimitadoras de riesgo las siguientes: en el seguro contra daños de un edificio, la exclusión de los daños debidos a una causa súbita, accidental e imprevista¹³³ y la que excluye de la cobertura los daños causados por cualquier lluvia y sólo comprende las imprevisibles en el lugar de la obra y en determinada época del año¹³⁴; en el seguro de responsabilidad civil, las cláusulas que establecen un período temporal para la cobertura del seguro¹³⁵ y la exclusión de que la garantía alcance a los daños ocasionados a bienes de terceros depositados en los locales asegurados¹³⁶; en el seguro contra robo de cajas de seguridad, la exclusión de cobertura en caso de robo de dinero depositado en la caja¹³⁷.

En cambio, el Tribunal Supremo ha considerado que son limitativas de los derechos de los asegurados las siguientes: en el seguro de responsabilidad civil profesional, la exclusión por haberse realizado un acto médico en infracción de la *lex artis ad*

¹³² PERTÍNEZ VÍLCHEZ, “Cláusulas delimitadoras del riesgo, cláusulas limitativas y transparencia en el contrato de seguro”, *Revista española de seguros*, n° 123-124, v. I (2005), pp. 533 y ss.; BALLESTEROS GARRIDO, “Cláusulas lesivas, limitativas y delimitadoras del riesgo en el contrato de seguro. Jurisprudencia y expectativas razonables del asegurado”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 256 (2005), pp. 503, 510 y 511.

¹³³ STS de 18 de julio de 2007 (R.J. 5300).

¹³⁴ STS de 20 de abril de 2011 (R.J. 3595).

¹³⁵ SSTS de 23 de abril de 2009 (R.J. 3164), 18 de mayo de 2009 (R.J. 2924).

¹³⁶ SSTS de 19 de junio de 2007 (R.J. 5570) y 12 de diciembre de 2006 (R.J. 9602).

¹³⁷ STS de 29 de octubre de 2004 (R.J. 7216).

*hoc*¹³⁸; en el seguro de incendio, la exclusión de la imprudencia grave¹³⁹; en el seguro de automóviles, la exclusión por conducción en estado de embriaguez¹⁴⁰, por conducción sin el permiso de conducir¹⁴¹ y la que establece que las reparaciones se tasarán según el valor real de las mismas sin que nunca puedan superar el valor venal del vehículo¹⁴²; en el seguro de accidentes, la necesidad de que la incapacidad se verifique dentro del año siguiente al del accidente¹⁴³.

En España se observa un gran número de litigios como consecuencia de la diferencia entre la cláusula delimitadora de riesgo y la limitativa de los derechos del asegurado, circunstancia que queda de manifiesto en los intentos de reforma de esta norma.

En el artículo 4.4 del Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro, de 8 de abril de 2011, las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado y las cláusulas de exclusión de cobertura deben figurar de forma destacada y comprensible, además de ser específicamente aceptadas por escrito, salvo que se utilicen técnicas de contratación a distancia, en cuyo caso la aceptación puede quedar asentada en cualquier soporte duradero, a disposición del tomador o del asegurado.

Contrariamente, en el texto de la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (artículo 591-3), se eliminó toda distinción, permaneciendo la referencia a las cláusulas calificadas como abusivas por la Ley o los jueces o Tribunales, cláusulas que serán nulas sin perjuicio de la eficacia del resto de

¹³⁸ STS de 25 de noviembre de 2013 (R.O.J. 5633).

¹³⁹ STS de 9 de noviembre de 1990 (R.J. 8535).

¹⁴⁰ SSTS de 5 diciembre de 2011 (R.J. 2012/294), 5 de noviembre de 2010 (R.J. 8026), 25 de marzo de 2009 (R.J. 1744), 12 de febrero de 2009 (R.J. 1290).

¹⁴¹ SSTS de 19 de julio de 2012 (R.J. 8999), 11 de julio de 2011 (R.J. 5011), 21 de febrero de 2003 (R.J. 2132).

¹⁴² STS de 23 de octubre de 2002 (R.J. 8971).

¹⁴³ STS de 20 de abril del 2009 (R.J. 4726).

las condiciones válidas del contrato, como se propone también en el Anteproyecto.

Los textos proyectados difieren de la Ley vigente por cuanto el tercer párrafo del artículo 3 establece que una vez declarada la nulidad de una cláusula de las condiciones generales por el Tribunal Supremo, la Administración Pública competente tiene la potestad de obligar a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas, lo que no ha sido reproducido.

Es conveniente establecer la diferencia entre las cláusulas de exclusión de cobertura y las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado. La exclusión es una forma de delimitación del riesgo, de origen legal o contractual, que tiene por finalidad eliminar de la cartera ciertos infortunios. Quiere decir que sobre los riesgos excluidos el asegurado no tiene ningún derecho pues no hay seguro, ni se han pagado primas. La cláusula limitativa de los derechos del asegurado, en cambio, supone un derecho adquirido, derecho que justamente se ve acotado por el asegurador.

C. Las cláusulas de exclusión de cobertura

Dentro de las estipulaciones que fijan el alcance y las condiciones de cobertura del seguro, las cláusulas de exclusión han sido particularmente analizadas por la doctrina en virtud de ser una de las excusas más comunes esgrimidas por las compañías aseguradoras para no cumplir con su prestación.

El ejercicio legítimo de la facultad de exclusión supone la redacción clara de la cláusula, de modo que el asegurado comprenda que lo exceptuado significa que no hay cobertura, o *no hay seguro*¹⁴⁴. Por esta razón, en España, el Tribunal Supremo reclama que este tipo de cláusulas se destaquen particularmente,

¹⁴⁴ VEIGA COPO, “La delimitación...”, p. 127; SOLER ALEU, *El nuevo contrato de seguros* (Buenos Aires, Astrea, 1970), p. 66.

del mismo modo como se destacan las cláusulas limitativas, conforme al artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro¹⁴⁵.

Las exclusiones de cobertura son de interpretación estricta. Esto significa que las situaciones que se pretenden excluir deben estar enumeradas y claramente descritas en las condiciones particulares, de forma coincidente y coherente, además, con la enunciación realizada en las condiciones generales, no admitiéndose extensiones analógicas¹⁴⁶.

La exclusión de ciertos riesgos obedece a razones de muy diversa naturaleza. A veces es porque conviene a los intereses técnicos del asegurador, a veces es porque conviene al interés público y otras veces ocurre una superposición de intereses. Esto sucede cuando a los argumentos de conveniencia se le suma el dolo o la culpa grave pues, dolo y culpa grave, además de ser causales de exclusión por sí solos, en general producen una inusual y desorbitada probabilidad e intensidad de los siniestros¹⁴⁷.

La prudencia de la exclusión por razones de conveniencia técnica se comprueba cuando se explica en el ajuste del riesgo a las circunstancias que la experiencia actuarial del asegurador le indica como asegurable. Y ello porque no todos los riesgos son aceptados por la compañía de seguros. Algunas eventualidades escapan a la clasificación y posterior disposición en mutualidades o grupos de riesgos homogéneos.

Los motivos por los cuales estos riesgos quedan desamparados son variados.

Ciertas excepciones obedecen a la imposibilidad del asegurador de enfrentar las consecuencias patrimoniales del

¹⁴⁵ SSTs de de 8 de julio de 2002 (R.O.J. 5047).

¹⁴⁶ Como ejemplo de esta aplicación restrictiva véase la STAC de 27 de noviembre de 2000 (LJU.UY/JUR/159/2000).

¹⁴⁷ ALONSO SOTO, “Lección 42. Los contratos de seguro”, p. 322, SCHWARZBERG, “Disparidades judiciales. Concepto de culpa grave, montos de indemnización y oponibilidad del contrato de seguro a los terceros”, *La Ley Online* (LL. D. 2009), 7; MONETTE, DE VILLE y ANDRE, ob. cit., p. 135.

siniestro por resultarle demasiado gravosas en comparación con la contraprestación del asegurado¹⁴⁸. Pensemos en los riesgos cuya producción es casi una certeza, o los riesgos que son padecidos por la generalidad de las personas al mismo tiempo.

A veces ocurre lo contrario; el siniestro es de muy difícil realización y el asegurador no puede calcular su probabilidad con precisión pues el espectro de observación es demasiado estrecho. En otras ocasiones es muy complicado probar la existencia de ciertos bienes previamente al siniestro. Esto ocurre en el caso de los títulos valores y el dinero. Y en otras oportunidades, el asegurador prefiere ordenar su cartera y descartar riesgos referentes a objetos que no son de propiedad del asegurado (que tiene a título de depósito, comisión o porte, por ejemplo), para cubrirlos en un seguro especial¹⁴⁹.

Muchas exclusiones se explican en razones de moral o de orden público. Es el caso del dolo del asegurado, concepto que habrá de interpretarse en un sentido amplio y comprensivo de todo obrar contrario a la buena fe, aunque no existan las típicas maquinaciones, ni se cause un perjuicio efectivo¹⁵⁰.

En el caso del Derecho español el artículo 19 de la Ley de Contrato de Seguro establece que el asegurador quedará liberado de la obligación de cumplir con su prestación, si el siniestro fue causado por la mala fe del asegurado. En el Derecho uruguayo la norma se reproduce en el artículo 639 del Código de Comercio¹⁵¹.

¹⁴⁸ STIGLITZ - STIGLITZ, *Seguro contra la responsabilidad civil* (Buenos Aires, A. Perrot, 1991), pp. 280 y ss.

¹⁴⁹ SÁNCHEZ CALERO, "Seguro contra robo. Concepto", en: SÁNCHEZ CALERO, F., TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A. J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día (Cizur Menor-Navarra, Aranzadi, 2010), pp. 1125 y ss.

¹⁵⁰ MONETTE, DE VILLE y ANDRÉ, ob. cit., pp. 400 y 401.

¹⁵¹ El artículo 639 del Código de Comercio uruguayo dispone:
"El asegurador no responde en ningún caso de los daños o de la avería causados directamente por vicio propio o por la naturaleza de las cosas aseguradas, a no mediar estipulación expresa en contrario.

Antiguamente se ponía como ejemplo de conductas dolosas o contrarias a la moral o al orden público el caso del suicidio, el duelo y el deceso de niños de corta edad¹⁵².

Actualmente, en los Tribunales españoles se discute el tema de la conducción bajo los efectos del alcohol o de drogas tóxicas, punto en el que se relaciona el dolo con el tema de las cláusulas de exclusión y las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados.

En la jurisprudencia española se aprecian dos tendencias.

La primera, sostenida por la denominada *jurisprudencia menor*, suele descartar la cobertura del asegurador en los casos de accidentes causados cuando el conductor se encontraba alcoholizado o bajo los efectos de las drogas, en el entendido de que esa situación configura un supuesto de dolo.

La segunda, defendida por el Tribunal Supremo, entiende que la presencia de alcohol o drogas en el agente del daño, individuo ciertamente imprudente, no presume por éste hecho su conducta dolosa, pues una cosa es la voluntariedad de la conducción en estas circunstancias y otra, muy distinta, la intención de causar el daño. Por tanto, de acuerdo al Tribunal Supremo, el asegurador debe responder, aun en esos casos, salvo que haya limitado los derechos del asegurado cumpliendo con los requisitos formales del artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro. Así, se ha dicho que no existe en el Derecho español obstáculo alguno para que, en forma voluntaria, se asegure el exceso no cubierto por el seguro obligatorio y las responsabilidades que por las exclusiones de este seguro puedan corresponder, siempre y cuando, claro está, estas cláusulas, comprendidas como limitantes de los derechos del asegurado se

Tampoco responde de los daños o averías ocasionados por hecho del asegurado, o de los que le representan. Así en este caso, como en el precedente, puede exigir o retener la prima, si los riesgos han empezado a correr

El asegurador no quedará exonerado de su obligación, si los daños o averías han sido causados por sus comisionados o personas que le representen”.

¹⁵² MONETTE, DE VILLE y ANDRÉ, ob. cit., pp. 126, 127, 131 y 132.

destaquen convenientemente en las condiciones generales y sean consentidas por el asegurado mediante su firma, sea en la póliza o sea en un documento complementario¹⁵³.

En la Jurisprudencia argentina se observa el mismo problema pero predomina otra discusión. En ese país existe un proveído 87850, aprobado por la Superintendencia de Seguros de la Nación, documento según el cual la simple configuración del estado de ebriedad es suficiente para eximir a las aseguradoras de su obligación de cumplir con su prestación.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de ese país, ha establecido que el estado de ebriedad, aun cuando estuviera claramente señalado como exclusión, conforme al referido proveído, debe descartarse como causa eficiente de la colisión en la medida en que el accidente obedezca a otras razones¹⁵⁴. Es, entonces, un problema de nexo causal.

En el Uruguay, en orden al problema de las exclusiones de cobertura en estos casos, lo que se aprecia es una controversia en torno a qué debe entenderse por conducción bajo los efectos del alcohol, y ello por cuanto se ha intentado ejercer el derecho de exclusión en un caso en que el conductor presentaba niveles permitidos de alcohol en sangre (5,5 decigramos sobre 8 decigramos por litro de sangre). La Suprema Corte de Justicia rechazó la pretensión del asegurador¹⁵⁵.

D. El abuso del derecho de exclusión

El asegurador abusa de su legítimo derecho de exclusión cuando la causa alegada no encuentra justificación en argumentos jurídicos o actuariales válidos. También lo hace cuando la

¹⁵³ STS de 24 de mayo de 2013 (R.J. 2603), STS de 16 de febrero de 2011 (R.O.J. 543), STS de 15 de diciembre de 2011 (R.O.J. 9176), STS de 5 de noviembre de 2010 (R.O.J. 5876), STS de 12 de febrero de 2009 (R.O.J. 446), STS de 25 de marzo de 2009 (R.O.J. 1246), STS de 13 de noviembre de 2008 (R.O.J. 950) y STS de 7 de julio de 2006 (R.O.J. 704).

¹⁵⁴ SCNC, de 4 de diciembre de 2012, *Tiempo de Seguros*, n. 237 (www.tiempodeseguros.com.ar).

¹⁵⁵ SCJ de 5 de noviembre de 2012 (BJN. 896/2012).

exclusión vacía de contenido el contrato. Y esto es así pues, si bien es cierto que no todo riesgo es asegurable, sí lo es el natural, esto es, el inescindible a cada modalidad de seguro¹⁵⁶.

En caso de que la exclusión del riesgo quite virtualidad al contrato el asegurado podría defenderse haciendo valer la lesividad de la cláusula o el error en su consentimiento¹⁵⁷. Esta idea ha sido aplicada por la jurisprudencia española¹⁵⁸ y uruguaya¹⁵⁹. A ello debe sumarse el necesario examen respecto a

¹⁵⁶ VEIGA COPO, “La temporalidad en el contrato de seguros. Riesgo y siniestro: una ecuación interesadamente compleja”, *Revista española de seguros*, n° 142 (2010), p. 264.

¹⁵⁷ MAYAUX, “Le risque assurable”, en: BIGOT (Dir.), *Traité de Droit des assurances*, t. 3 (Paris, Librairie Gènerale du Droit et du Jurisprudence, 2002), pp. 763 y ss.; VEIGA COPO, *Tratado...*, p. 107; SÁNCHEZ CALERO, “El seguro de responsabilidad civil para administradores, directores y gerentes de las sociedades mercantiles (1)”, *Revista española de seguros*, n° 107 (2001), p. 408; BALLESTEROS GARRIDO, ob. cit., p. 517.

¹⁵⁸ Véase el caso resuelto por el Tribunal Supremo en sentencia del 28 de noviembre de 2011 (R.O.J. 9337). Se trataba de un seguro combinado que indemnizaba los daños en ciertas hipótesis de responsabilidad civil, desperfectos eléctricos, incendio, explosión y nevadas, entre otros. El objeto asegurado era un restaurante, parte de cuyas instalaciones estaba conformado por una carpa. Ocurrido un siniestro comprendido entre los previstos, el asegurador pretendió exonerarse de su responsabilidad alegando la existencia de una cláusula de exclusión a la referida carpa. Entre los argumentos de la Audiencia Provincial que el Tribunal Supremo recoge, aparece clara la interpretación que consideramos correcta, en el sentido de que una estipulación como la que se discutió en este proceso, reduce el ámbito material de cobertura del seguro, hasta tornarlo inexistente.

En otra situación esta defensa no prosperó pues, a criterio del Tribunal, la exclusión no alcanzó a desnaturalizar el contrato; no lo vació de contenido, ni lo limitó de forma esencial o inesperada (STS de 4 de noviembre de 2011 [R.O.J. 6919]).

¹⁵⁹ Una compañía de seguros pretendió exonerarse de su obligación alegando que el asegurado había sido negligente dejando una excavadora abandonada y sin protección en el medio de una zona rural. La Suprema Corte hizo notar que el emplazamiento del objeto asegurado era perfectamente conocido por el asegurador y que incluso había aceptado que la excavadora pudiera quedar al aire libre, sin mayores requerimientos de seguridad. Concluyó que las medidas de seguridad pretendidas por el asegurador significarían distorsionar el vínculo

la prolijidad cómo el asegurador haya redactado la cláusula de exclusión¹⁶⁰.

Un comentario aparte merece el caso del seguro multirriesgo. La póliza multirriesgo tiene la particularidad de ofrecer una combinación de garantías que contempla buena parte de las otorgadas por los seguros de daños tradicionales (incendio, robo, responsabilidad civil y otras), aunque dotadas de mayor flexibilidad y amplitud, característica que las distingue de las clásicas pólizas combinadas.

La flexibilidad referida queda particularmente de manifiesto en los seguros multirriesgo contratados para el hogar, pues permiten la cobertura de riesgos que usualmente son exceptuados en los seguros de daños y cuya garantía alcanza a los bienes cuando son transportados por el asegurado desde su residencia habitual al lugar de destino y viceversa y también durante la estancia en viviendas, apartamentos, hoteles o pensiones.

Los seguros multirriesgo, igual que las pólizas combinadas, suelen contratarse sobre la base de unas condiciones básicas que luego son completadas con una serie de coberturas opcionales, en las que, igual que en cualquier seguro, suelen establecerse diversas exclusiones.

contractual por cuanto alterarían la ecuación económica tenida en cuenta por las partes al contratar (SSCJ, de 30 de marzo de 2011 [BJN. 71/2011]).

¹⁶⁰ Un comentario merece la Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil uruguayo, de 31 de marzo de 2004 (LJU. UY/JUR/285/2004). Se trataba de un seguro de viajero que contenía una cláusula según la cual el asegurador excluía de cobertura los daños ocurridos por la práctica de deportes en competición, automovilismo, motociclismo y deportes invernales practicados fuera de pistas reglamentarias. El asegurado se lesionó jugando un partido de básquetbol de veteranos en el Campeonato Mundial en Eslovenia. Argumentó que no correspondía entender que este deporte estuviera comprendido en la exclusión. El Tribunal, por el contrario, entendió que la cláusula era suficientemente clara y que la exclusión se justificaba perfectamente en razones actuariales desde que el desempeño de cualquier deporte en competencia supone mayores riesgos para el asegurador, riesgos que necesariamente han de reflejarse en la prima.

La amplitud de la cobertura de los seguros multirriesgo no sólo dificulta descubrir estas exclusiones sino que, además, puede provocar que se vacíe de contenido el contrato¹⁶¹.

Esto sucede cuando, por ejemplo, la póliza cubre los daños materiales directos producidos por la lluvia y en las exclusiones se establece que el seguro no alcanzará los daños ocasionados por goteras, filtraciones, oxidaciones o humedades, cualquiera sea la causa¹⁶².

Capítulo tercero: Principios y caracteres jurídicos de la declaración de los riesgos

Tradicionalmente el deber de declaración exacta de los riesgos en el contrato de seguro se ha fundado en la buena fe a la que, según se verá, se la considera de un modo especialísimo.

Es por todos repetido que el deber de declaración de los riesgos se impone al futuro tomador debido a que el asegurador no podría conocer el riesgo, sea porque le resultaría demasiado costoso, sea porque la información que necesitaría sólo la podría obtener del proponente¹⁶³.

También se ha dicho que el deber de declaración se justificaría en la necesidad de tutelar el consentimiento del asegurador, consentimiento que podría verse viciado por error¹⁶⁴.

Finalmente, hay quienes fundan la existencia de este deber en el necesario equilibrio de las prestaciones, circunstancia difícil

¹⁶¹ BATALLER GRAU, “El seguro multirriesgo hogar”, p. 1897.

¹⁶² STS de 11 de noviembre de 2004 (R.J. 1060).

¹⁶³ CALZADA CONDE, “El deber precontractual de declaración del riesgo”, *Poder Judicial*, segunda época, n° 16 (1989), p. 160; LEFORT, *Nouveau traité...*, p. 466; SARFATTI, “Il particolare vizio del consenso dell’assicuratore devuto a dichiarazioni false o erronee o a reticenza dell’assicurato in diritto comparato”, *Assicurazioni*, año II, p. I, t. XIII-XIV (1935), p. 313; FERRI, *Manuale di Diritto commerciale*, 12 ed. (Torino, Unione Tipografica Editrice Torinese Giuridica, 2007), p. 866.

¹⁶⁴ CUÑAT EDO, “La función...”, pp. 127 y ss.

de lograr en los contratos aleatorios¹⁶⁵. Así, si el riesgo declarado inicialmente, o el resultante de las variaciones producidas durante la ejecución del contrato no se corresponde con la realidad, se descompondría el equilibrio del contrato lo cual, en la mayoría de los casos, determinaría el fracaso de la relación contractual¹⁶⁶.

I. Principio de buena fe

Hay tantas definiciones de buena fe como autores han tratado el tema en sus ángulos más sobresalientes: moral, filosófico, sociológico, jurídico y religioso.

No obstante la conveniente indeterminación, todos los autores que se han ocupado de la buena fe coinciden en atribuirle el rango de parámetro de conducta a seguir en la vida de relación, dotado de ciertos valores ejemplares que hacen a las personas de bien¹⁶⁷. Así, la doctrina recurre a los conceptos de lealtad,

¹⁶⁵ REGLERO CAMPOS, “El deber de declaración exacta del riesgo por el tomador del seguro/asegurado”, en: REGLERO CAMPOS, L. F. (Coord.), *Ley de Contrato de Seguro* (Cizur Menor - Navarra, Thomson Aranzadi, 2007), p. 200.

¹⁶⁶ HALPERIN, “Importancia del hecho falseado u ocultado al asegurador. Reticencia como causa de nulidad del seguro”, *La Ley*, t. 6 (1937), p. 731; STIGLITZ, *Derecho de seguros*, t. I, p. 388.

¹⁶⁷ La doctrina recuerda que la buena fe es un concepto moral elevado a principio informador de la norma jurídica que transparenta el fondo ético del Derecho (DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho...*, p. 398; STIGLITZ, *Derecho de seguros*, t. II, p. 5; DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español* [Barcelona, Bosch, 1965], pp. 29, 30 y 40 y también en “La buena fe contractual”, *La Ley Online*, 295 [2008]). Derecho y moral son conceptos distintos pero no antagónicos pues todo sistema jurídico corresponde a un sistema moral (MORANDI, “Il principio della buona fede nell’assicurazione e nella riassicurazione”, *Assicurazioni*, t. I [1987], p. 403). La moralización del sistema jurídico es consecuencia de la exigencia de este parámetro de conducta, sobre todo a partir de la segunda década del siglo XX, cuando se supera la idea dominante según la cual la interpretación de los contratos debía realizarse fundamentalmente atendiendo a su tenor literal (DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho...*, pp. 48 y 49).

honestidad y probidad¹⁶⁸. También se asimila la buena fe a conceptos jurídicos como el obrar conforme a Derecho¹⁶⁹, de acuerdo a cierto parámetro de diligencia (concretamente el del buen padre de familia¹⁷⁰) y a la igualdad en la negociación¹⁷¹. Estos sinónimos encuentran su denominador común en la *fides* a la que los hombres deben ajustar su comportamiento, sea porque se lo impone la norma dispositiva (buena fe objetiva), sea porque así se lo dicta su propia conciencia (buena fe subjetiva) y que supone, en definitiva, el respeto a la palabra empeñada en las tratativas y la promesa de no interrumpir la relación concluida¹⁷².

¹⁶⁸ LÓPEZ FIDANZA, “El principio de la buena fe”, *La Ley Online*, 2004 (2005), 1.

¹⁶⁹ MORANDI, “Il principio...”, pp. 405, 407, 411 y 412.

¹⁷⁰ DURANTE, “La buona fede e il contratto di assicurazione”, *Assicurazioni*, año XLVI, p. I, pp. 222 y ss. (1979), p. 11.

¹⁷¹ PARDESSUS, ya en 1831, definía la buena fe como el principio que hace posible la igualdad en la negociación, especialmente en el caso de los contratos aleatorios como el seguro (PARDESSUS, *Cours de Droit commercial*, 4ª ed., t. I [París, Nève, Librairie de la Cour de Cassation, 1831], pp. 252 y 253). MONETTE, DE VILLE y ANDRE, a su tiempo, sostuvieron que la especial importancia de la buena fe en el contrato de seguro se explica en la desigualdad entre las partes (MONETTE, DE VILLE y ANDRE, ob. cit., pp. 76 y 77). Hasta hoy se sostiene el poder de la buena fe como instrumento correctivo de las desigualdades en la contratación, al punto de ser el criterio interpretativo a utilizar para verificar la intención de las partes, incluso cuando sus términos sean claros (GALGANO, “Libertad contractual y la justicia del contrato”, Ponencia presentada en el Congreso de Messina del 28 al 30 de septiembre de 2005 sobre “El ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa”, trad. de DE LA COLINA, *La Ley Online*, 2008, B, n° 977).

¹⁷² Todo sin perjuicio de la advertencia que realiza DE LOS MOZOS en cuanto a que la buena fe es un concepto unitario (*El principio...*, pp. 22, 34, 44 y especialmente la p.39); MENDELEWICZ, “La interpretación en el contrato de seguro”, *La Ley Online*, (2005), 799; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, “Lealtad en el período precontractual (La conducta de las partes en las negociaciones preliminares, según proyectos de Derecho contractual europeo y conforme a otros trabajos prelegislativos)”, *Anuario de Derecho Civil*, t. LXIII, f. II (Madrid, Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, 2010), p. 588; PUJOL-REVERSAT, “La bonne foi, principe général du droit dans la jurisprudence communautaire”, *Revue trimestrielle de droit européen*, n° 2 (2009), pp. 208 y ss.

La imposibilidad de alcanzar un concepto comprensivo de todos los valores señalados no puede conducir a considerar sinónimos ciertas cualidades, si se quiere menores, como la corrección. La buena fe es comprensiva de este último concepto, sin duda, pero implica una actitud positiva que excede, en mucho, la mera urbanidad, esto es, la abstención de dañar. Significa la cooperación con el cocontratante tendiente a la satisfacción de sus expectativas, sobre todo informativas¹⁷³.

No obstante, conviene observar que no siempre el futuro contratante tiene a su cargo el cumplimiento de deberes precontractuales de información. Dicho en otros términos, en ocasiones es lícito que durante la negociación los interesados reserven para sí determinados datos. Todo dependerá del tipo de contrato y de si las partes pueden confiar, legítimamente, en la información que le será brindada¹⁷⁴.

A. La buena fe en el seguro

GARRIGUES afirma que la buena fe mercantil equivale a la confianza que una parte deposita en la otra; la ilusión de no ser engañada; fe en que el pacto se cumplirá como es debido¹⁷⁵. Una idea similar sustenta POTHIER cuando distingue entre la obligación de no disimular nada sobre las cosas que son de la sustancia del contrato y la obligación de no inducir en error a la otra parte realizando falsas declaraciones. La primera queda

¹⁷³ STIGLITZ - STIGLITZ, *Responsabilidad precontractual. Incumplimiento del deber de información* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992), pp. 25 y 67; BREBBIA, *Responsabilidad precontractual* (Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1987), p. 93.

¹⁷⁴ DE LA MAZA GAZMURI, “Casos realmente difíciles: los deberes precontractuales de información y las consideraciones de eficiencia”, *Anuario de Derecho Civil*, t. LXIII, n° IV, octubre – diciembre (Madrid, Ministerio de Justicia [Centro de Publicaciones] y Boletín Oficial del Estado, 2010), pp. 1685, 1695 y 1708.

¹⁷⁵ GARRIGUES, *Instituciones de Derecho mercantil*, 5ª ed. (Madrid, Aguirre Torre, 1953), p. 334.

reducida al fuero de la conciencia; la segunda, en cambio, pertenece al mundo exterior¹⁷⁶.

La severidad del régimen de reticencia, sobre todo en los regímenes que establecen la nulidad del contrato sin importar la conducta del proponente, sería la prueba acabada de considerar la buena fe de una manera particular y hasta característica, que se traduciría en la exigencia de un deber de colaboración muy superior al que rige en el resto de los contratos, como resultado de su aleatoriedad¹⁷⁷.

En consecuencia, este contrato está dominado, en los tratos previos, en su conclusión y durante su transcurso, por el principio de la *uberrimae bonae fidei*, recíproco entre los contratantes, distinto en esencia del deber genérico de buena fe, presente en toda contratación¹⁷⁸.

¹⁷⁶ POTHIER, ob. cit., p. 81.

¹⁷⁷ LANGLE Y RUBIO, ob. cit., p. 527; VEIGA COPO, *Tratado...*, p. 61; PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico...*, t. XI, p. 604; RUBIO VICENTE, ob. cit. pp. 5 y 7; BROSETA PONT, ob. cit., p. 382; STIGLITZ, *Derecho de seguros*, t. II, p. 56 CABANILLAS SÁNCHEZ; *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y en el mercantil* (Madrid, Montecorvo, 1988), pp. 206 y 266 y ss.; VEIGA COPO, *Tratado...*, p. 405; BRUNETTI, “Le dichiarazioni...”, p. 587; PARELLA, “Dichiarazione false, erronee o reticenti dell’assicurato nella nuova disciplina delle assicurazioni”, *Assicurazioni*, p. I, t. XIX-XX (1941), p. 171; SALANDRA, “Le dichiarazioni...”, p. 3; IVANUS, *De la réticence dans les contrats* (Paris, Jouve & Cie, Éditeurs, 1924), p. 46; MORANDI, “Il principio...”, p. 404; STIGLITZ - STIGLITZ, *Responsabilidad precontractual...*, p. 23; BREBBIA, ob. cit., p. 92; BÉDARRIDE, *Traité du dol et de la fraude en matière civile & commerciale*, t. I, 4^a ed. rev. par RIVIÉRE (Paris, Chevalier-Marescq & Cie., Editeurs, 1887), p. 205; PARDESSUS (ob. cit., p. 252); MANGHETTI, “Etica e assicurazione: quali comportamenti”, *Assicurazioni*, p. IV (2002), pp. 3 y ss.; KHAN, ob. cit., p. 2.

¹⁷⁸ Toda la doctrina destaca la importancia de la confianza y de la honestidad, valores indispensables para que el asegurador pueda comprender y ponderar el riesgo que le propone el futuro asegurado, sin los cuales no le es posible adoptar una decisión que convenga a sus intereses y que, además de manifestarse en el momento de conclusión del contrato, deberían mantenerse durante su ejecución. Entre los italianos es un postulado que mantiene DURANTE (“La buona fede...”, p. 223); CRISCUOLI (“Comportamento ingannevole e misura della responsabilità delle parti nella stipula del contratto

Utilizando un concepto igualmente indeterminado, algunos autores entienden que es la equidad la que impone al tomador o asegurado tomar la iniciativa de modo de informar a su asegurador todas las circunstancias relacionadas con el riesgo, sincera, exacta y completamente¹⁷⁹. Por las mismas razones de equidad, el asegurador debe prestar su colaboración para atenuar la situación de debilidad en que se encuentra el futuro tomador debido a su ignorancia respecto de las bases técnicas sobre las que se calcula la prima¹⁸⁰.

Las manifestaciones que adopta la buena fe son variadas. En ocasiones se percibe en un plus de la relación obligacional, ampliando el espectro de las prestaciones literalmente comprometidas por las partes. En otras oportunidades y a los fines de preservar la relación de equivalencia o el principio de máxima reciprocidad de intereses, opera como límite al ejercicio abusivo de los derechos, delimitando la extensión de las obligaciones a cargo del deudor¹⁸¹.

d'assicurazione”, *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, año XLVIII [1994], p. 1183), BRUNETTI (“Le dichiarazioni...”, p. 587), PARELLA, (“Dichiarazione...”, p. 171) y SALANDRA (“Le dichiarazioni...”, loc. cit.). Asimismo, es una conclusión a la que han llegado muchos autores franceses como IVANUS (ob. cit., p. 46) y TIFFREAU (“Le silence et le contrat d’assurances”, *Revue Gènerale du Droit des Assurances Terrestres*, n° 4 [1989], pp. 766 y ss.). Entre la doctrina española se destacan RUBIO VICENTE (ob. cit. p. 7), GRIMA LIZANDRA (“La conducta típica del delito de estafa: reflexiones a la luz de la jurisprudencia”, en: BOIX REIG, J. *Estafas y falsedades (Análisis jurisprudencial* [Madrid, iustel, 2005], p. 51), SÁNCHEZ CALERO (“Deber de declaración del riesgo”, p. 280) y BROSETA PONT (ob. cit., p. 382). También, es una conclusión reiterada en la doctrina argentina por MORANDI (“El principio...”, p. 404), STIGLITZ - STIGLITZ (*Derecho de seguros*, t. IV, 5ª ed. act. y ampl. [Buenos Aires, La Ley, 2008], p. 23) y BREBBIA (ob. cit., p. 92).

¹⁷⁹ Equidad y buena fe son conceptos semejantes pero no sinónimos (DI MAJO, “La buena fe en la ejecución de los contratos”, *La Ley Online*, n° 3 [2002], p. 62).

¹⁸⁰ GARRIDO CORDOBERA, “El poder en la negociación contractual y las desigualdades negociales”, *La Ley Online*, n° 3, p. I (2009), p. 4.

¹⁸¹ MORANDI, “El principio...”, pp. 405 a 407.

1. La buena fe como límite del propio derecho

La obediencia al principio de buena fe, en tanto aplicación específica de la cláusula general que gobierna el deber de declaración del riesgo, se concreta en la limitación al ejercicio del propio derecho en honor a la lealtad, la confianza y la consideración debida a la contraparte, con el único límite de la ley¹⁸².

La limitación al propio derecho se manifiesta, tanto en las tratativas como en la ejecución de dos formas: negativamente (a través de un comportamiento de respeto y conservación de la esfera del interés ajeno) o positivamente (mediante cierta actividad tendiente a colaborar con el cocontratante para que logre su interés)¹⁸³.

¹⁸² La declaración veraz del riesgo como deber sustentado sobre el concepto de buena fe que por definición, se abstrae de las circunstancias de tiempo y lugar (REZZÓNICO, “Cláusulas abusivas en condiciones contractuales generales: panorama y soluciones”, *La Ley Online*, 998, [1983], B), ha sido la posición tradicional defendida por célebres autores franceses e italianos, como COUTEAU (*Traité des assurances sur la vie*, t. II [París, Librairie de la Cour de cassation, Marchal, Billard & Cie-Librairie des assurances, Armand Anger, 1881], p. 136), IVANUS (loc. cit.), BETTI (ob. cit., pp. 114 y 115), BRUNETTI (“Le dichiarazioni...”, p. 587), PARELLA (“Dichiarazione...”, p. 171) y SALANDRA, (“Le dichiarazioni ...”, p. 3).

Hoy esta conclusión se encuentra en plena vigencia gracias al aporte de la doctrina contemporánea, sobre todo española y argentina, entre quienes se destacan GARRIGUES (*Contrato...*, pp. 47 y ss.), DÍEZ PICAZO (*Fundamentos de Derecho...*, p. 50), RUBIO VICENTE (ob. cit. pp. 7 y 14), SÁNCHEZ CALERO (“Deber de declaración del riesgo”, pp. 280 y ss.), STIGLITZ (*Derecho de seguros*, t. II, p. 55), MORANDI (“Il principio...”, p. 404), STIGLITZ - STIGLITZ, *Responsabilidad precontractual...*, p. 23) y BREBBIA (ob. cit., p. 92).

No obstante, HILSENRAD advierte sobre la gran influencia de la buena fe sobre el criterio del juez, influjo que puede llegar a ser pernicioso si conduce al desconocimiento de las reglas y normas del Derecho positivo. El autor realza las virtudes de la norma jurídica, la determinación y la seguridad, atributos que han de peligrar si el juez aplica en forma integral la noción de buena fe (HILSENRAD, *Las obligaciones precontractuales*, trad. de MENÉNDEZ PIDAL [Pamplona, Navarra, Analecta Editorial, 2005], p. 82).

¹⁸³ GALGANO, “Il negozio giurídico”, en: CICU, A., MESSINEO, F., y MENGONI, L., *Trattato di Diritto civile e commerciale* (Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2002), p. 449; STIGLITZ, “El incumplimiento del contrato como acto ilícito y la

La teoría expuesta se apoya en el papel preponderante que tiene la declaración en la teoría general del negocio jurídico, ya no como mero vehículo de la voluntad, sino como requisito estructural que permite su trascendencia social y jurídica. Ahora bien, todo declarante corre el riesgo de expresarse mal y a partir de allí defraudar la confianza que el destinatario ha puesto en él. Por eso, el declarante que no cumple con su deber, debe responder y es en esta reclamación de responsabilidad donde aparece la buena fe como límite correctivo¹⁸⁴.

El derecho del futuro tomador del seguro a la reserva sobre las circunstancias que rodean su interés asegurable, debe ceder ante el derecho del asegurador a conocer, con exactitud, el riesgo que se le ofrece. En función de la buena fe que toca exigir al tomador, el asegurador podrá interpretar el pacto de acuerdo a lo que verosímilmente entendió o pudo entender, obrando con cuidado y previsión¹⁸⁵.

La comprensión de la buena fe como límite al derecho del futuro tomador se justifica, aún más, si agregamos que la compañía de seguros necesita del auxilio del proponente del seguro en la medida en que sólo con dificultad y dentro de un ámbito limitado puede informarse directamente sobre el concreto riesgo de cuyas consecuencias dañosas habrá de responder¹⁸⁶.

infracción a las reglas secundarias de conducta”, *La Ley Online*, número especial en homenaje a su Director A. Alterini, (2009), 389.

¹⁸⁴ BETTI, ob. cit., pp. 110, 112, 114 y 141; GALGANO, “Il negozio giuridico”, ob. cit., p. 510; DRUCAROFF AGUIAR, “Buena fe, lesión y equidad”, *La Ley Online*, n° 342, A (2009), p. 37.

¹⁸⁵ STIGLITZ, *Derecho de seguros*, t. I, p. 388.

¹⁸⁶ La doctrina es unánime en este sentido desde hace muchos años. Se destaca la opinión de PARELLA (“La reticenza...”, p. 756), SALANDRA (“Le dichiarazioni...”, pp. 2 y 3), BUTTARO (“Contratto di ...”, p. 483 y de la misma forma en “In tema...”, pp. 737 y 738), STEIDL (ob. cit., p. 41), SCHMIDT (“L’influenza del comportamento dell’assicurato sulla garanzia prevista in contratto”, *Assicurazioni*, año XXXIII, n° 4 y 5 [1966], pp. 449 y 451), GARRIDO Y COMAS, *Tratado...*, t. I, v. I, p. 24), GARRIGUES (*Contrato...*, p. 49), CATALA (ob. cit., pp. 453 y 454), PELAGGI, (ob. cit., pp. 219, 220, 223 y 224), GARCÍA VILLAVERDE (“Contenido de la notificación de las alteraciones del riesgo”, en: VERDERA Y TUELL, E. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Contrato de*

Como consecuencia de lo expuesto, se ha dicho que a diferencia de otros contratos, en el seguro, el asegurador no está en condiciones de verificar las declaraciones del futuro tomador, sea por simple imposibilidad material o por resultarle demasiado costoso. Estas investigaciones se realizan una vez producido el siniestro¹⁸⁷.

Los argumentos que se manejan son de índole práctica. Se dice que muchos de los hechos que permiten el establecimiento de la prima corresponden al reducto más íntimo del tomador o del asegurado, durante toda su vida¹⁸⁸. Además, se observa que una investigación completa no se acomodaría a la dinámica del seguro e insumiría costes que se trasladarían al consumidor,

Seguro, v. I, [Madrid, Colegio Universitario de Estudios Financieros, 1982], p. 1018), MARTANO y MARIOTTI (“Quando il rischio reale non corresponde al rischio assicurato”, *Responsabilità civile e previdenza*, nov. dic. [Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1990], pp. 943 y 944), WEIGMANN (“L’importanza del questionario per valutare le reticenze dell’assicurato”, *Giurisprudenza italiana*, año 143 [1991], p. 1029), PLANIOL y RIPERT, (*Tratado práctico...*, t. XI, p. 605), FONTANARROSA (“La declaración del riesgo en el contrato de seguro. Reticencia y falsa declaración”, *Revista del Colegio de abogados de Rosario*, t. XIII [1942], p. 99), HALPERIN (“Importancia...”, p. 731), SÁNCHEZ CALERO (“Deber de declaración del riesgo”, pp. 280 y ss.), SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (*Instituciones de Derecho Mercantil*, v. II., 36 ed. [Cizur Menor - Navarra, Thomson Reuters, 2013], p. 509), RUBIO VICENTE (ob. cit., p. 11). Entre los uruguayos, véase a CERRUTI AICARDI, “Falsa declaración y reticencia en la descripción del riesgo en el contrato de seguro de vida”, en: *Estudios jurídicos en memoria de Juan José Amézaga* [Montevideo, Martín Bianchi Altuna, 1958], pp. 99 y 100 e IFRÁN, “Consideraciones sobre la reticencia en el derecho uruguayo”, *Revista Ibero-Latinoamericana de seguros*, n° 26 (2007), p. 239.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reiterado la importancia de la delimitación del riesgo y las dificultades del asegurador para conocer por sí mismo su alcance como justificación suficiente para exigir al asegurado el cumplimiento exacto del deber de declaración. Es en este deber en donde reside la esencia de la buena fe en el contrato de seguro (SSTS de 4 de diciembre de 2008 [R.J. 6948], 15 de noviembre de 2007 [R.O.J. 7181], 3 de mayo de 2006 [R.J. 4070] y de 1 de junio de 2006 [R.J. 3063]).

¹⁸⁷ POZO, “La reticencia en el contrato de seguro de vida”, *Revista de Jurisprudencia Argentina*, v. IV (1943), p. 468.

¹⁸⁸ VEIGA COPO, *Tratado...*, p. 63; SÁNCHEZ CALERO “Deber de declaración del riesgo”, p. 280; CERRUTI AICARDI, ob. cit., p. 100.

encareciendo las primas y contrariando su finalidad social¹⁸⁹. Luego, se concluye, aunque el asegurador realizara estas investigaciones y aliviara la carga informativa del futuro tomador, la situación no se vería sustancialmente modificada desde que ninguna pesquisa sustituirá el conocimiento del sujeto que padece el riesgo¹⁹⁰.

2. La buena fe como amortiguador de la desigualdad negocial

El contrato de seguro es un contrato de adhesión en tanto su celebración se realiza utilizando fórmulas predispuestas a las que el asegurado se somete sin tener la oportunidad de participar en su confección¹⁹¹. Es cierto que en ocasiones el asegurador puede

¹⁸⁹ SANGIOVANNI, ob. cit. p. 278

¹⁹⁰ SOLIMANDO, ob. cit., pp. 24 a 26.

¹⁹¹ Destacan esta nota distintiva: STIGLITZ, *Derecho de seguros*, t. I, pp. 406 y 414; VEIGA COPO, *Condiciones en el contrato de seguro* (Granada, Comares, 2005), p. 3 y también en *Tratado...*, p. 59; PACHECO JIMÉNEZ, “Las cláusulas lesivas del artículo 3 LCS”, *Westlaw* (2009), BIB 288; MILLER ARTOLA, “La reticencia del asegurado y la obligación de informarse del asegurador”, *La Justicia Uruguaya*, t. 130 (2004), pp. 75 y 76; MORANDI, “El principio...”, pp. 405 a 407. En la jurisprudencia española: STS de 1 de octubre de 2010 (R.J. 535), 2 de abril de 2009 (R.J. 1754). En sentencia de 3 de mayo de 2006 (R.J. 4070), el Tribunal Supremo sienta unos criterios importantes: en primer lugar, considera que la Ley de Contrato de Seguro ha sido concebida con una clara finalidad tuitiva de los asegurados, considerados los contratantes más débiles de la relación; en segundo lugar, determina que la herramienta elegida por el legislador ha sido la declaración de imperatividad de sus preceptos salvo el pacto en contrario y en tercer lugar, concluye que el asegurado, en tanto consumidor ha visto ampliado su amparo con el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. En Uruguay: SJLC de 18º turno, de 27 de septiembre de 1996 (*Revista de Derecho comercial y de la empresa*, año XVII, nº 65-66 [1997], pp. 127 a 136); STAC, de 17 de abril de 1997 (*Revista de Derecho comercial y de la empresa*, año XVII, nº 65-66 [1997], pp. 127 a 136); SJLC, de 19º turno, de 11 de noviembre del 2002, STAC, de 10 de noviembre del 2003, SSCJ, del 20 de diciembre del 2004 (*Revista de Derecho de seguros*, nº 1 [2006], pp. 83 a 93]). En la jurisprudencia argentina: SCNCom, sala A, del 14

preparar un seguro a la medida de determinado cliente. Ello es usual en algunos seguros como por ejemplo el seguro aéreo. Además, los documentos son controlados por la autoridad competente, lo cual, en cierto modo contribuye a moderar la disparidad entre las partes. Sin embargo, entendemos que estas circunstancias no descalifican el contrato y ello en la medida en que la asimetría negocial no se elimina debido a que el asegurado no llega jamás a establecer sus propias condiciones particulares. La mutualidad es condición necesaria del seguro. Por otra parte, los controles que en todo caso se hagan sobre los condicionados no siempre resultan eficaces.

La disparidad negocial en la contratación del seguro, resultado de la asimetría informativa y de la distorsión cognitiva en la percepción del riesgo, se compensa si los Tribunales aplican dos reglas: la que sugiere la preferencia por el consumidor en caso de vacilación respecto de la inteligencia que cabe asignar a las cláusulas del contrato y la que requiere una mayor exigencia de diligencia al asegurador al redactar los condicionados. Estas ideas eran señaladas por PLANIOL y RIPERT en 1940¹⁹². Sus conclusiones adquieren especial relevancia en la actualidad con la moderna legislación en materia de protección de los derechos de los consumidores y usuarios¹⁹³.

De acuerdo a la primera regla expuesta, como consecuencia de la naturaleza de adhesión del contrato de seguro, las cláusulas contractuales oscuras deben ser interpretadas en el sentido más favorable para el asegurado en aplicación del *in dubio pro asegurado*, o lo que es lo mismo, jamás deben ser interpretadas en favor del que las ha impuesto (*contra proferentem*), solución

de agosto de 2007 (LL. A/2007); SCNCom, sala C, de 15 de julio de 1997 (LL. C/1997), SCNCom, sala K, de 18 de abril de 2007 (LL. C, 2007).

¹⁹² PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico...*, t. XI, p. 508.

¹⁹³ LANDINI, ob. cit., p. 229; SOBRINO, “Una norma fundamental para protección de los consumidores. El art. 56 de la ley de seguros”, *La Ley Online* (2009), 4.

reiterada en la jurisprudencia española¹⁹⁴ y argentina¹⁹⁵ y también señalada por la doctrina¹⁹⁶.

De acuerdo a la segunda regla, el asegurador es responsable de la redacción de los documentos y el proponente del seguro debe poder confiar en el asegurador cuando redacta la póliza y los cuestionarios. El asegurador debe poner en ello todo su empeño

¹⁹⁴ SSTs de 9 de julio de 2012 (R.J. 8605), 20 de julio de 2011 (R.J. 6128), 21 de noviembre de 2009 (143); 20 de abril de 2009 (R.J. 1768), 20 de noviembre de 2008 (R.J. 282/2009) y 3 de mayo de 2006 (R.J. 4070).

¹⁹⁵ Los jueces argentinos hacen pesar en el asegurador las consecuencias de una defectuosa delimitación del riesgo, no sólo por haber sido quien redactó dicho instrumento, sino por sus conocimientos específicos sobre el tema. Véase, por ejemplo, la SCNCom, sala A, de fecha 29 de junio de 2005 (LL. A, 452/2005). Allí se destaca que ante la duda se debe escoger la interpretación más favorable al asegurado pues corresponde al asegurador asumir su responsabilidad como parte encargada de la confección del marco documental del contrato (condiciones generales, particulares, cuestionarios de declaración del riesgo y formularios).

También véase la SCNComm, sala D, de 3 de junio de 2009 (LL. D, 690/2009), que condenó a la aseguradora pues la cláusula contractual que estableció el límite temporal de la cobertura de los siniestros, redactada en forma ambigua a criterio de los juzgadores, debía interpretarse en contra del asegurador que reservó para sí y de modo exclusivo la tarea de redactar las condiciones generales del contrato.

¹⁹⁶ En cuanto a la doctrina corresponde destacar los trabajos de CUÑAT EDO (“Las líneas...”, p. 107), ALFARO ÁGUILA-REAL (“Protección de los consumidores y Derecho de los contratos”, *Anuario de Derecho civil*, v. 47, n° 2 [Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1994], pp. 305 y ss.); PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ (*La póliza y la documentación del contrato de seguro* [Granada, Comares, 2003], en las páginas 18 y ss.); BARRÓN DE BENITO (*Condiciones generales de la contratación y contrato de seguro Adaptado a la Ley 7/1998 de 13 de abril y al R.D 2486/1998 de 20 de noviembre* [Madrid, Dykinson, 1999], p. 41); GREGORINI CLUSELLAS (“El seguro y la relación de consumo”, *La Ley Online*, [2009], A, 1130); MARCO COS (“Seguro contra robo y exclusión del hurto: una cláusula (y una práctica) abusiva” *La Ley Online* [2003], 1112).

La protección al consumidor de seguros alcanza al tomador o al asegurado, sea cual sea la forma de contratación elegida. SARDINA VENTOSA analiza la contratación virtual del seguro, especialmente en el ramo vida, y el régimen de protección del consumidor (*La contratación electrónica del seguro de vida* [Madrid, Dykinson, 2000], pp. 60 y ss.).

pues se espera de él una diligencia superior y se pretende que satisfaga el interés del asegurado haciendo todo lo necesario para que obtenga el máximo resultado y utilidad, en una suerte de solidaridad contractual, con el límite del interés propio¹⁹⁷.

La Ley 50/1980, de 5 de octubre, de Contrato de Seguro (artículo 3) y el *Codice delle assicurazioni private* (artículo 166), imponen al asegurador ciertos criterios de redacción¹⁹⁸.

Esta segunda regla debe extenderse a los avisos publicitarios porque la buena fe del asegurador debe manifestarse desde el momento en que publicita sus productos. En tanto la propaganda mediática es la forma como el comerciante invita a contratar, el anuncio será sincero si los principales aspectos prometidos coinciden con el futuro contrato.

La propaganda de los productos asegurativos no ha pasado desapercibida para el *Codice delle assicurazioni private*, en cuyo artículo 182¹⁹⁹ se requiere el cumplimiento de ciertas notas de

¹⁹⁷ VEIGA COPO, *Tratado...*, p. 65; STIGLITZ, “El incumplimiento...”, p. 2; MANGHETTI, “Etica e assicurazione: quali comportamenti”, *Assicurazioni*, p. IV, año LXIX, t. 1 (Roma, Editoriale Generali, 2002), p. 6; MAYO, ob. cit., p. 62; DRUCAROFF AGUIAR, ob. cit., p. 37; WAISMAN, “El deber contractual de información”, *La Ley*, D (2004), 1403. Como aplicaciones de este principio en la Jurisprudencia española puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2013 (R.O.J. 2927), caso en que hace padecer al asegurador las consecuencias de los errores en la redacción de las póliza como consecuencia de atender al asegurado y sus derechos.

¹⁹⁸ El artículo 166 del *Codice delle assicurazioni private* dispone:
“1. Il contratto e ogni altro documento consegnato dall'impresa al contraente va redatto in modo chiaro ed esauriente.
2. Le clausole che indicano decadenze, nullità o limitazione delle garanzie ovvero oneri a carico del contraente o dell'assicurato sono riportate mediante caratteri di particolare evidenza” (<http://dejure.giuffre.it>).

¹⁹⁹ El artículo 182 del *Codice delle assicurazioni private* italiano dispone:
“1. La pubblicità utilizzata per i prodotti delle imprese di assicurazione è effettuata avendo riguardo alla correttezza dell'informazione ed alla conformità rispetto al contenuto della nota informativa e delle condizioni di contratto cui i prodotti stessi si riferiscono.
2. I medesimi principi sono rispettati anche quando la pubblicità sia autonomamente effettuata dagli intermediari.

veracidad y coincidencia con la póliza y con la denominada *nota informativa*²⁰⁰ (documento que obligatoriamente debe acompañar

3. *L'ISVAP* ("Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo") può richiedere, in via non sistematica, la trasmissione del materiale pubblicitario, nelle sue diverse forme, che è utilizzato dalle imprese e dagli intermediari.

4. *L'ISVAP* sospende in via cautelare, per un periodo non superiore a novanta giorni, la diffusione della pubblicità in caso di fondato sospetto di violazione delle disposizioni in materia di trasparenza e correttezza.

5. *L'ISVAP* vieta la diffusione della pubblicità in caso di accertata violazione delle disposizioni in materia di trasparenza e correttezza.

6. *L'ISVAP* vieta la commercializzazione dei prodotti in caso di mancata ottemperanza ai provvedimenti di cui ai commi 4 e 5 secondo quanto previsto all'articolo 184, comma 2.

7. *L'ISVAP*, con regolamento, stabilisce i criteri di riconoscibilità della pubblicità e di chiarezza e correttezza dell'informazione".

²⁰⁰ La nota informativa se encuentra prevista en el artículo 185 del *Codice delle assicurazioni private* italiano. La norma establece:

1. *Le imprese di assicurazione italiane e quelle estere operanti nel territorio della Repubblica, sia in regime di stabilimento che in regime di libertà di prestazione di servizi, consegnano al contraente, prima della conclusione del contratto ed unitamente alle condizioni di assicurazione, una nota informativa predisposta nel rispetto delle disposizioni del presente articolo.*

2. *La nota informativa contiene le informazioni, diverse da quelle pubblicitarie, che sono necessarie, a seconda delle caratteristiche dei prodotti e dell'impresa di assicurazione, affinché il contraente e l'assicurato possano pervenire a un fondato giudizio sui diritti e gli obblighi contrattuali e, ove opportuno, sulla situazione patrimoniale dell'impresa.*

3. *L'ISVAP disciplina, con regolamento, il contenuto e lo schema della nota informativa in modo tale che siano previste, oltre alle indicazioni relative all'impresa, le informazioni sul contratto con particolare riguardo alle garanzie e alle obbligazioni assunte dall'impresa, alle nullità, alle decadenze, alle esclusioni e alle limitazioni della garanzia e alle rivalse, ai diritti e agli obblighi in corso di contratto e in caso di sinistro, alla legge applicabile ed ai termini di prescrizione dei diritti, alla procedura da seguire in caso di reclamo e all'organismo o all'autorità eventualmente competente.*

4. *Nelle assicurazioni di cui ai rami I, II, III, IV e V dell'articolo 2, comma 1, l'ISVAP determina, con regolamento, le informazioni supplementari che sono necessarie alla piena comprensione delle*

las condiciones de aseguramiento que se entregan al futuro tomador y que contiene información relativa a sus derechos y obligaciones, así como sobre la situación patrimonial de la empresa).

En el Derecho español, la propaganda que realizan las aseguradoras queda comprendida en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, en tanto el artículo 71 del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, que aprueba el Texto refundido de la Ley de Ordenación y supervisión de los seguros privados les ordena ajustar su publicidad a los requerimientos de esta norma, así como a las demás que establezca el Reglamento.

La buena fe del asegurador debe demostrarse en el consejo respecto de la póliza que mejor se ajuste al riesgo planteado pues este asesoramiento está implícito en el deber de información de toda relación negocial. Debe auxiliarle en la tarea de declarar el riesgo, explicándole la importancia de este acto y advirtiéndole las graves consecuencias de sus omisiones, falsedades e inexactitudes porque debe suponer, aunque en ocasiones no sea así, que el futuro asegurado es una persona inexperta²⁰¹.

El asegurador también debe demostrar su buena fe siendo diligente en el conocimiento del riesgo que asumirá, sea realizando inspecciones de la cosa objeto del interés asegurable, sea realizando revisiones médicas de la vida asegurada²⁰². Estos procedimientos resultan habituales y prácticamente obligatorios

caratteristiche essenziali del contratto con particolare riguardo ai costi ed ai rischi del contratto ed alle operazioni in conflitto di interesse. Al contraente di un'assicurazione sulla vita sono altresì comunicate, per tutto il periodo di durata del contratto, le informazioni indicate nel regolamento adottato dall'ISVAP con particolare riguardo alle spese, alla composizione ed ai risultati della gestione delle attività nelle quali è investito il premio o il capitale assicurato".

²⁰¹ STIGLITZ - STIGLITZ, *Responsabilidad precontractual...* p. 68.

²⁰² PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico...*, t. XI, p. 588; ELGUERO Y MERINO, *El contrato de seguro* (Madrid, Mapfre, 2004), p. 9; CAPOTOSTI, "L'informativa a favore degli assicurati sulla vita", *Assicurazioni*, p. II, n° 2 (2002), p. 89.

en los seguros de vida para el caso de muerte contratados por personas que superen determinada edad, o para las que declaren el padecimiento o la herencia de determinadas enfermedades y, en todos los seguros, por razón de la elevada cuantía de la suma asegurada o del importe de la indemnización pactada.

En España²⁰³ y en Argentina²⁰⁴ existe jurisprudencia que entiende que el asegurador incurre en negligencia inexcusable si ha sido omiso en su deber de indagar el estado del riesgo realizando estos interrogatorios suplementarios, visitas, reconocimientos o exámenes particulares.

Finalmente, cuando ocurra el siniestro, el asegurador debe demostrar su buena fe realizando los procedimientos de liquidación con prontitud y abonando la prestación puntualmente, evitando la exigencia de información inútil cuando esté convencido de la verosimilitud de la denuncia de siniestro, aunque no tenga una certeza absoluta²⁰⁵.

En todas las actuaciones apuntadas en los párrafos precedentes, el asegurador habrá de obrar con una diligencia

²⁰³ STS del 3 de enero de 2006 (R.J. 164), 2 de marzo de 2006 (R.J. 918), 29 de marzo de 2006 (R.J. 2127), 27 de abril de 2006 (R.J. 4595), 3 de mayo de 2006 (R.J. 4070), 8 de mayo de 2006, (R.J. 2343), 1 de junio de 2006 (R.J. 3063), 21 de octubre de 2006 (R.J. 6501) y 24 de noviembre de 2006 (R.J. 7895).

²⁰⁴ Sobre el punto se expidió la SCNCom, (sala K), en Sentencia del 18 de abril del 2007 (LL. K/2007). Luego de producido el fallecimiento del asegurado, la aseguradora invocó una estipulación contractual que excluía el riesgo de muerte por enfermedades preexistentes sin haber constatado el estado de salud de la vida asegurada. El tribunal consideró que ello creó en el beneficiario del seguro la apariencia de que el riesgo de fallecimiento, más allá de la preexistencia o no de su causa, se encontraba cubierto. Ante estos hechos, entendió que si bien la cláusula de enfermedades preexistentes se ajustaba a Derecho, de todas formas el asegurador debía responsabilizarse por no haber tomado ciertos recaudos como exigir la presentación de una declaración jurada o un examen médico para conocer el estado de salud de la persona y así establecer si la misma poseía una enfermedad preexistente a su ingreso al seguro. En consecuencia, sentenció que por este motivo la cláusula no se hizo operativa ni pudo tener efectos.

²⁰⁵ MORANDI, "El principio...", pp. 411 y 412.

superior a la del hombre medio, individuo al que corresponde el parámetro del buen padre de familia. Su profesionalidad lo obliga a cumplir un estándar superior que supone la asunción de riesgos que superan, en mucho, las capacidades del individuo ordinario²⁰⁶.

Ahora bien, si bien es cierto que el asegurador es un profesional que domina las estadísticas de riesgos, no es menos cierto que toda su experiencia actuarial no es capaz de suplir la declaración del proponente del seguro²⁰⁷. Quiere decir que el asegurador sufre cierta desigualdad negocial, producto de su deficiente percepción del riesgo, distancia que salvará si el futuro asegurado es honesto respecto de las reales vicisitudes que rodean su persona o la cosa objeto de su interés.

El seguro es un negocio jurídico en el cual, al existir un destinatario de la declaración, se genera una relación de confianza que justifica un tratamiento diverso – más severo - que el aplicado en los casos en que no existe determinación del receptor de la información (caso del simple comportamiento)²⁰⁸. De ahí que el futuro tomador del seguro deba demostrar su buena fe fundamentalmente al momento de declarar el riesgo al asegurador, sin perjuicio que lo haga, también, en otras instancias²⁰⁹. Esta afirmación, que viene siendo reiterada por la generalidad de los entendidos que tratan el tema, es el

²⁰⁶ En contra CAMPUZANO TOMÉ quien refiriéndose concretamente a la labor del asegurador en la confección de los cuestionarios de declaración del riesgo le exige la diligencia del buen padre de familia (CAMPUZANO TOMÉ, “El cumplimiento del deber de declaración del riesgo. Especial problemática derivada de los seguros vinculados a los contratos de préstamo”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n° 21 (2008 – 2), p. 113.

²⁰⁷ BASOZABAL ARRUE, “En torno a las obligaciones precontractuales de información”, *Anuario de Derecho Civil*, t. LXII, f. II, abril-junio (Madrid, Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, 2009), p. 650.

²⁰⁸ BETTI, ob. cit., pp. 114 y 115.

²⁰⁹ GALGANO, “Il negozio giurídico”, p. 114.

fundamento del deber de declaración del riesgo para buena parte de la doctrina²¹⁰.

Antaño, algunos autores italianos que comentaban el artículo 429 del *Codice di commercio*, hoy derogado, afirmaban que sólo en un sentido limitado se podía sostener que el contrato de seguro estuviera dominado por la *uberrimae fidei*. Esto sería así porque la nulidad del contrato no dependería directamente de la violación de la obligación de informar, sino del desacuerdo existente entre la declaración (aun de buena fe) y la situación real del riesgo²¹¹.

La explicación del deber de declaración exacta del riesgo no se fundaría en el principio de buena fe, ni si apoyaría en la teoría de los vicios del consentimiento, sino que encontraría su basamento en el principio de correspondencia entre la prima y riesgo declarado²¹². Desde esta perspectiva, el tomador asumiría el deber de no provocar el error en el asegurador²¹³.

²¹⁰ Esta circunstancia ya era señalada por COUTEAU en 1881 (ob. cit. p. 136) y continúa vigente en los trabajos de RUBIO VICENTE, ob. cit., p. 14; STIGLITZ, *Derecho de seguros*, t. II, p. 55; STIGLITZ - STIGLITZ, *Responsabilidad precontractual...*, p. 23; BREBBIA, ob. cit., p. 92; BRUNETTI, “Le dichiarazioni...”, p. 587; PARELLA, “Dichiarazione...”, p. 171; SALANDRA, “Le dichiarazioni ...”, p. 3; IVANUS, ob. cit., p. 46; MORANDI, “Il principio...”, p. 404; CABALLERO SÁNCHEZ, *El consumidor de seguros: protección y defensa* [Madrid, Mapfre, 1997], pp. 113 y ss.; GALGANO, “Il negozio giurídico”, pp. 114 y ss.

²¹¹ TRABUCCHI, ob. cit., p. 513, nota 2; BRUNETTI, “Rilevanza giurídica della reticenza”, *Assicurazioni*, año III, p. II (1941), p. 99; GIUDICE, “L’art. 429 cod. comm. e un patto di polizza d’assicurazione sulla vita”, *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*, v. XXVI, p. II (1928), p. 187; con reservas MORAGLIA, “L’art. 429 del cod. di commercio”, *Assicurazioni*, año IV, p. I, (1937), pp., 40, 42 y ss.; ILARDI, «Malafede e reticenza nella clausola di incontestabilità del contratti di assicurazione sulla vita», *Il foro italiano*, p. I (1933), p. 1449.

²¹² SÁNCHEZ TRASANCOS, “De la obligación de declarar el riesgo por parte del asegurado”, *Revista de Derecho mercantil*, nº II (1948), pp. 273 y 274.

²¹³ CUÑAT EDO, “La función...”, pp. 127 y ss.

B. La transgresión de la buena fe

1. Preceptos legales y apreciación doctrinaria

El legislador no ha encontrado la fórmula capaz de definir la buena fe de manera contundente y universal por lo que, acertadamente, se ha limitado a exigir a quienes participan en un negocio jurídico el cumplimiento de este parámetro y ha dejado en manos de los Tribunales el poder de juzgar, caso por caso, si éste ha sido obedecido.

En el Derecho español la exigencia de buena fe en los tratos está dispuesta en el artículo 7.1 del Código Civil, para los derechos y en el artículo 1258, para las obligaciones. También está establecida en el Código de Comercio, en el artículo 57.

El Código Civil uruguayo circunscribe la buena fe al ámbito de ejecución del contrato²¹⁴. Ello ha dado lugar a un amplio debate doctrinario entre quienes opinan que la norma debe interpretarse restrictivamente y quienes, por el contrario, se decantan por una interpretación extensiva al período de tratativas. También existen autores que sostienen su aplicación a toda la esfera de la autonomía privada, aún en caso de inexistencia de norma, en tanto la buena fe es un principio general de Derecho. El Código de Comercio uruguayo ofrece la misma solución en el artículo 209²¹⁵.

²¹⁴ El artículo 1291 del Código Civil uruguayo dispone:

“Los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma.

Todos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o a la ley”.

²¹⁵ El artículo 209 del Código de Comercio uruguayo establece:

“Las convenciones legalmente celebradas, son ley para los contrayentes y para sus herederos.

No pueden ser revocadas, sino por mutuo consentimiento, o por las causas que la ley expresamente señala.

Todas deben ejecutarse siempre de buena fe, sea cual fuese su denominación; es decir, obligan no sólo a lo que se expresa en ellas,

En el Derecho argentino, la buena fe está prevista en el artículo 1198 del Código Civil en similares términos al expuesto en la codificación uruguaya²¹⁶. El Código de Comercio argentino no replica la norma civil, como lo hace el uruguayo, no obstante lo cual, el artículo 207 establece la aplicación del Código Civil a la materia y negocios comerciales en todo lo que no esté especialmente modificado²¹⁷.

La apreciación de la conducta del sujeto es distinta de acuerdo al ámbito en que se realice. En el caso del artículo 57 del Código de Comercio español se la valora objetivamente, esto es, no se toma en cuenta las razones por las cuales el individuo desobedeció el precepto; si lo hizo por ignorancia o creyendo que obraba de acuerdo a lo exigido. En la Ley de Contrato de Seguro española, en cambio, la mala fe se interpreta como el reverso de la buena fe, en una suerte de negativo fotográfico²¹⁸.

Por las mismas razones que no es posible definir de modo global la buena fe, todo intento por conceptualizar la mala fe será inútil. La mala fe es más que la negación de la buena fe; es lo contrario a la buena fe. Es el obrar en desacuerdo con el imperativo ético de conducirse recta y lealmente. Supone un estado de conciencia determinado por el conocimiento de una situación antijurídica o inmoral²¹⁹.

Muchas formas de contravención de la buena fe constituyen manifestaciones de mala fe. Son los casos de abuso de derecho y

sino a todas las consecuencias que la equidad, el uso, o la ley atribuyen a la obligación, según su naturaleza”.

²¹⁶ El primer párrafo de la norma argentina dispone:
“Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”.

²¹⁷ El artículo 207 del Código de Comercio argentino establece:
“El derecho civil, en cuanto no esté modificado por este Código, es aplicable a las materias y negocios comerciales”.

²¹⁸ GARRIGUES, *Contrato...*, p. 47.

²¹⁹ DURANTE, “La buona fede...”, p. 224; GARRIGUES, *Contrato...*, pp. 46, 47 y 50; TRABUCCHI, ob. cit., p. 513.

de retraso en la exigencia de la prestación, más allá de lo razonable.

En términos generales, el abuso de derecho comprende el abuso de derecho de propiedad y derechos absolutos y también el abuso del derecho de crédito. De la misma forma, hay mala fe en el abuso de la acción de nulidad por motivos meramente formales (si la contraparte cumplió voluntariamente a pesar de la nulidad) y en el rechazo de la prestación cuando el obligado ha cumplido la mayor parte de su obligación y el saldo es exiguo, o cuando no se admite una ligera trasgresión a los plazos establecidos.

El retraso en la exigencia de la obligación supone el ejercicio del derecho una vez pasado el tiempo para hacerlo. Es posible que esta actitud encuentre justificación. No obstante, cuando se abusa de la paciencia del obligado, creando en él la expectativa de renuncia al derecho de cobro y luego se persigue el cumplimiento, el acreedor habrá obrado de mala fe. Y esto es así porque el acreedor, si bien tiene derecho a su prestación, no puede pretender hacerla valer más allá de un tiempo razonable luego del vencimiento²²⁰.

2. La mala fe en el seguro

Todas las manifestaciones de mala fe apuntadas en el numeral anterior son enteramente aplicables al seguro. Por ejemplo, el beneficiario no puede irrogarse el derecho a reclamar al asegurador el cumplimiento de su obligación a su manera, desconociendo los términos en que se ha pactado la instancia de pago. Pero en el contrato de seguros, según se verá, las manifestaciones de mala fe no se agotan en las apuntadas. Existen otras y de todas ellas, las más interesantes son las que rodean el acto de declaración del riesgo.

Hay mala fe en la mentira, en la inexactitud y en el silencio de aquello que se debería transmitir cuando, aprovechándose de la buena fe del asegurador que cree que existe una situación de hecho determinada, pretende la selección de riesgo adversa

²²⁰ DÍEZ PICAZO, Fundamentos de Derecho..., p. 51.

provocando el error del asegurador sobre aspectos relevantes del riesgo²²¹.

En España, la doctrina especializada ha valorado en forma distinta el criterio judicial respecto del cumplimiento del deber de declaración del riesgo. De una parte, se ha advertido que la jurisprudencia ha exigido al asegurador una diligencia desmesurada, a la vez que al tomador se le han tolerado ciertos comportamientos contrarios a la buena fe²²². De otra parte, se ha elogiado el equilibrio de la Ley de Contrato de Seguro y la prudencia en el juicio del Tribunal Supremo²²³.

²²¹ SALANDRA, “La malafede nelle dichiarazioni dell’assicurando e l’incontestabilità della polizza”, en: *Assicurazioni*, año III, n° XIV-XV, p. I (1936), p. 289; VEIGA COPO, *Tratado...*, p. 62; QUIÑONERO CERVANTES, “El dolo omisivo”, *Revista de Derecho privado*, t. LXIII (1979), p. 348.

²²² LATORRE CHINER, “El deber de declaración del riesgo”, en: BATALLER GRAU, BOQUERA MATARREDONA y OLAVARRÍA IGLESIA, *El contrato de seguro en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999), pp. 105 y 106.

²²³ VEIGA COPO, *Tratado...*, pp. 63 y 64.

II. Caracteres jurídicos de la declaración de los riesgos

La declaración del riesgo es un deber precontractual, a veces enojoso para el proponente del seguro, de cuyo cumplimiento depende la correcta valoración del riesgo y la consecuente decisión del asegurador de aceptarlo o no²²⁴.

El Código de Comercio uruguayo no contiene ninguna disposición que trate el acto jurídico de declaración del riesgo. Este aspecto queda librado a la autonomía de la voluntad de las partes y es materia de consideración en la póliza. El Derecho español, en cambio, contempla expresamente el deber de declaración del riesgo en el artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro, en un lugar distinto al previsto para las obligaciones de las partes, dentro de las disposiciones generales.

La doctrina plantea algunos puntos en torno a este tema. En primer lugar, si la declaración del riesgo es una obligación o una carga. En segundo lugar, si se trata de una declaración de ciencia o de voluntad. Son temas importantes cuyo estudio previo resulta ineludible.

A. Posiciones de la doctrina

1. Tesis de la obligación legal

Para alguna doctrina la declaración del riesgo es una obligación legal impuesta en interés del asegurador en razón de la buena fe y de la diligencia que le es debida²²⁵, o como consecuencia de una garantía constituida a su favor²²⁶.

²²⁴ RUBIO VICENTE, ob. cit., p. 15; TIRADO SUÁREZ, “El contrato de seguro. Los seguros de daños. Los seguros de personas”, en: JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. (Coord.) *Derecho Mercantil*, v. II, 14 ed. act. (Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons, 2010), p. 724.

²²⁵ Es la opinión de SÁNCHEZ TRASANCOS (ob. cit., p. 268); GARRIDO Y COMAS (*Tratado...*, t. I, v. I, pp. 25 y 26) y DEL CAÑO ESCUDERO (*Derecho español de seguros. Contesta al programa de oposiciones para ingreso en el Cuerpo Técnico de Inspección de Seguro y Ahorro*, t. II, 3ª ed. [Madrid, Sáez,

En contra de esta posición se argumenta la ausencia de acción judicial tendiente a lograr el cumplimiento forzoso o la reparación de los daños y los perjuicios causados²²⁷. No obstante, se ha sostenido que la objeción anotada se salvaría si entendiéramos viable, como lo hace HAYMANN, la posibilidad de una causal de responsabilidad precontractual fundada en que el comportamiento del tomador ha viciado el consentimiento del asegurador en la etapa previa a la conclusión del contrato²²⁸.

La dificultad de aplicación de esta idea a los casos concretos es evidente; falta una disciplina específica en materia de vicios del consentimiento que gobierne la etapa precontractual de contratación del seguro.

1983], p. 458), aunque a la luz de lo dispuesto en el artículo 381 del Código de Comercio español, hoy derogado y sustituido por la Ley de contrato de seguro. El artículo 381 del Código de Comercio español tiene un contenido muy similar al artículo 640 del Código de Comercio uruguayo y al artículo 5 de la Ley de Seguros argentina. El parecido entre los preceptos expuestos permitiría a ciertos autores uruguayos y argentinos sostener que se trata de una obligación legal. En el Uruguay es la posición de CARRIÓN y MERLINSKI (“Sobre la reticencia en el contrato de seguro”, *Anuario de Derecho comercial*, t. 9 [2001], p. 108). En la Argentina es la opinión de BARBATO (*Culpa grave y dolo en el derecho de seguros*, 1ª reimp. [Buenos Aires, Hammurabi-José Luis Depalma, 1994], p. 37), criterio que ha sido recibido por la CNCom (sala B), en Sentencia de 6 de diciembre de 2002 (*Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, n° 36 [2003], pp. 828 y 831).

²²⁶ BRUNETTI, “Le dichiarazioni...”, p. 591.

²²⁷ STIGLITZ, *Derecho de seguros*, t. I, p. 395, en nota 17; SÁNCHEZ CALERO, “Conclusión, documentación, contenido del contrato”, en: VERDERA Y TUELL, E. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, v. I (Madrid, Colegio Universitario de Estudios Financieros, 1982), p. 298; RUBIO VICENTE, ob. cit., p. 22.

²²⁸ HAYMANN “La colpa nella conclusione del contratto in diritto assicurativo” trad. a cura del Dott. Tullio Muzzarini, *Assicurazioni*, año III, parte I, t. XIV-XV (1936), pp. 156 a 159 y 161 a 162.

2. Tesis de la carga

Otros autores prefieren entender la declaración del riesgo como un presupuesto necesario para asegurar la validez del contrato; una carga que pesaría sobre el solicitante, aun en el supuesto de que el negocio no llegara a concluirse²²⁹.

Así planteadas las cosas, ya no haría falta ninguna acción tendiente a exigir el cumplimiento de forma coercitiva. Al tratarse de una actividad de información en la que el principal interesado es el asegurado, el problema se solucionaría haciéndole perder su derecho en caso de inobservancia.

Ahora bien, dado que las cargas se estipulan en interés de aquél que debe cumplirlas, quienes sustentan esta posición se enfrentan a la dificultad de elegir quién ha de padecer los perjuicios derivados de su inobservancia.

En general se entiende que se trata de un deber que pesa sobre el proponente del seguro. Consecuentemente, se postergaría al asegurador quien, por evidentes razones de eficiencia actuarial,

²²⁹ Es la opinión de RUBIO VICENTE (ob. cit., pp. 23 y 171), STIGLITZ (*Derecho de seguros*, t. I, p. 394), MEILIJ (ob. cit., pp. 55 y ss.), GARRIGUES (*Contrato...*, p. 89), URÍA, MENÉNDEZ y ALONSO SOTO (ob. cit., p. 620), FIORENTINO (“La descrizione...”, pp. 58 y 59), SALANDRA (“Le dichiarazioni...”, p. 4), GASPERONI (“La rilevanza...”, p. 93 y también en “Appunti sulla clausola di incontestabilità”, *Assicurazioni*, n° 2, año XXXIII [1966], p. 127), CASTELLANO, G. (ob. cit., p. 179), SCHIMDT (ob. cit., p. 451), PELAGGI (ob. cit., p. 235), BUTTARO (“Inizio e decorso del periodo di contestabilità nelle polizze di assicurazione vita”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año VII [1953], p. 905 y, del mismo modo, en “Contrato di...”, p. 485), RUÍZ MUÑOZ (ob. cit., pp. 18 y 23), HALPERIN (*Seguros. Exposición crítica de la Ley 17.418*. [Buenos Aires, Depalma, 1972], pp. 224 a 226), BATALLER GRAU (*El deber de declaración del riesgo* [Madrid, Tecnos, 1997], pp. 12 y 13); BATALLER GRAU, LATORRE CHINER y OLAVARRÍA IGLESIA (ob. cit., p. 194); VEIGA COPO (*Tratado...*, p. 405); SÁNCHEZ CALERO, en “Conclusión, documentación. Contenido del contrato”, pp. 298 y 299 y, también, en “Deber de declaración del riesgo”, pp. 286 y 287; MORENO VELASCO, (“La configuración del deber de declaración del riesgo en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, Artículos 10 y 89”, *La Ley*, n° 2 [2005], p. 1812); BRENES CORTES (“Algunas cuestiones relevantes que sigue suscitando el deber precontractual de declaración del riesgo”, *La Ley*, n° 4 [2003], p. 1780).

está especialmente interesado en su ejecución. Este escollo determinó el éxito de la teoría obligacionista relacionada anteriormente, impulsada fundamentalmente por FANELLI²³⁰.

A pesar de lo dicho, DONATI defendió la teoría de la carga afirmando que debía prevalecer el interés del asegurador²³¹. Otros, en cambio, entendieron preferible que la carga sea impuesta al tomador, tanto en su interés, como en el de su asegurador²³².

3. Tesis de la declaración de conocimiento

Gran parte de la doctrina sostiene que la declaración del riesgo es una expresión de conocimiento o de ciencia que se dirige al asegurador para que, en función de ella, establezca la prima que corresponda. Por tanto, la declaración deberá juzgarse según la veracidad o falsedad de la información que contiene²³³.

La declaración del riesgo, como noticia de los peligros que se padecen, sería sustancialmente distinta de aquella otra manifestación efectuada por cada parte a efectos de concluir el contrato. Ésta, que expresa el consentimiento, sí sería una declaración de voluntad²³⁴.

²³⁰ FANELLI, “Considerazioni sugli onere nell’assicurazione”, *Rivista del Diritto commerciale e del Dritto generale delle obbligazioni*, parte 1, v. XLIII (1945), pp. 162 y 163.

²³¹ DONATI, *Tratatto...*, v. II, pp. 384 a 388.

²³² PELAGGI, ob. cit., pp. 235 y 236.

²³³ SÁNCHEZ CALERO, “Conclusión, documentación, contenido del contrato”, p. 301; SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, ob. cit., p. 509; BRENES CORTES, “Algunas cuestiones...”, p. 1781.

²³⁴ BATALLER GRAU, LATORRE CHINER Y OLAVARRÍA IGLESIA, ob. cit., p. 194.

4. Tesis de la declaración de voluntad

Otros autores, en cambio, entienden que se trata de una declaración de voluntad. En consecuencia, la conducta deberá apreciarse teniendo presente las circunstancias que son capaces de viciarla²³⁵.

B. Nuestra posición

De todas las tesis expuestas, entendemos que la declaración del riesgo es una carga y no una obligación legal puesto que, efectivamente, ni en el Derecho uruguayo ni en el Derecho español existe una acción tendiente a forzar su cumplimiento o a obtener la reparación de los daños y perjuicios causados al asegurador.

Por nuestra parte, no encontramos obstáculo en que varios sujetos estén comprometidos en el cumplimiento de esta carga. El declarante tiene la carga de comunicar todas las vicisitudes que rodean el riesgo y el asegurador, a su vez, debe interrogarlo respecto de los hechos que considere relevantes a los efectos de su estimación, además de advertirle sobre las consecuencias de efectuar declaraciones incorrectas, falsas u omisas.

Por otra parte, la declaración del riesgo corresponde a la categoría de las declaraciones de conocimiento o de ciencia. Se trata de hacer conocer al asegurador cierta información sin la cual no puede concretar la idea abstracta de riesgo. Dicho en otros términos, no se declara el riesgo para concluir el contrato, en cuyo caso sería una declaración de voluntad, sino para permitir al asegurador evaluar la conveniencia de hacerlo, en determinados términos.

²³⁵ PÉREZ IDIARTEGARAY, “El contrato de seguro: reticencia y buena fe”, en: NOGUEIRA, E. y PRESA ALONSO, J (Coord.), *Seguros* (Montevideo, FCU, 1996), p. 44.

Capítulo cuarto: Régimen de la declaración de los riesgos

En la actualidad las compañías de seguros ofrecen planes que prometen cobertura frente a un variado número de riesgos, tanto en su forma individual como colectiva. A los tradicionales contratos de seguro, que cubren los riesgos a los que puede estar sujeto una persona o una cosa, se agregan los seguros que sirven para garantizar distintas operaciones e incluso la insolvencia de las personas.

Por otra parte, el Derecho de seguros se enfrenta a la necesidad de dotar de seguridad jurídica a los contratos cuando son celebrados a distancia, mediante la Internet, el teléfono o por cualquier otro medio electrónico.

Puede suceder que sea el interesado quien se acerque a la compañía aseguradora solicitando información, o puede ser el asegurador el que, directamente o sirviéndose de sus agentes, capte al futuro tomador. En cualquiera de las dos situaciones, el consumidor se limita a escoger, entre los planes que le ofrece la compañía mediante fórmulas preredactadas, aquél que mejor se adapta a la realidad de su riesgo.

La declaración del riesgo es un deber precontractual puesto que se cumple en el período de tratativas que permiten al asegurador considerar la proposición de seguro. No obstante, como el riesgo no permanece incambiado, ni siquiera en el caso de los riesgos constantes²³⁶, esta información habrá de actualizarse durante el período de ejecución del contrato. Esta circunstancia ha hecho que alguna doctrina precise que el deber que estamos considerando es un deber predominantemente precontractual, sin perjuicio de que los tribunales distingan claramente la declaración original, de aquella posterior relativa a la agravación o disminución del riesgo²³⁷.

²³⁶ BIGOT, ob. cit., p. 39.

²³⁷ MARCO ARCALÁ, ob. cit., p. 294.

La declaración inicial del riesgo se explica en el deber de información o de colaboración que pesa sobre el futuro asegurado, deber que ha de cumplimentarse con absoluta buena fe²³⁸. El contenido de esta declaración constituye la materia prima en base a la cual se construirá la futura relación contractual²³⁹. La declaración posterior, en cambio, no cimienta el vínculo entre las partes pues se trata de un deber o una carga contractual que completa la declaración original. No obstante, contribuye a mantener el equilibrio de las prestaciones entre las partes, razón por la cual, incluso en esta etapa, la buena fe ha de ser, también, categórica²⁴⁰.

I. Momento de declaración del riesgo

Los riesgos en el contrato de seguro se declaran antes de la celebración del contrato y durante la vigencia material del contrato. Ello es consecuencia inevitable de la modificación del riesgo y de la necesidad de informar esta circunstancia al asegurador, salvo en los casos en que ya lo tiene incorporado a sus cálculos actuariales.

A. Declaraciones anteriores a la celebración del contrato

La formación del contrato de seguro va precedida de unos actos previos, actos que, tanto sean promovidos por el interesado en asegurarse, como sean llevados a cabo por el asegurador, no pueden considerarse una propuesta de contratar. Sólo son una invitación a contratar. Recién cuando la oferta sea aceptada habrán de superarse los tratos preliminares y se dará comienzo a la fase formativa del contrato²⁴¹.

²³⁸ BENÍTEZ DE LUGO Y REYMUNDO, ob. cit., p. 394; RUÍZ DE VELASCO Y DEL VALLE, *Manual de Derecho Mercantil* (Madrid, Universidad Pontificia, Comillas, 1999), p. 700.

²³⁹ GARRIDO y COMAS, *Tratado...*, t. I, v. I, p. 17.

²⁴⁰ COUTEAU, ob. cit., p. 136.

²⁴¹ SÁNCHEZ CALERO, "Solicitud y proposición", en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.

En general, la secuencia lógica de contratación de un seguro implica la solicitud, la oferta del asegurador en respuesta a la solicitud y la aceptación del interesado²⁴². Y hacemos la salvedad pues en ocasiones el contrato se forma en un solo acto, en un documento denominado *cobertura provisional*, cuya naturaleza jurídica habrá que desentrañar en el caso concreto. Esto sucede pues no es extraño que el comienzo de la cobertura del contrato no coincida con el de su perfección. De hecho, es bastante frecuente en el seguro obligatorio de automóviles²⁴³.

1. Distinción entre la solicitud y la proposición de seguro

La solicitud de seguro es un acto que emana del interesado en asegurarse. La proposición de seguro, en cambio, es el resultado de la iniciativa del asegurador²⁴⁴.

En el primer caso, la persona se acerca al asegurador o a su agente y solicita información respecto a los planes de seguros. En el segundo caso, la compañía de seguros es quien toma la iniciativa y llega a los eventuales asegurados a través de folletos

Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones, 4ª ed. revisada y puesta al día (Cizur Menor-Navarra, Aranzadi, 2010), p. 83.

²⁴² La sucesión de actos relacionada puede aparecer demasiado simplista, como bien apunta BRENES CORTÉS. No obstante, adviértase que se trata de los principales actos jurídicos. Se dejan de lado los aspectos técnicos de selección de riesgo a los que ya hemos hecho referencia (BRENES CORTÉS, “Régimen jurídico de la solicitud y la proposición en el contrato de seguro. La formación del contrato de seguro”, *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 12 (2004), p. 53.

²⁴³ REGLERO CAMPOS, *Accidentes de Circulación: Responsabilidad Civil y Seguro* (Cizur Menor-Navarra, Aranzadi, 2004), p. 538.

²⁴⁴ REGLERO CAMPOS, loc. cit.; VIVANTE, “Del contrato de seguro. De la prenda. Del depósito en los almacenes generales”, v. I, *Del contrato de seguro*, en: BOLAFFIO, L., ROCCO, A. y VIVANTE, C., *Derecho Comercial*, t. 14, trad. por SENTÍS MELEDO de *Il Codice di commercio commentato*, 6ª. ed. ref. [Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1935], Buenos Aires, Ediar, 1952, p. 81).

en los que exhibe sus productos, tanto en soportes materiales como electrónicos.

En algunos ordenamientos jurídicos el acto de proposición está muy vigilado por el legislador y ello en tanto el asegurador viene obligado a brindar cierta información. Es el caso del artículo 182 del *Codice delle assicurazioni private* y del artículo 60 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación de Supervisión de los Seguros Privados y los artículos 104 y 105 del Real Decreto 2486/1988, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados en España. Esta norma requiere la mención a la Ley aplicable al contrato y a sus instancias de reclamación, el domicilio del asegurador y de su órgano de control, la definición de las garantías en el caso del seguro de vida y las opciones ofrecidas, la duración del contrato, las condiciones para su rescisión o resolución, el régimen de la prima, la participación en los beneficios, si fuere del caso, los valores de rescate y reducción y el derecho de arrepentimiento. El deber de información referido en el Derecho español se extiende durante toda la vida del contrato, pues así lo impone el artículo 60 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación de Supervisión de los Seguros Privados.

En ninguno de los casos reseñados existe una oferta, ni siquiera en el caso de la propuesta que por emanar del asegurador es más completa, pues es indeterminada e incompleta. A veces ni siquiera superando estos obstáculos se llega a la oferta, según ha entendido la doctrina²⁴⁵ y jurisprudencia española²⁴⁶, interpretando el artículo 6 de la Ley de Contrato de Seguro²⁴⁷.

²⁴⁵ Entre otros, GARRIGUES, *Contrato...*, p. 91; VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico...*, p. 518; SÁNCHEZ CALERO, “Solicitud y proposición”, pp. 183 y ss.; BRENES CORTÉS, “Régimen jurídico...”, p. 55; SALINAS ADELANTADO, “Solicitud y proposición del seguro”, en: BOQUERA MATARREDONA, J., BATALLER GRAU, J., y OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002), p. 116; LEFORT, *Nouveau traité...*, pp. 307 y 308.

²⁴⁶ SSTs de 23 de junio de 2009 (R.J. 4229), 31 de mayo de 2006 (R.J. 3503), 23 de diciembre de 2005 (R.J. 1215/2006), 16 de diciembre de 2002 (R.J.

No obstante y sin perjuicio de lo dicho en los párrafos precedentes, una simple *invitatio ad offerendum* puede esconder una verdadera oferta de contratar si contiene los elementos esenciales del contrato y la voluntad inequívoca de querer obligarse de acuerdo a los términos dispuestos en la oferta²⁴⁸. El Tribunal Supremo ha entendido que así ocurre si solamente falta el consentimiento del tomador con las condiciones preestablecidas por la compañía para que pueda producirse la confluencia de voluntades que exige el artículo 1254 del Código Civil para la perfección del contrato²⁴⁹.

Una interpretación similar puede realizarse del Derecho argentino, en razón de que el segundo párrafo del artículo 4 de la Ley de Seguros establece que la propuesta no obliga ni al asegurado, ni al asegurador²⁵⁰.

38/2003), 19 de diciembre de 2003 (R.J. 9052), 2 de febrero de 1990 (R.J. 652).

²⁴⁷ El artículo 6 del la Ley de Contrato de Seguro española no ha tenido en cuenta las formas electrónicas de contratación del seguro, como sí lo han hecho el artículo 7.2 del Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro, de 8 de abril de 2011 y el artículo 591-5.4 de la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de la Codificación.

²⁴⁸ BRENES CORTÉS, “Régimen jurídico...”, p. 61.

²⁴⁹ En el caso que comentamos, el Tribunal observó que la solicitud tenía previsto el período de cobertura, los datos identificatorios del futuro tomador, los montos de los capitales asegurados, la prima neta, un detallado cuestionario de declaración de riesgos, la fecha de efectos y el vencimiento de la “póliza”. Además, todo ello se encontraba redactado en un papel con el anagrama de la compañía aseguradora (STS de 4 de septiembre de 2008 [R.J. 4642]). En contraposición, en otra sentencia, el Tribunal Supremo observó que el documento que se pretendió hacer valer como proposición, no sólo no estaba firmado por persona alguna, sino que tampoco figuraba detalle de los riesgos a cubrir, ni de la suma asegurada. Tampoco se hacía referencia a la prima que debería satisfacer el solicitante. Lo más que había era una muy genérica e imprecisa indicación del tipo de seguro (STS de 12 de noviembre de 2004 [R.J. 7229]).

²⁵⁰ La norma argentina relacionada dispone:

En lo que a nuestro trabajo interesa, es con la solicitud de seguro cuando se acostumbra iniciar la declaración del riesgo y ello aun cuando técnicamente solicitud y cuestionario de declaración de los riesgos sean unidades documentales independientes²⁵¹.

2. Composición de la propuesta de seguro

De ordinario, la propuesta del asegurador se compone de un plan general de seguro que cubre determinados riesgos básicos a los que luego el futuro contratante puede agregar adicionales que permitan adecuar el programa general a su riesgo particular.

Por ejemplo, en el caso del seguro de vida para el caso de muerte, suele existir un diseño estándar que cubre el riesgo de muerte, al que se puede sumar coberturas específicas como la cláusula de muerte en accidente o la cláusula de enfermedades graves. Lo mismo ocurre en los seguros de daños en las cosas.

La prima estándar se ajusta al riesgo estándar y la prima elevada es el resultado de la necesidad de cobertura de los riesgos adicionados.

De modo que la producción del seguro actual permite, en mayor o menor medida, encontrar el plan que se ajuste a las necesidades particulares del tomador. No hay, por tanto, razón alguna para no declarar los verdaderos riesgos, salvo que lo que se busque sea defraudar a la compañía de seguros, sea pretendiendo el pago de una prima estándar para un riesgo agravado o sea, como sucede en la mayoría de los casos, disimulando el riesgo para obtener cobertura de un riesgo inasegurable.

“La propuesta del contrato de seguro, cualquiera sea su forma, no obliga al asegurado ni al asegurador. La propuesta puede supeditarse al previo conocimiento de las condiciones generales”.

²⁵¹ VEIGA COPO, *Tratado...*, pp. 188 y 189; CUÑAT EDO, “La función...”, p. 123 y 124.

3. La propuesta de seguro y las condiciones generales de la contratación en el Derecho español

El artículo 6 de la Ley de Contrato de Seguro establece que la proposición de seguro hecha por el asegurador vinculará al proponente durante el plazo de quince días. Dos consecuencias se extraen de esta norma: se trata de una verdadera oferta y se trata, además, de una oferta irrevocable por el tiempo en ella previsto, término que podrá ampliarse por el asegurador, pero nunca acortarse.

En tanto esta oferta contenga cláusulas generales de contratación (en el sentido dado por el artículo 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación), o cláusulas no negociadas individualmente (de acuerdo a lo establecido en el artículo 80 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), para que se integre la voluntad contractual será necesario cumplir otros requisitos.

De acuerdo al artículo 5 de la Ley sobre las Condiciones Generales de la Contratación, las condiciones generales deberán ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez y serán parte del contrato en tanto su incorporación sea aceptada por el adherente, se firmen por todos los contratantes y se haga mención en el cuerpo del contrato de su incorporación al contrato. No habrá aceptación si no se informó la existencia de las condiciones generales y si no se entregó un ejemplar.

El artículo 7 declara que no quedan incorporadas al contrato las cláusulas ambiguas, oscuras e incomprensibles, lo cual es de particular importancia en materia de seguros dado la complejidad de los términos utilizados en las condiciones generales y particulares, y dado la desafortunada práctica del asegurador que insiste en plantear preguntas ambiguas y generales en los cuestionarios de declaración de los riesgos.

Como criterio general y ajustado al artículo 1 de la Ley sobre las Condiciones Generales de la Contratación, son condiciones generales de la contratación las cláusulas

incorporadas a un contrato que reúnan, conjuntamente, las siguientes características:

En primer lugar, han de tratarse de cláusulas *predispuestas*, redactadas por el predisponente, *incorporadas* al contrato por *imposición* de una de las partes, sin que hayan sido *negociadas individualmente* por el adherente.

En segundo lugar, se trata de cláusulas redactadas para ser incorporadas a una *pluralidad de contratos*, aunque no se utilicen en *todos* los contratos que celebra el predisponente.

En tercer lugar, acreditadas las circunstancias anteriores, la apariencia externa, la extensión o demás circunstancias son irrelevantes.

En cuarto lugar, la determinación del carácter de condición general se realiza aisladamente, de tal suerte que es indiferente que otras o todas las demás cláusulas se hayan negociado individualmente.

En quinto lugar, aunque una o varias cláusulas se hayan negociado individualmente y no se trate de condiciones generales, la Ley se aplicará al resto del contrato si de la apreciación global se llega a la conclusión de que se trata de un *contrato de adhesión*. Ocurre, entonces, que el contrato globalmente sometido a condiciones generales es un contrato de adhesión, aun cuando existan cláusulas negociadas individualmente²⁵².

Esta norma debe considerarse al estudiar el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro, disposición que se ocupa, precisamente, de las condiciones generales en este contrato y que agrega que las cláusulas generales en un contrato de seguro no deberán ser lesivas para el asegurado, en ningún caso. Esto supone que habrá de tenerse en cuenta la legislación de tutela de los derechos de los consumidores y usuarios, fundamentalmente el artículo 82.1 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

²⁵² CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos*, pp. 771 y 772.

B. Declaraciones posteriores a la celebración del contrato

El estado del riesgo es un juicio que raramente permanecerá incambiado pues el riesgo analizado para determinarlo, generalmente sufre variaciones. Circunstancias ajenas al asegurado o, incluso, a veces generadas en mayor o menor medida por su propia voluntad, hacen que el riesgo aumente, disminuye o cambie.

Las alteraciones del riesgo pueden resultar gravosas para el asegurador cuando determinen el pago de una indemnización o de un capital superior, o pueden perjudicar al asegurado cuando supongan el abono de una prima excesiva en relación con el riesgo efectivamente considerado. Esta situación no es justa ni para uno ni para otro.

La declaración inicial del riesgo tiene la función de establecer un equilibrio contractual entre el riesgo efectivamente sufrido y la prima establecida. Riesgo y prima, por tanto, deben guardar la mayor equivalencia posible. Si durante el curso del contrato las circunstancias se modifican, entonces, deben realizarse los ajustes necesarios para restaurar el delicado equilibrio²⁵³.

Esta es la razón por la cual el tomador del seguro, según hemos de ver, tiene el deber de colaborar en que el asegurador actualice su juicio sobre el estado del riesgo declarando las variaciones ocurridas²⁵⁴.

²⁵³ MORANDI, *El riesgo...*, p. 43; STIGLITZ, *Derecho de seguros*, t. II, p. 165.

²⁵⁴ CARRIÓN y MERLINSKI, ob. cit., p. 109.

1. Agravación del riesgo

El estado del riesgo se incrementa cuando, con posterioridad al contrato, sobreviene un cambio que aumenta la probabilidad o la intensidad del riesgo asumido por el asegurador modificando los presupuestos técnicos y económicos que permitieron el cálculo de la prima²⁵⁵.

El aumento del riesgo puede ser esperado por el asegurador o puede sorprenderlo. En el primer caso, la agravación se prevé en el cálculo de la prima. En el segundo caso, el asegurador necesita una nueva declaración para realizar los ajustes correspondientes.

Entre las circunstancias predecibles se encuentra el envejecimiento de las cosas y de las personas. Entre las impredecibles y que necesitan notificación en los seguros de personas, pueden citarse los cambios de profesión, de hábitos o la realización de nuevas actividades deportivas²⁵⁶. En el caso del seguro de cosas, el agravamiento puede ocurrir por alguna modificación sustancial en la ubicación del objeto del riesgo como por ejemplo la instalación de una fábrica de pinturas contigua a la casa asegurada de incendio. En cualquiera de los ejemplos el incremento del riesgo puede determinar un aumento en las probabilidades de ocurrencia del siniestro o puede significar la ampliación de las consecuencias dañosas inicialmente previstas.

²⁵⁵ Advertimos que encontramos artificiosa la diferencia entre agravantes e incrementos de riesgo que se ha manejado en alguna sentencia española (concretamente la Sentencia del Tribunal Supremo del 4 enero de 2008 [R.J. 2923]). En nuestro concepto son sinónimos.

²⁵⁶ El cambio de las circunstancias profesionales o la realización de actividades deportivas de riesgo tiene gran relevancia en el caso de los seguros de accidentes (TIRADO SUÁREZ, “El seguro”, p. 123).

a. Alcance del deber de comunicar la agravación del riesgo

El deber de declaración de incremento del riesgo a cargo del tomador o del asegurado comprende sólo a las modificaciones que cumplan las siguientes características: novedad, imprevisibilidad, relevancia y perdurabilidad²⁵⁷. Quiere decir que no existe deber alguno cuando se trata de hechos notorios o cuando el aumento en el riesgo ha sido conocido por el asegurador antes de producirse el siniestro, ni tampoco cuando se trate de una situación transitoria.

Pero todavía hay más. No toda agravación, aunque cumpla con los requisitos vistos, tiene el poder de modificar la situación contractual. El contrato sólo se resentirá cuando el cambio altere, sustancialmente, la composición de intereses que las partes acordaron cuando lo celebraron²⁵⁸. Por este motivo, el asegurador no sólo debe demostrar que se trata de una agravación; además, debe probar que de haberla conocido en el momento de la perfección del contrato, no lo habría celebrado o lo habría hecho en condiciones más onerosas²⁵⁹.

De lo dicho se desprende que el deber de declaración del aumento del riesgo queda limitado sólo a los casos en que las circunstancias agravantes sean relevantes. Sobre este aspecto hay coincidencia en la Ley de Contrato de Seguro española (artículo

²⁵⁷ SÁNCHEZ CALERO, “Conclusión, documentación, contenido del contrato”, pp. 325 a 327 y LATORRE CHINER, “La agravación del riesgo”, en: BOQUERA MATARREDONA, J., BATALLER GRAU, J. y OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios a la Ley de contrato de seguro* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002), pp. 174 a 176.

²⁵⁸ SÁNCHEZ CALERO, “Deber de comunicar la agravación del riesgo”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día (Cizur Menor-Navarra, Aranzadi, 2010), p. 314; MORANDI, *El riesgo...*, pp. 62, 81, 85, 87 y 100.

²⁵⁹ STS de 25 de abril de 2006 (R.J. 2202).

11²⁶⁰), en la Ley de Seguros argentina (artículo 37) y en el Código de Comercio uruguayo (artículo 681).

La diferencia radica en que en el Derecho argentino, el juicio respecto a la relevancia de la agravación queda a cargo de peritos que son terceros designados por sus conocimientos en la materia. El criterio seguido es absolutamente coherente con el observado en el artículo 5 que establece las consecuencias de la reticencia. Según se verá en su oportunidad, la relevancia de las omisiones e inexactitudes del declarante son sujetas al juicio de peritos.

Curiosamente, el legislador uruguayo, que también requiere el juicio de peritos para declarar nulo el seguro en caso de reticencia y falsa declaración, no exige su participación para el caso de la agravación del riesgo.

b. Consecuencias jurídicas de su incumplimiento

Las consecuencias jurídicas de la agravación del riesgo y del incumplimiento al deber contractual de su declaración, son distintas en el Derecho español, argentino y uruguayo.

El artículo 12 de la Ley de Contrato de Seguro española establece los efectos del agravamiento del riesgo y también qué

²⁶⁰ En la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, de 17 de junio de 2013, el deber del tomador del seguro o del asegurado de comunicar las circunstancias que agraven el riesgo se encuentra regulado en el artículo 591-10, básicamente en los mismos términos que en la Ley de Contrato de Seguro vigente.

No obstante, hay, sí, una diferencia que encontramos interesante pues se agrega otro requisito: la circunstancia agravante debe haber sido incluida en el cuestionario de declaración del riesgo, limitándose, así, la información a proporcionar. La norma proyectada viene a quedar armonizada con el régimen de declaración precontractual del riesgo que en el Derecho español se realiza mediante la formalización de un cuestionario.

La modificación respondería al criterio predominante en la doctrina según el cual, aun en el régimen vigente, las agravaciones del riesgo que deben informarse deben corresponderse a lo declarado inicialmente en el cuestionario inicial (IRIBARREN BLANCO, “Artículo 12. Deber del tomador del seguro o del asegurado de comunicar las circunstancias que agraven el riesgo”, *Revista española de seguros*, n° 143-144 [2010], pp. 569 y 570).

sucede en el caso de que el tomador o el asegurado no hayan cumplido con su deber de información. La Ley plantea dos posibilidades: modificar el contrato o rescindirlo²⁶¹. El asegurador puede adoptar una u otra solución, sea que conozca la situación gracias a la manifestación del tomador o asegurado, o sea que haya tomado conocimiento de ella en forma directa.

Para que opere la modificación del contrato el asegurador debe formular esta opción en el plazo de dos meses contados desde el día en que el aumento del estado del riesgo le ha sido declarado.

El cambio consiste en un aumento de la prima o en la exclusión de determinados riesgos. En el primer caso deberá advertir al tomador del seguro cuánto más deberá pagar por asegurar los riesgos agravados. En el segundo caso deberá decidir e informar qué riesgos concretos considerará excluidos.

Si no hay propuesta del asegurador, el contrato no sufre alteración y, lógicamente, luego no podrá ampararse en la alteración del estado del riesgo para no cumplir con su obligación. En cambio, si pretende lo contrario y así lo manifiesta, el tomador del seguro dispone de quince días para considerar la propuesta. Si el tomador acepta, el contrato se entiende modificado y desde ese mismo momento quedarán excluidos los riesgos agravados o se incrementará la prima en función del aumento operado. Si, por el contrario, rechaza la proposición, puede hacerlo en forma expresa o tácita. Será tácita si deja pasar quince días sin contestar la propuesta de modificación o la devuelve con una contra propuesta. En cualquier caso, el asegurador debe reiterar su propuesta, en los mismos o distintos términos y esperar otros quince días la respuesta del tomador pero, en este caso, bajo apercibimiento de rescisión del contrato si no la acepta.

²⁶¹ SOTILLO MARTÍ, comentado los antecedentes parlamentarios de la norma, recuerda que el artículo 12 de la Ley de Contrato de Seguro española es el resultado de enmiendas socialistas inspiradas en el artículo 4 del Proyecto de Directriz de la Comunidad Económica Europea. Este artículo permite al asegurador proponer la modificación del contrato de seguro en lugar de recurrir, directamente, a su rescisión (SOTILLO MARTÍ, ob. cit., p. 1307).

La rescisión no es automática puesto que debe notificarse dentro del plazo de los ocho días siguientes al último término de quince días. Si el asegurador no realiza esta notificación se entiende que renuncia a su derecho a modificar las condiciones de asegurabilidad y el contrato se mantendrá en los términos pactados originalmente.

La opción de rescindir el contrato es un derecho que emana de la Ley y que no necesita declaración judicial. La solicitud debe realizarla el asegurador, por escrito, dentro del mes siguiente al día en que tuvo conocimiento de la agravación del riesgo.

A diferencia de la notificación de modificación del seguro, que debe hacerse al tomador, la notificación de rescisión del contrato debe hacerse al asegurado pues es a éste a quién corresponde el derecho a la prestación y conviene que sea él quien conozca la opción.

En puridad, la prima en curso no debería corresponder por entero al asegurador; lo justo sería que el asegurador devolviera la parte correspondiente al período no cubierto al tomador del seguro.

La Ley no resuelve el punto. Sí lo hace el artículo 591-11 de la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, de 17 de junio de 2013, recogiendo una solución que venían aplicando las aseguradoras²⁶².

Finalmente, el artículo 12 de la Ley de Contrato de Seguro que estamos analizando, tiene una solución para el caso de que el tomador o el asegurado incumplan con su deber de declarar las circunstancias que agravan el riesgo.

En el caso de probarse mala fe, el asegurador queda liberado de su prestación, siempre y cuando, claro está, el asegurador no hubiese conocido la agravación por otros medios. Si, por el contrario, hay ausencia de mala fe, el asegurador queda

²⁶² IRIBARREN BLANCO, “Artículo 13. Modificación o resolución del contrato de seguro por agravación del riesgo”, *Revista española de seguros*, nº 143-144 (2010), p. 572.

obligado al pago de la prestación, pero ésta se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiera aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo²⁶³.

En el Derecho argentino, el tomador del seguro tiene el deber de comunicar al asegurador las agravaciones operadas en el riesgo como consecuencia de un hecho suyo o ajeno. En el primer caso debe hacerlo antes de que las agravaciones se produzcan. En el segundo caso cumple con el mandato legal si la comunicación se hace llegar inmediatamente después de conocerlas (artículo 38)²⁶⁴.

El asegurador puede rescindir el contrato ante cualquier aumento de riesgo si puede probar que las circunstancias agravantes existían al tiempo de celebración del contrato, en tanto los peritos determinen que el asegurador no habría contratado o lo habría hecho en otros términos de haber conocido la verdadera situación (artículo 37)²⁶⁵.

La Ley se apartó del anteproyecto de HALPERIN, texto que, además de la relevancia, requería que la agravación correspondiera a una circunstancia del riesgo indicada en la póliza o sobre la cual el contratante hubiera sido interrogado en la celebración del contrato²⁶⁶.

El régimen argentino distingue si la agravación del riesgo se debe al propio tomador o si, por el contrario, se debe a un hecho ajeno. En el primer caso la cobertura asegurativa se

²⁶³ SÁNCHEZ CALERO, "Conclusión, documentación...", pp. 327 y 329.

²⁶⁴ El artículo 38 de la Ley argentina de seguros establece:
"El tomador debe denunciar al asegurador las agravaciones causadas por un hecho suyo, antes de que se produzcan; y las debidas a un hecho ajeno, inmediatamente después de conocerlas".

²⁶⁵ El artículo 37 de la Ley argentina de seguros dispone lo siguiente:
"Toda agravación del riesgo asumido que, si hubiese existido al tiempo de la celebración, a juicio de peritos hubiera impedido el contrato o modificado sus condiciones, es causa especial de rescisión del mismo".

²⁶⁶ STIGLITZ, *Derecho de seguros*, t. I, p. 38.

suspende durante siete días, plazo durante el cual el asegurador debe notificar la decisión de rescindir el contrato (artículo 39)²⁶⁷. En el segundo caso, el plazo para notificar la rescisión se extiende a un mes y debe respetarse, además, el preaviso de siete días previsto en el artículo 40 de la misma Ley²⁶⁸.

Si la rescisión no se ejerce en los plazos vistos, el derecho del asegurador se extingue. Sucede lo mismo si la circunstancia agravante desaparece (artículo 42²⁶⁹).

La rescisión del contrato es un derecho del asegurador, derecho que puede ejercer tanto sea que el aumento de riesgo le haya sido comunicado oportunamente, como si no. En el primer caso, de acuerdo al artículo 41, el asegurador percibirá la prima en forma proporcional al tiempo transcurrido. En el segundo caso, tiene derecho a cobrar la prima por el período de seguro en curso²⁷⁰.

El incumplimiento al deber de comunicar las agravaciones del riesgo tiene como consecuencia negativa para el tomador el

²⁶⁷ De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 39:

“Cuando la agravación se deba a un hecho del tomador, la cobertura queda suspendida. El asegurador, en el término de siete días, deberá notificar su decisión de rescindir”.

²⁶⁸ El primer párrafo del artículo 40 establece:

“Cuando la agravación resulte de un hecho ajeno al tomador o si éste debió permitirlo o provocarlo por razones ajenas a su voluntad, el asegurador deberá notificarle su decisión de rescindir dentro del término de un mes y con un preaviso de siete días. Se aplicará el artículo 39 si el riesgo no se hubiera asumido según las prácticas comerciales del asegurador”.

²⁶⁹ El artículo 42 dispone:

“El derecho a rescindir se extingue si no se ejerce en los plazos previstos, o si la agravación ha desaparecido”.

²⁷⁰ El artículo 41 de la Ley de seguros argentina especifica:

“La rescisión del contrato da derecho al asegurador:

- a) Si la agravación del riesgo le fue comunicada oportunamente, a percibir la prima proporcional al tiempo transcurrido;*
- b) Si no le fue comunicada oportunamente, a percibir la prima por el período de seguro en curso”.*

pago de la prima por el período íntegro. Pero, además, según el segundo párrafo del artículo 40, debe sumarse la pérdida del derecho a recibir la prestación del asegurador. Claro que, para ello, es necesario que el asegurador pruebe que el siniestro ocurrió durante el período en que el riesgo estuvo agravado. El tomador sólo podrá defender su derecho al cobro de la prestación si logra probar que la omisión o la demora en la notificación de agravación ocurrieron sin su culpa o negligencia, o si consigue demostrar que el asegurador conocía la agravación que esgrime como excusa²⁷¹.

El Código de Comercio uruguayo no prevé las modificaciones al estado del riesgo, salvo en el artículo 681 para el caso del agravamiento del riesgo de incendio y sólo respecto del ocurrido por el cambio de destino del edificio asegurado.

La norma no establece deber alguno a cargo del tomador o del asegurado de informar el cambio de destino. Sólo se limita a establecer la consecuencia una vez que se ha verificado la modificación. Quiere decir que para el legislador uruguayo, en este caso, es indiferente que el cambio se haya conocido gracias a la declaración del tomador o porque el asegurador se ha procurado por sí mismo la información.

La consecuencia legal será, siempre, el cese de las obligaciones derivadas del seguro. Ni el tomador deberá abonar más primas, ni el asegurador deberá pagar la indemnización. Para que se produzca este resultado el asegurador deberá probar que el cambio de destino supone un aumento de riesgo tal que, de haberlo conocido al tiempo de celebración del contrato, no lo habría concluido o lo habría hecho en términos más gravosos.

²⁷¹ El segundo párrafo del artículo 40, bajo el título “Efectos en caso de siniestro”, dice así:

*“Si el tomador omite denunciar la agravación, el asegurador no está obligado a su prestación si el siniestro se produce durante la subsistencia de la agravación del riesgo, excepto que:
El tomador incurra en la omisión o demora sin culpa o negligencia;
El asegurador conozca la agravación al tiempo en que debía hacérsele la denuncia”.*

Fuera del caso de cambio de destino, el régimen de comunicación de otras modificaciones y las sanciones para el caso de su incumplimiento habrán de regularse de acuerdo a lo establecido en el contrato.

2. Disminución del riesgo

Las circunstancias que disminuyan el riesgo del asegurado deben ser declaradas a los efectos de que el asegurador corrija la prima y restablezca el equilibrio entre las prestaciones contractuales.

Igual que sucede con los casos de agravación del riesgo, no todos los supuestos de disminución importan una descomposición de la ecuación inicialmente contemplada. Hay modificaciones que no inciden en el cálculo actuarial del asegurador. Quiere decir que la comunicación del cambio en las circunstancias se ciñe, exclusivamente, a los casos en que el riesgo merma al punto de que si el asegurador hubiera conocido su verdadera entidad o no habría concluido el contrato o lo habría hecho en condiciones más favorables para el tomador.

El artículo 13 de la Ley de Contrato de Seguro española dispone el régimen correspondiente a la declaración de las circunstancias que disminuyan el riesgo²⁷².

Frente a la declaración del tomador o del asegurado, la Ley de Contrato de Seguro española plantea las mismas dos posibilidades que ofrece como opción en el caso de la agravación: modificar el contrato, de modo de ajustar la prima al riesgo posteriormente declarado, o rescindirlo²⁷³.

²⁷² Este aspecto también fue especialmente discutido en el Senado español (SOTILLO MARTÍ, ob. cit., p. 1309).

²⁷³ En la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, de 17 de junio de 2013, el régimen de declaración de las circunstancias que disminuyan el riesgo se encuentra dispuesto en el artículo 591-12. El artículo propuesto innova en dos sentidos: en primer lugar establece, como efecto, la resolución del contrato; en segundo lugar, requiere que las circunstancias que habilitan la modificación o la resolución del contrato, se hayan declarado en el cuestionario que el

Si el tomador o el asegurado comunican la situación, la prima futura deberá reducirse hasta coincidir con el estado del riesgo reconsiderado por el asegurador. Quedan a salvo de esta operación las primas correspondientes al período en curso. En caso de que el asegurador no se avenga a modificar la prima, el tomador tiene el derecho a la resolución del contrato y a la devolución de la diferencia entre la prima pagada y la que hubiera correspondido pagar a partir de la comunicación de la reducción al asegurador.

La Ley de Seguros argentina hace referencia a la hipótesis de reducción de los riesgos en el artículo 34²⁷⁴. El legislador argentino contempla dos supuestos.

En primer lugar, parte de la base de que el asegurado ha cometido un error declarando un riesgo más grave del que padece en la realidad. En este caso, tiene derecho a solicitar al asegurador la rectificación de la prima para el futuro, ajuste que debe realizarse de acuerdo a la tarifa en vigor para riesgos similares, vigente al tiempo de celebración del contrato.

En segundo lugar, la Ley argentina prevé la hipótesis de disminución propiamente dicha. En esta situación, la prima habrá de acomodarse aunque de acuerdo a los precios que el asegurador mantenga al tiempo de la comunicación de disminución.

asegurado presentó oportunamente al proponente del seguro. Esta solución, a criterio de IRIBARREN BLANCO es criticable puesto que la limitación que impone perjudica al tomador y no al asegurador, como sucede en el caso de la agravación (IRIBARREN BLANCO, Artículo 14. “Modificación o resolución del contrato de seguro por disminución del riesgo”, *Revista española de seguros*, n° 143-14 [2010], pp. 575 y 576.

²⁷⁴ La norma argentina citada dispone:

“Cuando el asegurado ha denunciado erróneamente un riesgo más grave, tiene derecho a la rectificación de la prima por los períodos posteriores a la denuncia del error, de acuerdo a la tarifa aplicable al tiempo de la celebración del contrato.

Cuando el riesgo ha disminuido, el asegurado tiene derecho al reajuste de la prima por los períodos posteriores, de acuerdo a la tarifa aplicable al tiempo de la denuncia de la disminución”.

El Código de Comercio uruguayo no refiere a la reducción de los riesgos. El régimen de su declaración es materia de regulación en las pólizas respectivas.

C. Nuestra posición

La declaración del riesgo es el acto de mayor importancia en el proceso de contratación de un seguro. De su exacto cumplimiento depende la justicia del contrato y el éxito de la relación jurídica entre el tomador y el asegurador.

Las mismas razones que explican la existencia de un deber precontractual de declaración del riesgo justifican la necesidad de remozar el juicio del asegurador sobre su estado, toda vez que hayan ocurrido modificaciones relevantes que alteren la proporcionalidad inicialmente planteada.

La declaración de las circunstancias que incrementan o disminuyen el riesgo sigue, en términos generales, el mismo régimen jurídico que gobierna el deber de declaración precontractual, en una suerte de prolongación o complemento de éste.

El incumplimiento al deber contractual de informar las variaciones operadas, en ocasiones compromete la prestación del asegurador y en ocasiones no. Si el riesgo disminuye y el asegurador no lo sabe, el tomador soportará el perjuicio patrimonial en la medida en que continúe abonando una prima desproporcionada en relación con los peligros que padece. Si el riesgo aumenta, en cambio, su desidia puede justificar la falta de pago del asegurador. Pero, aún en este caso, no siempre tendrá la razón pues las circunstancias agravantes que deben declararse deben ser sólo aquellas que sean de tal entidad que si las hubiera conocido, o no hubiera consentido el contrato o lo hubiera hecho en otras condiciones.

Quiere decir que la valoración de las circunstancias que rodean el riesgo durante la ejecución del contrato ha de efectuarse a la vista de las que se tuvieron en cuenta por el asegurador en oportunidad de su conclusión. Lo que no se consideró relevante

entonces, no puede, luego, ser un obstáculo para el cumplimiento de la obligación del asegurador.

En las legislaciones que imponen al asegurador presentar cuestionarios de declaración de riesgos al solicitante, caso del español, la determinación de lo que al tiempo de celebración del contrato se consideraba importante es muy sencillo de definir pues basta remitirse a las preguntas contenidas en la fórmula.

SÁNCHEZ CALERO afirma que el asegurador obrará en forma abusiva toda vez que se niegue a cumplir con lo pactado argumentando el incumplimiento al deber de declaración de agravaciones sobre circunstancias no comprendidas en ese cuestionario²⁷⁵, aspecto previsto en el artículo 591-10 de la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, de 17 de junio de 2013.

En el Derecho uruguayo, la forma de declaración del riesgo se deja librada a la autonomía de la voluntad de las partes pero no existe asegurador que no reclame al futuro tomador el completamiento de formularios. De cualquier forma, dado que las sanciones no pueden extenderse por analogía, si el asegurador pretende una solución como la prevista en el artículo 681 del Código de Comercio uruguayo para otros seguros, deberá pactarlo expresamente.

²⁷⁵ SÁNCHEZ CALERO, “Conclusión, documentación, contenido del contrato”, pp. 325 a 327

II. Sujetos participantes en el acto de declaración de los riesgos

A. Asegurador

El destinatario de la declaración es el asegurador, no obstante lo cual se entiende que el deber igualmente se cumple cuando la declaración es recibida por otras personas en su nombre, con tal que el vínculo jurídico permita esta representación²⁷⁶. Existen situaciones más claras que otras.

Respecto de los empleados del asegurador no se plantean mayores problemas. El personal dependiente tiene suficientes facultades para recibir las diferentes declaraciones y ocuparse de la mayoría de los aspectos administrativos del seguro. No obstante, razones de competencia obligan a las compañías de seguros a contratar otras personas para que se ocupen de la captación de los futuros asegurados. Respecto de ellas la cuestión no es tan clara. Todo dependerá del régimen jurídico a que esté sujeta la actividad de estos individuos.

En España, el artículo 7 de la Ley de Mediación de seguros y reaseguros privados, 26/2006, de 17 de julio, ordena a los mediadores en dos categorías: por una parte se regula la actividad de los agentes de seguros (que a su vez pueden ser exclusivos o vinculados al asegurador) y por otra parte se establece el régimen de los corredores de seguros.

Los agentes, como indica su nombre, se encuentran relacionados con el asegurador en virtud de un contrato de agencia, contrato que se regula especialmente en los artículos 10 y 11 de la Ley referida. Estos sujetos podrán desarrollar su actividad en tanto y en cuanto realicen la inscripción en el Registro administrativo especial de mediadores de seguros, corredores de reaseguros y de sus altos cargos (artículo 9.1).

²⁷⁶ RUBIO VICENTE, ob. cit., p. 53; FANELLI, “Gli ausiliari nell’assicurazione”, *Assicurazioni*, parte I, n° 6, año XXXIX (1972), pp. 445 y ss.; JACOB, ob. cit., pp. 609 y ss. En la jurisprudencia argentina interesa la SCNCom, sala D, del 2 de julio de 1990 (*Jurisprudencia Argentina*, n° 2, abril-junio [1991], p. 331).

En lo que a nuestro trabajo interesa, el artículo 12 de la norma española establece que las comunicaciones que efectúe el tomador del seguro al agente que medie o haya mediado en el contrato, surtirán los mismos efectos que si se hubiesen realizado directamente a la entidad aseguradora.

El corredor de seguros no representa a la aseguradora pues, de acuerdo al artículo 26, no mantiene ningún vínculo contractual que suponga afección con ella. Su actividad se limita a ofrecer asesoramiento independiente, profesional e imparcial a quienes demanden la cobertura de un seguro, actuando como un mediador. Esta doble vinculación simultánea, con el asegurador y con el tomador o asegurado, es la principal diferencia entre un agente de seguros y un corredor de seguros, en el régimen jurídico español²⁷⁷.

El artículo 29 distingue los pactos celebrados por el corredor con el asegurador y con su clientela. La relación que mantiene el corredor con el asegurador queda sujeta a lo que las partes acuerden pero, en ningún caso, se puede afectar la independencia del corredor de seguros. Los pactos del corredor con su clientela, además de regularse de acuerdo a lo convenido, supletoriamente y en lo no previsto se gobiernan por las normas del contrato de comisión mercantil del Código de Comercio.

Por la infracción a las normas penales o de otra índole, o por la desobediencia a las estipulaciones sobre mediación en seguros privados, los corredores son responsables administrativamente (art. 30).

El agente, en cambio, celebra con el asegurador un contrato de agencia en virtud del cual, de acuerdo al artículo 12 de la Ley que estamos comentando, las comunicaciones que le efectúe el tomador surten los mismos efectos que si se hubiesen realizado directamente a la entidad aseguradora.

²⁷⁷ TIRADO SUÁREZ, *Ley de Mediación en Seguros y Reaseguros Privados. Comentarios a la Ley 26/2006 de 17 de julio, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados. Legislación, Doctrina y Formularios* (Cizur Menor-Navarra, Aranzadi, 2007), p. 471.

Cuando los agentes son exclusivos (artículo 13.1), el vínculo con la entidad aseguradora es mucho más fuerte que cuando no lo es. Como contrapartida, el artículo 18 dispone que, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera incurrir el agente en el ejercicio de su actividad, se imputará a la aseguradora la responsabilidad civil profesional derivada de su actuación y la de sus auxiliares externos, así como las consecuencias jurídicas de las infracciones a la legislación sobre mediación en seguros privados que hubieren cometido.

Las consecuencias relacionadas en el párrafo anterior no se verifican en el caso en que los agentes de seguro sólo se encuentren vinculados al asegurador (artículo 20). Estos sujetos, sin perjuicio de la responsabilidad penal o de otra índole que pueda corresponderles, son responsables frente a la Administración por las infracciones tipificadas en la Ley de Mediación de seguros y reaseguros privados (art. 23.1).

La doctrina española entiende que en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley de Mediación de seguros y reaseguros privados, los agentes *afectos*, esto es, los que tienen la representación del asegurador, son competentes para recibir la declaración del proponente de un seguro²⁷⁸. A los efectos de las consecuencias que las mismas puedan tener sobre el contrato de seguro, esa declaración es como si se hubiera efectuado directamente al asegurador. En este aspecto reside la principal diferencia entre agentes y corredores²⁷⁹.

En la Argentina la Ley de Seguros estableció dos categorías de agentes de seguros: el agente no institorio y el institorio, cuyas facultades están enumeradas en el artículo 53 y 54 de la Ley. La diferencia entre ellos radica en que los agentes institorios puede representar al asegurador, al punto de celebrar los contratos, cosa que los agentes no institorios no pueden hacer. El acto de declaración del riesgo puede ser recibido por cualquiera de los dos.

²⁷⁸ RUBIO VICENTE, ob. cit. pp. 53 y 54.

²⁷⁹ SAP A Coruña (Sección 3), de 17 de febrero de 2012 (JUR 2012\89608); SAP Vizcaya (Sección 5), de 27 de octubre de 2011 (JUR 2012\175465).

En Uruguay no existe ninguna ley que regule la actividad de los corredores de seguros fuera de las disposiciones contenidas en el Código de Comercio para los corredores en general y ello en tanto están considerados como auxiliares del comercio en el capítulo I del título III.

B. Solicitante, tomador y asegurado

La declaración del riesgo corresponde al solicitante del seguro y de ordinario, quien solicita el seguro lo hace sobre su propio riesgo. Este principio general sufre una excepción cuando el seguro se contrata por cuenta ajena o teniendo en cuenta un riesgo ajeno, circunstancia muy frecuente en el seguro de vida. En este caso, el solicitante, futuro tomador, no tiene la información necesaria para cumplir acabadamente con el deber de informar; necesitará la colaboración de esta otra persona, el asegurado, pues de lo contrario se frustrará la finalidad del deber de declaración.

La Ley de Contrato de Seguro española reconoce la dualidad tomador-asegurado en el artículo 7, norma que permite al asegurado cumplir con las obligaciones y con los deberes contractuales impuestos al tomador. Aunque referido a la órbita contractual, se entiende que igualmente se cumplió con la finalidad del artículo 10 de la Ley si el futuro asegurado y no el futuro tomador, fue quien declaró el riesgo. Se crea un único centro de intereses que justificaría que compartieran esta carga aunque, en puridad, la carga la tiene el asegurado que es quien padece el riesgo²⁸⁰.

Se ha dicho que tal solución es la más lógica y la que mejor se ajusta al conjunto de disposiciones de la Ley en razón de que respecto de otros deberes, la Ley alude al tomador y al asegurado, en forma indistinta. Así sucede con el deber de comunicar las agravaciones del riesgo (artículo 11), la posibilidad de informar la

²⁸⁰ SÁNCHEZ CALERO, “Conclusión, documentación, contenido del contrato”, pp. 298 y 299; LATORRE CHINER, “El deber...”, en: *Comentarios...*, pp. 164 y 165.

disminución del riesgo (artículo 13), el deber de comunicar el siniestro (artículo 16) y el deber de salvamento (artículo 17)²⁸¹.

La Ley de Seguros argentina tiene una disposición expresa para el seguro contratado sobre la vida de un tercero. Se trata del artículo 129, norma que establece que a los efectos de este seguro debe tomarse en cuenta el conocimiento y la conducta del contratante y del tercero. La norma es parca y para completar su lectura uno debe remitirse al régimen general establecido en el artículo 10, norma que establece que cuando el contrato se celebre por cuenta ajena, para juzgar la reticencia se apreciará el conocimiento y la conducta del tercero asegurado y del tomador²⁸².

Ahora bien, admitido que la declaración puede ser efectuada por una persona distinta al tomador, aparece el problema de la responsabilidad del tomador por las declaraciones reticentes, inexactas o falsas del asegurado.

En España se ha propuesto la aplicación del artículo 10 en tanto las condiciones generales no ofrezcan otra solución, solución que podría consistir en liberar al tomador de responsabilidad por la actuación dolosa del tercero. Consecuentemente, en caso de dolo o culpa grave del declarante y del tomador, el asegurador quedaría liberado del pago de la prestación. En cambio, si el asegurador no puede probar que el solicitante conocía o debía conocer la omisión del declarante, su

²⁸¹ RUBIO VICENTE, ob. cit., pp. 47, 48 y 49; BATALLER GRAU, *El deber...*, p. 13.

²⁸² El artículo 10 de la Ley de Seguros argentina dispone:

“Celebración por representación

Cuando el contrato se celebre con un representante del asegurado, para juzgar la reticencia se tomarán en cuenta el conocimiento y la conducta del representado y del representante, salvo cuando este actúe en la celebración del contrato simultáneamente en representación del asegurado y del asegurador.

Celebración por cuenta ajena

En el seguro por cuenta ajena se aplicarán los mismos principios respecto del tercero asegurado y del tomador”

prestación debería reducirse proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que hubiera aplicado de conocer la verdadera entidad del riesgo²⁸³.

El artículo 5 de la Ley de Seguros argentina, norma que establece el régimen de la reticencia, refiere sólo al asegurado. Algún autor sostiene que por ello no corresponde extender la sanción al tomador²⁸⁴. Otros, en cambio, aplican el artículo 129 y 10 de la Ley y por tanto entienden que la responsabilidad por la declaración frente al asegurador se funde en una sola y recae sobre el asegurado y el tomador, sin perjuicio de los eventuales daños y perjuicios que pudiera corresponder en la relación interna²⁸⁵.

Algo similar ocurre en Uruguay en tanto el artículo 640 del Código de Comercio utiliza la misma terminología.

Una vez celebrado el contrato, los responsables de notificar las modificaciones del riesgo son el tomador o el asegurado. Ya nos hemos referido al deber de comunicación de las modificaciones en el riesgo. Allí nos remitimos. No obstante, a los efectos de evaluar la diligencia en el cumplimiento de tal deber, conviene poner de relieve que la Ley de Contrato de Seguro española no dispone ningún plazo para realizar la comunicación de agravación. Sólo indica que debe hacerse “*tan pronto como le sea posible*” y en los hechos deberá atenderse al caso concreto para juzgar la diligencia del tomador o del asegurado en obedecer el precepto. La comunicación de las circunstancias que disminuyan el riesgo se hará, lógicamente, cuando el tomador o el asegurado lo consideren conveniente. A diferencia de la agravación, la Ley de Contrato de Seguro española no establece, siquiera, una orden de inmediatez.

El artículo 38 de la Ley de Seguros argentina tampoco dispone pautas precisas. Establece que el tomador debe denunciar

²⁸³ RUBIO VICENTE, ob. cit., p. 50.

²⁸⁴ MALAGARRIGA, ob. cit., p. 425.

²⁸⁵ LÓPEZ SAAVEDRA, *Ley de Seguros comentada y anotada* (Buenos Aires, La Ley, 2007), pp. 99, 100 y 101; MORANDI, *Estudios...*, p. 230.

las agravaciones derivadas de sus hechos, antes de que se produzcan y las que se produzcan por un hecho ajeno inmediatamente después de conocerlas.

En el Derecho uruguayo habrá de estarse a lo dispuesto por las partes.

C. Nuestra posición

El Código de Comercio uruguayo no contiene ninguna norma que regule el deber de declarar el riesgo. Consecuentemente, tampoco dispone quién debe cumplir este acto. En nuestro concepto debe interpretarse que la declaración del riesgo corresponde al solicitante, futuro tomador, pero que la finalidad del acto se habrá cumplido igualmente si es el asegurado quien declara el riesgo. Ésta es, a nuestro juicio, la solución que mejor se acomoda a la contratación del seguro moderno y ello a pesar de que sólo las declaraciones falsas o reticentes del asegurado son las que provocan la nulidad del contrato, pues así está dispuesto en el artículo 640 del Código de Comercio.

Con lo dicho queremos significar que el tomador del seguro no puede ser responsabilizado de las declaraciones reticentes, inexactas o falsas del asegurado, si no se puede probar que también a su respecto se completan los supuestos del artículo 640. Nuestra conclusión se fundamenta en que el Código de Comercio uruguayo no contiene una norma como el artículo 7 de la Ley de Contrato de Seguro española o como el artículo 129 y 10 de la Ley de Seguros argentina. De manera que sólo se podrá responsabilizar al tomador por las declaraciones del asegurado en la medida en que se juzgue el conocimiento que tiene de los hechos y su conducta, en los mismos términos en que se juzga la conducta del asegurado.

En consecuencia, en el Derecho uruguayo el asegurador quedaría liberado del pago de su prestación en todos los casos pues el artículo 640 del Código de Comercio no distingue entre la buena o mala fe del declarante. No obstante, si el tomador obró de buena fe, el asegurador debe restituir el premio o la parte del premio que haya recibido hasta la suma concurrente de los

riesgos que no haya corrido, por aplicación del artículo 666. En cambio, si actuó de mala fe, al asegurador le corresponde el premio íntegro (artículo 667).

En lo que respecta a España, la aplicación del régimen general de la reticencia al tomador resulta clara, porque la combinación de los artículos 10 y 7.2 de la Ley de Contrato de Seguro permiten la confusión del tomador y el asegurado, no sólo en relación al cumplimiento del acto de declaración del riesgo, sino también en cuanto a las consecuencias de su inobservancia.

Lo mismo puede decirse respecto del Derecho argentino. Es claro que en virtud de lo dispuesto en el artículo 129 y 10 de la Ley de Seguros, el solicitante, futuro tomador, se hará responsable por las declaraciones del asegurado pero habrá de tenerse en cuenta si conoce las circunstancias omitidas o inexactamente declaradas y su conducta.

III. Contenido de la declaración de los riesgos

El contenido del deber de declaración de los riesgos es distinto en los seguros de daños y en los seguros de personas, no sólo porque el objeto del seguro es diferente, sino porque estos seguros pertenecen a categorías gobernadas por principios propios que repercuten en su régimen jurídico.

Tradicionalmente se ha entendido que los seguros de personas no son seguros de indemnización. Por ello la declaración del riesgo no está dirigida a conocer el interés asegurable del tomador, concepto al que son extraños, ni a conocer su daño, cuestión que es completamente indiferente. Todo el esfuerzo de la compañía de seguros está centrado en conocer a la persona y sus experiencias.

Los seguros de daños son seguros de indemnización y por ello el asegurador necesita conocer cuál es el interés asegurable del tomador del seguro en que el objeto no se vea alcanzado por el daño. Ello explica el interrogatorio sobre la cosa, la contratación sobre otros seguros, entre otros aspectos.

A. Seguros de personas

En los seguros de personas las preguntas de los cuestionarios deben dirigirse a evitar la selección adversa, esto es, deben permitir al asegurador distinguir los factores de riesgo de los integrantes de su cartera de manera de aliviar la asimetría informativa que naturalmente tiene del riesgo. Y decimos *alivia* porque el asegurador nunca podrá conocer el riesgo como lo conoce quien lo padece. El solicitante del seguro siempre superará al asegurador en este aspecto.

Los factores que mejor servicio prestan a la explicación y al pronóstico de los siniestros son la edad, el sexo, la ocupación y el estado de salud y ello por cuanto son los índices de tarificación de la prima de riesgo. El cuestionario de declaración del riesgo, por tanto, no debería dejar de exigir al tomador una respuesta satisfactoria sobre estos tópicos.

En las líneas que siguen habremos de referirnos al contenido básico de los cuestionarios en todos los seguros de personas. Por su importancia, la declaración del estado de salud y de la edad se realizará en la tercera parte del trabajo, en oportunidad de tratar los seguros de vida.

1. Aspectos relevantes sobre la persona del asegurado

En los seguros de personas la declaración de los datos que permiten la identificación del asegurado tiene la mayor relevancia y suele ser corroborada por el asegurador mediante el reconocimiento personal. Es posible deslindar dos situaciones: la falsedad respecto a la identidad de la persona y la sustitución de la persona en el acto del reconocimiento médico.

En la primera hipótesis el seguro lo contrata un individuo haciéndose pasar por otro, sea real o sea imaginario. En el segundo caso el sujeto que toma el seguro no es el mismo que luego es revisado por el médico del asegurador²⁸⁶. En estos casos

²⁸⁶ HALPERIN y BARBATO, ob. cit., cap. III, 44.

de sustitución de personas habría una clarísima situación de error obstativo que viciaría el consentimiento del asegurador²⁸⁷.

Otros aspectos sobre la persona también son relevantes en tanto informan al asegurador sobre la personalidad del futuro tomador.

Se entiende necesario que el proponente declare los contratos celebrados con otras compañías, aunque sólo hayan sido solicitados y con más razón si son rechazados, en tanto esta información forma parte de los antecedentes personales del futuro contratante²⁸⁸. Comprendido esto, es opinable, en cambio, si la falsedad sobre este aspecto, en tanto haya sido cuestionado por el asegurador, desencadena las consecuencias de las declaraciones reticentes, porque como se sabe, en los seguros de personas no existe ningún impedimento en que una persona contrate más de un seguro, sea sobre su vida o su integridad física, pues ello no determina un enriquecimiento de su parte²⁸⁹.

La forma cómo las personas se ganan el sustento, en cambio, es determinante en los seguros de personas en la medida

²⁸⁷ CASTILLO, *Curso de Derecho comercial*, t. IV (Buenos Aires, Talleres Gráficos Ariel, 1942), p. 201; VIVANTE, “Del contrato de seguro. De la prenda – Del depósito en los almacenes generales”, v. II, De los seguros sobre la vida”, en: BOLAFFIO, L., ROCCO, A. y VIVANTE, C., *Derecho Comercial*, t. 14, trad. por SENTÍS MELEDO de *Il Codice di commercio commentato*, 6ª. ed. ref. (Torino, Unione Tipográfico-Editrice Torinese, 1935) - (Buenos Aires, Ediar, 1952), p. 67.

²⁸⁸ HALPERIN, *Seguros...*, cap. VIII, 2 y cap. III, notas 613 y 614; MALAGARRIGA, *Tratado Elemental de Derecho Comercial. Transporte y seguros*, t. III (Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1952), p. 393; SEGOVIA, *Explicación y crítica del nuevo Código de Comercio de la República Argentina* (Buenos Aires, La Facultad, 1933), p. 75, nota 1918; VIDARI, *Corso di Diritto Commerciale*, v. V, 3ª ed. (Milano, Ulrico Hoepli, 1892), p. 295; DE JUIRAZAR, “La ocultación de las enfermedades al contratar los seguros de vida”, *Jurisprudencia Argentina*, t. 27 (1928), p. 598.

²⁸⁹ TIRADO SUÁREZ se inclina por la aplicación del artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro en caso de que el solicitante del seguro haya mentido sobre la contratación de otros seguros, si ello fue objeto de pregunta en el cuestionario (“TIRADO SUÁREZ, “El riesgo en el seguro de vida”, ob. cit., p. 2386).

en que se trata de un factor que incide notablemente, tanto en la decisión del asegurador de aceptar el riesgo, como en la tarificación de la prima. Es obvio que hay ocupaciones de mayor riesgo que otras. Basta pensar en los policías, bomberos, conductores de ambulancias, corresponsales de guerra y tantos otros.

En esta materia la experiencia enseña que ocurren dos supuestos: la mentira al declarar la profesión y el cambio de profesión.

Respecto del primer caso VIVANTE observaba que el error respecto de la profesión es un ejemplo de equivocación que no tiene el poder de viciar el contrato, siempre y cuando el asegurador se hubiera cerciorado y hubiera podido corroborar sus probabilidades de vida e integridad²⁹⁰. El segundo caso se resuelve como una agravación del riesgo.

2. Los problemas que plantea el conocimiento del genoma humano

La predisposición hereditaria de ciertas personas a padecer enfermedades de manifestación tardía y gran mortalidad siempre ha sido un tema fundamental para el asegurador, especialmente en los ramos vida para el caso de muerte, accidentes y enfermedad²⁹¹.

De ordinario el asegurador conoce la tendencia del proponente del seguro a sufrir tal o cual dolencia como resultado de un interrogatorio centrado fundamentalmente en las enfermedades padecidas por los familiares cercanos. Es fácil advertir que este sistema no alcanza a las enfermedades que permanecieron latentes en la familia.

²⁹⁰ VIVANTE, “De los seguros sobre la vida”, p. 67.

²⁹¹ MANGIALARDI, PANTANALI y QUINTANA, “La influencia de los avances tecnológicos y científicos en el seguro de personas”, *Revista Ibero-latinoamericana de Seguros*, n° 26 (2007), p. 19.

Actualmente, la decodificación del mapa genético del ser humano permitiría al asegurador completar esta información. Pero para ello, el futuro asegurado debería someterse a ciertas pruebas que develen su genoma, esto es, que exhiban el retrato genético de cada uno de los cincuenta a cien mil genes presentes en el núcleo celular²⁹². Si el proponente accede a practicarse estas pruebas, dejaría de ser ignorante sobre su tendencia hereditaria y conocería el riesgo que significaría desarrollar determinadas enfermedades.

El tema que nos ocupa es tan proteico que ha dado lugar a una nueva disciplina denominada *Bioderecho*, cuyo objeto es el análisis del conjunto de disposiciones jurídicas, decisiones jurisprudenciales y principios del Derecho aplicables a las acciones de investigación, de desarrollo tecnológico y de naturaleza clínica que incidan en la salud e integridad física de las personas para que se ejerzan con responsabilidad, preservando la dignidad, la autonomía informativa, la seguridad jurídica y la integridad psicológica de los individuos²⁹³.

Los científicos plantean diversas interrogantes respecto a los efectos de las pruebas genéticas sobre el control de la conducta humana. Los filósofos discuten si una eventual manipulación de los genes no le resta individualidad al ser humano²⁹⁴. Existen quienes auguran situaciones de proporciones

²⁹² ALMAJANO PABLOS, “Información genética y artículo 89 de la Ley de Contrato de Seguro”, en: *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, v. III (Bilbao, Fundación BBV, 1994), p. 59; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, “El código genético y el contrato de seguro”, en: *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, v. III (Bilbao, Fundación BBV, 1994), p. 29.

²⁹³ VALADÉS, “Problemas del Bioderecho y del Derecho Genómico”, en: VALADÉS, D. y SAADA, A., (Coord.), *Panorama sobre la legislación en materia de genoma humano en América Latina y el Caribe* (México, Universidad Nacional Autónoma de México – Red Latinoamericana y del Caribe de bioética de la UNESCO, 2006), p. 389.

²⁹⁴ LLEDÓ YAGÜE critica severamente la denominada *ética civil* y la línea cientifista y utilitarista que, a su criterio, dominan el estudio del genoma y que no se compadecen con la protección de la individualidad humana (LLEDÓ YAGÜE, “La identificación de la persona mediante pruebas genéticas y sus

catastróficas como el tráfico de datos genéticos y la formación de listas negras integradas por parias, repertorios que además de impedir la celebración de diversos contratos, entre ellos el contrato de seguro, supondrían un obstáculo para la concesión del crédito y la obtención de un empleo²⁹⁵.

Los juristas, por su parte, analizan si toda esta tecnología no agrede conceptos tan caros al Derecho como la libertad y la dignidad del sujeto observado, así como la responsabilidad y confidencialidad del observador.

Ciertas ramas del Derecho son especialmente sensibles a toda esta problemática. Basta pensar en los problemas jurídicos que plantea el conocimiento del genoma en Derecho Civil y más concretamente en las investigaciones de la paternidad, o en el Derecho Penal y en la eventual imputación de un delito²⁹⁶.

El Derecho de los seguros no se queda en zaga. La necesidad de conocimiento del asegurador, de modo de limitar razonablemente sus riesgos, se enfrenta a la necesidad psicológica de ignorancia del asegurado y a su derecho a exponer su personalidad sólo hasta lo legalmente exigible²⁹⁷. En lo que a nuestro trabajo interesa, el conocimiento de la predisposición a sufrir determinadas enfermedades incide directamente en el régimen de las declaraciones del riesgo y en las consecuencias jurídicas del incumplimiento del deber de informar.

implicaciones jurídicas”, en: *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, v. IV [Madrid, Fundación BBV Documento, 1994], pp. 14 y 15.

²⁹⁵ CHOUA, MALATO y AGÜERO, “Discriminación y el Proyecto Genoma Humano”, *Revista Electrónica de Derecho Informático*, n° 50, septiembre 2002 (vlex.com).

²⁹⁶ GÓMEZ CALLE, “El Derecho civil ante las nuevas técnicas de investigación genética. En particular, las pruebas de detección genética”, en: *II Jornadas Luso – Españolas “Derecho y Genética: un reto de la sociedad del siglo XXI”*, pp. 157 y 160 (vlex.com); CAPRON, “Seguros y genética”, en: *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, v. III (Bilbao, Fundación BBV, 1994), p. 18; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, ob. cit., p. 31; ALMAJANO PABLOS, ob. cit., p. 62; BERBERICH, ob. cit., p. 85; MARCO ARCALÁ, ob. cit., p. 305.

²⁹⁷ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, ob. cit., p. 39.

En contraposición, en la técnica actuarial la aplicación de las pruebas genéticas no plantea ninguna polémica. Se los considera un instrumento de diagnóstico más y se evalúan como cualquier otro examen médico, en tanto se parte del supuesto de que el seguro no es capaz de prometer una cobertura universal y que la selección viene implícita en cualquier planificación razonable²⁹⁸.

Algunos test genéticos son inofensivos para el Derecho. Es el caso de los utilizados para confirmar un diagnóstico clínico o definir un cuadro patológico, o los que sirven para monitorear la cura en presencia de determinado cuadro clínico o para descartar a las personas sanas de los portadores de enfermedades graves. Otros, en cambio, son problemáticos y ello en tanto pueden resultar discriminatorios. Nos referimos a los test presintomáticos o preclínicos, útiles para reconocer una mutación genética y los de evaluación de la susceptibilidad genética, que son los que permiten identificar el genotipo que en presencia de ciertos factores como los hábitos y el ambiente, determinan la mayor o menor predisposición a padecer ciertas enfermedades²⁹⁹.

a. El derecho del solicitante a ignorar la carga genética y el derecho del asegurador a conocer el riesgo

El problema que nos interesa particularmente es si el derecho del individuo a ignorar su carga genética (derecho reconocido en el Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina aprobado por el Consejo de Europa el 4 de abril de 1997³⁰⁰, en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y

²⁹⁸ NOGUÉRO, “Sélection des risques. Discrimination, assurance et protection des personnes vulnérables” (*Revue Générale des Assurances*, n° 3 [2010], p. 634; BERBERICH, “¿Ampliación de la selección de riesgos en el seguro de vida en relación con las pruebas genéticas?”, en: *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, v. III (Bilbao, Fundación BBV, 1994), p. 77.

²⁹⁹ CIRILLO, “La progressiva conoscenza del genoma umano: tutela della persona e problemi giuridici connessi con la protezione dei dati genetici”, *Rivista di Diritto civile*, n° 3, año XLVIII (2002), p. 409.

³⁰⁰ El artículo 10.2 de esta norma establece:

los Derechos Humanos de la UNESCO, de 11 de noviembre de 1997³⁰¹ y en la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos de la UNESCO, de 16 de octubre de 2003³⁰²), debe o no debe ceder ante el derecho del asegurado a conocer dicha información³⁰³.

El dilema se centra en el enfrentamiento entre un novel *derecho a la autodeterminación de la información*, derivado de derechos de raíz constitucional, como los que protegen la dignidad y el respeto de la personalidad y el que reconoce la igualdad entre las personas, al principio económico de equivalencia o de proporción entre la prima y el riesgo, básico para la tarificación del seguro³⁰⁴.

“ Toda persona tiene derecho a conocer cualquier información recogida sobre su salud. Si no obstante prefiriere no ser informada, deberá respetarse su voluntad ”.

³⁰¹ El artículo 5. c) de esta disposición establece:

“ Se debe respetar el derecho de toda persona a decidir que se le informe o no de los resultados de un examen genético y de sus consecuencias ”.

³⁰² El artículo 10 de la norma citada dispone:

“ Cuando se recolecten datos genéticos humanos, datos proteómicos humanos o muestras biológicas con fines de investigación médica y científica, en la información suministrada en el momento del consentimiento debería indicarse que la persona en cuestión tiene derecho a decidir ser o no informada de los resultados de la investigación. Esta disposición no se aplicará a investigaciones sobre datos irreversiblemente disociados de personas identificables ni a datos que no permitan sacar conclusiones particulares sobre las personas que hayan participado en tales investigaciones. En su caso, los familiares identificados que pudieran verse afectados por los resultados deberían gozar también del derecho a no ser informados ”.

³⁰³ La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, de 19 de octubre de 2005, no refiere al derecho del individuo a ignorar su carga genética.

³⁰⁴ SAADA, “Introducción”, en: VALADÉS, D. y SAADA, A., (Coord.), *Panorama sobre la legislación en materia de genoma humano en América Latina y el Caribe* (México, Universidad Nacional Autónoma de México – Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética de la UNESCO, 2006), p. XI.

Como primera premisa de análisis, debe observarse que los textos emanados de la UNESCO restringen la realización de las pruebas genéticas.

En una primera instancia limitaron su utilización a los fines de investigación, tratamiento o diagnóstico relacionados con la salud del individuo, en tanto y en cuanto exista una previa evaluación rigurosa de los riesgos y las ventajas que entraña el procedimiento, además del consentimiento previo, libre, informado y sin incentivos económicos, en un todo de acuerdo con la legislación nacional³⁰⁵.

En una segunda instancia, se admitió que se recolecten, traten, utilicen y conserven datos genéticos humanos con la finalidad de servir a la medicina forense y a los procedimientos civiles o penales o a otras actuaciones legales, o a otros fines compatibles con la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y el Derecho Internacional relativo a los derechos humanos, siempre y cuando el consentimiento sea válido³⁰⁶.

Como segunda premisa, en lo que a nuestro trabajo interesa, lo más importante es que existe un compromiso de los Estados en proteger la confidencialidad de los datos genéticos humanos, compromiso que supone no proporcionar esta información a terceros, en particular a las compañías de seguros, salvo que deban hacerlo por razones de interés público y sólo en los casos previstos en la ley interna, en tanto sea compatible con el Derecho Internacional sobre los Derechos humanos, o cuando así lo haya consentido el interesado³⁰⁷.

³⁰⁵ Así lo dispone el artículo 5 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, de 11 de noviembre de 1997 y en el artículo 8 de la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos, de 16 de octubre de 2003.

³⁰⁶ Esto está establecido en el artículo 5 de la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos, de 16 de octubre de 2003.

³⁰⁷ Véase lo que ordena el artículo 14 de la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos, de 16 de octubre de 2003:

“Los Estados deberían esforzarse por proteger la privacidad de las personas y la confidencialidad de los datos genéticos humanos asociados a una persona, una familia o, en su caso, un grupo

De las premisas anteriores puede concluirse que los textos emanados de la UNESCO reconocen el denominado *derecho a la autodeterminación informativa de los individuos*, esto es, el derecho a ignorar o a no saber, derecho que gran parte de la doctrina recibe y que fundamenta, no sólo en este tipo de normas, sino también en las disposiciones constitucionales internas que protegen el derecho a la intimidad, el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad³⁰⁸.

La utilización de las pruebas genéticas en la contratación de los seguros se ha rechazado en base a los siguientes argumentos:

En primer lugar, se afirma que estos exámenes atentan contra la salud mental del individuo porque el conocimiento de potenciales enfermedades supone un daño psíquico abrumador. Podrá decirse que la carga hereditaria se conoce, aun sin exámenes genéticos, cuando se está al tanto de las enfermedades de la familia. Sin embargo, no es en el puro conocimiento de la potencial enfermedad donde reside el motivo de angustia; el estrés inevitable aparecerá cuando el individuo pierda la protección mental de la incertidumbre (*certus an, incertus quando*).

identificable, de conformidad con el derecho interno compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos.

b) Los datos genéticos humanos, los datos proteómicos humanos y las muestras biológicas asociados con una persona identificable no deberían ser dados a conocer ni puestos a disposición de terceros, en particular de empleadores, compañías de seguros, establecimientos de enseñanza y familiares de la persona en cuestión, salvo por una razón importante de interés público en los restringidos casos previstos en el derecho interno compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos o cuando se haya obtenido el consentimiento previo, libre, informado y expreso de esa persona, siempre que éste sea conforme al derecho interno y al derecho internacional relativo a los derechos humanos. Debería protegerse la privacidad de toda persona que participe en un estudio en que se utilicen datos genéticos humanos, datos proteómicos humanos o muestras biológicas, y esos datos deberían revestir carácter confidencial”.

³⁰⁸ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, loc. cit.; LLEDÓ YAGÜE, ob. cit., p. 18; GÓMEZ CALLE, ob. cit., p. 182; CHOUA, MALATO y AGÜERO, ob. cit. 4; MANGIALARDI, PANTANALI y QUINTANA, ob. cit., p. 21.

Realizar las pruebas, pero evitar que el asegurado conozca el resultado, no sería una solución porque el rechazo de la solicitud o la exigencia de sobre prima, bastaría para crear grandes niveles de angustia, angustia que, en la mayor parte de los casos, sería infundada puesto que las enfermedades no siempre se presentan³⁰⁹.

En segundo lugar, incluso aceptando que esta nueva información permitiera al individuo evitar hábitos que favorezcan su natural predisposición a sufrir ciertas enfermedades – lo que se conoce como *medicina preventiva y predictiva* – las pruebas siguen sin convencer en la medida que no se realizan para beneficiar al paciente, sino para satisfacer el interés informativo de un tercero. Como contrapartida, se ha dicho que la medicina predictiva puede ser utilizada por los consumidores para prever las necesidades de cobertura y aprovecharse del sistema de seguros³¹⁰.

En tercer lugar, se alerta sobre la denominada *discriminación eugenésica*, factor estigmatizante resultado de la clasificación de las personas en función de su mayor o menor predisposición a padecer tales o cuales enfermedades, en una suerte de separación entre *personas de cristal*³¹¹ y diríamos, *personas de acero*. Estas últimas serían calificadas por la aseguradora con un alto índice de asegurabilidad producto de la fiabilidad de las técnicas de detección³¹². De más está decir que la discriminación contraría el principio de igualdad previsto en el artículo 14 de la Constitución española, en el artículo 8 de la Constitución uruguaya³¹³ y en el artículo 16 de la Constitución argentina³¹⁴.

³⁰⁹ GÓMEZ CALLE, ob. cit., p. 159; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, ob. cit., p. 41.

³¹⁰ BERBERICH, ob. cit., p. 76.

³¹¹ CAPRON, ob. cit., p. 19; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, ob. cit., pp. 40 y 42; CIRILLO, ob. cit., p. 408.

³¹² GÓMEZ CALLE, ob. cit., p. 155.

³¹³ La norma constitucional uruguaya establece:

En cuarto lugar, se observa que de insistirse en esta técnica se abrumará a los Estados que acabarán cubriendo los riesgos de los individuos inasegurables y desechados por los aseguradores privados³¹⁵.

En quinto y último lugar, concluyen, los aseguradores pueden prescindir de estas pruebas desde que el análisis de los riesgos en el seguro de personas viene siendo perfectamente viable sin ellas. De hecho, observan que estas pruebas no tienen un real poder predictivo. No estaría científicamente comprobado que estos exámenes sirvan para demostrar la relación entre la mutación genética y el desarrollo de la enfermedad. En cambio, sí se ha podido demostrar que las dolencias se desarrollan primordialmente por las condiciones de vida de las personas³¹⁶.

Frente a las razones expuestas anteriormente, el sector asegurador esgrime, también, poderosos argumentos jurídicos y actuariales.

En primer lugar, entienden que el pretendido derecho a la autodeterminación informativa tiene su límite en la pertenencia del individuo a una comunidad determinada y, consecuentemente, en sus obligaciones para con ella.

En segundo lugar, sostienen que las pruebas son necesarias, bien para exigir la prima suplementaria que compense el riesgo develado (sobre todo en los casos en que el proponente informa ciertas enfermedades en la familia), o bien para ajustar la selección de riesgos y así abaratar las primas y beneficiar a la comunidad de asegurados, mejorando la calidad de vida de la

“Todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes”.

³¹⁴ El artículo 16 de la Constitución de la República Argentina dispone:
“La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.

³¹⁵ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, ob. cit., p. 42.

³¹⁶ CIRILLO, ob. cit., p. 410; GÓMEZ CALLE, ob. cit., p. 180.

sociedad en general. Sin esa información, señalan, las primas que deban pagar los futuros tomadores ya no se calcularán sobre el principio de la equivalencia entre el riesgo y la prima, sino que aumentarán, en forma progresiva, hasta que ya nadie quiera pagarlas³¹⁷.

En tercer lugar, los aseguradores sostienen que el derecho a exigir las primas no contraría los principios contractuales elementales; antes bien, se trata de un derecho que forma parte de la autonomía de la voluntad del asegurador, que no crea un *intolerable estado de necesidad* en el asegurado, como se pretende, pues, en definitiva, no todas las personas tienen seguro de vida y no por ello se sienten en la necesidad de concertarlo³¹⁸.

En cuarto y último lugar, se agrega, no habrá ninguna discriminación en el proceso si las aseguradoras seleccionan el riesgo considerando el gen en el contexto de determinado estilo de vida y antecedentes familiares³¹⁹.

En la actualidad, la balanza parece inclinarse a favor de los asegurados en tanto se admite la existencia de un *derecho a la autodeterminación informativa* fundado en textos constitucionales, normas que se entienden reconocidas en el derecho a ignorar la carga genética, tal cual surge de las normas emanadas de la UNESCO. Todo ello ha de comprenderse, además, teniendo presente la legislación tuitiva de los derechos de los consumidores. El derecho a la reserva debe primar frente a los intereses del asegurador. La doctrina española se ha pronunciado expresamente en este sentido³²⁰.

³¹⁷ BERBERICH, ob. cit., pp. 79, 83 y 88.

³¹⁸ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, ob. cit., p. 39.

³¹⁹ BERBERICH, ob. cit., p. 87.

³²⁰ LLEDÓ YAGÜE, ob. cit., pp. 20 y 31; GÓMEZ CALLE, ob. cit., p. 180; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, loc. cit.; ALMAJANO PABLOS, ob. cit., p. 70; Díez PICAZO, "El genoma humano y la identificación de la persona como problema jurídico", en: *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, v. IV (Madrid, Fundación BBV Documento, 1994), p. 108.

En la situación actual, por tanto, no cabe que el asegurador pueda obligar al proponente del seguro a practicarse ningún tipo de prueba a los efectos de conocer su predisposición hereditaria. Consecuentemente, quien pretende un seguro vería legítimamente limitado su deber de investigar el verdadero estado de su riesgo hasta su carga genética.

Aparentemente todas estas cuestiones carecerían de interés cuando el asegurado consiente la prueba. Pero, un examen detenido del problema nos enfrenta al dilema de calibrar el verdadero valor del consentimiento, y ello porque no ha de perderse de vista ni la naturaleza de estas pruebas ni que el contrato de seguro es un contrato de adhesión.

Existe quien ha dicho que el consentimiento del proponente, en este caso, no es válido pues es el resultado de un estado de necesidad, que opera como una coacción y que lo enfrenta a acceder a la prueba, si realmente quiere el contrato³²¹. En esta interpretación, toda utilización de la información genética para la concesión de un seguro supondría un abuso por parte de las aseguradoras, las que habrían de responsabilizarse por el desamparo en que colocarían a la persona como resultado de la discriminación genética producida³²². Algún autor ha señalado que de continuarse esta tendencia no existirán estudios serios sobre el tema dado que no será posible recolectar información ni realizar análisis estadísticos que permitan demostrar lo contrario³²³.

³²¹ ALMAJANO PABLOS, ob. cit., p. 65.

³²² GÓMEZ CALLE, ob. cit., p. 161; GARRIDO CORDOBERA, ob. cit., p. 3; CHOUA, MALATO y AGÜERO, ob. cit., p. 16.

³²³ BOMPIANI señala que en Estados Unidos de Norteamérica, por temor a ser discriminados, los individuos renuncian al seguro en una suerte de *antiselección* que, a largo plazo, sería capaz de eliminar a las compañías de seguros del mercado (BOMPIANI, “Informazioni genetiche, test genetici predittivi ed assicurazioni”, *Assicurazioni*, año LXIX, n° 1 [2002], p. 48).

b. El derecho del proponente a reservarse el resultado de la prueba genética

Fuera del problema analizado, el que ahora proponemos es si el proponente del seguro, luego de realizarse la prueba, puede reservarse el resultado y evitar las consecuencias de la declaración defectuosa amparado en ese derecho de autodeterminación informativa que por su rango constitucional resistiría el derecho meramente material del asegurador a mantener la equivalencia entre la prima y el riesgo³²⁴.

Aquí hay que distinguir dos vertientes de opinión absolutamente opuestas.

En la doctrina española existen quienes se manifiestan contrarios a la obligación de suministrar estos resultados³²⁵. La información genética, por tanto, ha de quedar excluida del deber de declaración del riesgo del artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro española. Otros autores, en cambio, defienden la existencia de una carga de advertir la predisposición genética conocida³²⁶.

En la doctrina italiana CIRILLO se decanta por la negativa en base a un argumento que proviene de la doctrina del Análisis Económico del Derecho. El autor entiende que, ante la falta de certeza comprobada de estos exámenes, debe primar el derecho a la ignorancia del asegurado, pues el precio a pagar es demasiado oneroso en comparación con el beneficio a obtener³²⁷.

³²⁴ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, ob. cit., p. 45.

³²⁵ LLEDÓ YAGÜE, ob. cit., p. 31.

³²⁶ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, ob. cit., pp. 46 y 47; GÓMEZ CALLE, ob. cit., p. 186; MORA LIMA, P. “Las pruebas genéticas en los contratos de seguro”, en: DE ANGULO RODRÍGUEZ, L y CAMACHO DE LOS RÍOS, J. (Coords), *Cuestiones actuales del derecho de seguros* (Barcelona, Atelier, 2002), p. 182.

³²⁷ CIRILLO, ob. cit., p. 410.

c. Las soluciones de Derecho positivo a los problemas planteados

Los Estados han dado distintas soluciones al tratamiento del problema del genoma humano.

En los Estados Unidos de Norteamérica, las normas que prohíben la discriminación en función de la información genética comenzaron concomitantemente con la inauguración del *Proyecto Genoma Humano*.

En general, todos los Estados prohibieron la discriminación injusta con lo cual la utilización de los test genéticos quedó prácticamente vedada, salvo para las investigaciones penales. Con el tiempo se admitieron otras excepciones en tanto se contara con el consentimiento informado del sujeto.

En particular, muchos Estados prohibieron a las aseguradoras condicionar la celebración del contrato a la realización de pruebas genéticas y también solicitar información sobre pruebas anteriores.

A nivel federal, en los Estados Unidos de Norteamérica rige la *Genetic Information Nondiscrimination Act*, conocida por su sigla GINA, de 21 de mayo de 2008. Se trata de una Ley del Congreso que enmienda una serie de Leyes sensibles a los problemas de la discriminación (*Employee Retirement Income Security Act, Public Health Service Act, Internal Revenue Code, Social Security Act relating to medigap*). En cada una de estas normas se introducen unas reglas generales que prohíben la selección genética y también las limitaciones y las pautas de interpretación aplicables a cada una de ellas (secciones 101, 102, 103 y 104, respectivamente)³²⁸.

En el Título I de la *Genetic Information Nondiscrimination Act* se prohíbe la discriminación injusta en función de las diferencias entre el ADN de las personas en los seguros de salud. Consecuentemente, se veda a los emisores de seguros médicos de

³²⁸ De modo de no realizar repeticiones innecesarias, en la nota siguiente sólo hemos transcrito la norma que modifica la *Employee Retirement Income Security Act of 1974*.

grupo la posibilidad de requerir a una persona o a otros miembros de su familia, la realización de pruebas genéticas, sea como presupuesto de la contratación, para establecer las primas de riesgo o para ajustarla, para determinar el régimen de exclusiones, para renovar el contrato, o para cualquier otra finalidad³²⁹. La prohibición también se aplica, aunque de forma excepcional, a los emisores de seguro de salud que ofrecen cobertura de seguro médico en el mercado individual, según lo dispone la sección 2753 del mismo Título³³⁰.

No obstante el principio general expuesto, esta Ley no alcanza a los seguros de atención médica a largo plazo ni

³²⁹ La sección 101 (a), del Título I de la norma citada, establece:

“No group-based discrimination on basis of genetic information

In general

For purposes of this section, a group health plan, and a health insurance issuer offering group health insurance coverage in connection with a group health plan, may not adjust premium or contribution amounts for the group covered under such plan on the basis of genetic information”.

El apartado (c) dispone:

“Limitation on requesting or requiring genetic testing.—A group health plan, and a health insurance issuer offering health insurance coverage in connection with a group health plan, shall not request or require an individual or a family member of such individual to undergo a genetic test”.

El apartado (d) establece:

“Prohibition on collection of genetic.

In general. A group health plan, and a health insurance issuer offering health insurance coverage in connection with a group health plan, shall not request, require, or purchase genetic information for underwriting purposes (as defined in section 733)”.

³³⁰ La sección 2753, del Título I (apartados a y c), de la norma citada disponen:

“In general. A health insurance issuer offering health insurance coverage in the individual market may not establish rules for the eligibility (including continued eligibility) of any individual to enroll in individual health insurance coverage based on genetic information”.

“Prohibition on genetic information as preexisting condition.

“In general. A health insurance issuer offering health insurance coverage in the individual market may not, on the basis of genetic information, impose any preexisting condition information on exclusion (as defined in section 2701(b) (1) (A) with respect to such coverage”.

tampoco a los de invalidez. En la medida en que sólo regula determinados seguros de salud, ciertamente tampoco comprende a los seguros sobre la vida.

La *Genetic Information Nondiscrimination Act* garantiza el secreto de la información genética, información que sólo puede ser revelada en ciertos casos excepcionales, como por ejemplo cuando el propietario del examen así lo requiera y decline su derecho a ignorar su carga genética, para lo cual se requiere su consentimiento previo, informado y expreso.

El deber de reserva sobre la información genética no es una novedad en los Estados Unidos de Norteamérica y ello por cuanto la *Health Insurance Portability and Accountability Act*, de 21 de agosto de 1996, conocida como HIPPA, introduce el *Protected Health Information*, esto es, la obligación de guardar reserva y de no divulgar cierta información respecto a la salud de los individuos, aspecto que es revisado y controlado por el Departamento de Salud y Servicios Humanos de ese país. En lo que a nuestro trabajo interesa, la información reservada comprende a los registros médicos. Lógicamente existen una serie de excepciones previsibles como los requerimientos judiciales o las peticiones del propio interesado.

Luego de la *Genetic Information Nondiscrimination Act*, treinta y cinco Estados y el Distrito de Columbia han promulgado distintas leyes que prohíben la utilización de los datos genéticos. En prácticamente todos estos Estados las aseguradoras no pueden siquiera establecer condiciones de selección sobre la base de la información genética de las personas³³¹. Consecuentemente, en la gran mayoría de ellos se prohíbe condicionar la concertación de un seguro a cambio de proporcionar informes sobre la carga genética familiar o la realización de exámenes para tal fin.

En el caso de haberse accedido a la información genética, por ejemplo porque el interesado haya consentido revelar esta información o haya aceptado practicarse alguna de estas pruebas, en muchos de los Estados que protegen la información genética

³³¹ Datos extraídos de la *National Conference of State Legislature* (www.ncsl.org).

se prohíbe a los aseguradores utilizar los datos obtenidos para elegir y clasificar el riesgo y además se les impide divulgar la información sin el consentimiento informado del propietario de los datos³³².

Algunos Estados ofrecen soluciones particulares, cuestión que supone toda una tarea de armonización con la Ley federal.

En Michigan, por ejemplo, no se permite que la información genética sea presupuesto de la contratación de un seguro, pero se admite que el asegurador pueda realizar preguntas sobre la historia de la familia (aspecto que está vedado en las legislaciones estatales más modernas) y que tal información sea utilizada para predecir el riesgo de enfermedades³³³.

En Arizona se impide que la información genética sea usada para clasificar el riesgo en tanto ello sea injustificable desde el punto de vista actuarial³³⁴.

³³² Es el caso de California (*Insurance Code*, 742.405.7, 101403. 3, 6, 9, 9.1 [*California Legilative Information, State of California*, www.leginfo.legislature.ca.gov]), Colorado (*Revised Statutes*, 10-3-1104.7 [*State of Colorado*, www.sos.state.co.us]), Georgia (*Insurance Code*, 2302 (13), (15) c., (22) [*Rules and Regulations of the State of Georgia*, <http://rules.sos.state.ga.us>]), Hawaii (*Hawaii Code*, 431:10 A - 118, 432:1-607, 432: D-26 [*Justia US Law*, 2010]), Illinois (*Insurance Code* 215-97/20, 97/25 a 97/45 [*Illinois General Assembly*, <http://www.ilga.gov>]), Missouri (*Missouri Revised Statutes*, 375.1300, 373.1303.1 [*State of Missouri*, www.moga.mo.gov]), New Hampshire (*New Hampshire Insurance Code*, 141-H: 1 [*State of New Hampshire*, <http://dhhs.nh.gov>]), New Mexico (*New Mexico Insurance Code*, 13.10.24.8, 24-21.1 [*The oficial site of the New Mexico Administrative Code*, www.nmcpr.state.nm.us]), Oregon (*Revised Statutes*, vol. 16, 746.135, *Oregon Insurance Divison Laws & Rules*, www.insurance.oregon.gov), Rhode Island (*General Laws*, 27-18- 52, 27-18-52-1, 27-19- 44 y 27-19-44.1, *State of Rhode Island General Laws, State of Rhode Island General Assembly*, webserver.rilin.state.ri.us), Tennessee (*Tennessee Code*, 56-7-2704 [*Tennessee Departamen of Commerce and Insurance*, <http://tn.gov/>]).

³³³ Michigan (*Insurance Code*, 500.3407, b [*Michigan Legislative Website*, www.legislature.mi.gov]).

³³⁴ Arizona (*Arizona Revised Statutes*, 20-448.01. D [*Arizona State Legislature*, www.azleg.gov]).

En Washington el asegurador de salud no puede denegar o condicionar la emisión de la póliza sobre la base de la información genética. Tampoco puede establecer ningún tipo de exclusión en este sentido. No obstante, es posible solicitar que una persona se someta a una prueba genética si se reúnen, conjuntamente las siguientes condiciones: la solicitud se realice para fines de investigación en el marco del *Code of Federal Regulations* (Parte 46, Título 45³³⁵), o su equivalente, o cualquier otra ley estatal o legal para la protección de los sujetos humanos en la investigación; el proponente de la prueba indique claramente el sujeto sobre el que habrá de realizarse la prueba (esto quiere decir que no se pueden establecer cláusulas generales); se acredite que la prueba es voluntaria y que el incumplimiento de dicha prueba no tendrá consecuencias sobre la contratación o sobre el cálculo de las primas. En todo caso, además, los que reciban la información quedan obligados a no divulgar los resultados sin el consentimiento informado del propietario³³⁶.

³³⁵ La sección 46 del Título 45 del *Code of Federal Regulations*, de 18 de junio de 1991, establece la política de los Estados Unidos de Norteamérica para la protección de los seres humanos sujetos a ciertas investigaciones en tanto sean estimuladas, respaldadas o dirigidas por una Agencia o Departamento Federal, incluso fuera del territorio del país. Esta norma alcanza, asimismo, a las investigaciones que no sean conducidas o patrocinadas por un Departamento o Agencia Federal, pero que estén sujetas a los reglamentos, tal cual están definidos en el Código. Si así fuere, tales investigaciones deben ser aprobadas por un Consejo de Escrutinio Institucional. Dado que en las actividades de investigación se comprenden las llevadas a cabo con la finalidad de recolectar y estudiar información, el análisis de documentos, registros, diagnósticos (si están disponibles al público o si los sujetos no pueden ser determinados), estimamos que los estudios estadísticos, necesarios para los cálculos actuariales abstractos de las compañías de seguros, quedarían alcanzados por estas normas. Las exigencias dispuestas en el *Code of Federal Regulations*, han sido recogidas en la *Genetic Information Nondiscrimination Act*, conformando las excepciones de investigación que pueden encontrarse en la sección 101, (c), (4), en la sección 102, (c), (4), Sección 103, (c), (4), Sección 104, (c), (4).

³³⁶ Washington (*Washington Administrative Code*, 284-66-068 [*Washington State Legislature*, <http://search.leg.wa.gov>]).

En Dakota del Norte ciertos procedimientos habituales de homogeneización cualitativa de riesgos dirigidos a reflejarse en las tarifas, como ser la expectativa de vida o el peligro al que se encuentra sometido el individuo en razón de su profesión, son considerados formas de discriminación injusta y un método desleal de competencia. No obstante, para que operen las sanciones legales es necesario que se acredite la insensatez actuarial de la decisión del asegurador y que la comparación entre los individuos no se haya realizado entre grupos humanos pertenecientes a una misma raza, nacionalidad, religión o condición social³³⁷.

En cualquiera de los Estados, sea cual sea la amplitud que se reconozca a la recepción y tratamiento de la información genética, deben respetarse los límites impuestos por la *Genetic Information Nondiscrimination Act* en tanto protege a todos los habitantes de los Estados Unidos en contra de las prácticas discriminatorias en función del ADN de las personas, salvo los casos exceptuados, como por ejemplo para las fuerzas armadas y para las investigaciones penales, excepciones que ya se recogían en algunas legislaciones como la de Florida de 1992.

España inició el proceso de reflexiones sobre las consecuencias del conocimiento del genoma humano concomitantemente con los estudios del Proyecto Genoma Humano, esto es, en el año 1988, en ocasión del Seminario Internacional sobre Cooperación Internacional para el Proyecto Genoma Humano, impulsado por el Prof. Santiago Grisolia, entonces Presidente del Comité de Coordinación Científica de la UNESCO para el Proyecto Genoma Humano. Este Seminario se repitió en 1990. Como resultado de estos seminarios, se emitieron las denominadas *Declaraciones de Valencia*³³⁸. Las reuniones

³³⁷ Dakota del Norte (*Insurance North Dakota Century Code*, 26.1-04-03.7 [*North Dakota Legislative Branch*, <http://www.legis.nd.gov>]).

³³⁸ El texto completo de la Declaración de Valencia de 1988 se puede encontrar en el *Consell Valencia de cultura* (<http://cvc.gva.es>). El correspondiente a la Declaración de Valencia de 1990 puede consultarse en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros>.

continuaron en Bilbao, el 26 de mayo de 1993³³⁹ y en Gijón, el 24 de junio de 2000³⁴⁰.

El 4 de abril de 1997 España ratificó el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la Biología y la Medicina. El artículo 11 del Convenio prohíbe, expresamente, toda forma de discriminación en razón del patrimonio genético. En lo que interesa a nuestro trabajo, esta norma veda la utilización de las pruebas genéticas fuera del contexto sanitario o de la investigación médica (artículo 12)³⁴¹.

Reafirmando este compromiso, el legislador español sanciona la Ley 14/2007, de Investigación Biomédica, de 3 de julio, norma en cuya exposición de motivos se prioriza el interés y el bienestar del ser humano que participe en una investigación biomédica por sobre el interés de la sociedad o de la ciencia. Esta Ley se basa en el principio de no discriminación y el deber de confidencialidad (artículos 2, 5 y 6) y tiene por objeto regular la investigación biomédica, en particular ciertas investigaciones médicas y la realización de los análisis genéticos, pero siempre dentro del ámbito sanitario (artículo 1).

Algunas comunidades autónomas han realizado sus propios esfuerzos. La mayor parte de ellas incorporaron algunos artículos que refieren a las pruebas genéticas y al tratamiento de sus resultados a las leyes de sanidad. En todas estas normas se prevé el respeto a la confidencialidad de la información referida al patrimonio genético y se prohíbe que la información sea utilizada para ningún tipo de discriminación individual o colectiva.

³³⁹ Véase el texto en <http://biblio.juridicas.unam.mx.libros>.

³⁴⁰ Cuyo texto puede consultarse en www.aabioteica.org/guijon.htm.

³⁴¹ El artículo 12 del Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina establece:

“Sólo podrán hacerse pruebas predictivas de enfermedades genéticas o que permitan identificar al sujeto como portador de un gen responsable de una enfermedad, o detectar una predisposición o una susceptibilidad genética a una enfermedad, con fines médicos o de investigación médica y con un asesoramiento genético apropiado”.

Asimismo, en todas ellas se dispone el derecho del individuo a no conocer su situación sanitaria³⁴².

La Comunidad de Madrid dictó la Ley 12/2001, de Ordenación Sanitaria, de 21 de diciembre. Esta norma no se refiere concretamente a la realización de las pruebas genéticas pero establece, como principio general, que la organización y el funcionamiento del Sistema Sanitario de la Comunidad de Madrid estarán orientada al ciudadano en tanto persona, de forma de garantizar su derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales. Asimismo, se declara que el desarrollo y la aplicación efectiva de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con el Sistema Sanitario se llevarán a cabo teniendo presente las recomendaciones de las Declaraciones Internacionales de Bioética suscritas por España (artículo 26). Mediante el Decreto 61/2003, de 8 de mayo, la Comunidad de Madrid reguló el régimen jurídico de funcionamiento de los Comités de Ética para la Asistencia Sanitaria y creó la Unidad de Bioética y Orientación Sanitaria y el Comité Asesor de Bioética.

Andalucía tiene el mérito de haber dictado una Ley específica sobre este tema, la Ley 11/2007, de 26 de noviembre, reguladora del Consejo Genético de protección de los derechos de las personas que se sometan a análisis genéticos y de los bancos

³⁴² Castilla y León (Ley 8/2003, Sobre los derechos y deberes de las personas en relación con la salud, de 8 de abril, artículos 10 y 19), La Rioja (Ley de Salud, 2/2002, de 17 de abril, artículo 8.2); el País Vasco (Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi, norma que a los efectos del tratamiento del genoma se completa con el Decreto 139/2007, de 11 de septiembre, que crea el Comité de Bioética de Euskadi como órgano asesor de la Administración Sanitaria del País Vasco); Galicia (Ley de Sanidad, 8/2008, de 10 de julio, artículo 9.1.b y 9.2.b). En Aragón rige la Ley de Salud, 6/2002, de 15 de abril, en cuyo artículo 7.3 se prohíbe toda forma de discriminación de las personas como consecuencia de su patrimonio genético. Asimismo, y en lo que a nuestro trabajo interesa, el párrafo 4 del mismo artículo establece que las pruebas predictivas que permitan detectar la predisposición de una persona a sufrir una determinada enfermedad sólo pueden realizarse con fines médicos o de investigación, en tanto el individuo cuente con un asesoramiento genético apropiado y presente su consentimiento. También en esta norma se establece el derecho del individuo a no ser informado del resultado de las pruebas (artículo 12. 3).

de ADN humano. Esta Ley tiene por objeto la protección de las personas que se sometan a los análisis genéticos en Andalucía con fines sanitarios y de investigación biomédica (artículo 1). Los análisis genéticos y la información que de ellos se desprenda sólo pueden ser utilizados con fines de asistencia sanitaria e investigación biomédica (artículo 2), siempre que se cuente con el consentimiento informado del individuo (artículo 5). Asimismo, el sujeto tiene el derecho a ignorar el resultado (artículo 7) y tiene garantizado el deber de reserva sobre las pruebas realizadas (artículo 8)³⁴³.

En la República Argentina rige la Ley sobre Protección de los Derechos de Sujetos en Investigaciones de Salud, 3301, para la Ciudad de Buenos Aires, de 26 de noviembre de 2009, que comprende toda investigación clínica aplicada a los seres humanos con fines sanitarios y de investigación, incluidas las clínicas, farmacológicas, diagnósticas o terapéuticas que involucren a los seres humanos. Esta Ley alcanza a las pruebas genéticas en tanto el artículo 4 adopta como principio general los instrumentos emanados de la UNESCO relacionados con las investigaciones biomédicas y el genoma humano³⁴⁴. Existe, además, una Ley particular, la 712, de Garantías al patrimonio genético, de 29 de noviembre de 2001, que prohíbe la discriminación en función de la información genética de las personas (artículo 1) y prohíbe la difusión de los resultados de las pruebas genéticas, en caso de haberse realizado (artículo 5). Lo más interesante es que en el artículo 8 prohíbe a las aseguradoras solicitar análisis genéticos como presupuesto de la contratación de un seguro, requerir o recopilar, canjear o comprar información

³⁴³ Conviene señalar que el artículo 159 del Código Penal español castiga con una pena que oscila entre los dos a seis años de prisión, además de la inhabilitación especial para cualquier empleo o cargo público, profesión u oficio (entre siete a diez años), a todo aquel que manipule genes humanos con una finalidad distinta a eliminar o disminuir taras o enfermedades graves. Si la alteración del genotipo fuere realizada por imprudencia grave, se aplicará una multa de seis a quince meses, además de la inhabilitación especial para cualquier empleo o cargo público, profesión u oficio, de uno a tres años.

³⁴⁴ Infojus (LPX0003301).

genética o entregar información genética a otras compañías de seguros³⁴⁵.

La Provincia de Catamarca también ha legislado en el mismo sentido. Es así como el 23 de septiembre de 2005 se sancionó la Ley 5165, de garantía y resguardo del derecho a la dignidad, identidad e integración de todas las personas en relación a su patrimonio genético. En lo que interesa a nuestro trabajo, el artículo 2 de esta Ley prohíbe, expresamente, que las aseguradoras habilitadas a operar en el mercado de seguros en los riesgos en el trabajo soliciten la realización de estudios o exámenes genéticos. También se reconoce el derecho del interesado a no conocer su carga genética en el artículo 3³⁴⁶.

La Provincia de Córdoba ha hecho lo propio en la Ley 8953, de 19 de septiembre de 2001, de Inviolabilidad del genoma humano, norma que en el artículo 2 prohíbe a las aseguradoras oficiales y privadas realizar, utilizar, consultar y difundir estudios genéticos de las personas, sea como requisito de admisibilidad para la contratación del seguro, sea como elemento de categorización o valoración del riesgo³⁴⁷.

En lo que respecta al Uruguay, la Constitución establece que todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose entre ellas más distinción que sus talentos y virtudes (artículo 8). El Estado debe estimular el desarrollo de la investigación científica (artículo 70) y tiene la obligación de legislar en materia de salud (artículo 44). En cumplimiento de esta última obligación, el 15 de agosto de 2008 se sancionó en el país la Ley 18.336, de Pacientes y usuarios de los servicios de salud. El artículo 2 establece el derecho de los pacientes y usuarios a recibir un tratamiento igualitario y el artículo 18 prohíbe cualquier forma de discriminación, sea por la raza, la edad, el sexo, la nacionalidad, discapacidad, condición social, opción u orientación sexual, nivel cultural o capacidad económica. La

³⁴⁵ Infojus (LPX0000712).

³⁴⁶ Infojus (LPK0005165).

³⁴⁷ Infojus (LPO0008953).

norma contempla, además, el derecho del paciente a la ignorancia, aunque la limita a las enfermedades en curso. La información registrada en la historia clínica se declara reservada y la revelación de su contenido, salvo en los casos excepcionales previstos en la norma (razones médicas suficientes u orden judicial), está penada, conforme al artículo 302 del Código Penal, con una multa pecuniaria³⁴⁸.

Uruguay adhirió a muchos instrumentos universales de protección de los derechos humanos³⁴⁹. Algunos de estos documentos han sido incorporados a la legislación nacional³⁵⁰.

³⁴⁸ El artículo 302 del Código Penal uruguayo establece:

El que, sin justa causa, revelar secretos que hubieran llegado a su conocimiento, en virtud de su profesión, empleo o comisión, será castigado, cuando el hecho causare perjuicio, con multa de 100 U.R. (cien unidades reajustables) a 600 U.R. (seiscientos unidades reajustables).

³⁴⁹ En relación a los que refieren al reconocimiento de la dignidad humana y que rechazan toda forma de discriminación. Por su importancia corresponde destacar los siguientes: Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada y abierta a la firma y ratificación o adhesión por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979 y que entró en vigor el 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27 (1); Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General en su resolución A/54/4 de 6 de octubre de 1999.

³⁵⁰ Es el caso de la Ley 13.670, sobre Discriminación Racial, de 1 de julio de 1968, que aprueba la Convención Internacional sobre la eliminación de la discriminación racial en todas sus formas, la Ley 13.751, sobre Derechos Humanos, de 11 de julio de 1969, que aprueba los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y el Protocolo Facultativo, la Ley 16.063, de 2 de octubre de 1989, que aprueba los Convenios Internacionales destinados a garantizar los derechos humanos fundamentales, la Ley N° 16.519, de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Protocolo de San

También se ha comprometido con ciertos instrumentos regionales³⁵¹.

En Uruguay, debe tenerse presente, además, que el artículo 332 de la Constitución indica que los preceptos que reconocen derechos a los individuos, así como los que imponen deberes a las autoridades públicas, no pueden dejar de aplicarse por falta de reglamentación. Tal reglamentación debe suplirse recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas³⁵².

d. Nuestra opinión

A nuestro modo de ver, todo proceso de selección de riesgos lleva consigo el peligro de producir discriminación, desde que, justamente, ese proceso supone ajustar los márgenes de riesgo que toma el asegurador eliminando aquellos que escapan del promedio de siniestralidad razonable. El conocimiento del genoma humano ha exacerbado este peligro.

Ciertamente el proponente del seguro y el asegurador se encuentran enfrentados en la defensa del derecho a ignorar de uno y el derecho a conocer del otro; el derecho a la individualidad y a la no discriminación de uno y el derecho a la selección y a la mutualidad del otro.

Salvador”, de 12 de julio de 1994, que aprueba el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

³⁵¹ Se trata de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá (Colombia), en 1948 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, celebrada en San José (Costa Rica), en 1969.

³⁵² GROS ESPIELL, “Panorama del tema relativo al genoma humano en Uruguay”, en: VALADÉS, D. y SAADA, A., (Coord.), *Panorama sobre la legislación en materia de genoma humano en América Latina y el Caribe* (México, Universidad Nacional Autónoma de México – Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética de la UNESCO, 2006), pp. 377, 380 y 381.

Entendemos que el asegurador español no puede solicitar la realización de pruebas genéticas en tanto no se lo permite el artículo 12 del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la Biología y la Medicina, de 4 de abril de 1997. Por otra parte, la Constitución española establece que las normas relativas a los derechos fundamentales que la Constitución reconoce a los españoles se interpretarán conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España (artículo 10.2). Asimismo, el artículo 14 garantiza la igualdad entre todos los españoles, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Respecto de la Argentina corresponde llegar a la misma conclusión y ello en tanto este país ha reconocido como propios los principios incorporados en los instrumentos emanados de la UNESCO relacionados. En aquellas Provincias que tienen legislación específica, caso de la Provincia de Buenos Aires, Córdoba y Catamarca, la respuesta es, aún, más contundente. Fuera de ello, además, la Constitución de la República Argentina establece la igualdad entre todos los habitantes en el artículo 16.

Uruguay no se ha comprometido con los documentos emanados de la UNESCO que protegen el patrimonio genético³⁵³. No obstante, podría intentarse una solución similar a las comentadas con fundamento en el artículo 8 de la Constitución nacional y ciertos instrumentos internacionales que tratan sobre los derechos humanos fundamentales en tanto reconocen el derecho a la igualdad.

Cuestión distinta, como se ha visto, es si el proponente del seguro tiene derecho a ocultar sus antecedentes genéticos. A

³⁵³ *Estudio sobre armonización legislativa conforme a los Tratados de Derechos Humanos ratificados por Uruguay u otras normas legales con fuerza vinculante* (Montevideo, Instituto de Estudios Legales y Sociales del Uruguay, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, 2006), p. 35.

nuestro entender, el asegurador no debe realizar este tipo de preguntas en el cuestionario de salud, por las mismas razones por las cuales no puede condicionar la contratación a la realización de pruebas genéticas. No obstante, si se han formulado este tipo de preguntas, nos inclinamos por entender que, dada la protección de que goza el ser humano en su individualidad, debe primar el derecho a la reserva de esta información privilegiada por encima de los intereses del asegurador.

Reconocemos que la cuestión es opinable. Es cierto que el proponente del seguro no puede agravarse en daño alguno por el sólo hecho de comunicar al asegurador el resultado de una prueba que ya conoce y que no hacerlo, en cambio, supondría incumplir su deber de declaración honesta del riesgo. Sin embargo, la cuestión estriba en que el asegurador utiliza esa información para la tarificación de la prima, circunstancia que no sería objetable si no fuera por el hecho de que la sola predisposición a sufrir ciertas enfermedades no significa que efectivamente se desarrollen.

Finalmente, si luego de contratado el seguro el asegurado conociera cierta tendencia a padecer determinada enfermedad, ello supondría un eventual agravamiento del riesgo, situación que en los seguros de personas, particularmente en los de vida, resulta irrelevante.

3. El deber de reserva del asegurador y el tratamiento de los datos de carácter personal

a. El deber de reserva

El asegurador viene obligado a guardar reserva de toda información que haya recibido del proponente del seguro, o que haya obtenido del médico examinador, o que haya conocido como consecuencia de estudios encargados a los efectos de corroborar la declaración del estado de salud realizada. Sobre el médico tratante también pesa la obligación de reserva profesional.

En todos los casos relacionados, el deber de reserva se fundamenta en que el proponente del seguro es el propietario de la información. Ello es así aún cuando se trate de pruebas

ordenadas y pagadas por el asegurador. La inobservancia de esta obligación es objeto de pena de acuerdo a la legislación en todos los ordenamientos jurídicos que estamos considerando³⁵⁴.

No obstante lo dicho, es habitual que en los condicionados que conforman la póliza el futuro asegurado autorice al asegurador a revelar la información proporcionada oportunamente y libere a los médicos del secreto profesional de modo de facilitar a la compañía de seguros el acceso a la historia clínica.

Las cláusulas relacionadas, si bien son funcionales para la técnica del seguro, han de comprenderse en el marco de la legislación tuitiva de los datos personales y, desde luego, teniendo presente también la normativa de protección de los derechos de los consumidores y usuarios.

b. La protección de los datos personales

En España existe una Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal, en cuyo artículo 7 se establece la necesidad de que se recabe el consentimiento expreso de toda persona que sea interrogada como presupuesto de la concertación de un contrato. El procedimiento mediante el cual se recaba este consentimiento se encuentra muy detallado en el artículo 14 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, norma que reglamenta la Ley citada.

³⁵⁴ El artículo 199.2 del Código Penal español castiga con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para ejercer la profesión durante dos a seis años al profesional que, incumpliendo su obligación de sigilo, divulgue los secretos de otra persona.

El artículo 156 del Código Penal argentino castiga con una multa pecuniaria que oscila entre los mil quinientos a los noventa mil pesos argentinos e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, al que teniendo noticia, por razón de su profesión de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa.

El artículo 302 del Código Penal uruguayo establece una multa que oscila entre las 100 a las 600 unidades reajustables al profesional que, sin justa causa, revelare secretos que hubieran llegado a su conocimiento en virtud de su profesión, empleo o comisión, siempre y cuando el hecho causare perjuicio.

Las normas relacionadas son enteramente aplicables al contrato de seguro, contrato basado en la confianza en donde el proponente del seguro aporta información personal, muchas veces confidencial. En los seguros de personas, fundamentalmente en los seguros de vida, los datos que el proponente aporta sobre su estado de salud quedan completamente amparados por la legislación de protección de datos de carácter personal.

Sin perjuicio de lo dicho, las aseguradoras españolas están autorizadas a utilizar la información proporcionada a los efectos actuariales, esto es, para confeccionar los ficheros que les permiten liquidar los siniestros y proceder a la selección de riesgos y tarificación de las primas y para ello el legislador los ha eximido de la necesidad de recabar el previo consentimiento del proponente del seguro (Disposición adicional sexta de la Ley de Protección de Datos). No obstante, justo es señalar que la Ley ordena que cuando se complete el cuestionario de declaración del estado de salud, debe advertírsele al proponente que los datos allí expresados podrán ser objeto de cesión de modo de ser incorporados a los ficheros del asegurador.

La protección legal alcanza a la información sobre el estado de salud que se encuentre registrada en soporte físico (artículo 2 del Real Decreto), cualquiera sea su tratamiento, salvo para ciertos ficheros especialmente excluidos (domésticos, clasificados) y otros que tienen un régimen especial (fuerzas armadas, estadísticos, cuerpos de seguridad).

La Ley sólo permite recoger datos y procesarlos cuidando ciertos límites de razonabilidad y ello en tanto el artículo 4, reproducido en el artículo 8.4 del Real Decreto, impone que el asegurador esté atento a que su recogida sea adecuada, pertinente y no excesiva en relación con el ámbito y la finalidad determinada para las que solicitó el dato. En ningún caso puede utilizar esos datos para fines incompatibles (art. 4.2 de la Ley y 8.3 del Real Decreto), lo cual, a nuestro criterio no significa que no puedan ser distintos y, en todo caso, deberán ser actualizados (art. 4.3 de la Ley). El asegurador debe cancelar o sustituir los datos inexactos o incompletos, de oficio o a solicitud de los

afectados, de acuerdo al derecho que les reconoce el artículo 16 de la Ley.

En el cuestionario de declaración del riesgo el asegurador deberá necesariamente advertir al proponente, de modo previo, expreso, preciso e inequívoco, de la existencia de la base o fichero de datos y del tratamiento de la información proporcionada, su finalidad, el destino, el carácter obligatorio o facultativo de la respuesta, las consecuencias de que accedan o no a brindar dichos datos, así como de la posibilidad de ejercitar su derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición a la información registrada. El asegurador también debe identificarse e informarle la dirección del responsable de procesar su información (artículo 5 de la Ley).

El asegurador, en tanto propietario de los ficheros de datos, es responsable en los términos de los artículos 9 y 10 de la Ley, esto es, de cumplir con las condiciones de seguridad de los mismos y guardar el deber de reserva de los datos almacenados y procesados. También es responsable de la cesión que de los datos realice, en caso de poder hacerlo, en un todo de acuerdo a lo establecido en el artículo 11.

Si el asegurador, sin estar autorizado, se apodera, utiliza o modifica, en perjuicio del asegurado o de cualquier tercero, los datos reservados de carácter personal que se hallen registrados en ficheros o en diversos soportes magnéticos (informáticos, electrónicos, telemáticos), incurrirá en el delito de descubrimiento y revelación de secretos, dispuesto en el artículo 197.2 del Código Penal.

La República Argentina también tiene una Ley de Protección de datos personales, 25.326, de 4 de noviembre de 2000, que al igual que la española considera la información sobre la salud *datos sensibles* (artículo 2), e impide que los datos sean utilizados de modo incompatible con los fines para los que fueron recogidos. A diferencia de la norma española, también prohíbe que lo sean para fines distintos.

En términos generales, la norma argentina es bastante parecida a la Ley de Protección de Datos Personales española

analizada: establece el cúmulo de informaciones que el asegurador debe proporcionar al proponente en el artículo 6 (finalidad de la recogida de datos, existencia del archivo, la obligación o no de participar, las consecuencias de hacerlo o no hacerlo, la posibilidad de acceder a la base para rectificar la información o suprimirla).

Asimismo, la Ley argentina dispone que toda recolección de datos deba previamente contar con el consentimiento del aportante, no obstante lo cual reconoce ciertas excepciones en el artículo 5.2. Tal vez lo más interesante es que, a diferencia de la norma española, el tratamiento de los datos de salud no está exceptuado de este régimen excepcional y nada se establece al respecto en el artículo 8, donde se los regula expresamente.

Fuera de esta norma, el artículo 153 Bis del Código Penal argentino castiga con prisión de quince días a seis meses al que, a sabiendas, accediere por cualquier medio, sin la debida autorización o excediendo la que posea, a un sistema o dato informático de acceso restringido. También existe el artículo 157 bis, disposición según la cual se reprime con pena de prisión de un mes a dos años al que a sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma a un banco de datos personales y también al que ilegítimamente proporcionare o revelare a otro información registrada en un archivo o en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de la ley.

En Uruguay, la Ley de Protección de datos personales y acción de *Habeas Data*, fue sancionada el 11 de agosto de 2008. El artículo 5 de la Ley uruguaya sienta los principios generales de la actuación de todo responsable de una base de datos. Entre ellos se cuenta que deberá obtener el previo consentimiento del declarante, consentimiento que deberá, además, ser informado. Este principio se reproduce en el artículo 9, norma que establece la licitud del tratamiento de los datos recabados, en tanto y en cuanto hayan sido obtenidos con el consentimiento, libre, previo, expreso e informado del afectado, el que en todo caso deberá documentarse.

Igual que en la norma argentina, el artículo 9 exceptúa del régimen del consentimiento previo, con las características analizadas, ciertos datos. Entre ellos, y en lo que nos interesa, no habrá de requerirse el consentimiento cuando se trate de listados cuyos datos deriven de una relación contractual, científica o profesional del titular de los datos, y sean necesarios para su desarrollo o cumplimiento (artículo 9 c).

Los titulares de las bases de datos en Uruguay tienen las mismas obligaciones en lo que refiere a la información que habrán de proporcionar a quienes les brinden la información. Así está establecido en el artículo 13, norma que reproduce el artículo 5 de la Ley española y 6 de la Ley argentina. Lamentablemente, no se siguió el modelo de la Ley española en lo que refiere a clarificar el supuesto del consentimiento en los casos de información personal sobre el estado de salud.

4. El principio de no discriminación

Los seguros de personas son muy sensibles al problema de la discriminación, especialmente a la de género y raza y ello en razón de que tradicionalmente se ha entendido que estadísticamente las mujeres tienen una expectativa de vida más larga, o que ciertas razas son más propensas a sufrir determinadas enfermedades.

En la actualidad, las preguntas sobre estos temas pueden considerarse discriminatorias y la sola diferencia entre hombres y mujeres atenta contra la legislación de igualdad entre los sexos.

En el Derecho español, el artículo 34 del Real Decreto 2486/1988, de 20 de noviembre, de Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, impone que en caso de que en las tablas de mortalidad se establezcan probabilidades diferentes para cada sexo, ello debe ser objeto de justificación estadística. De ello se deduce que se podría atender una diferencia entre sexos, por lo menos en lo que al riesgo de vida se refiere.

A pesar de lo dicho en el párrafo anterior, hay que tener en cuenta la existencia de la Ley 3/2007, de 22 de marzo, de

Igualdad efectiva de mujeres y hombres, norma que en su artículo 71 prohíbe que el sexo genere diferencia entre la prima que paga el hombre y la mujer. Sin embargo, la misma Ley habilita que por la vía reglamentaria se determinen los supuestos en los que resulte admisible establecer tal diferencia, si así se concluye de los razonamientos actuariales estadísticos, que en todo caso habrán de ser pertinentes y fiables.

De cualquier forma, en ningún caso el asegurador español puede establecer diferencia alguna en las tablas de mortalidad basadas en el riesgo de parto o embarazo, pues así lo dispone el artículo 34 del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados y lo reitera la Ley de Igualdad, ya concretamente refiriéndose a que los costes de la gestación y el parto no habrán de reflejarse en el cálculo de la prima.

En el Uruguay existe una Ley 18.104, de 15 de marzo de 2007, de Igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres en la República, en cuyo artículo 2 se declara que el Estado deberá adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el diseño, la elaboración, la ejecución y el seguimiento de las políticas públicas de manera que integren el género, contando con el margo general y orientador de la Ley. Nada dice la Ley sobre los seguros, ni sobre la influencia de los criterios de igualdad que se reconocen sobre la contratación en general.

B. Seguros de daños

En los seguros de daños el asegurador promete el pago de una indemnización concreta en base al perjuicio patrimonial efectivamente sufrido por el asegurado.

Fuera de las declaraciones propias de los seguros de incendio, robo, transporte, crédito, caución y responsabilidad civil, en todos ellos habrán de atenderse las cuestiones que analizamos seguidamente.

1. Elementos subjetivos

El conocimiento del proponente no es privilegio exclusivo de los seguros de personas. Si se quiere en los seguros de personas el asegurador se concentra en otras cuestiones, sobre todo en el estado de salud. En los seguros de daños, en cambio, existen otros elementos a tener en cuenta.

Denominamos elementos subjetivos del deber de declaración de los riesgos en los seguros de daños, al conjunto de datos referentes a la persona del proponente del seguro que tienen en común informar al asegurador sobre la persona del futuro contratante.

En primer lugar debe señalarse la identificación del proponente del seguro. Cuando nos referimos a la identificación del proponente del seguro comprendemos no sólo los datos personales (nombres y apellidos, domicilio, etc.), usuales en cualquier contrato, sino fundamentalmente aquellos que permiten al asegurador hacerse una idea de su personalidad y estilo de vida. Pensemos en la profesión, la solvencia y la responsabilidad patrimonial y ello porque en estos seguros es muy importante lo que otros opinen del proponente del seguro, especialmente si son aseguradores que han rechazado seguros o banqueros que han denegado créditos.

Luego, en todo interrogatorio de riesgos de seguro de daños debe quedar establecida la relación jurídica del declarante con los bienes objeto de su interés asegurado. Así, por ejemplo, cuando los seguros involucran vehículos a motor, la solicitud de seguro habrá de cumplimentarse atendiendo fundamentalmente a la relación existente entre el vehículo, el propietario y el conductor. Lo mismo ocurre cuando existen mercaderías. Todo ello será objeto de análisis en el momento oportuno.

2. Elementos objetivos

En los seguros de daños lo fundamental para el asegurador es el detalle de los bienes que son el objeto del interés asegurado. Habrán de describirse los elementos que permitan identificarlo y estimar su indemnización en caso de pérdida o menoscabo.

La declaración no será exacta si el proponente del seguro omite las circunstancias que rodean al bien sobre el que recae su interés, como la existencia de gravámenes o derechos de otras personas que puedan incidir en el juicio del asegurador³⁵⁵.

Existen modalidades asegurativas que suponen un cúmulo de declaraciones, producto de su propia complejidad. Piénsese en los seguros de transporte, por ejemplo, en los cuales el proponente del seguro plantea una superposición de intereses asegurables en función de la relación jurídica que mantiene con el vehículo, los bienes y las personas involucradas. Lo mismo ocurre en los seguros en los que están implicados vehículos a motor.

C. Seguros multirriesgo de daños

Los seguros multirriesgo son el resultado de la expansión del mercado asegurador que en las últimas dos décadas ha dado respuesta a la vertiginosa vida que llevan las personas en su vida profesional, comercial y privada.

Este tipo de contratación de seguros comenzó en el sector comercial e industrial y luego se extendió al hogar. En la actualidad, las compañías aseguradoras ofrecen una gran variedad

³⁵⁵ Véase, por ejemplo, el siguiente caso. El tomador de un seguro para su buque pesquero omitió declarar al asegurador que había recibido del Estado una subvención para la construcción de un barco. El asegurador se negó a pagar la prestación del seguro alegando que el dato omitido era de extrema relevancia a los efectos del equilibrio de las prestaciones, en tanto permitiría una reducción del capital asegurado. Además, también hizo valer que el tomador ignoró una de las cláusulas de las condiciones particulares por la cual se comprometía a notificar la concesión o denegación de la subvención solicitada a la Administración Pública. El Tribunal Supremo consideró omiso al tomador del seguro (STS de 12 de abril de 2011 [R.O.J. 2059]).

de pólizas las que, en mayor o menor medida, se ajustan a las distintas necesidades del mercado. Además de las mencionadas, existen pólizas específicas para los edificios y las comunidades de propietarios, para la hotelería, los talleres de reparación de vehículos, los colegios, las instituciones de enseñanza y las casas de salud.

La póliza multirriesgo tiene una vocación naturalmente comprensiva de riesgos principales, capaces de afectar un mismo interés asegurado, que se hacen converger en el asegurado. La técnica ofrece ventajas para las dos partes.

El tomador, contratando una misma póliza para su hogar o su comercio, obtiene cobertura de incendio, robo, daños por agua, responsabilidad civil y otros riesgos, con una misma compañía de seguros, evitando la multiplicación de contratos, de información, la pérdida de tiempo y también de dinero pues, en la medida en que el asegurador masifica el producto, el coste de la prima se reduce. Ello sin olvidar que deberá atender sólo una póliza, esto es, sólo deberá cuidar pagar una prima anual y sólo deberá observar la renovación de una póliza. En fin, es indudable que el seguro multirriesgo ofrece al tomador una serie de ventajas que explican su éxito comercial.

El asegurador también obtiene sus beneficios. La reunión de los riesgos le facilita notablemente la gestión de la cartera. Pueden concederse a él, por tanto, las mismas ventajas que al tomador en lo que al control del pago de las primas y renovaciones se refiere.

Además, le permiten incluir seguros costosos, difíciles de colocar. Y finalmente, aspecto que entendemos fundamental para el negocio del asegurador, esta técnica le evita la temida antiselección de riesgos pues hasta las personas menos propensas a sufrir riesgos acaban contratando seguros que no necesitan, seducidos por alguno de los riesgos incluidos en el seguro multirriesgo³⁵⁶.

³⁵⁶ GIRAL SILIÓ, “Seguro multirriesgo”, en: GARRIDO Y COMAS (DIR.), *Tratado General de Seguros. Teoría y Práctica de los Seguros Privados*, t. III, v. II (Madrid, Consejo General de Agentes y Corredores de Seguros de España,

Como consecuencia de la operativa de este seguro, algunos autores sugieren que se produce un desplazamiento del eje del seguro, del riesgo al asegurado. Así, mientras que en los demás seguros existe individualidad de riesgos y pluralidad de destinatarios, en el seguro multirriesgo ocurriría lo inverso: existiría una pluralidad de riesgos (incendio, robo, responsabilidad civil, accidentes personales), e individualidad de destinatarios (asegurados)³⁵⁷.

Como consecuencia de su naturaleza, las características de los riesgos en estos seguros son, también, particulares. Así, se trata de riesgos que tienen dos notas distintivas: son riesgos principales y heterogéneos.

En efecto, los seguros multirriesgo no contemplan un riesgo principal y otro complementario o extensivo, como por ejemplo el incendio y la explosión, sino que se trata de un seguro que involucra riesgos que individualmente considerados conforman categorías independientes de seguros (incendio, hurto, responsabilidad civil y otros).

Luego, los seguros multirriesgo se encuentran dominados por la variedad. Así, permiten la reunión de distintos tipos de seguros de daños pues ésta es la categoría que mejor se acomoda a su dinámica. Dentro de ella, se cubren los daños materiales causados por el incendio y sus riesgos extensivos (explosión, autoexplosión, caída de rayo, daños eléctricos, los accidentes domésticos y el humo), daños ocasionados por el agua, la sustracción ilegítima, las roturas, los actos de vandalismo o actos malintencionados sobre los bienes asegurados y los gastos en que se haya incurrido en ocasión del salvamento de los bienes o para proceder a la extinción del incendio o demolición de los edificios y posterior limpieza de los escombros.

1989), pp. 14 y 15; BATALER GRAU, “El seguro multirriesgo hogar”, en: BERCOVITZ, A. (Dir.), *Contratos Mercantiles*, v. II, 3ª ed (Cizur Menor – Navarra, Thomson Aranzadi, 2007), p. 1.886.

³⁵⁷ GIRAL SILIÓ, ob. cit., pp. 12 y 13; BATALER GRAU, “El seguro multirriesgo hogar”, p. 1885 y también en “La reforma de la Ley de Contrato de Seguro”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 279 (2011), p. 209.

A los riesgos en las cosas descriptos precedentemente, debe sumarse la garantía por los daños de que civilmente deba responder el asegurado con su patrimonio conforme a Derecho³⁵⁸.

No obstante y aunque no es lo más común, los seguros multirriesgo pueden también alcanzar riesgos propios de las modalidades de seguros de personas. Tal cosa sucede cuando la póliza incorpora el riesgo de muerte e invalidez permanente en caso de accidente de los miembros de la familia, cónyuge e hijos del asegurado y que algunos aseguradores extienden al personal doméstico en el desempeño de labores profesionales a su servicio³⁵⁹.

Como consecuencia de la heterogeneidad de los riesgos comprometidos, el contenido del acto de declaración del riesgo de un seguro multirriesgo presenta cierta complejidad.

1. Información sobre el continente del inmueble

El primer objeto del interés asegurado que debe describirse a los efectos de solicitar un seguro multirriesgo es, lógicamente, el bien que sirve al asegurado como vivienda, como local del establecimiento comercial o como planta industrial del establecimiento fabril.

En el seguro multirriesgo del hogar, el detalle de las viviendas unifamiliares no presenta mayores inconvenientes. Se sigue el mismo patrón que en otro tipo de pólizas, fundamentalmente las de incendio y robo.

Cuando se trata de viviendas en propiedad horizontal, el futuro tomador habrá de comprobar que la plaza de garaje esté comprendida en el seguro pues no es inusual que el asegurador la excluya. Asimismo, deberá cuidar que la garantía de su seguro multirriesgo alcance a los espacios comunes sólo de forma subsidiaria, esto es, sólo en caso de inexistencia o insuficiencia de

³⁵⁸ BATALLER GRAU, "El seguro multirriesgo hogar", p. 1893 a 1902; GIRAL SILIÓ, ob. cit., pp. 26 a 41.

³⁵⁹ GIRAL SILIÓ, ob. cit., p. 41.

un seguro contratado por la comunidad de copropietarios pues, de lo contrario, podría incurrir en una situación de seguro cumulativo³⁶⁰.

Es primordial la descripción pormenorizada de los materiales de construcción de los cimientos, paredes, techos, suelos y tabiques. De la misma forma, debe informarse respecto a la existencia, antigüedad y calidad de los sistemas de energía y distribución de agua de la vivienda, comercio o industria.

En el caso de los edificios y comunidades de copropietarios, la cobertura del seguro de daños eléctricos, riesgo habitualmente comprendido en la póliza multirriesgo, se limita a los elementos eléctricos fijos, instalados originalmente, que hayan sido declarados³⁶¹.

Otras descripciones que interesan al asegurador tienen que ver con los elementos de revestimiento tales como mampostería, yesos, maderas, así como los sistemas de cerramientos y toldos.

Luego, forman parte de la vivienda y por ello habrán de declararse, las áreas anexas como los garajes y depósitos, piscinas, ascensores, áreas comunes de los edificios en propiedad horizontal y en algunas pólizas se agregan las antenas de recepción de radio y televisión³⁶².

La descripción se completa con el detalle respecto del tipo, número y calidad de los elementos de seguridad instalados en las puertas y ventanas, sistemas de alarma, etc., que son de suma importancia en el seguro multirriesgo del comercio.

Al contrario, no ha de declararse el valor del suelo pues éste no está expuesto a los riesgos amparados en la póliza multirriesgo, esto es, no se pierde por el incendio, ni puede ser objeto de robo³⁶³.

³⁶⁰ BATALLER GRAU, "El seguro multirriesgo hogar", p. 1892.

³⁶¹ GIRAL SILIÓ, ob. cit., p. 67.

³⁶² GIRAL SILIÓ, ob. cit., p. 47; BATALLER GRAU, "El seguro multirriesgo hogar", pp. 1892, 1919 y 1920.

³⁶³ BATALLER GRAU, "El seguro multirriesgo hogar", pp. 1892.

2. Información sobre el contenido del inmueble

El contenido del inmueble es, quizá, lo que resulta más difícil de comprender en la declaración.

En términos generales abarca el conjunto de bienes muebles de la vivienda y sus anexos, del comercio y depósitos, de la fábrica y galpones, etc., con mayor o menor amplitud de acuerdo a lo que permita el asegurador, siempre teniendo presente lo que razonablemente pueda entenderse por mobiliario, máquinas o enseres de utilización habitual en un hogar, en un comercio o en una industria.

En el seguro multirriesgo para el hogar, por ejemplo, la garantía alcanza a todos los electrodomésticos, los equipos de visión y sonido, los ordenadores, el ajuar doméstico y personal, los adornos, y las herramientas.

Corresponde hacer notar que la cobertura alcanza a los objetos valiosos (caso de las pieles, cuadros y obras de arte) y a las joyas, que normalmente quedan excluidos de la cobertura del seguro de incendio³⁶⁴. No obstante, si superan determinado valor, los aseguradores reclaman una descripción pormenorizada y sólo son asegurados si son sometidos a un régimen específico de valoración³⁶⁵.

En el seguro multirriesgo del comercio, en cambio, la declaración será sustancialmente distinta. En este seguro lo primordial es la cobertura de robo y por tanto, adquiere gran relevancia la información sobre los medios de protección de que dispone el comerciante para proteger su local comercial.

En atención a que la mayor parte de los robos se producen en los escaparates, los aseguradores pretenden que el comerciante declare si su local los tiene en el interior o también en el exterior.

³⁶⁴ Así lo dispone el artículo 46.2 de la Ley de Contrato de Seguro española. No existe una norma similar en el Código de Comercio uruguayo pero es común que en las pólizas el asegurador imponga una limitación por el estilo.

³⁶⁵ GIRAL SILIÓ, ob. cit., p. 49; BATALLER GRAU, "El seguro multirriesgo hogar", pp. 1893.

De acuerdo a la forma de acceso al local, las compañías de seguros exigen ciertas medidas de seguridad y establecen límites de capital a los bienes asegurados en tal situación. De hecho, el asegurado habrá de estar atento pues no es extraño que el asegurador excluya el robo perpetrado desde el exterior mediante rotura de un escaparate y apoderándose de los objetos exhibidos en él, aunque no se ingrese en el establecimiento³⁶⁶.

Luego, a los efectos del cálculo de la prima, el asegurado debe conocer la composición del mobiliario. Este aspecto no presenta mayores problemas. Habrá muebles de decoración, de trabajo, máquinas, ordenadores, etc. No obstante, el elemento que puede resultar un poco más complicado de declarar son las mercaderías y ello porque, además de ser esencialmente fluctuantes, pueden ser propias o ajenas.

Para evitar continuas correcciones en la declaración original de la mercadería, el asegurador se conforma con un promedio de las existencias anuales en base al cual establece un margen para cubrir las existencias que superen el promedio en las fechas punta. Cuando el promedio se supera más de lo previsto, el asegurador suele establecer una cláusula especial para cubrir estos excesos³⁶⁷.

En el seguro multirriesgo de la industria, a los bienes anteriores debe sumarse la descripción de las máquinas de uso industrial puesto que uno de los principales riesgos cubiertos en este seguro es su avería.

Luego, si corresponde, el industrial debe indicar si posee mercadería en frigorífico puesto que ello amerita una valoración expresa. Lo mismo ocurre con la mercadería en transporte.

Además, es fundamental declarar el uso de elementos peligrosos como los combustibles y el cumplimiento de las

³⁶⁶ GIRAL SILIÓ, ob. cit., p. 93.

³⁶⁷ GIRAL SILIÓ, ob. cit., p. 97.

normas técnicas sobre medidas de prevención (extintores de incendio, servicios de vigilancia, detectores de humo, etc.)³⁶⁸.

3. Información sobre el asegurado

Otro grupo importante de garantías incluidas en las pólizas multirriesgo está conformado por los seguros de responsabilidad civil, aunque, en este caso, limitadas a la responsabilidad extracontractual.

La amplitud de las actividades de las cuales puede derivarse la obligación de responder civilmente por los daños causados a otra persona es, ciertamente, enorme. Por esta razón, estos seguros se rigen por el principio de especialidad de los riesgos. Lo mismo ocurre en el riesgo amparado en el seguro multirriesgo que ahora estamos analizando.

La declaración del riesgo a efectos de solicitar la cobertura de responsabilidad civil abundará en referencias a la vida del asegurado, en tanto persona, comerciante o industrial.

En el caso de tratarse de un seguro multirriesgo para el hogar, suele requerirse información sobre la condición de cabeza o jefe de hogar, de propietario o de inquilino de la vivienda, de deportista no profesional, de propietario de animales, de armas de fuego, de patrón de empleados, etc. Cuando se trate de una comunidad de copropietarios es costumbre solicitar la identificación de cada uno de los integrantes de la comunidad³⁶⁹.

Se sigue el mismo criterio en la declaración del riesgo de las pólizas multirriesgo para el comercio y la industria. En estos casos, el comerciante o el industrial suelen ser interrogados respecto a su vínculo jurídico con el local comercial o con la planta industrial, cuántos empleados tienen a su cargo, si tienen mercaderías en depósito, su naturaleza, etc.

³⁶⁸ GIRAL SILIÓ, ob. cit., pp. 107, 117 y 119.

³⁶⁹ GIRAL SILIÓ, ob. cit., pp. 39 y 69.

IV. Otros deberes legales de información relacionados con el riesgo

En el numeral anterior se analizó el contenido del deber de declaración de los riesgos en el seguro de personas y en el seguro de daños. En este numeral nos ocuparemos de otros deberes legales de información, también relacionados con el riesgo, pero que en nuestro concepto no integran el deber jurídico de su declaración en tanto su inobservancia no determina las consecuencias de las declaraciones reticentes, inexactas y falsas, sino otras muy distintas.

Nos referimos, concretamente, al deber de declaración de la existencia de otros contratos de seguros que se presenta en los casos de seguros múltiples, en el caso del seguro de accidentes y, por añadidura, en la hipótesis del seguro de enfermedad y de asistencia sanitaria.

A. Seguro múltiple

Los seguros de daños, a diferencia de los seguros de personas, tienen la particularidad de reparar satisfactoriamente el daño que causa el siniestro³⁷⁰. Por esta razón, el interrogatorio del asegurador tendiente a conocer la contratación de otros seguros deja de formar parte de las preguntas dirigidas a desentrañar la personalidad del contratante, como sucede en los seguros de personas, para encontrar su explicación en un argumento superior. Tal es el principio indemnizatorio.

Si los seguros de daños permiten la completa reparación del daño, entonces no hay razón para multiplicar los seguros contratados sobre el mismo interés asegurable durante idéntico período. Permitirlo supondría un enriquecimiento para el asegurado, justo o injusto, proceder que el Derecho de los seguros

³⁷⁰ KULLMANN, “La déclaration de risque”, en: BIGOT (Dir.), *Traité de Droit des assurances*, t. 3 (Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2002), pp. 686 y ss.

rechaza³⁷¹. Según el principio indemnizatorio, el asegurador debe resarcir al asegurado la pérdida o el menoscabo sufrido a causa del siniestro, dentro de los términos pactados en el contrato³⁷². Ni más, ni menos.

No obstante, en ocasiones un solo asegurador no es capaz de afrontar las consecuencias del siniestro completamente. En otras oportunidades ocurre que se asegura un bien sin conocimiento del asegurado y luego éste contrata otro seguro por su cuenta³⁷³. En todos estos casos, es preferible el reparto de los riesgos entre varios aseguradores, en tanto ello, claro está, no suponga la violación del principio indemnizatorio mencionado.

En las situaciones expuestas se produce lo que la doctrina denomina *pluralidad de seguros* o *seguro múltiple*, fenómeno que se caracteriza por la identidad del tomador del seguro, del interés asegurado y de los riesgos cubiertos por las pólizas.

Existe alguna discrepancia respecto de la necesidad de identidad entre los aseguradores. Algunos autores entienden que el seguro múltiple requiere distintos aseguradores³⁷⁴. Otros, en cambio, consideran que puede tratarse del mismo asegurador³⁷⁵.

³⁷¹ CUÑAT EDO, “Disposiciones generales referidas al seguro de daños”, en: VERDERA y TUELL, E. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, v. I (Madrid, Colegio Universitario de Estudios Financieros, 1982), p. 523; GIRGADO PERANDONES, ob. cit., pp. 207 y ss.; LAMBERT-FAIVRE, ob. cit., pp. 51 y ss. y 332 y ss.; ANTONUCCI, ob. cit., pp. 164 y ss.; CANDIAN, ob. cit., pp. 111 y ss.

³⁷² SÁNCHEZ CALERO, “Principio indemnizatorio y determinación del daño”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980 de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día (Cizur Menor-Navarra, Aranzadi, 2010), p. 608.

³⁷³ LÓPEZ SAAVEDRA, “Pluralidad de seguros y doble seguro”, *La Ley Online* (1997), D, 893.

³⁷⁴ HALPERIN, loc. cit. y SÁNCHEZ CALERO, comentado el artículo 32 de la Ley de Contrato de Seguro española (“Seguro múltiple o cumulativo”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley*

El deber de informar la existencia de otros seguros suele ser impuesto por el legislador en ciertos casos de pluralidad de seguros. Así sucede en el caso del artículo 32 de la Ley de Contrato de Seguro española, el artículo 67 de la Ley de Seguros argentina³⁷⁶ y en los artículos 659³⁷⁷ y 665³⁷⁸ del Código de Comercio uruguayo.

1. Fundamento del deber de comunicar la existencia de otros seguros

En los seguros contra daños el deber de comunicar la existencia de otros seguros se explica en el respeto del principio indemnizatorio. Según esta regla, el asegurador debe resarcir al

50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones, 4ª ed. revisada y puesta al día [Cizur Menor-Navarra, Aranzadi, 2010], p. 698).

³⁷⁵ LÓPEZ SAAVEDRA, loc. cit.

³⁷⁶ El artículo 67 de la Ley argentina dispone:

“Quien asegura el mismo interés y el mismo riesgo con más de un asegurador, notificará sin dilación a cada uno de ellos los demás contratos celebrados, con indicación del asegurador y de la suma asegurada, bajo pena de caducidad, salvo pacto en contrario”.

³⁷⁷ El artículo 659 del Código de Comercio uruguayo dispone:

“Cuando el asegurado, por una renuncia notificada al asegurador, haya exonerado a éste, de toda obligación ulterior, puede hacer asegurar de nuevo su cosa o su interés, por el mismo tiempo y por los mismos riesgos.

En tal caso, deberá expresarse en la nueva póliza, so pena de nulidad, el seguro precedente, así como su renuncia y la notificación hecha al asegurador”.

³⁷⁸ El artículo 665 del Código de Comercio uruguayo dispone:

“Es lícito asegurar de nuevo una cosa ya asegurada por su valor íntegro en todo o en parte, bajo condición expresa de que no podrá hacer valer sus derechos contra los aseguradores, sino en cuanto no pueda indemnizarse del primer seguro.

En caso de semejante convención, los contratos precedentes deben ser claramente descriptos, so pena de nulidad, y será aplicable la disposición del artículo 663”.

asegurado la pérdida o el menoscabo sufrido a causa del siniestro, dentro de los términos pactados en el contrato³⁷⁹.

En algunas oportunidades, la prestación del asegurador es menor al daño ocasionado por el siniestro. Esto sucede en el infraseguro, situación que se da toda vez que se constata la existencia de una diferencia entre el valor del interés asegurado y la suma asegurada³⁸⁰. En lo que a nuestro trabajo refiere no plantea mayores problemas. De hecho, la mayoría de las legislaciones modernas permiten dejar una parte del interés asegurado sin garantía de modo de reducir el coste de la prima.

La operación inversa, esto es, el resarcimiento superior al perjuicio ocasionado, siempre encontró obstáculos a la autonomía de la voluntad de las partes. Por ello, siempre se entendió que debía prohibirse que el seguro sea utilizado como una herramienta especulativa pues permitirlo supondría degenerar el contrato de seguro en apuesta. El asegurado podría verse tentado a producir el evento dañoso o aumentar las probabilidades de su realización al dejar de tomar las debidas precauciones³⁸¹.

No obstante y sin perjuicio de las razones de moral y orden público relacionadas, ha de observarse que la base del

³⁷⁹ SÁNCHEZ CALERO, “Principio indemnizatorio y determinación del daño”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980 de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día (Cizur Menor-Navarra, Aranzadi, 2010), p. 608.

³⁸⁰ SÁNCHEZ CALERO, “Infraseguro y regla proporcional”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980 de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día (Cizur Menor-Navarra, Aranzadi, 2010), pp. 666 y 667; CUÑAT EDO, “Disposiciones generales...”, p. 533.

³⁸¹ GARRIGUES, *Contrato...*, pp. 188 y 189; SÁNCHEZ CALERO, “Sobreseguro”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día (Cizur Menor-Navarra, Aranzadi, 2010), p. 682.

principio indemnizatorio se encuentra en la necesidad de que exista un interés, elemento que faltaría en la hipótesis que estamos considerando³⁸².

2. Procedimiento

El procedimiento y el conjunto de formalidades necesarias para cumplir con la declaración de existencia de los otros seguros dependerán del régimen jurídico en consideración.

En términos generales, la información debe cursarse a todos y a cada uno de los aseguradores involucrados o a sus dependientes, una vez que se conoce la situación de multiplicidad de seguros. En esta oportunidad el proponente debe ser preciso respecto de su interés, las características del riesgo, el período, la suma asegurada y por supuesto, el nombre de los otros aseguradores³⁸³.

En España, el artículo 32 de la Ley de Contrato de Seguro establece el deber del tomador o del asegurado de un seguro múltiple o cumulativo de comunicar, a cada asegurador, los demás seguros que estipule salvo que otra cosa se haya pactado. No hay formalidades, aceptándose, incluso, la efectuada verbalmente en el momento en el que se considere la existencia del cúmulo de seguros³⁸⁴.

En el Derecho argentino, el artículo 67 de la Ley de Seguros impone al proponente del seguro notificar

³⁸² SÁNCHEZ CALERO, “Principio indemnizatorio y determinación del daño”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día (Cizur Menor-Navarra, Aranzadi, 2010), pp. 613 y 614.

³⁸³ DONATI, *Tratatto...*, v. II, p. 271.

³⁸⁴ SÁNCHEZ CALERO, “Seguro múltiple o cumulativo”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día (Cizur Menor-Navarra, Aranzadi, 2010), p. 703.

inmediatamente, a cada uno de los aseguradores involucrados, la existencia de los demás contratos celebrados. Particularmente, debe indicarse el nombre del asegurador y la suma asegurada.

En el Derecho uruguayo, el artículo 659 establece la posibilidad de asegurar la cosa o el interés, por el mismo tiempo y contra idénticos riesgos, mediante la celebración de varios contratos, siempre y cuando el asegurado renuncie al primero de ellos. Para que esta renuncia sea válida, debe realizar una declaración expresa exonerando al asegurador de toda obligación pendiente relacionada con el contrato anterior. La renuncia debe notificarse de forma fehaciente. Haciéndose así, de acuerdo a la Ley, en la nueva póliza debe quedar constancia del seguro precedente, su renuncia y la correspondiente notificación.

De modo que el deber de declaración del primero de los seguros celebrados no surge sino de una manera indirecta. Adviértase que lo que la Ley exige, es la renuncia notificada por la cual el asegurado declara exonerado al asegurador del cumplimiento de las obligaciones derivadas del primero de los seguros contratados. Los detalles de este seguro, su renuncia y la notificación efectuada, deben referirse en la nueva póliza.

Por otra parte, el artículo 665 del Código de Comercio uruguayo declara lícita la contratación de seguros en forma sucesiva, bajo la condición expresa de que sólo se podrá perseguir a los aseguradores posteriores cuando no se pueda obtener la indemnización pactada en el primer seguro. En este caso, los contratos precedentes deben ser claramente descriptos. En esta disposición, a diferencia de lo establecido en el artículo 659, se consagra directamente el deber de describir claramente los contratos precedentes.

3. Consecuencias del incumplimiento del deber de declaración de otros seguros

La desobediencia al deber de declaración de los otros seguros tiene diferentes consecuencias en los regímenes jurídicos que estamos considerando.

En el Derecho español, el artículo 32 de la Ley de Contrato de Seguro exonera a los aseguradores de su deber de pagar la indemnización siempre y cuando se configure la reunión de los elementos siguientes: uno subjetivo, que el tomador o el asegurado omita la declaración con la finalidad de defraudar al asegurador si se produce el siniestro y otro objetivo, que la contratación múltiple de seguros tenga como consecuencia una situación de sobreseguro.

La Ley de Contrato de Seguro española, entonces, en el seguro contra daños tutela al asegurado en forma muy amplia pues la sola omisión del deber de declaración de los otros contratos, aun dolosa, no basta para exonerarlo de su obligación³⁸⁵.

No obstante la norma ha sido objeto de algunas críticas. Se ha dicho que la sanción resulta excesiva en dos sentidos.

En primer lugar, pues la simple falta de cumplimiento del deber de comunicación no sería prueba suficiente del dolo que pretende la norma. En segundo lugar, porque eventualmente arrastra a la ineficacia a contratos jurídica y técnicamente válidos³⁸⁶.

En el Derecho uruguayo, el artículo 659 del Código de Comercio ordena al tomador renunciar al primer contrato celebrado mediante una declaración expresa y notificada de exoneración de las obligaciones del asegurador. Si el segundo seguro se celebra incumpliendo esta norma, el contrato será nulo. Idéntica sanción está prevista en el artículo 665 para la

³⁸⁵ SÁNCHEZ CALERO, “Seguro múltiple o cumulativo”, p. 704.

³⁸⁶ CUÑAT EDO, “Disposiciones generales...”, p. 541.

contratación sucesiva de seguros. Los contratos precedentes deben ser claramente descriptos, so pena de nulidad.

Si el asegurado obró de buena fe los aseguradores están obligados a devolver el premio recibido (artículo 666 del Código de Comercio uruguayo), pero, por aplicación del último párrafo del artículo 663, tienen derecho a retener a modo de indemnización el medio por ciento del valor asegurado.

Si por el contrario el tomador actuó con dolo, fraude o mala fe, los aseguradores conservan el premio íntegro, sin perjuicio de la acción penal que les corresponda (artículo 667).

En el Derecho argentino, el artículo 67 de la Ley de Seguros dispone la caducidad si se omite la notificación inmediata a cada asegurador, salvo que otra cosa se hubiera pactado en el contrato. De acuerdo al artículo 68, la contratación múltiple efectuada con conciencia y voluntad de enriquecerse indebidamente se castiga con la nulidad de todos los seguros contratados, sin perjuicio del derecho de los aseguradores a percibir la prima correspondiente si ignoraron esa circunstancia al celebrar el contrato³⁸⁷. De acuerdo al segundo párrafo del artículo 62, el dolo debe ocurrir al tiempo de la celebración del contrato. A los efectos de su configuración basta que el tomador haya celebrado el contrato con el propósito de enriquecerse indebidamente independientemente de la producción del siniestro³⁸⁸.

³⁸⁷ El artículo 68 de la Ley argentina de seguros dispone:

“El asegurado no puede pretender en el conjunto una indemnización que supere el monto del daño sufrido. Si se celebró el seguro plural con la intención de un enriquecimiento indebido, son nulos los contratos celebrados con esa intención; sin perjuicio del derecho de los aseguradores a percibir la prima devengada en el período durante el cual conocieron esa intención, si la ignoraban al tiempo de la celebración”.

³⁸⁸ El segundo párrafo del artículo 62 de la Ley argentina establece:

“El contrato es nulo si se celebró con la intención de enriquecerse indebidamente con el excedente asegurado. Si a la celebración del contrato el asegurador no conocía esa intención, tiene derecho a percibir la prima por el período de seguro durante el cual adquiere este conocimiento”.

El conocimiento del asegurador, su ignorancia inexcusable o la falta de diligencia en los controles a la hora de aceptar la propuesta del asegurado son indiferentes, sin perjuicio de que el asegurador pierda el derecho a percibir la prima³⁸⁹.

Si se trata de seguros contratados sin conocimiento del asegurado, el artículo 69 permite la rescisión del más reciente o la reducción de la suma asegurada y de la prima, a condición de que el asegurado solicite una u otra cosa inmediatamente de conocido el seguro, pero siempre antes del siniestro.

B. Seguro de accidentes

Hemos advertido que la pluralidad de seguros suele ser objeto de regulación legal en la parte dedicada a los seguros de daños y que la pertenencia de los seguros de accidentes a la categoría de seguros de personas es discutida.

Cuando la ley no clasifica al seguro de accidentes, como sucede en el caso del Código de Comercio uruguayo, aparece el problema de estimar si a estos seguros se les pueden aplicar las normas referentes a los seguros cumulativos de daños³⁹⁰.

El problema relacionado en el párrafo anterior no aparece en el caso de la Ley de Contrato de Seguro española que categoriza al seguro de accidentes como un seguro de personas.

El artículo 101 de la Ley de Contrato de Seguro española, pone de cargo del tomador del seguro el deber de comunicar al asegurador la celebración de cualquier otro seguro de accidentes relacionado con la misma persona³⁹¹.

³⁸⁹ HALPERIN., *Seguros...*, cap. VII, V, 21.

³⁹⁰ SÁNCHEZ CALERO, “Deber de comunicar el cúmulo de seguros”, p. 2629.

³⁹¹ En la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, de 17 de junio de 2013, la norma concordante la encontramos en el artículo 593-24. En comparación con la vigente, la disposición proyectada concreta aún más el deber de información y ello por cuanto requiere que los seguros coincidan en los riesgos y también en la vigencia. El texto reproduce el artículo 91 del Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro, de 8 de abril de 2011, salvo por el hecho de que en el primer párrafo ha sido eliminada la frase según la cual la obligación del

1. Fundamento del deber de comunicar la existencia de otros seguros de accidentes

Como explicación del deber de comunicación impuesto en el artículo 101 de la Ley de Contrato de Seguro española podrían intentarse las razones de moral y de orden público que justifican la prohibición del sobreseguro y la defensa del principio indemnizatorio que se acostumbran esgrimir en los seguros de daños³⁹². Sin embargo, el legislador español se ha decantado claramente por ubicar a los seguros de accidentes en la categoría de seguros de personas, especie que, por principio, no permitiría la completa indemnización del damnificado³⁹³. En consecuencia, según nuestro entender, la razón lógica para tal comunicación habrá de hallarse en el interés del asegurador en conocer la respuesta del otro asegurador frente al mismo riesgo, en tanto ello configura un elemento subjetivo importante para conocer a su futura contraparte³⁹⁴.

2. Procedimiento, contenido y sujeto encargado de la declaración de los otros seguros

El artículo 101 de la Ley de Contrato de Seguro española no establece el procedimiento ni las formalidades a seguir para cumplir con la comunicación que ordena. Ello ha motivado un interesante intercambio de ideas en la doctrina de ese país.

tomador se entiende cumplida cuando el asegurador pudiera conocer la existencia de los contratos por cualquier otro medio.

³⁹² VERGEZ SÁNCHEZ, ob. cit., p. 1050; VIVANTE, “Giurisprudenza italiana”, *Rivista di Diritto Commerciale Industriale e Marittimo*, v. I, p. II (1903), p. 99; BESSON, “Jurisprudence française”, *Revue Générale des Assurances Terrestres*, t. 12 (1941), p. 395.

³⁹³ KULLMANN, ob. cit., pp. 686 y ss.; BATALLER GRAU, *El seguro...*, p. 108.

³⁹⁴ Sin perjuicio del interés que tiene el asegurador en evitar el sobreseguro cuando deba correr con gastos como los de asistencia sanitaria (artículo 103 de la Ley de Contrato de Seguro española) o las indemnizaciones por pérdidas salariales durante la situación de invalidez (SÁNCHEZ CALERO, “Deber de comunicar el cúmulo de seguros”, pp. 2629 y 2630).

En primer lugar, se discrepa respecto del alcance de la declaración.

Puede entenderse que el tomador debe declarar todos los seguros de accidentes que conozca, sean anteriores o posteriores a la nueva contratación, aunque cuidando que coincidan en las circunstancias espaciales, temporales y causales de modo de restringir los supuestos a declarar³⁹⁵. También puede reservarse el deber de declaración a los casos en que la contratación de un nuevo seguro de accidentes vulnere el principio indemnizatorio³⁹⁶.

En segundo lugar, cabría aceptar cualquier forma escrita y hasta la comunicación verbal³⁹⁷, aunque ello no sea lo más recomendable, siempre y cuando se realice en el momento en que se constate la existencia del cúmulo de seguros.

Sin perjuicio del método elegido, hay acuerdo en que deben informarse los componentes de los otros contratos a todos y cada uno de los aseguradores involucrados, esto es, al nuevo asegurador la existencia de los antiguos y viceversa. Particularmente, el solicitante debe ser preciso respecto de su interés, las características del riesgo, el período, la suma asegurada y, por supuesto, el nombre de los otros aseguradores³⁹⁸.

En tercer lugar, el sujeto pasivo de esta comunicación es el asegurador pero también se cumple con el mandato legal si la comunicación se dirige a su dependiente³⁹⁹. El sujeto activo, de acuerdo al tenor literal del artículo 101 de la norma española, es el tomador del seguro. Corresponde preguntarse quién debe

³⁹⁵ SÁNCHEZ CALERO, “Deber de comunicar el cúmulo de seguros”, p. 2633.

³⁹⁶ BATALLER GRAU, *El seguro...*, p. 114.

³⁹⁷ TIRADO SUÁREZ, “El seguro”, p. 167.

³⁹⁸ BATALLER GRAU, *El seguro...*, p. 63; CUÑAT EDO, “Disposiciones generales...”, p. 540.

³⁹⁹ SÁNCHEZ CALERO, “Seguro de Accidentes. Deber de comunicar el cúmulo de seguros”, p. 2631.

realizar esta comunicación en el caso de que el seguro de accidente se contrate sobre la persona de un tercero⁴⁰⁰.

Para algunos autores la información puede ser proporcionada por el asegurado. Fundamentan su postura en lo dispuesto en el artículo 7.2 de la Ley de Contrato de Seguro, norma según la cual, en caso de falta de coincidencia entre el tomador y el asegurado, aquellos deberes que por su naturaleza estén más próximos al asegurado deben ser cumplidos por éste.

SÁNCHEZ CALERO prefiere una interpretación literal de la norma en el entendido de que no se trata de una omisión del legislador español, lo cual no impediría que la comunicación sea efectuada por el asegurado habilitado por el artículo 7.2, tal como parece ser el entendimiento general de la doctrina. El autor observa que de esta posibilidad no puede concluirse que los daños y perjuicios del incumplimiento del deber puedan imputarse al asegurado⁴⁰¹.

3. Consecuencias del incumplimiento del deber de declaración de otros seguros de accidentes

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 101 de la Ley de Contrato de Seguro española, si el tomador incumple con el mandato legal y declara en forma inexacta, o incluso si miente u oculta los otros seguros de accidentes, su conducta sólo puede dar lugar a una reclamación por los daños y perjuicios que correspondan, sin que el asegurador pueda deducir de la suma asegurada ninguna cantidad por este concepto.

⁴⁰⁰ El artículo 593-24 de la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, de 17 de junio de 2013, tampoco resuelve el punto, lo que ha sido interpretado como una limitación expresa del legislador de la norma proyectada. No obstante, se afirma que ello no impediría al asegurado cumplir con dicha comunicación (OTAZU SERRANO, “Artículo 98. Comunicación de otros seguros de accidentes”, *Revista española de seguros*, n° 143-144 [2010], p. 927.

⁴⁰¹ SÁNCHEZ CALERO, “Seguro de Accidentes. Deber de comunicar el cúmulo de seguros”, p. 2631.

Se ha criticado severamente esta disposición en el entendido de que la consecuencia establecida es demasiado benevolente en los casos en que el tomador obró dolosamente, sobre todo si se lo compara con el tratamiento que se le da a las declaraciones dolosas en el artículo 10, norma que disciplina las consecuencias del incumplimiento al deber de declaración precontractual del riesgo⁴⁰².

En nuestro concepto no corresponde la aplicación de las consecuencias severísimas que acarrea el incumplimiento al deber precontractual de declaración del riesgo puesto que, como hemos adelantado, no creemos que la declaración del cúmulo de seguros de accidentes forme parte de la declaración de los riesgos, esto es, de la información necesaria para que el asegurador pueda establecer la base económica de la relación.

No obstante, es cierto que la particular naturaleza de estos seguros, que tanto pueden considerarse de daños como de personas⁴⁰³, produce que el conocimiento del cúmulo de contratos sea de especial interés para el asegurador.

C. Seguro de enfermedad y de asistencia sanitaria

Por su afinidad con el seguro de accidentes, el artículo 106 de la Ley de Contrato de Seguro española dispone que los seguros de enfermedad y de asistencia sanitaria se sometan a las normas de los seguros de accidentes en tanto ello sea posible. Ello supone que en el seguro de enfermedad y de asistencia sanitaria deban declararse la existencia de otros contratos de la misma naturaleza, en los mismos términos y con la misma problemática que la planteada precedentemente. Nos remitimos a lo expuesto.

Podría pensarse que la posibilidad de multiplicidad de seguros de enfermedad es poco probable en la medida en que sería inviable que una persona recibiera dos tratamientos al

⁴⁰² TIRADO SUÁREZ, loc. cit.

⁴⁰³ Ello dependerá del régimen jurídico en cuestión. La Ley de Contrato de Seguro española, por ejemplo, se decanta por considerarlo un seguro de personas.

mismo tiempo. Sin embargo, puede suceder que se realicen procedimientos complementarios, sucesivos o alternativos.

Asimismo, es bastante habitual que el paciente consulte más de un profesional. Todo ello debe advertirse al asegurador⁴⁰⁴.

Capítulo quinto: Formas de declaración de los riesgos

El riesgo puede ser declarado de forma espontánea o guiada. STIGLITZ propone un tercer sistema, el intermedio, por el cual el asegurado responde una serie de preguntas, generales e imprecisas, que, a criterio del autor, no llegarían a conformar un verdadero cuestionario⁴⁰⁵.

I. La declaración espontánea y la guiada

A. Espontánea

Se denomina espontánea a la declaración efectuada por el proponente del seguro sin el auxilio de ningún cuestionario. El futuro contratante se encuentra solo para apreciar la relevancia del riesgo que padece y declararlo en consecuencia. Se parte de la base de que es el que mejor conoce su situación y por eso, es quien está en óptimas condiciones para transmitirlo.

La declaración espontánea del riesgo fue el método de declaración utilizado en Francia por disposición de la Ley de Seguros del 13 de julio de 1930. Se siguió este procedimiento hasta la reforma del 31 de diciembre de 1989.

Se ha dicho que es el régimen establecido en el Código de Comercio uruguayo y en la Ley de Seguros argentina, en la medida en que estas normas no exigen cuestionarios para la declaración del riesgo⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ SÁNCHEZ CALERO, “Seguro de enfermedad y de asistencia sanitaria. Aplicación de las normas del seguro de accidentes”, p. 2715.

⁴⁰⁵ STIGLITZ, *Derecho de seguros*, t. I, p. 686 y, también, en t. II, pp. 177 y 178.

⁴⁰⁶ PATTERSON, ob. cit., pp. 520 y ss.

Entendemos que ello no es así. El hecho de que las normas relacionadas no establezcan el modo cómo el proponente del seguro debe declarar los riesgos, no significa que el codificador uruguayo o el legislador argentino hayan optado por el método espontáneo. Lo que significa es que dejan este aspecto librado a la autonomía de la voluntad contractual de las partes. Y la práctica contractual demuestra precisamente lo contrario. Los cuestionarios son parte de la contratación de los seguros, también en Uruguay y en Argentina, por lo cual la descripción del riesgo rara vez resulta instintiva. La misma circunstancia se observaba en el régimen español hasta la sanción de la actual Ley de Contrato de Seguros⁴⁰⁷.

1. Ventajas

El método espontáneo tiene varias ventajas:

- a) Es la forma de declaración que mejor refleja la personalidad de su autor, que es el que padece los riesgos y que por tanto está en mejores condiciones de exteriorizar sus temores⁴⁰⁸.
- b) Es un método flexible porque se adapta a todo tipo de seguro.
- c) Evita la inexactitud de las respuestas como consecuencia de la mala formulación de las preguntas.

⁴⁰⁷ RUBIO VICENTE, ob. cit. p. 28, nota 2.

⁴⁰⁸ SÁNCHEZ CALERO, “Conclusión, documentación, contenido del contrato”, p. 296; RUBIO VICENTE, ob. cit., p. 61. Otros, en cambio, ven en esta misma circunstancia una desventaja (STIGLITZ, *Derecho de seguros*, t. I, p. 684).

2. Inconvenientes

Se han señalado las siguientes.

a) Es un procedimiento que genera incertidumbre, tanto en el asegurador como en el asegurado⁴⁰⁹.

La persona que realiza la declaración de los riesgos, al desconocer los fundamentos actuariales y jurídicos que gobiernan este acto, puede equivocarse en la valoración del riesgo, sea omitiendo hechos relevantes, sea prestando atención a circunstancias que no tienen mayor interés para el asegurador.

El solicitante del seguro no solo no está en condiciones de juzgar la relevancia de lo omitido, sino que en la mayoría de los casos tal vez ni siquiera sea consciente del riesgo que corre. De modo que si bien la declaración espontánea es la que mejor refleja la personalidad del declarante, tal cual hemos señalado, esta ventaja queda opacada frente a las severas consecuencias de una declaración omisa o errónea.

En segundo lugar, el método espontáneo supone una carga excesiva al proponente pues lo deja como el único responsable de un acto que también interesa al asegurador⁴¹⁰.

B. Guiada

Se denomina guiada a la declaración del riesgo efectuada por el futuro asegurado utilizando un cuestionario redactado y proporcionado por el asegurador. Este sistema encuentra su origen en el Derecho suizo y alemán⁴¹¹.

En la actualidad el sistema de cuestionarios viene siendo impuesto legalmente en España (artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro) y Francia (artículo L. 113-2 del *Code des*

⁴⁰⁹ CERRUTI AICARDI, ob. cit., p. 117; LATORRE CHINER, “El deber de declaración del riesgo”, en: BOQUERA MATARREDONA, BATALLER GRAU y OLAVARRÍA IGLESIA, *Comentarios a la Ley de contrato de seguro* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002), p. 166.

⁴¹⁰ RUBIO VICENTE, ob. cit., pp. 35 y 36.

⁴¹¹ KULLMANN, ob. cit., p. 670.

*assurances*⁴¹²). Es, también, el procedimiento utilizado por la práctica aseguradora en Uruguay y en Argentina.

Los regímenes jurídicos que establecen este procedimiento lo hacen en el convencimiento de que el común denominador de las personas, pese a sufrir los riesgos, no está en las mejores condiciones para describirlos⁴¹³.

El artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro española no indica la forma ni el contenido del cuestionario de declaración del riesgo. Quiere decir que el legislador español ha optado por dejar al asegurador en la más completa libertad para decidir la mejor manera de interrogar al futuro tomador. Incluso podría aceptarse un interrogatorio verbal⁴¹⁴.

Todos los autores españoles que comentan el punto destacan que con esta norma se produce un cambio sustancial en el Derecho de seguros de ese país, en tanto la derogación del artículo 381 del Código de Comercio importa sustituir la *obligación de declarar el riesgo*, por el *deber de contestar un cuestionario*, deber considerado menos agobiante para el asegurado.

El espíritu tuitivo de los derechos del asegurado quedaría absolutamente de manifiesto en el agregado que se hizo al artículo 10 por el artículo 3 de la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, sobre Libertad de servicios en seguros distintos al de vida y actualización de la legislación de seguros privados. Este agregado se realizó con el objeto de adaptar el Derecho español a

⁴¹² El artículo L. 113-2 del *Code des assurances*, en la redacción dada por la Ley del 31 de diciembre de 1989, dispone lo siguiente:

“L’assuré est obligé :

...

2° De répondre exactement aux questions posées par l’assureur, notamment dans le formulaire de déclaration du risque par lequel l’assureur l’interroge lors de la conclusion du contrat, sur les circonstances qui sont de nature à faire apprécier par l’assureur les risques qu’il prend en charge ...”.

⁴¹³ LAMBERT-FAIVRE y LEVENEUR, ob. cit., p. 269.

⁴¹⁴ RUBIO VICENTE, ob. cit., p. 58.

la Directiva 88/357 de la Comunidad Económica Europea. De acuerdo al mismo, el solicitante del seguro queda exonerado de su deber de declaración toda vez que se acepte su riesgo sin habersele exigido el llenado de un cuestionario. Asimismo, se lo considera relevado de este deber cuando omita circunstancias que no estén contenidas en el cuestionario propuesto, aunque resulten determinantes para el asegurador.

Las reformas introducidas, en suma, suponen afectar, significativamente, el alcance y la forma del deber de declaración del riesgo y, consecuentemente, las sanciones en caso de incumplimiento⁴¹⁵.

1. Estado de la cuestión sobre la declaración del riesgo mediante cuestionarios

a. Ventajas

Se afirma que la exigencia legal del cuestionario resuelve el problema de la incertidumbre de la declaración espontánea. Asimismo, se señala que al integrar la oferta contractual trazan los límites de los deberes recíprocos de las partes y son el mejor remedio contra las reticencias⁴¹⁶.

Desde el punto de vista jurídico, sus defensores justifican su imposición en la necesidad de asegurar la buena fe, haciendo posible que tanto el declarante como el asegurador tengan la oportunidad de demostrarla. En este sentido, el futuro tomador, guiado por el cuestionario probará su buena fe respondiendo la verdad. El asegurador, por su parte, se involucrará en la etapa de declaración del riesgo y exhibirá su buena fe confeccionando las

⁴¹⁵ CALZADA CONDE, “El deber...”, p. 159.

⁴¹⁶ TIRADO SUÁREZ, “Anotaciones al deber de declaración del riesgo en el seguro”, *Revista española de seguros. Resumen de la legislación del año 1989*, anexo al n° 61 (1990), pp. 10 y 135; GARRIGUES, *Contrato...*, p. 89; CALBACHO LOSADA, RODRÍGUEZ JIMÉNEZ y BARRIOLA URRUTICOECHEA, ob. cit., p. 142; RUÍZ MUÑOZ, ob. cit., pp. 23 a 27; BATALLER GRAU, *El deber...*, pp. 15 y 16; LATORRE CHINER, *La agravación...*, p. 145; STIGLITZ, *Derecho de seguros*, t. I, p. 682; MORANDI, *Estudios...*, p. 233; CERRUTI AICARDI, ob. cit., p. 118.

fórmulas en forma clara, con la diligencia que se espera de un profesional en la materia⁴¹⁷.

Desde el punto de vista actuarial, se consideran útiles para las dos partes. Al declarante le sirven de guía y le evita tener que decidir qué es lo importante y qué no lo es. Al asegurador le garantiza el conocimiento de los hechos que de acuerdo a su experiencia estadística son relevantes para el seguro de determinado riesgo.

b. Inconvenientes

No obstante las ventajas anotadas, el método guiado presenta un problema significativo y es la limitación que se impone el asegurador y la consecuente responsabilidad a la que se sujeta, en tanto queda atado a lo preguntado, a lo no preguntado y a lo mal preguntado⁴¹⁸.

Cuestiones menores, como el número de páginas del cuestionario, el coste de impresión y hasta de envío, suelen ser un obstáculo para obtener una declaración completa. Por eso el asegurador deberá decidir, sabiamente, qué preguntas realizar.

2. La confección de los cuestionarios y la legislación protectora de los derechos de los consumidores y usuarios

La preparación de las fórmulas de declaración de riesgos es uno de los problemas más delicados que enfrenta el Derecho de seguros, fundamentalmente en el ramo vida⁴¹⁹.

Si se hacen demasiado detallados o se utilizan términos técnicos se corre el riesgo de tornarlos incomprensibles⁴²⁰. Si se

⁴¹⁷ RUBIO VICENTE, ob. cit., pp. 34 y 35.

⁴¹⁸ RUBIO VICENTE, ob. cit., p. 37; CERRUTI AICARDI, ob. cit., p. 120.

⁴¹⁹ LATORRE CHINER, “Artículo 89.- El riesgo en el seguro de vida”, en: BOQUERA, J., BATALER GRAU, J. y OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002), pp. 1058 y 1059.

hacen genéricos, usualmente reproduciendo los términos de la ley, el solicitante no profundiza respecto de las circunstancias del riesgo. En el medio de estos polos hay una infinidad de zonas grises, sumamente discutibles.

No obstante la complejidad anotada, existen ciertos requisitos a cumplir.

El seguro, en tanto contrato de consumo con cláusulas no negociadas individualmente, queda comprendido en la normativa de protección del consumidor⁴²¹. En consecuencia, los cuestionarios deben redactarse de forma clara, sencilla y concreta y deben estar accesibles al consumidor en forma previa a la celebración del contrato.

Los requisitos apuntados son los exigidos en España por el artículo 80 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias y también por el artículo 5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, que regula las Condiciones Generales de la Contratación. Luego, en tanto los cuestionarios integran los condicionados de las pólizas, se aplica el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro, norma que le impone redactarlos en forma clara y precisa⁴²².

⁴²⁰ MILLER ARTOLA, ob. cit., p. 75.

⁴²¹ BATALLER GRAU, *El deber...*, p. 15; ORDOQUI CASTILLA, “El contrato del año 2000: La protección del consentimiento y el deber de información”, *La Justicia uruguaya*, t. III (1995), pp. 251 y ss.; MILLER ARTOLA, ob. cit., p. 78; RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho comercial uruguayo*, v. II, t. 2 (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2005), p. 120; RODRÍGUEZ MASCARDI, “El contrato de seguro y las cláusulas abusivas”, *Anuario de Derecho comercial*, t. 7 (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1996), pp. 141 y ss.; CUÑAT EDO, “Las líneas...”, pp. 107 y ss.; ALFARO ÁGUILA-REAL, ob. cit., pp. 305 y ss.; PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, *La póliza...*, pp. 18 y ss.; BARRÓN DE BENITO, ob. cit., p. 41); GREGORINI CLUSELLAS, ob. cit., A, 1.130; MARCO COS, “Seguro contra robo...”, 1.112; SARDINA VENTOSA, ob. cit., pp. 60 y ss.

⁴²² Es interesante el desarrollo que se proyecta sobre este tema en la normativa española. En el texto del Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro, de 8 de

En Uruguay, la claridad en la redacción de los contratos de adhesión viene impuesta en el artículo 29 de la Ley 17250, de 11 de agosto de 2000, de Relaciones de Consumo.

En la Argentina, la Ley 24240, de Defensa del Consumidor, de 13 de octubre de 1993, no refiere a la forma cómo deben extenderse los contratos de adhesión. No obstante, el artículo 38 establece que la autoridad de aplicación vigilará que tales contratos no contengan cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños, las que importen una renuncia o una restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte, o que contengan preceptos que impongan la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor (artículo 37).

a. Claridad y sencillez

El contenido de los formularios varía de acuerdo a la especie de contrato de seguro. No obstante, en cualquier modalidad el asegurador debe establecer las preguntas de forma clara y sencilla, pues es de orden que no puede invocar defecto alguno en la declaración de los riesgos si es responsable por la errónea formulación de las preguntas⁴²³.

abril de 2011, el artículo 4 que establece las condiciones del contrato de seguro, reproduce las notas de concreción, claridad y sencillez reclamadas por el artículo 80 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, además de reclamar que la redacción de las condiciones generales y particulares de las pólizas se comprendan en forma directa, sin reenvíos a otras cláusulas o pactos no contenidos en la póliza (artículo 4.3 a).

En el texto de la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, de 17 de junio de 2013, el artículo 591-3, remite a las normas sobre las condiciones generales de la contratación y establece que la póliza ha de contener las condiciones generales, especiales o particulares que sean aplicables al contrato de seguro que suscriba el tomador.

⁴²³ PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, *El contrato de seguro. Interpretación de las condiciones generales* (Granada, Comares, 1993), p. 294; FAVRE ROCHEX y COURTIEU, *Le Droit du contrat d'assurance terrestre* (París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1998), p. 56.

La casuística revela que existen tres prácticas que conspiran contra la claridad: las preguntas técnicas, las preguntas genéricas y las preguntas reiterativas.

Si nadie le auxilia, usualmente el declarante resuelve el problema de responder a preguntas técnicas y genéricas haciéndolo de forma ambigua. Como consecuencia, el asegurador comprometerá la valoración del estado del riesgo y verá debilitada su posición en el litigio cuando pretenda excusarse en la conducta del tomador. Ciertamente todo ello será motivo de apreciación judicial en cada caso concreto⁴²⁴.

Luego, el asegurador debe evitar la reiteración de preguntas, defecto que es común en las pólizas multirriesgo⁴²⁵. La

⁴²⁴ La beneficiaria entendió que la aseguradora no había obrado con la diligencia debida por cuanto el cuestionario estaba redactado en términos genéricos. En la primera instancia esta excusa no prosperó. Se estimó la pretensión del asegurador dado que el dolo del asegurado estaría suficientemente probado. En la segunda instancia ocurrió exactamente lo contrario. En esta oportunidad se consideró que el asegurado era analfabeto y que por esta circunstancia debía ser exonerado. Finalmente, en la casación, el Tribunal Supremo revocó la Sentencia (STS de 3 de enero de 2006 [R.J. 164]). En otro caso, donde el asegurador alegó la falta de notificación de determinadas agravaciones del riesgo, el Tribunal Supremo entendió que la fórmula del cuestionario, redactada en forma general y sin especificar las condiciones concretas de agravación que se pretendía fueran notificadas, enervaba la defensa (STS de 2 de junio de 2006 [R.J. 3064]).

También vale la pena reseñar este otro ejemplo relacionado con un seguro de crédito que llegó a consideración del Tribunal Supremo. En la primera instancia la demanda se desestimó pues se entendió probada la mala fe de la actora que no declaró la insolvencia de uno de sus clientes. En la segunda instancia se revocó la Sentencia y se acogió la reclamación por entender que el cuestionario no resultó lo suficientemente “*expresivo*” y que la aseguradora no pudo probar que el cliente omitido era imprescindible para una correcta valoración del riesgo. Finalmente, en la casación, el Tribunal Supremo mantuvo la decisión de la segunda instancia y agregó a las consideraciones la falta de diligencia del asegurador que no se informó debidamente, y hasta su mala fe por haber opuesto objeciones al riesgo que bien podría haber hecho valer desde el comienzo de la relación contractual (STS de 29 de marzo de 2006 [R.J. 2127]).

⁴²⁵ El Tribunal Supremo puso de relieve que los defectos en la declaración del riesgo no debían imputarse al asegurado, sino a la deficiente técnica del

forma de evitar la reiteración de preguntas es formular el interrogatorio de forma tal que las preguntas se sucedan unas a otras. Pueden, incluso, relacionarse y hasta condicionarse, en cuyo caso habrán de considerarse como un todo⁴²⁶.

b. Concreción

El asegurador debe proponer un cuestionario que contemple todas aquellas interrogantes que sean necesarias para realizar una completa y efectiva valoración del riesgo. No obstante, ofrecer una fórmula superabundante puede conspirar contra sus intereses. Así aparece el problema de la relevancia: ¿lo que no se pregunta es irrelevante? o lo contrario, ¿lo preguntado siempre es relevante?

Respecto a la primera pregunta planteada, en principio, si el asegurador ha omitido realizar una pregunta podría asumirse que lo hizo por haberla considerado irrelevante. Sin embargo, dado que es imposible plasmar en la fórmula todas las cuestiones necesarias para evaluar perfectamente el riesgo, puede haberse tratado de una omisión involuntaria.

La respuesta a este dilema será distinta de acuerdo al alcance que se adjudique a los cuestionarios. Las opiniones se encuentran divididas entre quienes sostienen que sólo tienen un carácter orientador y aquellos que entienden que son un límite a la declaración.

Para los primeros, la cuestión de la relevancia no es un problema en tanto las preguntas seleccionadas sólo son una muestra de los tópicos que interesan al asegurador.

asegurador que presentó un cuestionario complejo y reiterativo. Como muestra de lo que se considera una utilización inadecuada de la técnica de interrogatorio mediante el método guiado, el Tribunal señaló que toda la fórmula giraba en torno a sólo dos casillas que se descomponían en una multitud de supuestos que terminaban en unos espacios para que el asegurado hiciera las declaraciones que estimara pertinentes. Esto hizo que el individuo omitiera que estaba en tramitación el expediente de incapacidad permanente, pues ya lo había hecho en otra casilla, aunque, ciertamente, no era la más adecuada. (STS de 24 de septiembre de 2010, AS 2010\2313, [Westlaw.ES]).

⁴²⁶ MORANDI, *Estudios...*, p. 228; BATALLER GRAU, *El deber...*, p. 18; DONATI, *Trattato...*, v. II, pp. 309 y 310.

Para los segundos, en cambio, el asunto es más complicado de resolver. A priori debería concluirse que lo no preguntado es irrelevante. No obstante, aun entre quienes opinan que el cuestionario establece la frontera del deber de declaración, existe quien analiza la conducta del declarante y concluye que el que calla una circunstancia relevante y no incluida en el cuestionario, sabiendo que ello afectará el juicio del asegurador, obra de mala fe⁴²⁷.

La segunda pregunta parece más sencilla de resolver pues es razonable entender que lo preguntado siempre es relevante para el asegurador. En consecuencia, el declarante debe contestar todas las preguntas⁴²⁸.

La inexperiencia del futuro asegurado es un hecho asumido por las aseguradoras, al punto que, usualmente, advierten respecto de las consecuencias de la declaración falsa, reticente e inexacta, transcribiendo la norma que establece sus consecuencias

La cláusula suele colocarse en los cuestionarios y en los demás documentos, siempre de forma visible. Desde tiempo atrás la mayoría de los aseguradores franceses incluía la advertencia en la primera cláusula de las pólizas⁴²⁹. También, es costumbre de la corporación de aseguradores ingleses y australianos⁴³⁰.

Cuando esta práctica no es observada, el asegurador se expone a que su omisión sea considerada una falta de diligencia que justifica los defectos de la declaración del riesgo⁴³¹.

⁴²⁷ RUBIO VICENTE, ob. cit., p. 90.

⁴²⁸ En sentido contrario RUBIO VICENTE, ob. cit., p. 88.

⁴²⁹ HERBAULT, ob. cit. p. 166.

⁴³⁰ SCHIAVO, ob. cit., p. 68 y nota 22.

⁴³¹ La necesidad de contemplar esta advertencia en los cuestionarios y en la póliza ha sido considerada relevante por el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones (STS de 2 de octubre de 2006 [R.J. 6501], STS de 3 de enero del 2006 [R.J. 164] y STS de 29 de marzo del 2006 [R.J. 2127]).

c. Utilización

Los cuestionarios deben ser completados por el declarante, de su puño y letra.

No obstante lo dicho, es comprensible que el futuro tomador necesite cierto auxilio para cumplimentar la fórmula y que confíe en el consejo del empleado o del mediador del asegurador.

En algún caso los tribunales apreciaron la forma cómo el asegurador instruyó al individuo en el acto de completamiento del formulario de declaración del riesgo⁴³². Así, se considera una falta de diligencia del asegurador la poca explicación de las preguntas y, en general, la ausencia de advertencia sobre la importancia del acto a realizar. A pesar de lo dicho, es una práctica habitual que, excediendo sus facultades más allá de lo prudente, sea el mediador de seguros quien rellene los blancos. Terminada esta operación, lo entrega para su firma.

3. Los cuestionarios y la contratación a distancia del seguro

Cada día es más frecuente que algunos contratos de seguros sean celebrados electrónicamente. Ello es así desde que la Internet ha incursionado en los canales de apertura, distribución y desarrollo en la gestión los seguros, en lo que se ha denominado *telemática del contrato de seguros*, facilitando la celebración de seguros que cubren riesgos sencillos o cuya prima no es demasiado elevada⁴³³.

⁴³² La Audiencia Provincial de Castellón, sección 1º, en su Sentencia de 4 de mayo de 2007 (*Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, nº 24 [2007], p. 129), si bien reconoció la tendencia jurisprudencial según la cual el llenado de la fórmula por el agente del asegurador equivale a una falta de presentación del cuestionario, consideró otros hechos que probaron que el agente lo instruyó debidamente.

⁴³³ SARDINA VENTOSA, ob. cit., pp. 16 a 23; TIRADO SUÁREZ, “El contrato de seguro”, p. 720.

La solicitud de seguro se realiza mediante el completamiento de páginas web. Deben distinguirse las páginas web pasivas de las activas. Las primeras contienen información general y las segundas se ocupan de las ofertas de contratación y generalmente sólo se accede a ellas mediante una clave que proporciona el asegurador al interesado. El formulario de declaración del riesgo se encuentra en las páginas pasivas⁴³⁴.

No obstante su incipiente difusión, los defensores del método telemático para la declaración del riesgo destacan las siguientes ventajas:

a) evitan las declaraciones incompletas cuando se diseñan de forma tal que impiden continuar el proceso hasta tanto no se complete cada campo;

b) estimulan al solicitante del seguro a completar él mismo el formulario, evitando los errores de los mediadores de seguros;

c) obligan al futuro tomador a leer atentamente las condiciones establecidas por el asegurador y de esa forma tomar conciencia de sus obligaciones;

d) reduce costos, suprime distancias y elimina las diferencias horarias favoreciendo la comunicación.

No obstante el reconocimiento de estos beneficios, el método telemático enfrenta obstáculos prácticamente insalvables. Ellos son la inestabilidad propia de la Internet, el recelo del consumidor frente a las comunicaciones virtuales, el problema de validez jurídica del consentimiento electrónico y el tratamiento de sus vicios y la rápida obsolescencia de las soluciones tecnológicas⁴³⁵.

⁴³⁴ VEIGA COPO, “La contratación electrónica del seguro”, *Revista de Derecho mercantil*, nº 244 (2002), pp. 653, 672 y 673.

⁴³⁵ VEIGA COPO, “La contratación...”, pp. 656 y 657; CAMACHO CLAVIJO, “Tráfico jurídico electrónico y contrato de seguro”, *Revista española de seguros*, nº 127 (2006), pp. 434 y 435; SARDINA VENTOSA, ob. cit., pp. 16 a 23; MOLINA QUIROGA, “Exigencias de la buena fe en los contratos informáticos”, *La Ley Online* (2008), C, 1062.

El legislador español no es indiferente a esta realidad. La Ley de Contrato de Seguro contempla la contratación electrónica en la Disposición Adicional Tercera. Posteriormente se dictó la Ley 34/2002, de 11 de julio, sobre Servicios de la Sociedad de la información y la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre Comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. Por otra parte, la información proporcionada por el solicitante en forma virtual queda alcanzada y por tanto protegida por la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal, a la que ya hemos hecho referencia en la primera parte del trabajo.

II. Valoración de los cuestionarios

Corresponde preguntarse qué sucede si el asegurador no presenta un cuestionario al solicitante del seguro o si, aun presentándolo, este cuestionario no contempla la circunstancia omitida ¿Significa que está renunciando al derecho a conocer el verdadero riesgo? La doctrina analiza este problema atendiendo a la naturaleza limitativa o meramente orientativa de los cuestionarios.

A. El cuestionario como límite de la declaración del riesgo

Quienes participan de esta tesis parten de la premisa de que el cuestionario establece de manera absoluta y definitiva el contenido y los límites del deber de declaración del riesgo. Como consecuencia de ello, el *deber de declaración del riesgo* queda reducido al *deber de contestar un cuestionario* preparado por el asegurador, documento del cual debe hacerse enteramente responsable. Si no se presenta fórmula alguna, o si aun presentándose es insuficiente, el asegurador exonera al solicitante de su deber de declaración del riesgo, sin importar su conducta.

En España la posición expuesta se fundaría en el agregado que realizó la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, al artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro. De acuerdo al mismo, el solicitante del seguro queda eximido de su deber de declaración cuando no se le haya presentado cuestionario, o cuando calla o comete

inexactitudes sobre hechos que no están aludidos en la fórmula, aunque fueren relevantes para la apreciación del riesgo.

Entre sus principales defensores se encuentran CALZADA CONDE, VEIGA COPO, BATALLER GRAU, SÁNCHEZ CALERO, SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE y RUÍZ MUÑOZ⁴³⁶. Esta posición ha sido aplicada por el Tribunal Supremo en casos en que el asegurador no presentó cuestionario⁴³⁷, así como en otros en que sí los presentó, aunque con un contenido insuficiente⁴³⁸.

⁴³⁶ CALZADA CONDE, “El deber...”, p. 161; VEIGA COPO, *Tratado...*, p. 415; BATALLER GRAU, *El deber...*, p. 15; SÁNCHEZ CALERO, “Deber de declaración del riesgo”, pp. 292 y 293; SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, ob. cit., pp. 509 y 510; RUÍZ MUÑOZ, ob. cit., pp. 26 y 27.

⁴³⁷ En un caso, el Tribunal Supremo recordó que quien no ajustó su actuación a la Ley fue la compañía de seguros por no haber presentado un cuestionario, tal como requiere el artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro. Por su omisión, el interesado no pudo cumplir con su deber legal de facilitar información sobre su grave enfermedad, dolencia que si bien desconocía, por lo menos sospechaba (STS de 18 de mayo de 1993 [R.O.J. 17810]). Podría pensarse que en el caso citado el Tribunal tuvo en cuenta el hecho de que el sujeto desconocía su enfermedad para rechazar la defensa del asegurador. Sin embargo véase este otro ejemplo. En Sentencia del 24 de marzo de 2006 (R.J. 1821), el Tribunal Supremo consideró que la falta de presentación de cuestionario enervó toda posibilidad de alegar una serie de antecedentes coronarios, absolutamente conocidos por el tomador de un seguro de accidentes. En efecto, se pudo probar la existencia de la deficiencia cardíaca gracias a la historia clínica, de donde surgió que el individuo había sufrido dos infartos antes de la contratación del seguro. Como consecuencia, se le ordenó un régimen alimenticio y medicamentos que no podían dejar lugar a dudas respecto del conocimiento de la dolencia. No obstante el conocimiento y la relevancia del hecho para el asegurador, el Tribunal sólo atendió a la falta de cuestionario y consideró que ese hecho descartó cualquier posibilidad de tener en cuenta las omisiones probadas. En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en Sentencias del 8 de mayo de 2008 (R.J. 2829), 15 de noviembre de 2007 (R.O.J. 7181), 14 de junio de 2007 (R.J. 3520), 24 de noviembre de 2006 (R.J. 7895), 1 de junio de 2006 (R.J. 3063), 3 de mayo de 2006 (R.J. 4070), 7 de febrero de 2001 (R.J. 1164), 11 de noviembre de 1997 (R.J. 7870), 23 de septiembre de 1997 (R.J. 6822), 23 de junio de 1993 (R.J. 4781), 19 de octubre de 1989 (R.J. 6939).

⁴³⁸ A modo de ejemplo, resulta interesante lo afirmado por el Tribunal Supremo en Sentencia de 3 de mayo de 2006 (R.J. 4070), oportunidad en la

B. El cuestionario como guía de la declaración del riesgo

Según esta tesis, el deber de declaración del riesgo se centra en el cuestionario pero no se agota en él. El declarante deberá, además de responder el cuestionario y aunque no se lo pregunten, informar las circunstancias que conozca y considere de interés para el asegurador. El silencio del asegurador respecto de las mismas, sea por una simple omisión, o sea porque la información omitida se considera irrelevante para la apreciación del riesgo, no libera al solicitante de su deber de declaración.

Esta posición encuentra su fundamento en dos razones.

En primer lugar, no es posible realizar un cuestionario exhaustivo teniendo presente las innumerables vicisitudes que puede enfrentar el objeto del interés asegurable. Esta exigencia excedería la diligencia del asegurador. En segundo lugar, limitar la declaración al cuestionario y exonerar al solicitante de su deber de declaración en el caso de que sea insuficiente es funcional a individuos que pretenden defraudar al asegurador, lo cual colide abiertamente con el principio de buena fe que informa el contrato.

En España, teniendo en cuenta el tenor del artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro, la aplicación de esta opción interpretativa quedaría restringida a los casos en que el solicitante del seguro obrara dolosamente y ello en tanto la norma no podría extender su cobertura a las actuaciones contrarias a la buena fe.

cual el Tribunal se afilió abiertamente a la doctrina según la cual la declaración del tomador ha de ajustarse al cuestionario propuesto por la compañía de seguros. Así, consideró que el deber de declaración del riesgo, como deber de respuesta a la fórmula predispuesta por el asegurador, determina que si no se realizan las preguntas correctas el tomador del seguro se ve liberado de las consecuencias.

En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Supremo en Sentencia del 11 de junio de 2006 (R.J. 3064). En dicha oportunidad, resaltó que el artículo 10 no concibe un deber de declaración del riesgo abstracto y genérico, sino que establece un deber acotado a la existencia y límites de un cuestionario que debe proporcionar el asegurador.

En la misma línea pueden citarse las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2006 (R.J. 7895) y 24 de marzo del 2006 (R.J. 1821).

Sus principales defensores son TIRADO SUÁREZ, REGLERO CAMPOS, GARRIGUES, CALBACHO LOSADA, RODRÍGUEZ JIMÉNEZ y BARRIOLA URRUTICOECHEA, MORENO VELASCO, BRENES CORTES, RUBIO VICENTE y CAMPUZANO TOMÉ⁴³⁹. Esta posición ha sido sostenida por el Tribunal Supremo en varias oportunidades⁴⁴⁰.

REGLERO CAMPOS es particularmente crítico de la solución dada por el artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro española y ha sido muy severo al comentar cierta Sentencia del Tribunal Supremo⁴⁴¹. Rechaza la aplicación absoluta que hace la jurisprudencia de este precepto. En su opinión, la sola falta de presentación de cuestionario no puede derivar en la exoneración

⁴³⁹ TIRADO SUÁREZ, “El riesgo en el seguro de vida”, en: SÁNCHEZ CALERO, F., TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A. J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día (Cizur Menor-Navarra, Aranzadi, 2010), p. 2387; REGLERO CAMPOS, “El deber...”, pp. 211 y 243 y ss.; GARRIGUES, *Contrato...*, p. 509; CALBACHO LOSADA, RODRÍGUEZ JIMÉNEZ y BARRIOLA URRUTICOECHEA, ob. cit., p. 142; MORENO VELASCO, ob. cit., p. 1813; BRENES CORTES, “Algunas cuestiones...”, p. 1782; RUBIO VICENTE, ob. cit., p. 69; CAMPUZANO TOMÉ, ob. cit., pp. 111, 112 y 114.

⁴⁴⁰ Véase la Sentencia del 22 de febrero de 2001 (R.O.J. 1266), oportunidad en la que el Tribunal Supremo concluyó que la inexistencia del cuestionario no puede conducir a la liberación de la obligación del asegurador en un caso en donde se probó la “*patente mala fe*” del tomador. En el asunto comentado, el declarante celebró el contrato utilizando un testafierro de modo de ocultar su identidad y ello porque había sufrido un siniestro idéntico y temía que la aseguradora le negara la prestación.

También, merece comentarse la Sentencia del 12 de julio de 1993 (R.O.J. 5199). En este caso, el cuestionario se extendió, pero se extravió. El Tribunal lo consideró inexistente. Sin embargo, habiéndose probado la ocultación maliciosa de un carcinoma de útero de larga evolución, el Tribunal falló a favor del asegurador.

Con el mismo criterio véanse las SSTs del 7 de diciembre de 2004 (R.J. 7915/2005), 22 de octubre de 2004 (R.J. 6349), 31 de mayo de 2004 (R.J. 3554), 8 de octubre de 2003 (R.J. 7225), 15 de octubre de 2003 (R.J. 6843), 26 de julio de 2002 (R.J. 8550), 14 de junio del 2002 (R.O.J. 4373), 6 de abril de 2001 (R.J. 4784), 22 de febrero de 2001 (R.J. 2609), 12 de julio de 1993 (R.J. 6006), 15 de diciembre de 1989 (R.J. 8831).

⁴⁴¹ STS de 18 de mayo de 1993 (R.O.J. 17810)

de un deber impuesto por la buena fe, pues hacerlo significaría prohiar conductas dolosas o gravemente culposas⁴⁴².

CAMPUZANO TOMÉ propone interpretar el artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro en el sentido de atribuir a los cuestionarios un valor orientativo, en tanto resulten útiles al declarante.

Si el asegurador presenta un cuestionario completo, claro y detallado, aunque no necesariamente exhaustivo, ha de entenderse que la omisión, inexactitud o la falsedad del asegurado respecto de información que le es conocida y cuya relevancia conoce, constituye un incumplimiento al deber de declaración del riesgo, aun cuando dichas circunstancias no hayan sido expresamente incluidas en el cuestionario. En este caso habría una transgresión al principio de justicia, infracción que se produciría toda vez que el declarante, conocedor de la relevancia ocultada, no la informa a un asegurador que habría sido diligente confeccionado un cuestionario razonable.

Contrariamente, si el asegurador presenta una fórmula imprecisa, ambigua, plagada de preguntas genéricas, que sólo pueda ser considerada una mera formalidad a los efectos de cumplir con el precepto legal, la omisión del solicitante de cualquier información, aun de aquella conocida y relevante, no debería obstaculizar en modo alguno su derecho a percibir la prestación del asegurador. Y ello, concluye, en tanto se percibe en la jurisprudencia una tendencia a igualar el deber de declaración del riesgo con el deber de diligencia del asegurador en la confección de los cuestionarios⁴⁴³.

En Uruguay, donde no existe la imposición legal de declaración del riesgo mediante cuestionarios, entienden que los cuestionarios son una guía para la declaración CERRUTI AICARDI,

⁴⁴² REGLERO CAMPOS, “El deber...”, pp. 243 y 256 y también en “El seguro de vida...”, p. 66.

⁴⁴³ CAMPUZANO TOMÉ, ob. cit., pp. 111, 112 y 114.

MILLER ARTOLA y CARRIÓN y MERLINSKI⁴⁴⁴. En la Argentina es la opinión de HALPERIN, MORANDI, FONTANARROSA y de STIGLITZ⁴⁴⁵. Asimismo, ha sido sustentada en los Tribunales uruguayos y argentinos⁴⁴⁶.

C. Consecuencias de su errónea utilización

Fuera de los problemas de contenido analizados, en la práctica los cuestionarios no siempre son correctamente utilizados, cosa que ocurre, en buena medida, debido a que el asegurador no instruye debidamente a sus mediadores respecto de la importancia del acto de declaración de los riesgos⁴⁴⁷.

En España esta última circunstancia puede cambiar debido a la Ley de Mediación de seguros y reaseguros privados, 26/2006, de 17 de julio, que incorpora la Directiva 2002/92/CE, de 9 de diciembre de 2002. La doctrina de ese país es optimista al respecto⁴⁴⁸.

⁴⁴⁴ CERRUTI AICARDI, ob. cit., p. 120, MILLER ARTOLA, ob. cit., p. 80, CARRIÓN y MERLINSKI, ob. cit., p. 110.

⁴⁴⁵ HALPERIN, *Seguros...*, pp. 165 y 166; MORANDI, *Estudios...*, p. 228; FONTANARROSA, ob. cit., p. 99; STIGLITZ, *Derecho de seguros*, t. I, pp. 397 y 694.

⁴⁴⁶ Pueden consultarse las SSCJ de 19 de mayo de 2010 (BJN. 99/2010), SJLC de 11 de noviembre del 2002, STAC de 10 de noviembre del 2003 y SSCJ de 20 de diciembre del 2004 (*Revista de Derecho de seguros*, n° 1 [2006], pp. 83 a 93) y STAC de 18 de febrero de 2002 (LJU. UY/JUR/8/2002). Asimismo, véase la SCNCom, sala E, de 25 de junio de 1984. En este caso, se trataba de un seguro de automóviles en el que el asegurado, al solicitarlo, dejó en blanco el espacio correspondiente a la indicación de su uso, aspecto que es fundamental para el cálculo de la prima. La Cámara entendió que si el asegurador recibió el formulario en estas condiciones, el destino del bien le resultaba irrelevante razón por la cual rechazó la retención alegada (LL, 1985-A, 148).

⁴⁴⁷ CALZADA CONDE, “El deber...”, p. 16; FANELLI, “Gli ausiliari...”, pp. 445 y ss.; JACOB, ob. cit. pp. 609 y ss.

⁴⁴⁸ BATALLER GRAU, “El estatuto jurídico del mediador de seguros”, en: CUÑAT EDO, V y BATALLER GRAU, J. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados* (Cizur Menor-Navarra, Thomson Civitas, 2007), p. 127.

La norma relacionada establece el estatuto del mediador de seguros y dispone determinados deberes de información y asesoramiento antes, durante y después de celebrado el contrato. Entre otras circunstancias, los mediadores de seguros deben indicar su identidad, domicilio, registro, grado de independencia respecto del asegurador, el procedimiento de reclamación a seguir contra su persona y toda la información sobre la promoción, oferta y suscripción del contrato de seguro.

Definitivamente la norma tiene que haber mejorado los servicios profesionales de estos sujetos desde que la idoneidad profesional es uno de los requisitos que se reclaman para la celebración del contrato de agencia.

En el sentido expuesto en el párrafo anterior, el artículo 10 de la Ley de Mediación de seguros y reaseguros privados, que es el que establece los presupuestos de celebración del contrato, debe coordinarse con el artículo 13.4. Este artículo dispone que cuando se trate de agentes exclusivos, todas las personas físicas y por lo menos la mitad de los integrantes de la dirección si se tratare de una sociedad de agencia, deben poseer los conocimientos necesarios para el ejercicio de su actividad, especialmente en los seguros en los que presten sus servicios de mediación. Incluso, para fomentar su capacitación, la Ley pone de cargo de las aseguradoras la adopción de las medidas que sean necesarias para su formación continua (art. 16). Luego, los agentes de seguros vinculados que pretendan ejercer como tales, deben acreditar haber superado un curso de formación o prueba de aptitud en materias financieras y de seguros privados (artículo 21.b). Igual que en el caso de los agentes exclusivos, las aseguradoras deben formar a sus agentes vinculados (art. 21.e).

No obstante el avance verificado, existen opiniones que advierten un cierto déficit legislativo en lo que se refiere al deber de información del asegurador, al asegurado. Y ello en cuanto se destaca que la Ley de Contrato de Seguro sólo regula el punto a los efectos de garantizar la existencia del contrato y no en razón del interés del tomador o del asegurado. La Ley de Mediación de

Seguros y Reaseguros Privados, de acuerdo a esta opinión crítica, tampoco resolvería el punto en forma satisfactoria⁴⁴⁹.

1. Cumplimiento por los mediadores o empleados del asegurador

Ya hemos advertido que los cuestionarios de declaración del riesgo deberían ser completados por el interesado por su propia mano pero que otras personas, concretamente los mediadores de seguros y los empleados del asegurador, suelen asumir la tarea de rellenar las fórmulas con cruces y hasta con frases, que luego son presentadas al futuro tomador para su firma.

La despersonalización en el acto de declaración de los riesgos tiene consecuencias importantes en tanto, como bien señala BROSETA PONT, la reticencia debe ser imputable al declarante y no provocada por el representante del asegurador⁴⁵⁰.

El punto se torna aún más complicado en los seguros colectivos, especie en la cual el formulario de declaración acompaña el boletín de adhesión al grupo⁴⁵¹.

En los regímenes jurídicos como el español, que imponen la presentación de cuestionario, el problema adquiere especial relevancia, sobre todo a nivel jurisprudencial. En general, el

⁴⁴⁹ LATORRE CHINER, “Los deberes de información y asesoramiento del mediador de seguros”, en: CUÑAT EDO, V y BATALLER GRAU, J. [Dir.], *Comentarios a la Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados* (Cizur Menor - Navarra, Thomson Civitas, 2007), p. 223.

⁴⁵⁰ BROSETA PONT, ob. cit., p. 338.

⁴⁵¹ Así se tuvo en cuenta en una Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2006 (R.O.J. 5892). En este caso, el actor reclamó la indemnización acordada en un seguro colectivo de accidentes luego de haber sufrido una serie de lesiones provocadas por la caída de un ascensor. En el proceso se probó que el actor no había completado personalmente el Boletín de adhesión al seguro y, consecuentemente, no pudo acreditarse si fue o no interrogado respecto del estado de salud. Por este motivo, el Tribunal consideró que no correspondía la imputación de dolo que pretendía la aseguradora por la omisión de un accidente de tráfico del cual derivaron una serie de secuelas que lo incapacitaron para el ejercicio de la labor policial.

Tribunal Supremo ha considerado que el llenado de la fórmula por persona distinta al declarante equivale a una falta de presentación del cuestionario. La sola firma del tomador no se considera, de acuerdo a esta jurisprudencia, consentimiento eficaz⁴⁵².

Desde otro ángulo, debe resolverse si el declarante es responsable por las omisiones, falsedades e inexactitudes cometidas por el mediador o el empleado del asegurador. Se han sostenido dos posiciones.

Parte de la doctrina entiende que la responsabilidad de la declaración se asienta en la firma del documento. Por lo tanto, poco importa si el declarante no rellenó personalmente el formulario si luego ratificó sus dichos con su firma, salvo que pueda probar haber sido víctima de un engaño. No podría alegar la falta de aclaración o los malos consejos pues igualmente habría infringido el deber de declaración del riesgo de manera culposa⁴⁵³, criterio sustentado por el Tribunal Supremo en alguna oportunidad⁴⁵⁴.

⁴⁵² Es la posición asumida en Sentencia del 31 de mayo de 1997 (R.J. 4147) y reiterada el 6 de abril de 2001 (R.J. 4784), 31 de diciembre de 2003 (R.J. 366/2004), 2 de octubre de 2006 (R.J. 6501), 4 de abril de 2007 (R.J. 1608), 17 de octubre de 2007 (R.J. 7079).

Problema distinto, aunque relacionado, es el de desconocimiento de la firma. En una reclamación de indemnización por un seguro de accidentes, el asegurado desconoció la firma estampada en la solicitud. De la prueba de confesión y testifical del mediador en el seguro, resultó que, tanto la solicitud como el cuestionario, no fueron efectuados por el actor sino por un tercero debidamente instruido. El Tribunal atribuyó las declaraciones al asegurado (STS de 2 de marzo del 2006 [R.J. 918]).

⁴⁵³ RUBIO VICENTE, ob. cit., pp. 59 y 60.

⁴⁵⁴ En Sentencia de 10 de septiembre de 2007 (R.O.J. 5673), el Tribunal Supremo determinó que fue indiferente que el formulario de declaración del riesgo hubiera sido completado por el empleado del asegurador, pues resultó obvio que los datos personales sobre la salud y ciertos antecedentes personales del asegurado sólo pudieron ser facilitados por la propia parte interesada.

También puede citarse otro ejemplo, aunque con la advertencia de que el agente no suplió al declarante absolutamente en toda la declaración. Por Sentencia del 3 de enero del 2006 (R.J. 164), el Tribunal Supremo estimó que el formulario fue parcialmente completado por el mediador del asegurador. En

Por otro lado, también encontramos quienes consideran que estos defectos no pueden imputarse al asegurado en tanto son el resultado de la negligencia del empleado o del mediador interviniente. En consecuencia, aun cuando el proponente del seguro hubiera realizado una incorrecta declaración del riesgo, en esta posición, la compañía aseguradora debería responder de acuerdo a lo pactado⁴⁵⁵.

2. Faltas de diligencia en el procedimiento

Fuera de los casos reseñados, existen otras situaciones que podrían considerarse una falta de diligencia de parte del asegurador. Es el caso de la aceptación del cuestionario sin firmar y la aceptación del formulario con blancos.

En nuestra opinión, la entrega del cuestionario completo y sin la firma del declarante debe interpretarse como una declaración que no ha sido ratificada. Si el asegurador recibe el documento en estas condiciones, significa que acepta el riesgo tal y como ha sido expuesto, esto es, sin declaración de riesgo, no pudiendo, luego, alegar reticencias o falsas declaraciones.

Sobre qué sucede si el asegurador acepta un formulario firmado por el declarante, pero con espacios en blanco se han sustentado dos soluciones.

Para algunos autores el asegurador que recibe un cuestionario con blancos y no exige al autor que lo complete reconoce que lo omitido es irrelevante⁴⁵⁶. Esta posición ha sido utilizada por los Tribunales españoles en más de una

efecto, durante el proceso resultó acreditado que el agente completó el formulario en la parte correspondiente a las cruces. Las casillas y líneas dispuestas para que el futuro asegurado escribiera, fueron completadas por el solicitante por lo cual se consideró que no hubo completa falta de consentimiento

⁴⁵⁵ BLANCO GIRALDO, *La Ley del Contrato de Seguro en la jurisprudencia y en la doctrina judicial* (Madrid, Revista de Derecho de los Seguros Privados, 1996), p. 88; BRENES CORTES, "Algunas cuestiones...", p. 1780.

⁴⁵⁶ RUBIO VICENTE, ob. cit., p. 72; GARRIGUES, *Contrato...*, p. 95; BATALLER GRAU, *El deber...*, p. 18; STIGLITZ, *Derecho de seguros*, t. I, p. 686, nota 34.

oportunidad⁴⁵⁷. Opera en una suerte de sanción a la imprudencia⁴⁵⁸. Nosotros nos inclinamos por esta posición.

Otros autores, en cambio, entienden que debería analizarse si lo que se dejó en blanco es relevante o no para la apreciación del riesgo. Si lo omitido resulta claramente indiferente se ha sostenido que no se configura reticencia pues no se produce un desequilibrio entre las prestaciones. Por el contrario, si razonablemente puede concluirse que lo no completado es relevante, puede haber una omisión dolosa⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷ Esta ha sido la posición sustentada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 1 de febrero de 1991 (R.O.J. 559), oportunidad en que observó al asegurador su falta de diligencia por recibir un formulario incompleto cuando debió requerir se completara de manera positiva o negativa, pero siempre explícitamente, el apartado relativo a las dolencias sufridas.

⁴⁵⁸ STIGLITZ, *Derecho de seguros*, t. I, p. 682, nota 25.

⁴⁵⁹ SÁNCHEZ CALERO, “Conclusión, documentación, contenido del contrato”, p. 304.

**SEGUNDA PARTE: LOS PROBLEMAS EN LA
DECLARACIÓN DE LOS RIESGOS**

En ocasiones la declaración del solicitante del seguro no se ajusta a la realidad del riesgo, esto es, al conjunto de circunstancias que determinan el grado de posibilidad de ocurrencia del siniestro. Puede suceder que el individuo sea perfectamente consciente de ello. Puede que no. La diferencia es importante en la materia que estudiamos.

En términos generales, es en el reconocimiento del perjuicio donde radica el *animus decipiendi* que caracteriza el dolo, *animus* que estaría ausente en las declaraciones culposas⁴⁶⁰. Por eso habrá dolo si se previó el incumplimiento, habrá culpa si se tuvo la posibilidad de preverlo y habrá eximente de responsabilidad cuando no haya ni previsión ni posibilidad de imaginar el daño⁴⁶¹.

Capítulo primero: La reticencia

La palabra reticencia es bien conocida en el Derecho de seguros donde se la utiliza para referir a un determinado comportamiento del futuro tomador en un contrato de seguro. Sin embargo, no es un fenómeno exclusivo de este contrato⁴⁶². Tampoco es un término puramente jurídico. Hay un concepto común de reticencia que forma parte del lenguaje coloquial⁴⁶³.

⁴⁶⁰ TRABUCCHI, ob. cit., pp. 493, 170, 171 y 512; STIGLITZ, *Derecho de seguros*, t. I, p. 313; BARBATO, *Culpa grave y dolo...*, p. 134; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, v. I, 3ª ed. (Barcelona, Bosch, 1988), pp. 92 y 93.

⁴⁶¹ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. 3, 9ª ed. (Madrid, Reus, 1958), p. 155.

⁴⁶² Véase el estudio de VERDA Y BEAMONTE sobre la reticencia, especialmente en lo que refiere a su incidencia en el contrato de compraventa (de VERDA Y BEAMONTE, “La reticencia en la formación del contrato”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº III [BIB 1999\218], pp. 13 y ss.).

⁴⁶³ El Diccionario de la Real Academia española, proporciona tres significados de reticencia:

1. “Efecto de no decir sino en parte, o de dar a entender claramente, y de ordinario con malicia, que se oculta o que se calla algo que debiera o pudiera decirse”

La reticencia es una palabra que tiene una trascendencia especial en el Derecho francés. IVANUS, en 1924, estudiaba el fenómeno en general y describía las particularidades en casos específicos como en los vicios ocultos, la imputación a la paga, la transacción y la cesión de derechos hereditarios⁴⁶⁴.

Muy influenciado por el legislador galo, en el Derecho civil uruguayo se realizan abundantes referencias a la reticencia en sede de compraventa (artículos 1697 y siguientes, extensibles a la permuta y a la cesión de derechos), en materia de arrendamiento de cosas (artículo 1804) y de la misma manera, en la transacción, el depósito y el comodato. Por todas estas aplicaciones se ha dicho, con acierto, que la reticencia es un concepto universal⁴⁶⁵.

No obstante las alusiones a la reticencia en otros contratos, no puede decirse que las consecuencias sean las mismas. Existen fuertes desviaciones que justifican un estudio particular sobre el tema.

Mientras que el silencio del futuro tomador o asegurado, con las características que luego se analizarán, en algunos regímenes como el uruguayo y el argentino es suficiente para provocar la nulidad del seguro, en otros contratos es tolerado. Del mismo modo, mientras que el dolo incidental, aquel que si se quiere es accidental, no suele viciar el consentimiento, en materia de seguros sí tiene esta habilidad⁴⁶⁶.

2. *“Reserva, desconfianza”*

3. *“Figura que consiste en dejar incompleta una frase o no acabar de aclarar una especie, dando, sin embargo, a entender el sentido de lo que no se dice, y, a veces más de lo que se calla” (Diccionario de la Real Academia Española, 22 ed.).*

⁴⁶⁴ IVANUS, ob. cit., pp. 35 a 44.

⁴⁶⁵ MILLER ARTOLA, ob. cit., p. 75.

⁴⁶⁶ FONTANARROSA, ob. cit., p. 102.

I. Concepto

La doctrina concuerda en que el proponente del seguro incurre en reticencia cuando calla lo que sabe teniendo el deber de hablar⁴⁶⁷.

La reticencia implica omisión, esto es silencio, pero no se trata de un silencio cualquiera, sino de uno calificado por el poder de modificar la apreciación del riesgo del asegurador⁴⁶⁸. Para mayor complicación, este silencio puede implicar variaciones y ello en tanto se puede callar completamente, se puede callar en parte y se puede hablar, pero hacerlo de forma tan confusa o evasiva que a la otra parte le resulte tan inútil como guardar completo silencio.

A. Categorías

Tradicionalmente la doctrina ha estudiado la reticencia dividiéndola en dos categorías: la omisión involuntaria, denominada *reserva* o *reticencia de buena fe* y la omisión intencionada, denominada *ocultación*, *reticencia de mala fe* o *reticencia fraudulenta*⁴⁶⁹.

⁴⁶⁷ Nadie lo ha expresado mejor que PARELLA. El autor italiano sostiene:

“Quien calla cuando tiene el deber de hablar, quien niega cuando conoce el deber de afirmar, siempre que tal silencio y negación sean eficientes – causam dans – realiza indudablemente un artificio, una maniobra fraudulenta” (PARELLA, “La reticencia en los negocios jurídicos”, p. 224 y también en “Riflessioni sul tema della reticenza nelle assicurazioni sulla vita”, *Assicurazioni*, p. I, t. XII-XIII [1934], p. 195).

⁴⁶⁸ PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico...*, t. XI, p. 605; SOLER ALEU, ob. cit., p. 687; GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. XII, v. 5, 3ª ed. (Montevideo, Martín Bianchi Altuna, 1979), p. 172; CERRUTI AICARDI, ob. cit., p. 97; CARRIÓN y MERLINSKI, ob. cit., p. 108; ROCCA, *Derecho Comercial*, t. v (Montevideo, Imprenta de la Facultad de Derecho s/d), p. 47; MEZZERA ÁLVAREZ *Curso...*, p. 178; PÉREZ IDIARTEGARAY, ob. cit., p. 45; MILLER ARTOLA, ob. cit., p. 76; FONTANARROSA, ob. cit., p. 100; HALPERIN, “Importancia...”, p. 731.

⁴⁶⁹ Los autores utilizan distintos términos: URÍA, MENÉNDEZ y ALONSO SOTO, se refieren, como se ha dicho, a la reserva para definir los casos de reticencia u omisión involuntaria y ocultación para referirse a la omisión o reticencia

Se ha dicho que la ocultación o reticencia fraudulenta implica un silencio ilícito en la medida en que quien calla tiene la intención de guardarse algo que debe decir porque la contraparte tiene el derecho de conocer⁴⁷⁰. Este concepto restringido se ajustaría al dolo negativo y permitiría diferenciar la reticencia de las demás omisiones⁴⁷¹.

También se ha dicho que la reticencia fraudulenta responde a una subespecie de reserva mental, forma de disenso que se produce cuando hay un desacuerdo entre las proposiciones de las partes, desajuste que sólo es visible para una de ellas, precisamente para aquella que quiere el negocio, que se manifiesta conforme con la cosa pero que íntimamente quiere otra⁴⁷².

intencionada (ob. cit., p. 619); DE GREGORIO y FANELLI prefieren “*omissione cosciente o intenzionale*” (ob. cit., p. 64); VITERBO utiliza los términos reticencia de buena y mala fe para referirse a los casos de reserva y de ocultación respectivamente (“Le dichiarazioni dell’assicurando. Commento all’art. 429 cod. comm”. *Foro italiano*, nº 60 [1935], p. 63). En el mismo sentido se pronuncia SCALFI, quien distingue entre la reticencia con dolo o culpa grave, de la reticencia sin dolo o culpa grave (ob. cit., p. 51). CACCAVIELLO y PERCUOLO se refieren a la reticencia como una omisión intencional y a la inexactitud como una omisión no intencional (ob. cit., p. 126). SALANDRA distingue entre la declaración voluntariamente inexacta (declaración falsa), la involuntariamente inexacta (declaración errónea) y la inexistencia de declaración (la reticencia). En esta última categoría separa: la involuntaria (inexistencia de declaración por error) de la voluntaria (reticencia propiamente dicha) (*La malafede...*, p. 289). LEFORT diferencia entre la reticencia simple, la fundada en el error proveniente de un acto involuntario o de un acto ignorante, de la reticencia dolosa, aquella que es el resultado de una declaración falsa (*Nouveau traité...*, pp. 291). Finalmente, TRABUCCHI reserva el término reticencia para aludir al simple silencio, sin ningún otro ingrediente, y llama *artificio negativo* a la conducta que implica algo más que el silencio (la *suppressio veri*) característico del dolo vicio del consentimiento (ob. cit., p. 530).

⁴⁷⁰ GAMARRA, *Tratado...*, t. XII, pp. 174 y 175.

⁴⁷¹ TRABUCCHI, ob. cit., pp. 494 y 530.

⁴⁷² BETTI, ob. cit., p. 370; CARRANZA ob. cit., p. 73; DÍEZ PICAZO *Fundamentos de Derecho...*, p. 126; MAZZINGHI, “La reserva mental como supuesto de dolo”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. 140 [1971], p. 715.

La reserva mental no vicia el consentimiento excepto cuando la parte contraria conoce la ausencia de voluntad de obligarse del declarante. En tal caso, vale la máxima según la cual lo que uno ha querido decir con sus palabras, debe interpretarse como haya podido comprenderlo razonablemente el destinatario de la declaración⁴⁷³.

Pero, ¿existe una reticencia inconsciente?

En otro tiempo PARELLA rechazó toda posibilidad de existencia de una reticencia de buena fe. El autor se decantó por un concepto radical de reticencia en el sentido de atribuirle una connotación negativa. Así, el individuo reticente no sólo calla, sino que disimula circunstancias útiles y necesarias para el asegurador. Sólo habría reticencia inconsciente en la ignorancia y la ignorancia, siendo culposa, no por ello es menos ilícita desde que el tomador habría infringido el deber de conocimiento de su riesgo⁴⁷⁴.

En la Argentina, existe doctrina que entiende que la Ley de Seguros no contempla la clásica distinción a la que hemos hecho referencia⁴⁷⁵.

B. Diferencia con otros conceptos

El término reticencia no es suficientemente comprensivo ni explicativo de las diferentes actitudes humanas que el legislador ha querido abarcar. Esa es la razón por la cual se agregan otras expresiones como reserva, inexactitud y declaración falsa.

La Ley de Contrato de Seguro española utiliza los términos reserva e inexactitud (en el artículo 10) y reticencia e inexactitud (en el artículo 89).

⁴⁷³ CARRASCO PERERA, “Seguro de caución: Producción del siniestro por la sola reclamación de pago. Diferencias entre seguro y fianza. Interpretación de los contratos. Garantía a primer requerimiento”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n° 29 (1992), p. 140

⁴⁷⁴ PARELLA, “La reticencia en los negocios jurídicos”, pp. 221, 225 y 226.

⁴⁷⁵ SCHIAVO, ob. cit., p. 166; FARINA, J.M. “El seguro y el lenguaje jurídico”, *Revista del Derecho comercial y de las obligaciones*, n° 76 y 77 (1980), p. 534.

El Derecho italiano hace referencia a la *inesattezze o reticenze* en los artículos 1892 y 1893 del *Codice Civile*.

El Derecho uruguayo prefiere las expresiones falsa declaración y reticencia (artículo 640 del Código de Comercio).

La misma terminología se utiliza en el artículo 5 de la Ley de Seguros argentina.

El artículo L. 113-8 del *Code des assurances* refiere a la *reticence* y a la *fausse déclaration*.

La variedad relacionada, nos obliga a definir cada una de estas palabras para luego analizar el fundamento del régimen legal.

1. Inexactitud

La declaración inexacta es sustancialmente diferente de la declaración reticente en tanto supone el cumplimiento del deber de declaración, aunque no de forma ajustada a la realidad del riesgo.

A diferencia de la reticencia, donde hay omisión, en la declaración inexacta hay acción. Sin embargo, esta actividad resulta igualmente ineficiente para el asegurador porque no servirá para un correcto cálculo actuarial.

El declarante puede incurrir en inexactitudes al responder una pregunta en particular, o puede hacerlo en la totalidad de la declaración. Puede, incluso, responder exactamente lo preguntado pero su exposición ser inexacta por su errónea percepción del riesgo⁴⁷⁶.

La Ley de Contrato de Seguro española refiere, específicamente, a la declaración inexacta. El Código de Comercio uruguayo y la Ley de Seguros argentina, en cambio, no lo hacen, con lo cual en estos países se plantea el problema de las

⁴⁷⁶ Esta situación resultará, evidentemente, muy difícil de probar. DE GREGORIO y FANELLI afirman que la jurisprudencia italiana no ha recibido esta excusa para liberar al declarante de su responsabilidad (ob. cit., p. 64).

consecuencias a asignar a las declaraciones inexactas. Puede considerarse una reticencia o puede incluirse en la categoría de la declaración falsa⁴⁷⁷. Las dos opciones encuentran obstáculos.

Considerar la declaración inexacta comprendida en la categoría de la reticencia se opone al concepto de reticencia en tanto omisión. Por otra parte, interpretarla como un tipo de declaración falsa tampoco es inobjetable porque no toda inexactitud necesariamente es una mentira⁴⁷⁸.

En términos generales la inexactitud abarca todos aquellos casos en que el futuro tomador del seguro no es preciso en sus respuestas. Esta falta de fidelidad puede ser voluntaria e implicar una conducta dolosa o por el contrario puede ser el resultado de una equivocada percepción de la realidad sin intención de dañar. Quiere decir que, respecto de la declaración inexacta, es posible hallar, igual que en la reticencia, dos niveles: las declaraciones inexactas originadas en la culpa y las que están motivadas por la mala fe del proponente.

En función de la división propuesta muchos autores ubican la inexactitud en la reticencia propiamente dicha⁴⁷⁹.

⁴⁷⁷ CERRUTI AICARDI entiende que la declaración falsa, a la que sí se hace referencia en el artículo 640 del Código de Comercio uruguayo, es una especie dentro de las declaraciones inexactas (ob. cit., p. 102). En la argentina es la opinión de STIGLITZ (*Derecho de seguros*, t. I, p. 703).

⁴⁷⁸ IVANUS, ob. cit., p. 51.

⁴⁷⁹ Así, SOLER ALEU califica como omisión a la declaración inexacta y dentro de ésta distingue la culposa -sin dolo- y la dolosa, esto es, aquella dominada por la intención de defraudar del agente (ob. cit., p. 100); TIRADO SUÁREZ utiliza los términos *reticencia legítima* para referirse a la declaración inexacta en la que hay ausencia de dolo (“Principios legales que deben regir los seguros de personas”, *Revista española de seguros*, n° 29 [1982], p. 278); SCALFI llama a este fenómeno *reticencia sin dolo o sin culpa grave*. Como ejemplos de esta conducta, el autor cita todos aquellos casos en que el tomador o asegurado ignora el verdadero estado del riesgo y los casos en que comete declaraciones erróneas por no comprender el cuestionario que le presenta el asegurador (ob. cit., p. 132). DE GREGORIO y FANELLI, al igual que muchos autores, prefieren reservar el término reticencia para todos aquellos casos en que hay dolo en la declaración. Así, afirman que si la omisión no es intencional o consciente, habrá una declaración inexacta pero no reticente (ob. cit., p. 64).

2. Declaración falsa

En la teoría general de los contratos se tolera cierto abuso de la buena fe ajena. Es el caso del vendedor que exagera las bondades del producto que vende o que no es honesto respecto de su verdadero precio⁴⁸⁰. Incluso la simple afirmación de una noticia falsa no sería suficiente para calificar la declaración como dolosa. Faltaría el elemento subjetivo del dolo⁴⁸¹. Cabe preguntarse si es posible que algo similar suceda en la declaración del riesgo en el contrato de seguro⁴⁸².

En el Derecho uruguayo y argentino se hace referencia a la falsa declaración, concepto distinto a los demás y que supone mentir⁴⁸³. Ya no se trata de guardar silencio (de buena o mala fe), ni de responder en forma inexacta (también de buena o mala fe), sino de, lisa y llanamente, desnaturalizar o falsear la verdad⁴⁸⁴.

La práctica forense en materia de seguros abunda en ejemplos de mentira, hábito exacerbado por la cercanía de la muerte, la incapacidad o la proximidad del menoscabo patrimonial⁴⁸⁵.

⁴⁸⁰ MEZZERA ÁLVAREZ, “Seguros. Generalidades”, p. 45; PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico...*, t. VI, p. 272; BÉDARRIDE, ob. cit., p. 18; BETTI, ob. cit., p. 394.

⁴⁸¹ TRABUCCHI, ob. cit., p. 522.

⁴⁸² SOLER ALEU, ob. cit., p. 100.

⁴⁸³ El Derecho uruguayo prevé la falsa declaración en el artículo 640 del Código de Comercio. La Ley de Seguros argentina, por su parte, refiere a ella en el artículo 5.

⁴⁸⁴ IVANUS, ob. cit., p. 51, STIGLITZ, *Derecho de seguros*, t. I, p. 688.

⁴⁸⁵ En Sentencia de 27 de abril del 2006 (R.J. 4595), el Tribunal Supremo prestó especial atención a las respuestas de la tomadora de un seguro de vida. Tanto en la solicitud de seguro como en el cuestionario de declaración del estado del riesgo manifestó no padecer ningún problema de salud siendo que había sido declarada inválida en forma provisoria antes de contratar el seguro. Afirmó no haber tenido que interrumpir su actividad profesional pese a haberse constatado que fue dada de baja laboral. El único tratamiento médico que declaró haber sufrido fue una operación de amígdalas que el Tribunal consideró insuficiente a los efectos de la valoración del riesgo.

II. El silencio

Se ha debatido mucho respecto de si el silencio puede ser considerado como una declaración de voluntad constitutiva de un contrato. Y ello porque, para que las partes consientan un contrato, es necesario una manifestación de voluntad que las demás personas puedan reconocer; una expresión que trascienda la psiquis del sujeto y se formalice en acto de declaración o de comportamiento, libre de todo error⁴⁸⁶.

A. Interpretación del silencio

Desde el punto de vista jurídico el silencio de una persona puede ser interpretado de muy diversa manera. Se ha dicho que el que calla nada dice, que quien guarda silencio manifiesta una

En otro caso el solicitante declaró no haber sido atendido en ningún hospital, ni haber sido sometido a tratamientos médicos, ni habersele recetado medicamentos. Afirmó no sufrir ningún tipo de trastorno como insomnio, depresión ni alteraciones nerviosas. Declaró encontrarse en perfecto estado de salud y apto para el trabajo sin haber sufrido baja laboral alguna. Iniciado el proceso se constató que había sido declarado legalmente inválido, en forma permanente y total, debido a todo tipo de enfermedades depresivas mucho antes de contratar el seguro (STS de 14 de junio de 2006 [R.J. 3132]).

No obstante las declaraciones falsas, en ocasiones los tribunales también ponderan otras circunstancias. En un caso, el individuo omitió toda referencia a una enfermedad diagnosticada días antes y contestó en forma negativa todas las preguntas del cuestionario. No declaró una internación de más de veinte días ni sus antecedentes de alcoholismo. Incluso fue sometido a un trasplante de hígado seis días antes de firmar la solicitud de seguro, hecho que omitió. A los cuatro meses falleció. El Tribunal consideró la deficiente educación del individuo, probada fehacientemente, y resolvió condenar al asegurador (STS de 3 de enero de 2006 [R.J. 164]).

En la justicia uruguaya también pueden citarse casos similares. Véase, por ejemplo, el resuelto por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil, en Sentencia de 22 de julio de 2009 (BNJ. 80/2009). Un individuo contrató un seguro de vida el 24 de noviembre de 2003. En oportunidad de declarar su estado de salud no hizo mención a ninguna enfermedad de relevancia. El 5 de enero del 2005 fallece de un melanoma diseminado. Cuando el asegurador solicita la historia clínica se entera que el 12 de mayo de 1999 había sido intervenido por una lesión cuya anatomía patológica se describió como *melanoma extensivo*. Los beneficiarios se excusaron en la pobre educación y condición social del asegurado. El Tribunal no hizo caso de ello.

⁴⁸⁶ BETTI, ob. cit., p. 125.

tácita aquiescencia a lo declarado y que aquél que incurre en reticencias, debiendo hablar, ha de reputarse que consiente en aras de la buena fe⁴⁸⁷.

De lo anterior se desprende que el problema que supone el silencio va más allá de establecer si puede ser considerado una demostración de voluntad⁴⁸⁸. La verdadera cuestión se centra, pues, en resolver si la inercia del obligado a actuar frente a determinadas circunstancias, es suficiente para corporizar un acto de autonomía privada y asumir el significado de negocio jurídico⁴⁸⁹.

Si aceptamos que el consentimiento requiere una expresión, de modo que la otra parte pueda conocer el propósito que mueve a la persona, el problema debería resolverse en forma negativa; es absurdo concluir que exista negocio jurídico sin manifestación alguna.

Así las cosas, debería concordarse con la escuela naturalista cuando postula que el silencio no transmite nada y que de regla, quien calla, ni consiente ni rechaza, simplemente no se manifiesta. No obstante, de lo dicho no puede inferirse que el silencio no tenga valor⁴⁹⁰.

⁴⁸⁷ DIEZ PICAZO, ob. cit., pp. 176 y 177.

⁴⁸⁸ GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. XI, 3ª ed. (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1988), pp. 211 y ss.; PEIRANO FACIO, *Curso de obligaciones*, t. I (Montevideo, Oficina de apuntes del Centro de Estudiantes de Derecho, 1957), p. 171; PUIG BRUTAU, ob. cit. p. 59.

⁴⁸⁹ BETTI, loc. cit.

⁴⁹⁰ GAMARRA, *Tratado...*, t. XI, p. 215; COVIELLO, *Manuale de Diritto civile italiano*, parte generale, 3º ed. (riv. dal Prof. Leonardo COVIELLO (Milano, Società Editrice Libreria, 1924), p. 357; LANGLE Y RUBIO, ob. cit., p. 95; CARRASCO PERERA, ob. cit., p. 74.

1. El silencio como ausencia de compromiso

Se ha afirmado que el que calla no dice nada (*qui tacet non utique fatetur*); no exterioriza ninguna voluntad. Mal puede haber consentimiento en este caso⁴⁹¹. Se trataría de una hipótesis de *no ser* por oposición al *ser*, esto es, a la *acción*, comprendida como el movimiento corporal voluntario, capaz de lograr una modificación en el mundo exterior, perceptible por los sentidos⁴⁹².

En la posición referida, el silencio no puede transmitir ninguna voluntad, ni siquiera en los casos concretos en que se impone la obligación de informar. Si existe esta obligación, la omisión podrá determinar un ilícito, pero nunca suponer una actividad⁴⁹³.

2. El silencio como manifestación de voluntad

También puede interpretarse que quien nada dice manifiesta una voluntad, sea de rechazo o sea de aceptación⁴⁹⁴.

a. Rechazo

Como criterio de orientación, cabe establecer que el oferente de un contrato no tiene derecho a establecer que en caso de silencio considerará aceptada su oferta. Consecuentemente, el destinatario de la oferta no tiene el deber de declarar, salvo en los casos en que la buena fe y las características del comportamiento le impongan el deber de romper el silencio. Por tanto, cuando una oferta recibe un silencio como respuesta no hay contrato. En estos casos, el silencio equivale al rechazo de la proposición⁴⁹⁵.

⁴⁹¹ PEIRANO FACIO, ob. cit., p. 174; GAMARRA, *Tratado...*, t. XI, p. 214.

⁴⁹² SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema* (Barcelona, Bosch, 1986), pp. 6 y ss.

⁴⁹³ TRABUCCHI, ob. cit., p. 498.

⁴⁹⁴ PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico...*, t. VI, pp. 215 y ss.; PARELLA, “La reticencia en los negocios jurídicos”, *Revista Crítica de Jurisprudencia*, año I, n° 10 (1932), p. 221.

⁴⁹⁵ DÍEZ PICAZO, ob. cit., p. 178; CARRASCO PERERA, ob. cit., p. 228.

b. Aceptación

El Derecho canónico, siguiendo el antecedente de las *calliditas* romanas, dispuso que el silencio debía interpretarse como *el que calla otorga (qui tacet consentire videtur)*⁴⁹⁶ o como *el que calla, cuando debe hablar, consiente (qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset)*⁴⁹⁷.

La verdad es que la aplicación de estas máximas, sin consideración a las circunstancias sociales y personales de los sujetos y sin discriminar el tipo de obligación a la cual pretenden hacer referencia (moral o jurídica, convencional o legal, general o particular), puede conducir a resultados inexactos⁴⁹⁸. Es así como el criterio se modificó al punto de reparar en el deber de responder y en la posibilidad de contestar la oferta (*qui siluit cum loqui et debuit et potuit consentire videtur*).

En honor a esta última regla, la pauta actual es considerar aceptación al silencio cuando concurren los siguientes requisitos: que *se pueda hablar*, esto es, que no se esté imposibilitado para contradecir lo propuesto por impedimentos físicos o por no haber tenido noticia de la propuesta, y que *se deba hablar*, sea porque así lo exija la ley, el contrato o la buena fe, valorando si existen entre las partes anteriores y continuadas relaciones de negocios, los usos particulares de interpretación de sus silencios y los correspondientes al tráfico en el ramo de negocios de que se trate⁴⁹⁹.

También se interpreta el silencio como aceptación toda vez que la parte no hace uso de la facultad de contrariar la voluntad

⁴⁹⁶ PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico...*, t. VI, p. 139; DÍEZ PICAZO, ob. cit., p. 177.

⁴⁹⁷ PEIRANO FACIO, ob. cit., p. 174; CARRANZA, *El dolo en el Derecho Civil y Comercial, Estudio doctrinario y jurisprudencial, Colección Ensayos jurídicos*, n° 10 (Buenos Aires, Astrea, 1973), p. 70.

⁴⁹⁸ BETTI, ob. cit., pp. 126 y 127; COVIELLO, loc. cit.

⁴⁹⁹ DÍEZ PICAZO, ob. cit., p. 179. Este ha sido el criterio sostenido por el Tribunal Supremo. Véanse las Sentencias de 24 de noviembre de 1943(R.J. 1292) y de 10 de junio de 2005 (R.J. 4364).

del legislador mediante la realización de pactos expresos. Otro tanto ocurre cuando la falta de manifestación produce la extinción de los derechos o la caducidad de las acciones. Igualmente las partes pueden otorgar este valor al silencio cuando determinan que en caso de omisión se produce la renuncia o la continuación de la relación contractual⁵⁰⁰.

3. El silencio como conducta ilícita

Aceptado que el silencio es una manifestación de voluntad, se ha dicho que el que calla, debiendo hablar, incurre en una conducta dolosa, en la *suppressio veri*, capaz de viciar el consentimiento⁵⁰¹.

Se trataría de una omisión calificada que se enmarcaría en la categoría general del dolo negativo o en una sub especie de reserva mental, forma de disenso que se produce cuando existe un desacuerdo entre las proposiciones de las partes, divergencia que sólo es visible para una de ellas, precisamente para aquella que quiere el negocio, que se manifiesta conforme con la cosa, pero que íntimamente quiere otra⁵⁰².

La reserva mental no invalida el consentimiento, salvo cuando la parte contraria conociera la ausencia de voluntad de obligarse del declarante. En tal caso, lo que uno ha querido decir con sus palabras debe interpretarse como haya podido comprenderlo razonablemente el destinatario de la declaración⁵⁰³.

⁵⁰⁰ PUIG BRUTAU, ob. cit., p. 59; GAMARRA, *Tratado...*, t. XI, pp. 216 y 222.

⁵⁰¹ POIRIER, *Les effets juridiques du silence* (Paris, Jouve & Cie, Éditeurs, 1920), pp. 60 y 66; SALEILLES, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (Art. 116 a 144)* (Paris, Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, 1929), p. 34; MORALES MORENO, "El dolo como criterio de imputación de responsabilidad", *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXV (Madrid, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones científicas, 1982), ob. cit., 637; TRABUCCHI, ob. cit., p. 530.

⁵⁰² BETTI, ob. cit., p. 370; MAZZINGHI, "La reserva mental como supuesto de dolo", *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. 140 [1971], p. 715).

⁵⁰³ CARRASCO PERERA, ob. cit., p. 140.

B. Consecuencias jurídicas del silencio

Los efectos jurídicos del silencio dependen del tipo de contrato en el que se produce pues no todos los contratos relacionan a las partes de la misma manera.

La obligación de informar, por ejemplo, no tiene la misma importancia en los contratos especulativos como la compraventa, que en los contratos basados en la *fides* como el mandato, el fideicomiso, la sociedad o el seguro⁵⁰⁴.

1. Asunción del riesgo

Se dice que hay silencios que se guardan sin ánimo de defraudar. Parece que a diferencia de la moral, que exige una completa sinceridad, el Derecho permite algunas licencias como la exageración de las bondades de la cosa⁵⁰⁵ y la ocultación de los defectos pequeños⁵⁰⁶.

En estos casos no correspondería intentar la acción de nulidad por causa de dolo en tanto debería admitirse que cada parte soporte las consecuencias de sus errores y los de la contraparte⁵⁰⁷. Quiere decir que, aun cuando la persona haya guardado silencio sobre los vicios de la cosa, en tanto la contraria haya tenido la posibilidad de descubrirlos con un poco de atención, no cabría la nulidad pues el pícaro que calla y no desengaña o no suministra toda la información, según le es debido, provoca un *dolus bonus pasivo*, tolerable para el

⁵⁰⁴ SALEILLES, ob. cit., pp. 34 y 35.

⁵⁰⁵ MEZZERA ÁLVAREZ explica que esta conducta ya estaba permitida en el Derecho romano que consentía, dentro de ciertos límites, tratar de obtener una mayor ventaja en la contratación, a costa del engaño hecho a la otra parte (MEZZERA ÁLVAREZ, *Curso de Derecho comercial*, t. III, 4ª ed. act. por RIPPE, S. [Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1997], p. 45).

⁵⁰⁶ PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico...*, t. VI, p. 272; BÉDARRIDE, ob. cit., p. 18; BETTI, ob. cit., p. 394; CARRANZA, ob. cit., p. 49.

⁵⁰⁷ DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho...*, p. 177.

Derecho⁵⁰⁸. Si no se ha sido previsor, se concluye, se debe correr con la pérdida o el menoscabo pues el riesgo es consustancial al comercio mismo⁵⁰⁹.

2. Nulidad

La nulidad absoluta se reserva para los casos en que falten los elementos esenciales para la perfección del contrato o para cuando el contrato es celebrado en violación de una prohibición legal o ignorando las solemnidades impuestas por la ley.

Fuera de estas situaciones comunes, existen otras en que el cocontratante espera cierta información para decidir si consiente o no el contrato. Supone, además, que la declaración se hará de buena fe. Se trata de hipótesis en las cuales la buena fe impone el deber de declarar al otro contratante ciertos hechos relevantes.

En circunstancias como las referidas, el silencio adquiere una relevancia particular; se torna doloso y da lugar a la nulidad del contrato en tanto importe una actitud fraudulenta y determine el error de la víctima⁵¹⁰.

3. Anulabilidad

Habrà anulabilidad cuando el contrato disponga de todos los elementos necesarios para su formación, pero padezca un vicio que autorice la presentación de una demanda de anulación. Hasta tanto el interesado no presente la demanda, el contrato desplegará todos sus efectos⁵¹¹.

⁵⁰⁸ BETTI, ob. cit., p. 395.

⁵⁰⁹ POIRIER, ob. cit., p. 65.

⁵¹⁰ CARRANZA, ob. cit., pp. 70 y 71; POIRIER, ob. cit., pp. 61 y 66.

⁵¹¹ HERBAULT, ob. cit., pp. 250 y 251; DE JUIRAZAR, ob. cit., p. 597.

C. Nuestra posición

El silencio no siempre ha sido aceptado por la doctrina como dolo o si lo ha sido, no necesariamente con el poder de viciar el consentimiento de la parte. No siempre ha sido considerado una forma de dolo pues siquiera ha sido valorado como una forma válida de expresar la voluntad. No ha de olvidarse que el silencio para algunos autores no es capaz de transmitir ninguna voluntad, ni siquiera en los casos concretos en que se impone la obligación de hablar, como sucede en el seguro.

Partiendo de la base de la dificultad de su apreciación, entendemos necesario sentar ciertas premisas básicas:

En primer lugar, el consentimiento debe poder demostrarse. No puede unilateralmente interpretarse que el silencio de una persona signifique consenso, salvo, claro está, que la ley o la convención lo establezcan de este modo.

En segundo lugar, no es ajustado a Derecho obligar a las personas a responder a toda oferta que se les haga, en la medida en que tal obligación genérica, afortunadamente, no existe.

En tercer lugar, que no se consienta ni se rechace la oferta no significa que el silencio no valga nada. Antes bien, quien actúa de este modo en el mundo de los negocios, lo que está haciendo es evitar manifestarse por una u otra opción. Y lo hace adrede, sea para considerar mejor la propuesta, sea para esperar una mejor.

Con lo dicho queremos expresar que, en nuestra opinión, la nada jurídica es inaceptable, máxime cuando el silencio queda comprendido cómodamente en los actos de declaración directos, esto es, aquellos que pueden percibirse y que en la práctica o por la convención de las partes permiten conocer un determinado contenido preceptivo a los interesados.

III. Momento de apreciación de la reticencia

A. Antes de la celebración del contrato

El tomador o el asegurado pueden realizar declaraciones que no se correspondan con la realidad durante toda la vida del contrato. Pueden hacerlo al momento de su celebración y también durante su transcurso. Sin embargo, la reticencia afecta únicamente las declaraciones anteriores a la celebración del contrato.

El artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro española establece que el deber de declaración del riesgo debe cumplirse “*antes de la conclusión del contrato*”.

El artículo 640 del Código de Comercio uruguayo no es específico en este punto, lo que ha motivado que se sostengan dos posiciones antagónicas.

La gran mayoría de la doctrina entiende que el artículo en estudio alude a las declaraciones falsas y reticentes sobre circunstancias conocidas por el asegurado al momento de la celebración del contrato. De modo que la reticencia se manifiesta en el período precontractual de declaración del riesgo y afecta la conclusión del contrato pues, de acuerdo al mismo artículo, el asegurador - si hubiese conocido el verdadero riesgo - o no hubiera contratado o lo hubiera hecho en otros términos. También existen autores que entienden posible solicitar la nulidad del contrato haciendo valer defectos en la declaración del riesgo, ya en el período contractual, en una suerte de reticencia superviniente⁵¹².

Desde ya adelantamos nuestra preferencia por la primera de las soluciones.

⁵¹² En Uruguay admiten la reticencia superviniente PÉREZ IDEARTEGARAY (ob. cit., pp. 43 y 47) y CARRIÓN y MERLINSKI (ob. cit., p. 108).

B. Durante la vigencia del contrato

Las omisiones y declaraciones posteriores a la conclusión del contrato, aunque sean falsas e inexactas, no deberían asimilarse a la reticencia pues no han influido en el consentimiento del asegurador⁵¹³. Pero esto no quiere decir que no deban tenerse en cuenta. La situación se enmarcaría en el régimen de la agravación del riesgo.

Nadie discute que un hecho agravante, eventualmente, puede alterar la relación riesgo – prima originalmente considerada por el asegurador y que su advertencia se justifica, precisamente, en el mantenimiento de este equilibrio. De modo que la carga de notificar las circunstancias agravantes viene a actualizar la carga de declaración del estado del riesgo, en una suerte de continuación de este deber.

El problema radica en develar si a este caso se le pueden aplicar las consecuencias de la reticencia. Dicho en otros términos y pensando en el artículo 640 del Código de Comercio uruguayo: ¿puede declararse nulo el contrato de seguro cuando el asegurador constate el conocimiento de la existencia de agravaciones no informadas que, de haber sido puestas en su conocimiento, hubieran modificado las condiciones contractuales?⁵¹⁴

Quienes entienden posible la asimilación sugerida se basan en que la carga de informar las agravaciones persigue la misma finalidad que la carga de declaración del riesgo. Sin embargo, es fácil observar que la reticencia pertenece al período precontractual pues la Ley refiere a circunstancias que hubieren impedido el contrato. Asimismo, la carga de declarar las

⁵¹³ En Uruguay, es la opinión de CERRUTI AICARDI (ob. cit., p. 97) y de MILLER ARTOLA (ob. cit., p. 79). En la Argentina es el parecer de MORANDI (*Estudios...*, p. 227); FONTANARROSA (ob. cit., p. 111); STIGLITZ (*Derecho de seguros*, t. I, p. 678).

⁵¹⁴ PLANIOL y RIPERT observan que la jurisprudencia francesa aplicó la sanción de la reticencia a las declaraciones posteriores que contemplaran sus requisitos, especialmente en el caso de los seguros marítimos (*Tratado práctico...*, t. XI, p. 605).

agravaciones es netamente contractual porque el consentimiento ya ha sido prestado.

Entendemos que el deber de notificar las agravaciones encuentra su fundamento en la buena fe que domina tanto los tratos previos como los posteriores al contrato. En caso de omisión, habría un incumplimiento a un deber contractual que habilitaría la resolución del contrato⁵¹⁵.

IV. Requisitos de las circunstancias omitidas

En todos los ordenamientos jurídicos que estamos considerando la reticencia se produce cuando el declarante ha omitido u ocultado circunstancias que reúnan las siguientes condiciones: deben ser relevantes para la apreciación del riesgo y deben ser conocidas por el proponente.

Asimismo y aunque no surja de las disposiciones comentadas, los hechos en cuestión habrán de ser desconocidos para el asegurador.

A. Requisitos comunes

1. Relevancia

a. Interpretación general de la relevancia

Los hechos declarados en forma reticente deben ser relevantes, esto es, deben ser *graves e influir en el consentimiento del asegurador* de modo que si hubiese conocido el verdadero estado del riesgo, o no habría contratado, o lo habría hecho en otras condiciones. Por lo tanto, las circunstancias mal declaradas no pueden ser insignificantes ni generales. Y ello porque ni unos, ni otros tienen la capacidad de modificar los cálculos actuariales del asegurador: los primeros por nimios y los segundos porque deberían haber sido previstos por la compañía de seguros⁵¹⁶.

⁵¹⁵ STIGLITZ, *Derecho de seguros*, t. I, p. 387.

⁵¹⁶ RUBIO VICENTE, ob. cit., p. 84. GASPERONI “La clausola di incontestabilità inserita nelle polizze di assicurazione in relazione alla nuova disciplina

Es indiferente que la inexactitud o la reticencia recaigan sobre la apreciación global del riesgo o sobre algún elemento específico. Lo que debe ocurrir, en orden a la relevancia que reclama la legislación sobre reticencia, es que se afecte un aspecto particularmente tenido en cuenta por el asegurador para contratar, sea objetivo o subjetivo, según se verá. Va de suyo, entonces, que si el silencio o la inexactitud resultan inocuos no habrá razón para sancionar al tomador, conclusión reiterada por la doctrina⁵¹⁷ y la jurisprudencia española⁵¹⁸ y uruguaya⁵¹⁹.

legislativa delle dichiarazioni inesatte o reticenti del contraente”, *Assicurazioni*, parte II (1944), p. 101.

⁵¹⁷ IVANUS, ob. cit., pp. 25 y 73; SALANDRA, “Le dichiarazioni...”, p. 11; DONATI, *Trattato...*, v. II, pp. 307 a 312; SCHIMDT, ob. cit., p. 454; BRUNETTI, “Le dichiarazioni...”, p. 609; GASPERONI, “La clausola...”, p. 101 y, también, en “Appunti sulla...”, p. 128; PELAGGI, ob. cit., pp. 220, 221 y 229; CALBACHO LOSADA, RODRÍGUEZ JIMÉNEZ y BARRIOLA URRUTICOECHEA, ob. cit., pp. 143 y 144; SÁNCHEZ CALERO, “Deber de declaración del riesgo”, p. 296; URÍA, MENÉNDEZ y ALONSO SOTO, ob. cit., p. 596 y MORANDI, *Estudios...*, pp. 378 y 379.

⁵¹⁸ A modo de ejemplo, en Sentencia de 12 de noviembre de 1987 (R.J. 8376), el Tribunal Supremo consideró que la circunstancia omitida - amigdalitis y apendectomía - no fue relevante para la apreciación del riesgo, ni influyó en la enfermedad cardiovascular que finalmente convirtió en inválido al asegurado y respecto de la cual la aseguradora no pudo probar conocimiento alguno.

El mismo criterio fue sustentado en Sentencia de 29 de marzo del 2006 (R.J. 2127), oportunidad en la cual el Tribunal Supremo no discutió la existencia de una declaración insuficiente del riesgo (en el caso la insolvencia de una serie de clientes), pero sí sostuvo, entre otros fundamentos, que el asegurador no pudo probar que la falta de declaración de uno de ellos hubiera impedido la contratación o, por lo menos, hubiera cambiado sus condiciones.

En otro asunto sucedió todo lo contrario. En el cuestionario de declaración del riesgo el declarante fue ambiguo al declarar el tipo de trabajo que realizaba. Luego, durante los procedimientos judiciales resultó que su trabajo consistía básicamente en levantar mucho peso, lo que razonablemente podía haber sido la causa del accidente sufrido y que originaba la reclamación al seguro. La omisión, en este caso, se consideró relevante particularmente para el tipo de seguro en cuestión (STS de 2 de marzo del 2006 [R.J. 918]).

⁵¹⁹ En Uruguay se confirmó la sentencia de primera instancia que estimó relevante para el asegurador la declaración falsa de sobrevaloración de mercadería vetusta, no haciéndose lugar a la reclamación correspondiente a un

Las circunstancias relevantes para la apreciación del riesgo del asegurador pueden ordenarse en dos grupos: objetivas y subjetivas.

Las eventualidades objetivas se justifican en la necesidad de mantener la equivalencia entre la prima y el riesgo. En este grupo se ubicarían aquellas que afectan el cálculo de la prima como por ejemplo, los materiales de que está hecha la cosa asegurada, su situación y vecindades, su utilización y, en el caso del seguro de vida, la edad, el estado de salud, las enfermedades sufridas y la profesión de la persona asegurada⁵²⁰.

Las circunstancias subjetivas no tienen relación con el cálculo actuarial de la prima pero resultan igualmente necesarias pues informan al asegurador respecto de la personalidad del futuro tomador o asegurado. Aquí se consideran comprendidos los hechos relativos a la honorabilidad, diligencia, solvencia y

contrato de seguro de transporte (STAC, de 20 de octubre de 2004, *Revista de transporte y seguros*, caso n° 404, t. 18 [2005], pp. 226 a 235).

De la misma forma, el Juzgado de Paz Departamental de la Capital de 31 turno, en fallo del 7 de septiembre del 2005 (*Revista de Derecho y seguros*, n° 1, [2006], pp. 51 a 57), estableció que lo omitido (la circulación del vehículo en más de un diez por ciento por las calles de la capital del país), resultaba absolutamente relevante para el asegurador teniendo en cuenta lo establecido en la póliza y el cuestionario que debió cumplimentar el tomador. Se trataba de un seguro de robo de automóvil contratado con una bonificación especial del cincuenta por ciento de la prima, en caso que el noventa por ciento de la circulación se efectuara en el interior del país.

Contrariamente, no se consideró relevante el cambio del teléfono receptor del sistema de alarma en un seguro de robo donde el asegurador exigía, como condición de asegurabilidad, la existencia de un sistema de alarma conectada al teléfono del propietario. Ocurrido el siniestro, el asegurador se negó al pago de la prestación aduciendo que no había sido informado respecto al cambio de teléfono receptor de la alarma. A su criterio, dicha modificación aumentaba el riesgo pues la distancia con respecto a la finca asegurada, era mayor. En la primera instancia se entendió que el cambio operado era irrelevante para la apreciación del riesgo. Esta Sentencia fue revocada pero por otras razones distintas a la relevancia sobre las que el Tribunal compartió lo resuelto en la primera instancia (SJLC, de 31 de mayo de 2004, *Revista de Derecho y seguros*, n° 1 [2006], pp. 75 a 82).

⁵²⁰ HERBAULT, ob. cit., p. 94. GARRIGUES, *Contrato...*, p. 509; SÁNCHEZ CALERO, "Conclusión, documentación, contenido del contrato", p. 303; COUTEAU, ob. cit. p. 135.

conducta observada frente a otros aseguradores, aspecto que, muchas veces, determina la contratación.

Desde el punto de vista jurídico se ha dicho que la comprensión del riesgo requiere la observancia tanto de las circunstancias objetivas como de las subjetivas⁵²¹.

Sin embargo, desde el punto de vista de la economía del seguro, son las circunstancias objetivas del riesgo las que permiten al asegurador evaluar su trascendencia. No se analizan aisladamente, como las circunstancias subjetivas, sino que se interpretan en función de la estadística. Su valor actuarial es señalado en forma reiterada por la doctrina⁵²² y por la jurisprudencia⁵²³.

⁵²¹ GARRIGUES, *Contrato...*, pp. 94 y 95; SCHMIDT, ob. cit., p. 455; CATALA, ob. cit., pp. 459 a 466.

⁵²² En doctrina española participan de esta opinión RUBIO VICENTE (ob. cit., p. 91), CALBACHO LOSADA, RODRÍGUEZ JIMÉNEZ y BARRIOLA URRUTICOECHA (ob. cit., p. 144) y (“Deber de declaración del riesgo”, pp. 201 y 202). En la doctrina italiana corresponde citar a BRUNETTI (“Le dichiarazioni...”, ob. cit., pp. 608 y 609), FIORENTINO (“La descrizione...”, p. 53), PERETTI GRIVA (“A proposito di dichiarazioni inesatte e reticenze in tema de assicurazione”, año XXVII, *Assicurazioni*, n° 3 [1960], pp. 265 y 266) y LONGO (“La dichiarazione del rischio all’origine ed in corso di contratto: conseguenze e sanzioni”, *Assicurazioni*, año XLV, p. I [1978], pp. 34 y 35). En la doctrina uruguaya se han manifestado CARRIÓN y MERLINSKI (ob. cit., p. 109).

⁵²³ En Uruguay el Tribunal de Apelaciones hizo caso de un peritaje que demostró que el material asegurado era usado y de muy difícil venta en el mercado. Consideró que esta era una circunstancia objetiva que debió haber sido declarada en oportunidad de solicitar el seguro por su poder de incidir en la prima de seguro (STAC, de 20 de octubre de 2004 y SJLC de 5 de noviembre [*Revista de transporte y seguros*, caso n° 404, t. 18, 2005], pp. 226 a 235). De la misma forma, se consideró objetiva la información referida al domicilio en un seguro que cubría el riesgo de robo de automotores (SJPC, de 7 de septiembre del 2005 [*Revista de Derecho y seguros*, n° 1 [2006], pp. 51 a 57]). Se trataba de un seguro de robo de automóvil contratado con una bonificación especial del cincuenta por ciento de la prima en caso de que el noventa por ciento de la circulación se efectuara en el interior del país. El tomador alegó no haber sido advertido respecto de las condiciones de circulación debido a que el cuestionario no era explícito en este aspecto. Además, sostuvo, el asegurador sabía que tenía dos domicilios, uno en Canelones y otro en Montevideo (capital de la República), por lo cual debió

Los criterios subjetivos, en cambio, requieren un análisis individualizado y son de singular importancia fundamentalmente en los seguros sobre la vida⁵²⁴.

La relevancia debe interpretarse de distinta manera en cada tipo de seguro. Por ejemplo, en un seguro de incapacidad que contempla el riesgo de la incapacidad parcial o total para el ejercicio de determinada actividad o profesión, el hecho omitido o declarado en forma inexacta debería estar relacionado con la función declarada de modo de impedirla o, por lo menos, dificultarla. En un seguro de automóviles o en uno de transporte terrestre, será fundamental la clase de ruta por las que transite el rodado.

La cuestión se reduce a determinar, entonces, cuán honesto ha sido el declarante del seguro teniendo en cuenta cuál tipo de pregunta han contestado. Los Tribunales han ponderado ciertos elementos como, por ejemplo, si la pregunta que se dejó sin contestar era determinante en comparación con las demás que se completaron correctamente⁵²⁵.

suponer que el vehículo transitaría por lo menos un cincuenta por ciento en cada departamento. La juez resolvió desestimar la demanda debido a que, de la prueba de autos, quedó claro que el actor falseó la verdad obteniendo la bonificación en forma indebida. Fue fundamental, para convencer a la decisora, el testimonio del corredor quien declaró que el riesgo se mide en función del tipo de vehículo y del lugar donde transita, circunstancia claramente objetiva que fue expresamente advertida al tomador al recabar su declaración.

⁵²⁴ LEFORT, *Traité théorique et pratique du contrat d'assurance sur la vie*, t. II (Paris, Albert Fontemoing, 1897), p. 29.

⁵²⁵ El Tribunal Supremo denegó la defensa del asegurador atendiendo a que el declarante respondió casi todas las circunstancias objetivas sobre su estado de salud, consideradas relevantes. Concluyó que pese a constatarse que había omitido circunstancias importantes, la determinante (una hernia discal), había sido informada, con la cual la mala fe quedó descartada (STS de 24 de noviembre de 2006 [R.J. 7895]).

***b. La relevancia de los hechos pasados,
transitorios y comunes***

Para ciertos autores no son relevantes los sucesos pasados, aun cuando alguna vez hayan podido tener el poder de influir en la apreciación del riesgo. Es el caso de las enfermedades de las cuales el individuo haya sanado o la exitosa recuperación de operaciones quirúrgicas, por más serias que sean, siempre y cuando no influyan en la expectativa de vida que tuvo presente el asegurador⁵²⁶.

Algunos autores no comprenden en este régimen a las circunstancias transitorias pues entienden que, justamente por ser transitorias, son irrelevantes⁵²⁷. Otros no están de acuerdo y ello en el entendido de que las normas que estamos considerando ordenan prestar atención al suceso y a si éste es capaz de variar el criterio seguido por el asegurador en la selección y valoración de los riesgos. La condición temporal o definitiva, total o parcial, individual o colectiva del evento, por sí sola, no sería suficiente⁵²⁸.

Queda por considerar la hipótesis de los sucesos comunes y generales. Ello es de fundamental importancia en el seguro de vida donde no es extraño que el fallecimiento ocurra por una enfermedad instalada varios años antes, cuyos síntomas, por considerarse comunes, no alertan al individuo respecto de su relevancia. Puede ser el caso de una gastritis, por ejemplo, que con el paso del tiempo se agrave y degenera en una úlcera péptica, que el individuo puede desconocer y que, aunque infrecuente, puede llegar a causar la muerte. En estos casos, el asegurador puede verse tentado a invocar una reticencia en el entendido que el individuo faltó a su deber de declaración del riesgo.

⁵²⁶ MORANDI, *Estudios...*, p. 246.

⁵²⁷ MEZZERA ÁLVAREZ, "Seguros. Generalidades", p. 51.

⁵²⁸ RUBIO VICENTE, ob. cit., p. 73.

2. Conocimiento

En el Derecho español, uruguayo y argentino, además de relevantes, los hechos omitidos deben ser conocidos por el declarante⁵²⁹.

En el Derecho inglés, en cambio, la ignorancia no es excusa para anular el contrato.

En el Derecho italiano, la cuestión es un poco más complicada. El artículo 1892 del *Codice Civile* derogó lo dispuesto en el *Codice di Commercio* de 1883, norma que expresamente hacía referencia al conocimiento. Esto motivó dos posiciones encontradas. De una parte, algunos autores entienden que las circunstancias deben ser conocidas aunque el legislador haya sido omiso⁵³⁰. Otros, en cambio, consideran que la derogación operada torna inaplicable el requisito de conocimiento⁵³¹.

Los hechos silenciados deben ser, también, desconocidos para el asegurador, pues si llegó a conocerlos por sus propios medios (por ser notorios, previsibles o porque la información se hallaba implícita en otras respuestas), habrá tenido oportunidad de establecer la prima correspondiente de forma de preservar el equilibrio entre las prestaciones⁵³².

⁵²⁹ Este requisito está presente en la mayoría de las legislaciones (LONGO, ob. cit., p. 41 y ss.; SCHMIDT, ob. cit., p. 455; ALTAVILLA, “Errore, reticenza, falsità e malafede. Chiarificazioni giuridico-psicologiche di nomenclature in rapporto al contratto assicurativo”, *Assicurazioni*, año XIX-XX, p. I [1941], pp. 145 y 146; HALPERIN, *Seguros...*, pp. 154 y 155; MORANDI, *Estudios...*, pp. 376 y 378).

⁵³⁰ BUTTARO, “Contratto di...”, p. 485; CASTELLANO, G., ob. cit., p. 184 y 185; MARTANO y MARIOTTI, ob. cit., p. 945; GASPERONI, “La rilevanza...” p. 93 y, también, en “Appunti sulla...”, p. 127 y SOLIMANDO, ob. cit., p. 36.

⁵³¹ SALANDRA, “Le dichiarazioni...”, p. 11 y STEIDL, ob. cit., p. 44.

⁵³² Esta circunstancia es señalada por HALPERIN (“Importancia...”, p. 731), FONTANARROSA (ob. cit., p. 107), GARRIGUES (*Contrato...*, p. 94), RUBIO VICENTE (ob. cit., p. 78), BATALER GRAU (*El deber...*, p. 15), SALANDRA (“Le dichiarazioni...”, p. 13), URÍA, MENÉNDEZ y ALONSO SOTO (ob. cit., p. 596), SÁNCHEZ CALERO (“Deber de declaración del riesgo”, p. 295), ALTAVILLA

El desconocimiento del asegurador es un requisito que, pese a no estar incluido en la gran mayoría de las legislaciones sobre seguros, se viene sobreentendiendo por la doctrina desde larga data. Y es que el fundamento de la sanción de la reticencia está, precisamente, en la ruptura del equilibrio de la relación contractual. El asegurador está dispuesto a asegurar los riesgos a cambio de una prima determinada en función de los riesgos conocidos, sin importar el medio por el cual resulte informado.

a. Prueba

La prueba del conocimiento de los hechos habrá de ser razonable. La razonabilidad de la prueba supone que no corresponde atenerse a presunciones, conjeturas o sospechas, pero tampoco puede exagerarse el precepto al punto de pretenderse que el asegurador deba probar que el individuo conoció los hechos con exactitud. Esta apreciación cae cuando los hechos se plasman en documentos suficientemente demostrativos de la gravedad de la situación, como para que el declarante pueda excusarse en su ignorancia⁵³³.

(“Errore, reticenza, ...”, pp. 152 y 153), FIORENTINO (“La descrizione...”, p. 53), BUTTARO (“Contratto di...”, p. 485), CASTELLANO, G. (ob. cit., pp. 184 y 185), LONGO (ob. cit., pp. 31 y ss.), WEIGMANN (ob. cit., p. 1030) y MARTANO y MARIOTTI (ob. cit., p. 945).

Sobre cuándo puede concluirse que un hecho es notorio, BRUNETTI y STEIDL indican que lo serán cuando sean publicadas en la prensa (BRUNETTI, “Le dichiarazioni...”, p. 611; STEIDL, ob. cit., p. 154).

⁵³³ Sólo como ejemplo, obsérvense estos dos casos, uno atendido por la judicatura española y otro por la uruguaya. En el caso resuelto por el Tribunal Supremo, un individuo suscribió un seguro colectivo de vida manifestando gozar de buena salud, hallarse en plena capacidad para el trabajo sin haber tenido que interrumpir sus tareas durante los seis últimos meses más de quince días seguidos a causa de enfermedades ni accidentes. Durante el proceso se probó que en plenas fiestas navideñas fue hospitalizado varios días, siendo dado de alta a los efectos de pasar el día de Reyes con su familia pero no para reintegrarse a sus actividades laborales. Culminados los festejos debió ingresar al hospital para continuar los tratamientos médicos. Una vez terminados los estudios suscribió la declaración del estado de salud en la compañía de seguros, tal como hemos referido. Dos días después se trasladó a Madrid para someterse a una biopsia que confirmó el diagnóstico de cáncer broncopulmonar.

El conocimiento, además, debe ser personal. Es el declarante quien debe estar informado respecto del suceso que calla o declara en forma falsa o inexacta. Por tanto, a los efectos de juzgar la conducta reticente del tomador en un seguro, son irrelevantes los detalles que posean otras personas, circunstancia respecto de la cual los tribunales españoles han tenido oportunidad de expedirse⁵³⁴.

En la primera instancia se hizo lugar a la pretensión de la beneficiaria pues se entendió que el asegurado no había omitido ninguna enfermedad. En la segunda instancia se revocó la Sentencia. El Tribunal Supremo mantuvo la decisión y recordó, además, que el cuestionario del asegurador no interrogaba sobre ninguna enfermedad en particular, sino sobre *circunstancias*. Los sucesivos ingresos al hospital no podían ser hechos irrelevantes para el individuo (STS de 25 de noviembre de 1993 [R.O.J. 8047]).

En el mismo sentido se expide el Tribunal de Apelaciones en lo Civil uruguayo, en Sentencia de 19 de febrero de 2008 (LJU. UY/JUR/1672/28), oportunidad en la que confirma la Sentencia de Primera Instancia en el entendido de que la proponente de un seguro de vida había omitido dolosamente una mastectomía y regulares controles oncológicos, circunstancia que encuadraba cómodamente en varias de las preguntas que se le hicieron en el formulario de declaración del riesgo y que descarta cualquier posibilidad de ignorancia respecto de la índole de su enfermedad, máxime si se tiene en cuenta que se trataba de una oncóloga.

⁵³⁴ Véase el caso siguiente. Un señor que padecía cáncer contrató un seguro de vida y en oportunidad de contestar el cuestionario no hizo declaración alguna al respecto. La aseguradora denegó el pago y los beneficiarios demandaron a la compañía. La Sentencia de primera instancia rechazó la demanda por considerar que hubo actitud dolosa. Una vez apelada, la segunda instancia revocó la Sentencia y condenó al asegurador. Interpuesta la casación, el Tribunal Supremo mantuvo la decisión fundamentalmente por considerar suficientemente probado que el tomador no conocía la gravedad de su dolencia. De la prueba testimonial surgió que, a pedido de la familia, los médicos no informaron al tomador del verdadero estado de su salud. No le dijeron que tenía cáncer y se limitaron a declararle que padecía una gastritis. Por otra parte, el Tribunal tuvo presente dos hechos probados: en primer lugar que el asegurador llenó el cuestionario que el asegurado se limitó a firmar y, en segundo lugar, que el tomador del seguro no tenía intención de contratar un seguro y que fue convencido por el agente. Las tres circunstancias indicadas, a juicio del Tribunal, eliminan el dolo por lo cual la compañía fue condenada al pago (STS de 4 de abril del 2007 [R.J. 1608]).

En Sentencia del 18 de mayo de 1993 (R.O.J. 3130), el Tribunal Supremo declaró que la enfermedad debe ser conocida por el asegurado, no siendo suficiente el conocimiento que de ella tengan los familiares. En el caso

En el seguro de personas, especialmente en el de vida, la principal prueba documental a la que suele recurrirse es el historial clínico del sujeto. Allí se anotan las visitas a los médicos clínicos, a los especialistas, los exámenes ordenados, los fármacos administrados y los resultados de las pruebas realizadas. Incluso se deja constancia de la información que se reserva al paciente y de la que expresamente se le comunica. Este documento es fundamental para que el Juez determine si el individuo podía conocer o no su situación⁵³⁵.

En los seguros de incapacidad, los períodos de baja laboral son el dato que mejor ilustra a los efectos de juzgar el conocimiento pues, cuanto mayor es el tiempo de inhabilitación para el empleo, más grave suele ser la dolencia que aqueja al individuo⁵³⁶.

comentado, la aseguradora alegó el conocimiento que tenía la familia de la enfermedad y sostuvo que el asegurado debió sospechar su estado de salud. La sentencia dio la razón a los beneficiarios atendiendo a que la aseguradora no probó el conocimiento del tomador del seguro de las circunstancias que alteraban la relación entre el riesgo y la prima.

⁵³⁵ Véanse dos casos opuestos. En España, el asegurador denegó la prestación por entender que el asegurado no declaró una espondilitis (enfermedad de tipo reumático). Basó su prueba en la historia clínica de la cual surgían varias visitas al reumatólogo quien le suministró medicamentos e indicó tratamiento de fisioterapia. El Tribunal Supremo consideró que estos datos no eran suficientes para probar, ni el conocimiento del asegurado, ni la relevancia de los hechos omitidos (STS de 8 de mayo de 2006 [R.J. 2343]).

En Argentina, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en Sentencia de 19 de marzo de 2011 (INFOJUS SUN0017391), declaró reticente al asegurado porque omitió una intervención quirúrgica a la que fue sometido cuatro meses antes de la celebración del contrato de seguro de vida y por la cual se le extirpó un tumor maligno del intestino delgado.

⁵³⁶ Así lo sostuvo el Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de junio de 2007 (R.J. 3520). En dicha oportunidad consideró probado el dolo, entre otras cosas, por la ausencia al trabajo durante 16 meses seguidos debido a una dolencia que ameritó la administración de medicamentos y control médico semanal.

En los seguros de crédito la existencia de ventas superiores a las declaradas suele ser una demostración clara de riesgos ocultos⁵³⁷.

b. La ignorancia

Es momento de plantearse qué sucede si el declarante omitió determinado hecho porque no lo conocía. En este caso no hay reticencia. El desconocimiento del hecho anula el dolo y la culpa grave porque en la ignorancia no hay ilicitud. No es justo castigar la conducta del tomador cuando no tuvo la posibilidad de cumplir con el deber de declaración. Reticencia e ignorancia, por tanto, son términos incompatibles⁵³⁸.

Cuestión distinta es si el declarante debe conocer el hecho y además, la importancia que tiene para el asegurador. Dicho en otros términos: ¿el declarante debe conocer el riesgo o también debe ser consciente del estado del riesgo? ¿Qué sucede si el declarante conoce el hecho pero lo que desconoce es su relevancia para el asegurador? También en este aspecto hay dos opiniones.

⁵³⁷ Así lo entendió el Tribunal Supremo en Sentencia de 17 de julio de 2007 (R.J. 5138). En el caso el proponente de un seguro de crédito, conocedor de la real facturación del negocio, ocultó al asegurador la existencia de un cliente muy importante bajo la excusa de que, al momento de la declaración, no se había producido incumplimiento alguno. De acuerdo a sus dichos, contestó el cuestionario según los hechos conocidos en ese momento y no declaró créditos futuros porque no fue consultado al respecto. El Tribunal Supremo no atendió estas razones pues consideró que era su deber declarar todas las circunstancias conocidas que pudieran influir sobre la apreciación del riesgo.

⁵³⁸ Es la opinión mayoritaria entre los autores españoles e italianos (GARRIGUES, *Contrato...*, pp. 509 y 94; RUBIO VICENTE, ob. cit., p. 74; SÁNCHEZ CALERO, “Deber de declaración del riesgo”, pp. 294 y 295; CALBACHO LOSADA, RODRÍGUEZ JIMÉNEZ y BARRIOLA URRUTICOECHEA, ob. cit., p. 143; BATALLER GRAU, *El deber...*, p. 17; GASPERONI, “Assicurazioni sulla vita”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año VI [1952], p. 507 y, también, en “La rilevanza...”, p. 94 y en “Appunti sulla...”, p. 128; BUTTARO “Contratto di...”, pp. 485 y 486 y, del mismo modo, en “Assicurazione sulla...”, pp. 635 y en “In tema di...”, pp. 744 y 745 y CASTELLANO, G., ob. cit., pp. 179 y 180).

BUTTARO considera necesario que el declarante, además de la consciencia de engañar, conozca la relevancia de que lo ocultado es fundamental para la apreciación del riesgo⁵³⁹.

CALZADA CONDE, por el contrario, no encuentra justificación alguna para que el declarante deba determinar cuáles circunstancias son relevantes y cuáles no, pues ello excede las facultades del asegurado y pertenece a la propia naturaleza de la profesión del asegurador⁵⁴⁰.

El problema que se plantea es el de la ignorancia del proponente respecto del proceso de selección de riesgos.

A priori parecería una exageración pretender que una persona común sea capaz de establecer el estado de su riesgo. No obstante, hay elementos que pueden alertar al individuo respecto a la gravedad de la situación.

Piénsese en el seguro de personas, por ejemplo, en aquellos casos en los que se administran fármacos⁵⁴¹ o se indican exámenes conocidos, más o menos importantes pero invasivos, difíciles de ignorar⁵⁴².

⁵³⁹ BUTTARO, “In tema...”, pp. 730 y ss.

⁵⁴⁰ CALZADA CONDE, “El deber...”, p. 160. La misma posición fue sostenida en 1928 por DE JUIRAZAR. El autor argentino explicaba:

“El asegurado está en la obligación de hacer conocer a la compañía todo lo que sepa: él declara y la compañía juzga. De ahí que no quepa invertir los papeles y reconcerse a sí mismo un derecho de apreciación que no le pertenece, sino a la compañía” (DE JUIRAZAR, ob. cit., p. 602).

⁵⁴¹ REGLERO CAMPOS, “Declaración del riesgo y cláusula de indisputabilidad en el seguro de vida” en: *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 22 (Madrid, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, 1997), p. 179.

⁵⁴² A modo de ejemplo, véanse los siguientes casos. El asegurador demandado al pago de un seguro de vida demostró que el tomador, tanto en época anterior a la suscripción de la póliza, como con posterioridad, estaba diagnosticado de padecer carcinoma de colon con metástasis hepática. No obstante, el Tribunal Supremo consideró que pese a la contundencia de la prueba, la aseguradora no pudo probar que el asegurado conociera suficientemente padecer la enfermedad de modo de plasmarla en la documentación prenegocial de la

El desconocimiento puede ser el resultado de varias circunstancias. Una excusa bastante común es el bajo nivel educativo del declarante. Los tribunales hacen mucho tiempo que valoran este hecho⁵⁴³. La situación no ha cambiado⁵⁴⁴.

póliza de seguro. El Tribunal Supremo no consideró suficiente indicio de conocimiento las pruebas clínicas a que fue sometido el individuo. Por estas razones condenó al asegurador (STS de 18 de mayo de 1993 [R.J. 3567]).

Con un criterio diametralmente opuesto, en Sentencia del 21 de diciembre del 2005 (R.J. 284), el Tribunal Supremo consideró que el proponente de un seguro ocultó una enfermedad gravísima y persistente, que no podía desconocer, pues fue sometido a determinadas pruebas muy específicas cuyo objeto era, precisamente, confirmar el terrible diagnóstico, razón por la cual de ningún modo podía considerarse ignorante a la persona afectada.

La misma línea argumental fue seguida por el Tribunal Supremo en Sentencia de 11 de mayo de 2007 (R.J. 2134). La beneficiaria de un seguro de vida alegó que la enfermedad que acabó con la vida de su marido (cáncer), no había sido diagnosticada por los médicos tratantes antes de la celebración del contrato. No pudo negar que su marido había sido sometido a una fibrocolonoscopia, pero alegó que los resultados se le entregaron luego de la celebración del contrato. El Tribunal Supremo consideró irrelevante el argumento cronológico, atento a la existencia de pruebas y exámenes (fibrocolonoscopias y biopsias), que inhibían toda posibilidad de desconocimiento por parte del declarante y que omitió informar en los cuestionarios.

⁵⁴³ IVANUS, ob. cit., p. 24.

⁵⁴⁴ El Tribunal Supremo, en Sentencia del 3 de enero del 2006 (R.J. 164), resolvió que la poca cultura del asegurado, comprobada gracias a la realización de cursos de alfabetización, constituyó un eximente válido de responsabilidad. En el caso, la vida asegurada omitió declarar al asegurador el padecimiento de cirrosis hepática VHB, un período de internación extenso, alcoholismo y hemorragias. El asegurador pudo probar que suscribió la póliza seis días después de haber sido sometido a un trasplante hepático que tampoco informó. La actora se excusó en la pobre educación del declarante. Alegó que había firmado el documento sin conocer su verdadero alcance. En su concepto el asegurador fue negligente porque no instruyó al declarante respecto del alcance de las reticencias o inexactitudes cometidas. Agregó la falta de precisión en el cuestionario y la inexistencia de reconocimiento médico. El Tribunal tuvo en cuenta la pobre educación del declarante, deficiencia que le habrían impedido comprender la relevancia de las omisiones cometidas, a pesar de que había contratado un préstamo garantizado con hipoteca, coligado al seguro en cuestión, hecho que se hizo notar en la apelación. Esta Sentencia sigue la misma línea de otra, de fecha 6 de febrero del 2001 (R.O.J. 723), en la cual se tuvo en cuenta el alto nivel educativo del declarante.

Otra disculpa que pretenden los beneficiarios o los asegurados en su defensa, es la inexistencia de síntomas, hecho que ha sido valorado por los tribunales españoles en diversas oportunidades⁵⁴⁵.

También, es común que las personas no declaren hábitos abandonados o profesiones o deportes riesgosos que ya no realizan al momento de completar el formulario. ¿Se configura reticencia en estos casos?⁵⁴⁶ Evidentemente, si es preguntado al respecto toda omisión, falsedad e inexactitud, con las características anotadas, determinará la aplicación de las consecuencias de la conducta reticente que luego se verán. El problema surge si el cuestionario no contempla este aspecto.

En efecto, en el caso, el tomador del seguro era un médico al que no se le eximió de su responsabilidad por las omisiones cometidas.

Con el mismo criterio se expidió la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en Sentencia de 19 de marzo de 2011 (INFOJUS SUN0017391), caso que involucraba a un ingeniero y el Tribunal de Apelaciones en lo Civil en Sentencia de 19 de febrero de 2008 (LJU. UY/JUR/1672/28), caso en que se trataba de una oncóloga.

⁵⁴⁵ La falta de síntomas fue el principal argumento esgrimido en un caso en que el asegurado omitió declarar ciertos padecimientos hepáticos. Al parecer, el tomador, cuando contrató el seguro, conocía su enfermedad no obstante lo cual el Tribunal Supremo lo exoneró de las consecuencias de la reticencia en atención a que no pudo comprobarse que fuera consciente de su alcance pues tenía un funcionamiento hepático normal y no le había sido prescrita ninguna medicación (STS del 15 de julio de 2005 [R.J. 623]). Otro tanto sucedió en una reclamación de un seguro colectivo de accidentes en donde el individuo falleció debido a un infarto de miocardio (STS de 13 de diciembre de 2005 [R.J. 197]).

⁵⁴⁶ En Sentencia del 19 de febrero del 2004 (R.J. 1803), el Tribunal Supremo entendió que las circunstancias omitidas por el declarante (ex fumador y ex minero), eran irrelevantes para el estado del riesgo por entender que se trataba de datos que, de ordinario, no alertan respecto de enfermedades oncológicas. En definitiva consideró que los datos silenciados constituyeron simples factores de riesgo que podían o no contribuir a la aparición de la enfermedad. A criterio del Tribunal, señalarlos sólo significaba incrementar una posible presunción, sin mayor certeza.

c. El deber de conocer

No obstante la contundencia del postulado expuesto en el apartado anterior, la cuestión definitiva se centra en establecer si el asegurador y el proponente tienen el deber de conocer el riesgo cuando sospechan que la realidad no se ajusta a la percepción que tienen de la situación.

El deber de conocer el riesgo implica una actividad que consiste en investigar la situación a partir de algún hecho que resulte conocido para el declarante o para el asegurador. Este hacer resulta del deber de diligencia que encuentra su fundamento en la buena fe que gobierna el seguro. Luego habrá de resolverse si este deber es recíproco y en caso de serlo, cuál es la medida de diligencia para determinar su cumplimiento⁵⁴⁷.

Uno de los problemas no resueltos en el Derecho de los seguros refiere a si el asegurador tiene la obligación de verificar el riesgo declarado por el proponente del seguro. El problema radica en determinar el grado de diligencia que razonablemente puede exigírsele a la compañía aseguradora teniendo en cuenta las particularidades de contratación del seguro actual.

Existen autores que entienden que el asegurador tiene la carga de corroborar la declaración recibida. Las dificultades de comprensión de los cuestionarios y la situación de debilidad del proponente, que se enfrenta a un contrato de adhesión, justificaría su exigencia⁵⁴⁸.

Se trataría de un deber que se cumple en reciprocidad a aquél que corresponde al declarante en atención al principio de buena fe y que en el Derecho uruguayo se basaría en la interpretación del término “*cerciorado*”, contenido en el artículo

⁵⁴⁷ DE LA MAZA GAZMURI, ob. cit., pp. 1707 y 1 712.

⁵⁴⁸ En Uruguay es la opinión de MILLER ARTOLA para quien el asegurador asume la obligación concomitante de investigar la verdadera situación del riesgo de forma de despejar toda duda que las declaraciones del proponente pudieran haberle generado, aun de buena fe, máxime cuando los condicionados que rodean la contratación del seguro (solicitud, condiciones generales, cuestionario), configuran un contrato de adhesión (MILLER ARTOLA, ob. cit., pp. 75 y 76).

640 del Código de Comercio, en el sentido de confirmar la situación. Esta opinión ha sido utilizada por los Tribunales españoles⁵⁴⁹.

Otros autores, en cambio, afirman que el asegurador no tiene un deber precontractual de verificación que exceda la diligencia que se espera de él, puesto que el contrato de seguro se cementa en el principio de buena fe que obliga al declarante a manifestar, lealmente, el riesgo que padece. El deber de declaración del riesgo del solicitante del seguro opera como un eximente para el asegurador de su deber de conocer la situación, sea de forma mediata o inmediata⁵⁵⁰.

Resulta más difícil resolver si el futuro tomador o asegurado tiene el deber de investigar el verdadero riesgo, una vez alertado por algún indicio.

Al igual que en el caso anterior hay dos posiciones. Para algunos autores, si no existe disposición legal que lo imponga, caso de la Ley de Contrato de Seguro española, la Ley de Seguros argentina y el Código de Comercio uruguayo, el declarante no tiene la obligación de realizar ninguna verificación⁵⁵¹.

Para otros, en cambio, aun cuando el legislador haya sido omiso, el principio de máxima buena fe obligaría al declarante a informar al asegurador todos los hechos que debería conocer usando una diligencia ordinaria o socialmente exigible. El solicitante, por tanto, al momento de completar el cuestionario y en caso de duda, debería informarse, aunque más no sea mínimamente, sobre los distintos aspectos de interés del asegurador. De modo que si hacerlo no le supone un gran

⁵⁴⁹ SSTS de 24 de abril de 1986 (R.O.J. 2029), de 8 de septiembre de 2003 (R.J. 6064).

⁵⁵⁰ En la Argentina es la opinión de FONTANARROSA (ob. cit., p. 102) y MORANDI (*Estudios...*, p. 207). En el Uruguay es la posición de CERRUTI AICARDI (ob. cit., pp. 99 y 100).

⁵⁵¹ En Uruguay es la posición sustentada por MILLER ARTOLA (ob. cit., p. 76) y en la Argentina por FONTANARROSA. Coherente con su postura, respecto del asegurador, este último entiende que “*basta el conocimiento que toda persona prudente tiene en las cosas que le pertenecen*” (ob. cit., p. 104).

esfuerzo, su conducta indolente debe considerarse negligente al punto de significar el rechazo de la excepción de desconocimiento de las circunstancias a declarar⁵⁵².

3. Nuestra posición

En primer lugar, debe establecerse que al referirse a “*circunstancias*” el legislador ha querido comprender todos los hechos que involucren el riesgo. No sólo las enfermedades interesan al asegurador del ramo vida. También le interesa si la persona ha sido hospitalizada, el período de internación, la razón, etcétera. No sólo los materiales de construcción interesan al asegurador de incendio. También le interesa la situación de los linderos, el destino, entre otros datos. Con ello queremos significar que en orden a la relevancia, el solicitante debe ser absolutamente honesto respecto a las circunstancias objetivas del riesgo pues son éstas y no las subjetivas las que determinan el mayor o menor índice de probabilidad de ocurrencia de los siniestros.

Si bien es cierto que las circunstancias subjetivas importan al asegurador en la medida en que lo informan sobre la personalidad de su futuro contratante, no lo hacen en mayor medida que en cualquier otro contrato. Son, en cambio, las circunstancias objetivas del riesgo las que le indican cuáles son matemáticamente las probabilidades de siniestro, información sobre la cual el asegurador establece la prima de riesgo.

En segundo lugar, el declarante habrá de informar sobre las circunstancias de riesgo pasadas, transitorias y comunes en tanto el asegurador, por entenderlo relevante, lo pregunte. Esto es importante fundamentalmente en los seguros de vida, pues en algún caso el deceso del individuo ha estado vinculado a una enfermedad inofensiva, instalada y desatendida durante muchos años. Creemos que ante tal situación, el juez debería valorar la

⁵⁵² RUBIO VICENTE, ob. cit., pp. 76 y 77; SCHMIDT, ob. cit., pp. 455 y 456; BUTTARO, “Contratto di...”, p. 486 y, del mismo modo, en “In tema...”, pp. 745 y 749.

omisión atendiendo a la relevancia del hecho silenciado al momento de la declaración del riesgo y la diligencia del asegurador en esa oportunidad.

En tercer lugar, no podemos dejar de considerar el debatido problema de si el asegurador debe o no investigar el riesgo una vez que el solicitante ha realizado su declaración.

Se sabe que los aseguradores efectúan ciertas verificaciones dependiendo del tipo de seguro de que se trate. Por ejemplo, en el seguro de vida, prevenido respecto a determinadas dolencias o antecedentes declarados, el asegurador puede ordenar análisis, exámenes o dictámenes de los médicos de su confianza de forma de conocer la real dimensión de la afección o cerciorarse de su inexistencia en los casos en que el declarante haya afirmado haber sanado.

Otro tanto sucede en el seguro de cosas. De la declaración puede surgir la necesidad de corroborar la situación del objeto del interés asegurable y el asegurador estar dispuesto a realizar inspecciones en la finca o respecto de los objetos asegurados.

Los márgenes de competencia del asegurador sólo le permiten realizar las comprobaciones del riesgo declarado en los casos en que considera al individuo o al objeto de su interés, más proclive a sufrir el siniestro, sea por sus declaraciones, por sus antecedentes o por su edad. También por razones estrictamente económicas el asegurador deja de verificar el riesgo en los casos de los seguros de grupo o los individuales contratados sobre la base de un capital muy bajo.

Por otra parte, el asegurador puede realizar todo tipo de pruebas. Puede ordenar exámenes rutinarios, auscultando al individuo, tomándole la presión y verificando los signos vitales más evidentes, pasando por la realización de análisis clínicos completos de laboratorio, hasta llegar a practicar pruebas más importantes como tomografías computadas o resonancias magnéticas.

Las pruebas de verificación del riesgo declarado se ingresan al cálculo actuarial y se trasladan al coste de la prima. Por ésta y otras razones, (imposibilidad material de atender a tantos

solicitantes, complicaciones burocráticas, complicaciones jurídicas), los aseguradores sostienen que no pueden verificar cada declaración de riesgo que reciben. Entienden que ello afecta el dinamismo del contrato y la competitividad de la aseguradora con el consecuente perjuicio al consumidor.

Sin embargo, de otro lado se observa que no realizarlas puede ser visto como una falta inexcusable teniendo en cuenta la profesionalidad del asegurador.

La realidad es que ésta es una cuestión difícil de resolver en forma meramente teórica. No obstante y si de tomar partido se trata, entendemos que procurarse información cuando se está en condiciones de hacerlo es un deber del asegurador impuesto por la buena fe contractual.

El asegurador debería indagar el verdadero estado del riesgo dentro de parámetros lógicos, cuando tenga motivos para sospechar que el riesgo declarado no se ajusta al real. Y ello porque, si bien es cierto que el asegurador debe poder confiar en las declaraciones del asegurado, no es menos cierto que debe hacerse responsable de su propia ignorancia y hacer todo lo posible por evitarla. Y, desde luego, debe responder por sus errores (cuestionarios técnicos, ambiguos u oscuros), haciéndose cargo de las prácticas que atenten contra su conocimiento del riesgo en favor de sus intereses económicos (no solicitar declaración de estado de salud o la exhibición de análisis clínicos o exámenes, no realizar comprobaciones de los objetos asegurados y de su entorno), si ello, reiteramos, no es descabellado y puede probarse que así lo habría hecho un asegurador prudente y ordenado.

Respecto del declarante, entendemos que incurre en responsabilidad no sólo cuando tiene el deber de conocer sino, también cuando la ignorancia que padece es consecuencia de no haber desplegado la diligencia que razonablemente se esperaba de él. Se trata de la contracara del deber de conocer que ponemos de cargo del asegurador. El grado de su diligencia no puede ser otro que la denominada *leve en abstracto* y que se ajusta a la prudencia de un buen padre de familia.

Quiere decir que, tanto el declarante como el asegurador son responsables de su ignorancia toda vez que la misma no sea legítima, esto es, en tanto y en cuanto hayan abusado del derecho del otro de conocer, y de sí mismos en proporcionarse información.

B. Requisitos particulares

En las líneas que siguen nos dedicaremos a revisar algunas exigencias que son pretendidas por algunos ordenamientos.

1. Relación de causalidad con el siniestro

Se ha defendido la tesis según la cual, para que operen las consecuencias de la reticencia es necesario que el siniestro esté directamente vinculado con la información omitida, falseada o inexactamente declarada al momento de celebrar el contrato. Por ejemplo, en un seguro de vida contratado para el caso de muerte el solicitante oculta que padece diabetes. La ocultación se descubre cuando fallece en un accidente de tránsito, cuando el asegurador realiza los procedimientos de liquidación del seguro. De acuerdo a esta doctrina el asegurador no podría hacer valer la reticencia porque la dolencia omitida no estuvo directamente relacionada con la muerte.

Lo mismo puede ocurrir en los seguros de daños en las cosas. El asegurador descubre las irregularidades en la declaración efectuada al solicitarse el seguro de robo cuando practica las peritaciones necesarias para liquidar el siniestro de incendio. Por ejemplo, descubre que la finca no contaba con los dispositivos de seguridad declarados y que hubieran impedido que los ladrones ingresaran a la vivienda e incendiaran el lugar.

El problema, entonces, radica en establecer si la falta de relación directa entre la información omitida y la realización del riesgo es una defensa que puede prosperar.

a. Antecedentes

Desde luego la cuestión planteada en el párrafo precedente será sencilla de resolver si el ordenamiento jurídico contempla esta posibilidad. Es el caso del Derecho francés.

En efecto, esta problemática nunca fue particularmente debatida en Francia puesto que las normas siempre se ocuparon expresamente del tema. Así sucedió en el artículo 348 del *Code de Commerce* de 1807 confirmado luego por el artículo 21 de la Ley de 1930⁵⁵³.

La tradición se mantiene en tanto el artículo L.113-8 del *Code des assurances*⁵⁵⁴ no ha modificado sustancialmente los preceptos anteriores.

En el Derecho italiano, en cambio, el devenir legislativo ha sido bastante más accidentado. El artículo 348 del *Codice di Commercio* de 1807 sancionaba con la nulidad del contrato toda violación del deber de informar, aun sobre circunstancias que no hubieran influido sobre el daño o sobre la pérdida de los objetos asegurados. El mismo criterio se mantuvo en el artículo 429 del

⁵⁵³ La norma establecía:

“Indépendamment des causes ordinaires de nullité, et sous réserve des dispositions de l'article 81 ci-après, le contrat d'assurances est nul en cas de réticence ou de fausse déclaration intentionnelle de la part de l'assuré, quand cette réticence ou cette fausse déclaration change l'objet du risque ou en diminue l'opinion pour l'assureur, alors même que le risque omis ou dénaturé par l'assuré a été sans influence sur le sinistre.

Les primes payées demeurent alors acquises à l'assureur, qui a droit au paiement de toutes les primes échues à titre de dommages et intérêts”.

⁵⁵⁴ El artículo L.113-8 del *Code des assurances*, en la redacción dada por la Ley del 7 de enero de 1981, dispone lo siguiente:

“Indépendamment des causes ordinaires de nullité, et sous réserve des dispositions de l'article L. 132-26, le contrat d'assurance est nul en cas de réticence ou de fausse déclaration intentionnelle de la part de l'assuré, quand cette réticence ou cette fausse déclaration change l'objet du risque ou en diminue l'opinion pour l'assureur, alors même que le risque omis ou dénaturé par l'assuré a été sans influence sur le sinistre”.

Codice di Commercio de 1883. El *Codice Civile*⁵⁵⁵, en cambio, eliminó esta precisión⁵⁵⁶.

Finalmente, ni la Ley de Contrato de Seguro española, ni el Código de Comercio uruguayo, ni la Ley de Seguros argentina requieren relación de causa – efecto entre la información omitida y el siniestro ocurrido.

⁵⁵⁵ El artículo 1892 del *Codice Civile* dispone:

“Le dichiarazioni inesatte e le reticenze del contraente, relative a circostanze tali che l'assicuratore non avrebbe dato il suo consenso o non lo avrebbe dato alle medesime condizioni se avesse conosciuto il vero stato delle cose, sono causa di annullamento del contratto quando il contraente ha agito con dolo o con colpa grave.

L'assicuratore decade dal diritto d'impugnare il contratto se, entro tre mesi dal giorno in cui ha conosciuto l'inesattezza della dichiarazione o la reticenza, non dichiara al contraente di volere esercitare l'impugnazione.

L'assicuratore ha diritto ai premi relativi al periodo di assicurazione in corso al momento in cui ha domandato l'annullamento e, in ogni caso, al premio convenuto per il primo anno. Se il sinistro si verifica prima che sia decorso il termine indicato dal comma precedente, egli non è tenuto a pagare la somma assicurata.

Se l'assicurazione riguarda più persone o più cose, il contratto è valido per quelle persone o per quelle cose alle quali non si riferisce la dichiarazione inesatta o la reticenza”.

El artículo 1893 del mismo cuerpo legal indica:

“Se il contraente ha agito senza dolo o colpa grave, le dichiarazioni inesatte e le reticenze non sono causa di annullamento del contratto, ma l'assicuratore può recedere dal contratto stesso, mediante dichiarazione da farsi all'assicurato nei tre mesi dal giorno in cui ha conosciuto l'inesattezza della dichiarazione o la reticenza.

Se il sinistro si verifica prima che l'inesattezza della dichiarazione o la reticenza sia conosciuta dall'assicuratore, o prima che questi abbia dichiarato di recedere dal contratto, la somma dovuta è ridotta in proporzione della differenza tra il premio convenuto e quello che sarebbe stato applicato se si fosse conosciuto il vero stato delle cose”.

⁵⁵⁶ MUÑOZ PAREDES, “Sobre la relación causal entre la circunstancia omitida y el siniestro en los seguros de personas con especial referencia al de vida”, *Revista de Derecho mercantil*, n° 261 (2006), pp. 1003 a 1006; DURANTE, “Recesso e risoluzione nell'assicurazione”, *Assicurazioni*, año XXXIX, p. I, n° 2 (1972), pp. 128 y ss.

b. Posiciones de la doctrina

Analizando la Ley italiana, WEIGMANN, CASTELLANO, DONATI y GASPERONI entienden que no debe exigirse ninguna relación entre lo omitido y el siniestro. La relevancia de la información omitida y su poder de modificar o impedir el contrato ha de observarse en función del riesgo declarado y no en relación con el siniestro. De modo que, aunque el siniestro tenga por causa una circunstancia distinta a la silenciada o mal declarada, el asegurador puede igualmente oponer la violación del deber precontractual de declaración del riesgo⁵⁵⁷.

Son varios los argumentos a favor de esta posición.

En primer lugar, si el ordenamiento jurídico no requiere la existencia de un nexo causal entre la omisión y el siniestro a los efectos de establecer las consecuencias de las conductas inexactas, falsas y reticentes, el asegurador puede oponer el incumplimiento al deber de declaración del riesgo.

En segundo lugar, quien no cumple con la carga de informar al asegurador todas las circunstancias concernientes al riesgo altera la relación de equivalencia necesaria entre el riesgo y la prima y con ello demuestra su mala fe⁵⁵⁸.

En la doctrina argentina, esta posición ha sido defendida por FONTANARROSA⁵⁵⁹ y HALPERIN⁵⁶⁰. Asimismo ha sido una postura señalada por los Tribunales argentinos⁵⁶¹.

En España es la opinión de MUÑOZ PAREDES aunque con reservas en la medida en que el artículo 10 de la Ley de Contrato

⁵⁵⁷ WEIGMANN, ob. cit., p. 1030; CASTELLANO, G., ob. cit., p. 182; DONATI, *Trattato...*, vol. II, pp. 308 y 309; GASPERONI, “Appunti sulla...”, p. 128 y, también, en “La clausola...”, p. 99.

⁵⁵⁸ MUÑOZ PAREDES, “Problemas de aplicación de la regla proporcional y de la equidad en el seguro multirriesgo”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 283 (2012), p. 11.

⁵⁵⁹ FONTANARROSA, ob. cit., p. 108.

⁵⁶⁰ HALPERIN, “Importancia...”, p. 732.

⁵⁶¹ SCNCom, de 19 de marzo de 2011 (INFOJUS. FA11130185).

de Seguro no contempla el caso de un seguro celebrado de buena fe, en el que la aseguradora, de haber conocido la verdadera entidad del riesgo, pueda optar por cobrar una prima más alta en lugar de rechazar la cobertura⁵⁶².

Entre los uruguayos destaca la opinión de CERRUTI AICARDI⁵⁶³.

En otra posición, existen quienes afirman que sólo puede alegarse la reticencia si el hecho silenciado tiene que ver directamente con el suceso dañoso⁵⁶⁴.

En la doctrina Argentina, FERNÁNDEZ proporciona el siguiente ejemplo:

“...no constituiría reticencia haber ocultado una operación de apendicitis si el asegurado fallece o queda inválido en un accidente de tránsito o en el incendio o derrumbe de la casa que habita”⁵⁶⁵.

Los Tribunales españoles no son ajenos a este debate y en el ramo de los seguros de personas, en más de una ocasión han seguido esta posición⁵⁶⁶. En Uruguay sucede otro tanto⁵⁶⁷.

⁵⁶² MUÑOZ PAREDES, “Problemas de aplicación...”, p. 11.

⁵⁶³ CERRUTI AICARDI, ob. cit., p. 104.

⁵⁶⁴ BUTTARO, “Contratto di...”, p. 488; PICARD y BESSON, ob. cit., pp. 139 a 142; SCHIMDT, ob. cit., p. 466; CAMPUZANO TOMÉ, ob. cit., p. 131.

⁵⁶⁵ FERNÁNDEZ, “De los seguros”, en: *Código de Comercio de la República Argentina comentado*, t. II, 2ª reimp. (Buenos Aires, Talleres Gráficos A. Wolter, 1950), p. 431.

⁵⁶⁶ En Sentencia del 3 de octubre del 2003 (R.J. 6496), el Tribunal Supremo exigió que el asegurador probara que la circunstancia ocultada causó el siniestro. El mismo año, en Sentencia del 31 de diciembre (R.J. 366), reclamó que lo ocultado (graves episodios de reumatismo), tuviera relación con la enfermedad diagnosticada. Luego, en Sentencia del 12 de abril del 2004 (R.J. 2612), descartó el dolo del declarante una vez probado que la enfermedad omitida no tuvo relación con la muerte del individuo.

⁵⁶⁷ Resulta interesante el caso resuelto por la Suprema Corte de Justicia de 19 de mayo de 2010 (BJN. 99/2010). En la causa resultó probado que el proponente de un seguro de vida, que a la postre falleció de cáncer, cometió

2. Juicio de peritos

El artículo 640 del Código de Comercio uruguayo y el artículo 5 de la Ley de Seguros argentina ordenan la participación de peritos en todas aquellas causas en las que el asegurador pretenda exonerarse de cumplir con su prestación alegando la reticencia o la falsa declaración del asegurado.

El origen de estos peritos se remonta a los *expertos*, previstos en el *Código Commercial portuguez* de 1833⁵⁶⁸. Estas personas eran llamadas a dictaminar sobre si la declaración reticente del proponente del seguro, respecto de hechos o circunstancias que le eran conocidas, hubiera podido influir sobre la existencia del contrato o sobre el premio pactado, de haber sido conocida por el asegurador⁵⁶⁹. De acuerdo al artículo V del viejo Código, la mala fe demostrada por cualquiera de las partes al momento de concluir el contrato, tornaba nulo el seguro⁵⁷⁰.

falsedades y ello por cuanto declaró no padecer ninguna enfermedad y no haber visitado al médico hacía más de tres años. La realidad es que consultó varias veces al médico por hemocromatosis y ello fue intencionalmente ocultado. En la primera instancia se rechazó la demanda de los beneficiarios. En la segunda instancia se revocó la Sentencia fundamentalmente porque la enfermedad ocultada no fue determinante en el fallecimiento ni nada tenía que ver con el cáncer. La Suprema Corte de Justicia compartió este parecer. No obstante, debe observarse que la Corte valoró un elemento que, a nuestro juicio es el que resuelve el caso: lo ocultado, de acuerdo al informe pericial, no era una enfermedad capaz de reducir la expectativa de vida de las personas si es tratada tempranamente. También se tuvo en cuenta otros elementos: la extensa relación contractual, la falta de pregunta concreta en el cuestionario respecto de esta enfermedad y la solicitud de reducción del capital asegurado, hechos todos que convencieron a los miembros de la Suprema Corte de la buena fe del asegurado.

⁵⁶⁸ AGUIRRE, “El juez ante el “juicio de peritos” en la reticencia y agravación del riesgo”, *Derecho comercial y de las obligaciones. Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*, enero/febrero, (2008), pp. 246 y 247.

⁵⁶⁹ El artículo en cuestión, disponía:

“O contrato de seguro é nullo pela reticencia de factos e circunstancias, conhecidos pelo segurado, que terian podido influir, no dizer d’ expertos, sobre a existencia do contrato, ou sobre a quota do premio” (Coimbra, Imprensa Da Universidade, 1851).

⁵⁷⁰ En efecto, el artículo V del Título XIV, dispone:

El Derecho español, en cambio, no contempla la existencia de los peritos. Todo lo relacionado con la determinación de la sanción a la declaración defectuosa queda en las manos de los Tribunales en función de criterios fundamentalmente objetivos, dirigidos a desentrañar si el asegurador hubiera contratado o lo hubiera hecho en las mismas condiciones de haber conocido el verdadero estado del riesgo⁵⁷¹.

En términos generales, el peritaje previsto en el artículo 640 del Código de Comercio uruguayo y en el artículo 5 de la Ley de Seguros argentina constituye un medio probatorio que podríamos calificar como una carga del asegurador, dado que es a él a quien interesa probar la reticencia o falsa declaración alegada⁵⁷².

Sin perjuicio de lo novedoso que pueda resultar la solución⁵⁷³, el peritaje no está exento de dificultades. A continuación abordaremos los tres problemas principales que se han detectado en la jurisprudencia y en la doctrina: su obligatoriedad, la competencia de los peritos y el alcance de la pericia.

a. Obligatoriedad

Fieles a su fuente, tanto la norma uruguayo como la argentina son muy parcas respecto del peritaje al que hacen referencia. Ello ha motivado cierto movimiento doctrinario, aunque siempre bajo el peso, casi dogmático, que imponen las decisiones jurisprudenciales que ordenan la participación obligatoria de los peritos en todas las causas en las que deba juzgarse la conducta reticente del tomador.

No obstante, a poco que se profundiza en el tema, se observa que esta obligatoriedad puede resultar acotada. Así lo ha

“A má fé d’uma ou outra das partes, ao tempo da celebração do contracto, torna o seguro nullo”.

⁵⁷¹ Así parece desprenderse de la mayoría de las Sentencias del Tribunal Supremo analizadas, sin perjuicio de que en algún fallo se tuvieron en cuenta elementos subjetivos como ya hemos tenido oportunidad de advertir.

⁵⁷² STIGLITZ - STIGLITZ, *Derecho de seguros*, t. IV, p. 208.

⁵⁷³ RUBIO VICENTE, ob. cit., p. 92, nota 55.

sostenido reciente doctrina argentina, analizando casos, también recientes⁵⁷⁴. Por tanto, la conclusión, tantas veces repetida, según la cual, en todo juicio en el que esté en juego la reticencia del declarante debe haber dictamen de peritos, debería meditar. Y para ello, es menester tener presente las tres corrientes de opinión que existen, dos de las cuales son las que dominan la jurisprudencia argentina en este aspecto⁵⁷⁵.

En primer lugar, encontramos la posición que podríamos denominar amplia, según la cual, siempre y en todo caso, corresponde la participación de los peritos pues sin ellos no es posible acreditar la reticencia alegada por el asegurador⁵⁷⁶.

Quienes así piensan se basan en la letra textual de la norma que, efectivamente, no realiza distinción alguna. Por tratarse de una disposición excepcional, este medio probatorio es ineludible y no podría suplirse con ningún otro⁵⁷⁷.

En segundo lugar, en un término intermedio, y con un criterio evidentemente técnico, se encuentra la jurisprudencia que reserva la participación de los peritos para aquellos casos en que la reticencia afecta la naturaleza, calidad o situación de la cosa o la vida, en sí misma o en relación a circunstancias que las expongan a riesgos mayores. En otras palabras, según esta

⁵⁷⁴ LÓPEZ SAAVEDRA, “Seguro de vida: reticencia y culpa grave del asegurado”, *La Ley*, t. 2000 - E (2000), pp. 705 y 706; AGUIRRE, ob. cit., p. 253.

⁵⁷⁵ HALPERIN, “Importancia...”, p. 726.

⁵⁷⁶ Esta ha sido la tendencia reiterada de la Cámara Nacional en lo Comercial de la República Argentina en Sentencias de 2 de agosto de 2011 (VLEX. 339584974), 6 de agosto de 2003 (LL, F, 2003/369), 28 de febrero del 2001 (LL. D, 2001/209), 12 de abril del 2000 (LL, 2000, E, 705), 24 de febrero del 2000 (LL. 2000, D, 717), 12 de febrero de 1999 (JA, 1999, IV, 762) y 25 de julio de 1984 (LL. A, E/1984).

⁵⁷⁷ SEGOVIA, ob. cit., p. 42; CASTILLO, ob. cit., pp. 25 y 26; MORANDI, *El riesgo...*, p. 142; HALPERIN, *Seguros...*, p. 338; STIGLITZ, *Derecho de Seguros*, t. I, p. 655; SOLER ALEU, ob. cit., pp. 105 y ss.

opinión, el juicio de peritos deviene obligatorio cuando se cuestione la evaluación del estado del riesgo⁵⁷⁸.

En tercer lugar, existen jueces que en una posición muy aislada y restrictiva, entienden que la prueba de peritos no es obligatoria⁵⁷⁹. Fundamentan su opinión en severas críticas formuladas, a su tiempo, por ZAVALA RODRÍGUEZ, quien consideraba inaceptable la interpretación dada al artículo 5 de la Ley de Seguros argentina por contrariar principios fundamentales del orden procesal⁵⁸⁰. De hecho, el descontento con el sistema de peritos en la argentina continúa generando polémica⁵⁸¹.

b. Competencia

De acuerdo al texto legal uruguayo y argentino, los peritos deben analizar si el asegurador hubiera celebrado el contrato en las mismas condiciones de haber conocido el verdadero estado del riesgo. Su función, por tanto, no es otra que atender la relevancia o la influencia de los hechos falseados o declarados en forma reticente, sobre la decisión del asegurador.

Ahora bien, la cuestión radica en que, como se analizó precedentemente, la reticencia y la falsa declaración son

⁵⁷⁸ Así lo ha entendido la Sala D de la Cámara Nacional en lo Comercial de la República Argentina, en Sentencia del 28 de febrero de 2001 (LL. 2001, D, 209) y también en Sentencia del 12 de abril del 2000 (LL. 2000, E, 705).

⁵⁷⁹ En Sentencia de primera instancia, un juez argentino prescindió del juicio de los peritos pues, a su criterio, la reticencia era evidente. Sin embargo, justo es advertir que en la segunda instancia se revocó la Sentencia en el entendido de que la prueba pericial es obligatoria y su juicio se impone al juez. La decisión fue mantenida en la casación (*Jurisprudencia Argentina*, n° 1 [1986], pp. 566 y ss.).

No obstante, fuera de este caso puntual, hubo otro ejemplo resuelto por la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala D, hace ya algunos años (LL. 1984, D, 358).

⁵⁸⁰ ZAVALA RODRÍGUEZ, “Análisis de algunos aspectos de la ley 17.418 (seguros)”, *Jurisprudencia Argentina*, t. II (1968), pp. 744 y ss.

⁵⁸¹ SCHIAVO se pregunta, no sin razón, cómo el legislador argentino mantuvo el régimen de los peritos en los mismos términos del viejo Código de Comercio, conociendo las críticas (SCHIAVO, ob. cit., p. 178, nota 211 y p. 186, notas 219 y 220).

fenómenos que involucran no solamente aspectos jurídicos sino también actuariales.

El contrato de seguro como construcción jurídica se elabora sobre la base de consideraciones propias de la economía del seguro, dirigidas a lograr un producto competitivo. Hay pues, una superposición de ciencias que rara vez son dominadas por una sola persona.

Ciertamente, el fallo respecto a la reticencia, inexactitud o declaración falsa comprende a la ciencia del Derecho y por ello el juez está en perfectas condiciones para valorar la circunstancia concreta puesta a su consideración. Sin embargo, para determinar si se dan o no estas patologías, de acuerdo a la legislación uruguaya, argentina y española, debe ponderar si el hecho omitido, erróneo o falsamente declarado cumple con el requisito de relevancia al que ya nos hemos referido.

Sobre cuál es el alcance del juicio pericial se pueden intentar dos soluciones.

Según un criterio, lo que deben resolver los peritos es si el asegurador fue inducido a celebrar un contrato que no habría celebrado de haber conocido la situación. Implica, en definitiva, un juicio sobre si existe un vicio en su consentimiento o si se ha incumplimiento el deber precontractual de declaración del riesgo. En cualquier caso se trata de una valoración claramente jurídica. Bastará, por tanto, un análisis de legalidad; esto es, deberá observarse si la declaración se ajusta a la ley. Los peritos deberán resolver si el tomador del seguro cumplió con su deber de lealtad para con el asegurador, declarando el riesgo en forma honesta, en un todo de acuerdo con el parámetro de buena fe que informa el Derecho de seguros. He aquí la relevancia del hecho omitido u ocultado desde el punto de vista jurídico.

Con otro criterio, se puede entender que los peritos deben resolver si el asegurador habría celebrado el contrato de haber tenido la oportunidad de valorar el riesgo en su verdadera

dimensión⁵⁸². Este juicio, a diferencia del primero, es una apreciación claramente actuarial. En este caso, deberían rehacerse los cálculos a la luz de las circunstancias ahora develadas y resolverse si el resultado se ajusta a los nuevos parámetros de asegurabilidad. La relevancia, desde el punto de vista actuarial, no es otra que la posibilidad económicamente rentable de asumir riesgos.

c. Carácter vinculante y número

Otro problema que genera la exigencia de los peritos en la legislación uruguaya y argentina es el carácter vinculante o no de su decisión. Al parecer, la mayor parte de la doctrina⁵⁸³ y jurisprudencia uruguaya⁵⁸⁴ está de acuerdo en que el fallo pericial obliga al juez que se verá privado de su habitual facultad de apreciación de las pruebas. Así lo entienden, también, la doctrina⁵⁸⁵ y los tribunales argentinos⁵⁸⁶, con alguna excepción⁵⁸⁷

⁵⁸² Esta posición, que compartimos, ha sido sustentada por CERRUTI AICARDI (ob. cit., p. 108), FONTANARROSA (ob. cit., pp. 112 y ss.), STIGLITZ (*Derecho de seguros*, t. I, pp. 728 y ss.) y POZO (ob. cit., p. 472). También ha sido sustentada por los Tribunales argentinos (SCNCom de 31 de julio de 2008 [INFOJUS. FA08070047]).

⁵⁸³ Esta opinión viene sosteniéndose desde CERRUTI AICARDI en adelante. El autor realiza la distinción con las pericias meramente informativas dispuestas en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, derogado hoy por el Código General del Proceso uruguayo (CERRUTI AICARDI, ob. cit., p. 107).

⁵⁸⁴ A modo de ejemplo véase la sentencia de la Suprema Corte de Justicia uruguaya, n° 312, de 20 de agosto de 1999 (*La Justicia Uruguaya*, t. 121 [2000], 13. 872).

⁵⁸⁵ STIGLITZ - STIGLITZ, *Derecho de seguros*, t. IV, pp. 211 y 212; HALPERIN, *Seguros...*, pp. 180 a 182 y MORANDI, *Estudios...*, pp. 379 a 381.

⁵⁸⁶ A vía de ejemplo, véase la SCNCom, sala B, del 6 de diciembre de 2003 y los fallos allí relacionados (LL. B/2003).

⁵⁸⁷ POZO critica la interpretación dada a la norma en el entendido que ello conlleva a una automatización de la función del juez que viene obligado a fallar en función del dictamen de los peritos, aviniéndose a una pasividad que resulta incompatible con su función (POZO, ob. cit., p. 473).

Finalmente el peritaje exigido por la norma crea otros inconvenientes.

La Ley no especifica ni regula su estatuto pero la fórmula plural utilizada sugiere que deberían ser más de uno. Sin embargo, en la práctica, suele designarse sólo uno.

Por otra parte, en caso de ser más de un perito, aparece la contrariedad respecto a la forma de adopción de la decisión: si lo hacen en forma unánime o por mayoría. En la jurisprudencia se han sostenido las dos posiciones, aunque parece mejor fundamentada aquella según la cual el dictamen pericial subsiste, incluso en discrepancia, pues la ley no exige la opinión coincidente. Por tanto, debería prevalecer la pericia del tercero que ofrezca mayores garantías⁵⁸⁸.

3. Nuestra posición

Es un hecho que ni el artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro, ni el artículo 5 de la Ley de Seguro argentina, ni el artículo 640 del Código de Comercio uruguayo exigen una relación de causalidad entre la omisión y el siniestro. La cuestión se comienza a plantear en la doctrina a partir de que el *Codice di Commercio* de 1807 incorpora un segundo párrafo que declara nulo el seguro, aun en el caso en que la reticencia, la falsa declaración o la diferencia no hubieran influido en el daño o en la pérdida del objeto asegurado.

Así las cosas, es claro que la correspondencia se reclama entre la omisión y el deber de declaración. De modo que, en nuestra opinión, los presupuestos que desencadenan los efectos sancionatorios de las declaraciones falsas, reticentes e inexactas en estos ordenamientos, se reducen a la relevancia y al conocimiento, siendo indiferente que lo omitido tenga relación directa con el siniestro.

⁵⁸⁸ STIGLITZ, *Derecho de seguros*, t. I, pp. 731 y 732; STIGLITZ - STIGLITZ, *Derecho de seguros*, t. IV, p. 214.

El ejemplo de la operación de apendicitis relacionado por FERNÁNDEZ, a nuestro entender no es el más indicado en la medida en que se trata de información generalmente irrelevante para el cálculo actuarial del asegurador. Pero a diferente conclusión llegaríamos si, a raíz de un accidente de tránsito en el que el asegurado pierde la vida, como consecuencia de politraumatismos, se descubre que faltó a la verdad al ser interrogado respecto al padecimiento de graves enfermedades cardíacas.

La verdadera cuestión, entonces, es si lo omitido y posteriormente develado, es capaz de modificar los cálculos actuariales del asegurador, convenciéndolo de cobrar una prima superior o hasta de no contratar en esas condiciones.

Fuera del argumento de la ausencia de precepto que requiera el nexo causal entre la omisión y el siniestro, que consideramos es un obstáculo insalvable, lo que nos convence es que el asegurador soportó un riesgo superior a cambio de una prima insuficiente.

En segundo lugar, respecto a los peritos en el Derecho uruguayo y argentino, entendemos que no debe confundirse la prueba constitutiva de los hechos que configuran la reticencia (el conocimiento de la enfermedad al momento de celebración del contrato, por ejemplo), con la prueba de la relevancia de la omisión de esos hechos sobre el juicio del asegurador (la decisión de no asegurar o hacerlo a cambio de una prima más elevada).

De modo de probar los hechos señalados en primer lugar, podrá recurrirse a cualquiera de los medios de prueba que ofrecen el Derecho procesal y el Derecho mercantil. La circunstancia señalada en segundo lugar, en cambio, sólo puede probarse con un medio de prueba: el juicio pericial.

La prueba de peritos es una carga para el asegurador pues es a él a quien interesa convencer a los Tribunales de que si hubiera conocido los hechos que se le ocultaron o se le declararon en forma inexacta, no habría contratado o la habría hecho a cambio de una prima mayor. Por tanto, si el asegurador no

produce ni ofrece esta prueba perjudicará su pretensión, salvo que los hechos demuestren que no haya nada que sujetar a pericia.

Tal vez el punto más interesante que sugiere la actuación de los peritos sea el del alcance de su actuación.

La primera de las interpretaciones relacionadas propone que la misma persona deba conocer los vericuetos jurídicos conceptuales expuestos y además, deba dominar la técnica actuarial de la producción del seguro como para poder juzgar si el asegurador hubiera o no asumido el riesgo de haberlo conocido.

La dificultad es obvia; difícilmente el juez conozca la técnica actuarial y es poco probable que el perito, pensando en un actuario de seguros, tenga suficientes estudios jurídicos sobre el contrato de seguro, la buena fe y el Derecho de contratos.

Entendemos que el problema se soluciona si los participantes juzgan la relevancia del hecho omitido u ocultado a la luz de la ciencia que dominan. El juez debería considerar las siguientes circunstancias: la forma y la autenticidad de la declaración, el momento en que se verificó la omisión, la inexactitud o la falsedad y el conocimiento del declarante y del asegurador. A partir de este análisis podrá juzgar la conducta del individuo y decidir si actuó con buena o con mala fe.

Los peritos, en cambio, deberían limitarse a considerar si el riesgo verdadero era o no era asegurable para ese asegurador en concreto, en ese momento y en ese lugar de contratación y en caso de serlo, a cambio de qué precio. Su fallo debería obligar al juez, sólo, en este aspecto.

De modo que puede suceder que los peritos determinen que el hecho omitido fue relevante para la apreciación del riesgo, pero el juez concluir que la circunstancia era desconocida para el tomador, o conocida para el asegurador, o que éste no fue diligente. En todos estos casos, o no hay reticencia o puede exonerarse al tomador de responsabilidad pese a que el hecho fue juzgado relevante por los peritos.

Capítulo segundo: La aplicación de la teoría de los vicios del consentimiento al contrato de seguros

El deber de declaración del riesgo tiene cabida dentro del tema de la responsabilidad de los individuos por sus acciones o por sus omisiones cuando con esas actitudes causan daño a otras personas. Y ello por cuanto la responsabilidad no es otra cosa que la solidaridad de la persona con sus propios actos⁵⁸⁹.

Podrá decirse que todo negocio jurídico implica riesgos, contingencia que habrá de asumirse como resultado natural del acto de responsabilidad que supone declarar algo a otra persona. No en vano BETTI enseñaba que toda la dialéctica del negocio jurídico se apoya en la contradicción entre la libertad anterior a la celebración del negocio jurídico y la autorresponsabilidad posterior.

En la antinomia referida ocupa un papel fundamental la finalidad social superior del negocio⁵⁹⁰. El problema de la ciencia jurídica consiste, precisamente, en determinar cuándo los riesgos superan la medida de justicia o la medida de la eficiencia económica⁵⁹¹.

En términos generales habrá vicio en la voluntad cuando el provocador logre que la víctima actúe creyendo en algo que no existe o bajo una circunstancia que no se da⁵⁹². Estos vicios suelen agruparse en dos categorías: los vicios de la declaración y los vicios de la voluntad o vicios del consentimiento.

Los vicios de la declaración incluyen todos los casos de divergencia - inconsciente o consciente - entre la voluntad real y

⁵⁸⁹ TRABUCCHI, ob. cit., pp. 9 y 12.

⁵⁹⁰ BETTI, ob. cit., pp. 141 y 142.

⁵⁹¹ PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico...*, t. VI, p. 242; PUIG BRUTAU, ob. cit., p. 76.

⁵⁹² QUIÑONERO CERVANTES, ob. cit., p. 349; CASTÁN TOBEÑAS, ob. cit., p. 382.

una voluntad hipotética, esto es, aquella que se habría manifestado en otras condiciones y sin la ausencia de vicios⁵⁹³.

En un segundo grupo se encuentran los vicios de la formación de la voluntad, también llamados vicios del consentimiento, donde se consideran el error, el dolo, la violencia y la lesión.

La teoría de los vicios del consentimiento viene siendo reconsiderada en virtud de la proliferación de los contratos de adhesión en donde se la utiliza especialmente para tutelar la integridad del consentimiento en la etapa precontractual⁵⁹⁴.

El consentimiento de una persona se vicia cuando la representación mental que se ha hecho de las obligaciones de la contraparte deforma su voluntad al punto de privarle de la libertad de saber y querer⁵⁹⁵.

Cuando se trata de analizar el deber precontractual de declaración de los riesgos en el contrato de seguro, es tradicional recurrir a la categoría de los vicios del consentimiento,

⁵⁹³ Los actos de declaración que pueden resultar viciados se dividen en directos o indirectos. Son directos cuando son recepticios y percibidos por las palabras, signos, hechos o silencios que, por los usos o por convención de las partes, permiten conocer un determinado contenido preceptivo a los interesados. Por el contrario, son indirectos cuando no tienen la función de hacer conocer el contenido de la cuestión, sino en forma deductiva, a partir de un indicio más o menos concluyente. El conocimiento deductivo puede ser tácito o presunto. Es tácito cuando el acto de declaración resulta de hechos incompatibles con la voluntad contraria. Es presunto cuando la ley ha previsto cierto suceso como antecedente necesario para que se reconozca la existencia de una obligación contractual. El elemento subjetivo del negocio jurídico se vicia cuando no existe voluntad hacia el acto. Esto sucede cuando el negocio jurídico es ejecutado por una persona en forma inconsciente o involuntaria, o como resultado de una voluntad inidónea o forzada. En estas situaciones la declaración habrá quedado reducida a una caparazón vacía de autonomía de voluntad cuyas consecuencias no pueden obligar al sujeto.

⁵⁹⁴ COLOMBO, "Il dolo nei contratti: idoneità del mezzo fraudolento e rilevanza della condotta del deceptus", *Rivista del Diritto commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*, año XCI, n° 5-6 (1993), p. 348.

⁵⁹⁵ PUIG BRUTAU, ob. cit., p. 73; MORALES MORENO, ob. cit., p. 636; CARRANZA, ob. cit., p. 28; Díez PICAZO, *Fundamentos de Derecho...*, p. 158.

fundamentalmente al dolo y al error, como forma de explicar las consecuencias de su infracción⁵⁹⁶. No obstante, también se entiende que las particularidades del contrato obligan a adecuar la teoría de los vicios del consentimiento por las siguientes razones:

En primer lugar, la declaración del solicitante es una declaración precontractual de ciencia y no de voluntad. Consecuentemente, no podría ser atacada por estos vicios⁵⁹⁷.

En segundo lugar, las legislaciones que regulan la reticencia dan cabida al error indirecto y al dolo incidental, circunstancia que no se compadece con los principios generales y que en el seguro se justifica en la necesidad de aumentar la tutela al asegurador⁵⁹⁸.

En tercer lugar, el reconocimiento de reticencias de buena fe, en las que se sancionan conductas donde no hay dolo ni culpa grave, no cumple el principal requisito del dolo vicio del consentimiento que es, justamente, el ánimo de defraudar.

⁵⁹⁶ Es la posición tradicional francesa, defendida, entre otros, por PLANIOL y RIPERT (*Tratado práctico...*, t. XI, p. 579) e IVANUS (ob. cit., p. 87) y seguida por numerosos autores. Entre los españoles sostienen esta posición CUÑAT EDO (“La función...”, pp. 127 y ss.) y RUÍZ MUÑOZ (ob. cit., pp. 16 y 17). De la misma forma lo hacen los italianos DE GREGORIO (ob. cit., pp. 66 a 69), SIMONETTO (ob. cit., pp. 262 y 263) y VISINTINI (“La reticenza nel contratto di assicurazione”, *Rivista di Diritto civile*, t. I [1971], p. 456).

Entre los uruguayos se encuentran MILLER ARTOLA (ob. cit., p. 76), PÉREZ IDEARTEGARAY (ob. cit., pp. 44 y 45) y CARRIÓN y MERLINSKI (ob. cit., p. 107). Los argentinos más destacados que podemos citar y que comparten esta postura son STIGLITZ (*Derecho de seguros*, t. I, p. 689) y FONTANARROSA (ob. cit., p. 99).

⁵⁹⁷ Esta circunstancia ha sido puesta de manifiesto por DONATI (*Trattato...*, v. II, p. 306); STIGLITZ (*Derecho de seguros*, t. I, p. 678), BATALLER GRAU (*El deber...*, p. 13); CERRUTI AICARDI (ob. cit., p. 111); HALPERIN (*Seguros...*, p. 149); RUBIO VICENTE (ob. cit., p. 45); SÁNCHEZ CALERO (“Deber de declaración del riesgo”, pp. 289 y 290); GARRIGUES (*Contrato...*, p. 89) y CUÑAT EDO (“La función...”, pp. 125 y 126).

⁵⁹⁸ RUBIO VICENTE, ob. cit., p. 44.

I. Dolo

En la época clásica del Derecho romano, el dolo no era un vicio del consentimiento como lo es hoy. Era un delito, una conducta antijurídica que por su gravedad se distinguía claramente de la mera negligencia o a la imprudencia⁵⁹⁹. Es que para los romanos, el dolo era la antítesis de la *fides*, considerada *la base de toda felicidad humana*⁶⁰⁰.

En tiempos de la República los romanos evolucionaron a una concepción objetiva, producto de la valorización de la *bona fides* y así entendieron el dolo como toda maniobra dirigida a agredir la buena fe⁶⁰¹.

Hoy el dolo se sigue conceptualizando, según lo enseñaron los romanos, de forma muy amplia como la conducta contraria a la buena fe (*fides bona contraria est fraudi et dolo*⁶⁰²), lo que no significa que dolo y mala fe sean sinónimos⁶⁰³.

A. Posiciones de la doctrina

Existen autores que consideran la reticencia como una sublimación del dolo incidental, esto es, un caso de silencio con el extraordinario poder de provocar un error relevante, habida cuenta de que el ordenamiento jurídico obliga al contratante a proporcionar determinada información a la otra parte⁶⁰⁴.

⁵⁹⁹ RIEG, *Le role de la volonté dans l'acte juridique en Droit civil française et allemand* (Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1961), p. 146.

⁶⁰⁰ DE LOS MOZOS, *El principio...*, p. 22 y nota 24.

⁶⁰¹ CARRANZA, ob. cit., p. 25.

⁶⁰² QUIÑONERO CERVANTES, ob. cit., p. 346, nota 4.

⁶⁰³ DE LOS MOZOS, *El principio...*, pp. 62 a 64.

⁶⁰⁴ VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti* (Padova, Casa Editrice Dot. Antonio Milani, 1972), pp.1 y 2; TRABUCCHI, ob. cit., p. 532; LEFORT, *Nouveau traité...*, p. 291; RIEG, ob. cit., pp. 153 y 158.

Quiere decir que esta conducta, que en la teoría general de los contratos no alcanzaría para provocar la nulidad del contrato⁶⁰⁵, en el caso del seguro tendría ese poder excepcional⁶⁰⁶.

La reticencia, por tanto, obedecería a un subtipo de dolo, denominado *dolo negativo u omisivo*, elevado a la categoría de vicio del consentimiento⁶⁰⁷ en razón del carácter aleatorio del contrato.

Dentro de esta posición se perciben dos corrientes. Por un lado existen quienes entienden que este dolo no requiere la intención del proponente de dañar y causar perjuicio al

⁶⁰⁵ El dolo produce la nulidad del contrato cuando afecta la causa, al punto de transformarse en la causa del contrato para el que lo comete, de tal modo que no habría existido convención de no haberse empleado estas maniobras (BÉDARRIDE, ob. cit., p. 24). Así, se distingue el dolo "*causante, principal o determinante*" del "*dolo incidental*", clasificación plasmada en el artículo 1270 del Código Civil español y, también, en el 1276 del uruguayo y que ha sido bastante criticada dada la dificultad de su aplicación (DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho...*, p. 172). El principal es aquél que inhibe toda contratación; la persona que lo sufre no habría contratado de haber tenido conocimiento de la realidad de las cosas. Es la máxima expresión de mala fe del contrayente y vicia la voluntad de la contraparte si se cumplen las condiciones legales (CARRANZA, ob. cit., pp. 44 y ss.). El vicio incidental, que es el que nos interesa, no inhibe la contratación. La persona de todas formas habría contratado aunque en otras condiciones. Afecta aquellos elementos que facilitan la conclusión del contrato en cuyo caso corresponde la reparación de los daños y perjuicios causados. Si se trata de definirlo, deberíamos hacerlo por contraposición al dolo principal. En este sentido, dolo incidental es aquella conducta ilícita que habiendo incidido en la convención causando daños y perjuicios, se sanciona con la obligación de indemnizar (PUIG BRUTAU, ob. cit., p. 96).

⁶⁰⁶ Comentando el Derecho italiano se destacan SALANDRA ("La malafede...", p. 291 y 292); ALTAVILLA ("Errore, reticenza...", p. 162); BIANCHI D'ESPINOSA ("La clausola di incontestabilità e la malafede dell'assicurato", *Assicurazioni*, año XXV, n° 3 y 4, [1958], p. 113); SIMONETTO (ob. cit., pp. 263 y 264) y PELAGGI (ob. cit., p. 243 y 244).

⁶⁰⁷ BÉDARRIDE, ob. cit., p. 43, STIGLITZ, *Derecho de seguros*, t. I, p. 234; QUIÑONERO CERVANTES, ob. cit., pp. 349 y ss.

asegurador⁶⁰⁸. Se trataría de un dolo genérico⁶⁰⁹. En otra postura, si se quiere más restrictiva y exigente, se encuentran quienes reclaman que el declarante sea consciente de que con su actitud provoca una falsa representación del riesgo⁶¹⁰.

Ambas doctrinas coinciden en que la reticencia es ilícita y por tanto capaz de anular el contrato cuando el silencio es voluntario y está dirigido a engañar al asegurador, afectando la causa contractual, aunque no le produzca un perjuicio efectivo y sin que para lograr el resultado se utilicen las maniobras características del dolo⁶¹¹. Lo que determina el vicio en el consentimiento del asegurador es el conocimiento de las circunstancias por parte del asegurado, de su relevancia y el silencio pérfido de las mismas⁶¹².

B. Condiciones de alegabilidad

La doctrina debate respecto de si los tribunales han de ponderar la preparación del sujeto burlado y su capacidad para advertir el artificio del que fue objeto. Se han sostenido dos posiciones.

Es posible utilizar un criterio objetivo para calificar el dolo, esto es, un punto de vista ceñido a los elementos configurativos del dolo e indiferente a la persona que ha sufrido el engaño. De otro lado, también se ha defendido la necesidad de verificar el resultado a la luz de la personalidad del engañado apelando, entonces, a un criterio subjetivo.

⁶⁰⁸ PERETTI GRIVA, ob. cit., p. 265; GASPERONI, *Assicurazioni private* (Padova, CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1972), p. 598; DE GREGORIO y FANELLI, loc. cit.

⁶⁰⁹ CRISCUOLI, ob. cit., p. 1.183.

⁶¹⁰ SCALFI, ob. cit., p. 130; BUTTARO, "In tema...", p. 752; GRISI, ob. cit., p. 746.

⁶¹¹ PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico...*, t. VI, p. 274; BÉDARRIDE, ob. cit., p. 173.

⁶¹² CASTELLANO, G., ob. cit., pp. 180 y 190; GASPERONI, *Assicurazioni...*, p. 737; IVANUS, ob. cit., p. 16.

La cuestión tiene bastante relevancia en el contrato de seguros debido a la disparidad existente entre las dos partes. Ya no se trata de un contrato celebrado entre dos profesionales. Actualmente es uno de los contratos en los que se percibe una mayor disparidad negocial entre las partes, producto de la profesionalidad del asegurador y la falta de pericia del consumidor⁶¹³.

Como muy acertadamente señala PUIG BRUTAU, hay situaciones que se resuelven fácilmente por su obviedad. Nos referimos a todos aquellos casos en que la trampa es apreciable por cualquier persona o aquellos otros en los que el engaño es imperceptible o tolerado por los usos y la moral (*dolus bonus*).

En realidad, las dificultades se producen en las situaciones intermedias para las cuales el autor prefiere analizar los hechos con un criterio subjetivo, medido de acuerdo a la diligencia de toda persona prudente⁶¹⁴.

C. Crítica

Las teorías expuestas se oponen al propósito del Derecho Civil de establecer reglas uniformes en materia contractual⁶¹⁵. En este sentido, se sostiene que la construcción clásica del dolo ofrece una solución para el caso de la reticencia en el seguro. Se trata del dolo *in contrahendo*.

En su acepción más general, el dolo *in contrahendo* es una calificación subjetiva que puede consistir tanto en una acción, como en una omisión, con tal de que el agente tenga la conciencia y la voluntad de producir un resultado antijurídico como es obtener el consentimiento por sorpresa⁶¹⁶. No obstante lo dicho,

⁶¹³ CALZADA CONDE, "El deber...", pp. 160 y 161.

⁶¹⁴ PUIG BRUTAU, ob. cit., pp. 97 y 98.

⁶¹⁵ PARDESSUS, ob. cit., p. 238.

⁶¹⁶ PUIG BRUTAU, ob. cit., p. 92; COLIN y CAPITANT, ob. cit., p. 575; DE LOS MOZOS, *El principio...*, p. 223.

este tipo de dolo sólo habrá de viciar el consentimiento en tanto y en cuanto alcance ciertas notas de ilicitud y suficiencia⁶¹⁷.

La magnitud del dolo *in contrahendo* se percibe claramente cuando nos enfrentamos a la maquinación, la estratagema y la mentira. Sin embargo, también puede existir una actitud dolosa en el puro silencio. Todos estos comportamientos son idóneos para sorprender la buena fe ajena, generalmente en beneficio propio y por ello repugnan al Derecho⁶¹⁸.

Sea cual sea el grado de elaboración del agente, el elemento que debe estar presente es la astucia dirigida a generar el error en otra persona sin que sea necesario un daño real⁶¹⁹. La previsión de este resultado, esto es, la representación mental de causar un perjuicio efectivo, es lo que califica al fraude⁶²⁰.

A este dolo se lo conoce como *dolus malus*⁶²¹. Vicia el consentimiento de la contraparte porque la induce en error y aunque no logre este objetivo, igualmente hay vicio porque somete la voluntad y priva a la persona de toda libertad⁶²².

Ahora bien, aun reconociendo en la reticencia un silencio potenciado y capaz de provocar errores relevantes, ni siquiera así, de acuerdo a la crítica, sería suficiente para anular el consentimiento. Los argumentos concretos son los siguientes:

En primer lugar, la reticencia no se ajustaría al concepto de dolo puesto que éste, concebido como palabras o maquinaciones, supone actividad. La reticencia, en cambio, es un hecho negativo; una abstención que no puede padecer las consecuencias del dolo

⁶¹⁷ PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico...*, t. VI, p. 272; BÉDARRIDE, ob. cit., p. 18.

⁶¹⁸ DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho...*, p. 170.

⁶¹⁹ BÉDARRIDE, ob. cit., p. 18.

⁶²⁰ CASTÁN TOBEÑAS, ob. cit., p. 160.

⁶²¹ CASTÁN TOBEÑAS, ob. cit., p. 388.

⁶²² MORALES MORENO, ob. cit., p. 636; CARRANZA, ob. cit., p. 28; PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico...*, t. VI, p. 270; PUIG BRUTAU, ob. cit., p. 92; COLIN y CAPITANT, ob. cit., p. 575; DE LOS MOZOS, *El principio...*, p. 223.

debido a que el legislador, para su definición ha tenido en cuenta sólo hechos positivos.

De modo de superar este obstáculo, otros autores prefieren definir el dolo como un artificio calificado, en cuyo caso se comprende el silencio⁶²³.

En segundo lugar, se ha señalado que la reticencia en el seguro no necesita de estas maquinaciones para producir los efectos previstos. Basta la conciencia y la voluntad de proponer un riesgo distinto al real, sin que sea necesario que el asegurador sufra un perjuicio efectivo⁶²⁴ y sin que el individuo pretenda distorsionar la apreciación del riesgo mediante la circunstancia que calla⁶²⁵.

De modo que la reticencia y la inexactitud en la declaración del riesgo han de encontrar otra explicación. Así, se sugiere que la mentira, la picardía o la estratagema sin astucia no viciarían el consentimiento pues se trataría de un engaño lícito que puede considerarse dentro de los márgenes de engaño aceptado por los criterios éticos tolerados por la ley, los usos y la moral⁶²⁶.

La simple afirmación de una noticia falsa, sin ánimo de defraudar, no es suficiente para calificar la conducta como dolosa pues falta el elemento subjetivo del engaño⁶²⁷. A este dolo se lo conoce como *dolus bonus*. BETTI entiende que el pícaro que calla y no desengaña a su contraparte sobre un error reconocible en que incurre, o no le suministra toda la información, según le es

⁶²³ PARELLA, “Riflesioni...”, pp. 195 y 196; PELAGGI, ob. cit., pp. 243 y 244. IVANUS recurre al proyecto del Código Civil francés y descubre que el dolo fue definido como un artificio (IVANUS, ob. cit., p. 11).

⁶²⁴ BUTTARO, “In tema...”, pp. 752 y 754; ALTAVILLA, “Errore, reticenza...”, p. 161; SOLIMANDO, ob. cit., p. 39; PERETTI GRIVA, ob. cit., p. 265; BIANCHI D’ESPINOSA, ob. cit., pp. 113 a 114; PELAGGI, ob. cit., p. 243; STEIDL, ob. cit., p. 44; GASPERONI, “Appunti sulla...”, pp. 129 y 130; MARTANO y MARIOTTI, ob. cit., p. 945.

⁶²⁵ VISINTINI, *La reticenza...*, p. 447.

⁶²⁶ DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho...*, p. 173.

⁶²⁷ TRABUCCHI, ob. cit., p. 522.

debido, provoca un *dolus bonus pasivo*. Así sucedería en la reticencia⁶²⁸.

II. Error

Existen autores que entienden que la regulación de la reticencia constituye un régimen especial de los vicios del consentimiento del asegurador pero, esta vez, fundado en el error⁶²⁹.

A. *Exposición teórica*

El error puede ser el resultado de una afirmación y también la consecuencia de un silencio inoportuno.

Si bien desde un punto de vista psicológico todo consentimiento fundado en un error es un consentimiento viciado, se hace necesario aplicar la teoría con un criterio transaccional que asegure la concordancia de las obligaciones asumidas con la voluntad real de las partes y que, a su vez, garantice la seguridad jurídica del negocio.

Habría error en el asegurador toda vez que el asegurado le haya hecho creer que el riesgo es menos gravoso de lo que es en realidad, o cuando provoque una percepción equivocada sobre alguna cuestión sustancial que altere sus cálculos actuariales. Quiere decir que la finalidad última del deber de declaración del riesgo, de acuerdo a esta posición, no es otra que evitar el error del asegurador⁶³⁰.

⁶²⁸ BETTI, ob. cit., p. 395.

⁶²⁹ Es la opinión de GARRIGUES (*Contrato...*, p. 94), RUÍZ MUÑOZ (ob. cit., pp. 16, 17 y 24 a 27), SOLER ALEU (ob. cit., p. 99), CUÑAT EDO (“La función...”, pp. 125, 126 y 129 a 131), DE GREGORIO (ob. cit., pp. 66 a 69), SIMONETTO (ob. cit., pp. 262 y 263), VISINTINI (“La reticenza...”, p. 456), GASPERONI (“La clausola...”, p. 103), LORDI (“Il termine per l’incontestabilità della polizza vita”, *Assicurazioni*, parte II, año III, t. XIV-XV [1936], p. 15), MEZZERA ÁLVAREZ (“Seguros. Generalidades”, p. 47), STIGLITZ (*Derecho de seguros*, t. I, p. 699) y LEFORT (*Nouveau traité...*, pp. 291 y 292); BRENES CORTES (“Algunas cuestiones...”, p. 1787).

⁶³⁰ RUBIO VICENTE, ob. cit., p. 41.

Entendemos que también cabría considerar aquí al error impropio u obstativo, esto es, aquél que sin viciar la voluntad, igualmente provoca error en la otra parte como resultado de una equivocada transmisión de la voluntad⁶³¹. Y ello en tanto el asegurador resulta igualmente perjudicado si el proponente del seguro es inconsciente de su error, cosa que sucede en el error impropio, error que consiste en la equivocada o inexacta creencia que sirve de presupuesto para la realización del acto jurídico y que implica creer verdadero lo que es falso o falso lo que es verdadero⁶³².

Quien padece este tipo de errores puede ser exonerado de responsabilidad si convence a la contraparte y al juez de la excusabilidad del error. Para juzgar la excusabilidad del error del declarante, debe tenerse presente que, cuanto mayor es el deber de conocimiento, tanto menor es la posibilidad de excusarse en la ignorancia, y tanto menor es en la otra parte la carga de advertir el error. El asegurador, por tanto, debe ser completamente inocente y resultar sorprendido por el error. No debe haber podido evitarlo empleando la diligencia media que corresponde a un asegurador, ni debe haber colaborado en el resultado. Va de suyo que tampoco debe haberlo conocido y pese a ello continuar el negocio. Si desobedece este postulado, habrá dolo⁶³³.

Se ha dicho que para alegar la excusabilidad del error el juez habrá de verificar si la persona conoce el contrato o acto que realiza y ello en tanto el ordenamiento no puede proteger al que ha padecido el error cuando no merece protección por su conducta negligente⁶³⁴.

⁶³¹ PUIG BRUTAU, ob. cit., p. 73; CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos*, p. 276.

⁶³² COLIN y CAPITANT, ob. cit., p. 565; PUIG BRUTAU, ob. cit., p. 81; DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho...*, p. 119; STIGLITZ, *Derecho se seguros*, t. I, pp. 233 y 690.

⁶³³ TRABUCCHI, ob. cit. pp. 388 y ss.; PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico...*, t. VI, pp. 239 y 245.

⁶³⁴ PUIG BRUTAU, ob. cit., p. 91; COLOMBO, ob. cit., p. 369.

Existen autores que entienden que en la diligencia debe apreciarse el acceso a la información y atenderse a las distintas condiciones de las personas. Así, debería exigirse mayor diligencia a los individuos con mejor preparación, que a quienes no están tan informados y negocian con un experto⁶³⁵.

En el seguro esta apreciación deberá observarse teniendo en cuenta que en los cálculos actuariales, el asegurador contempla los riesgos homogéneos padecidos por hombres genéricos. Las estadísticas no se confeccionan en función de hombres extraordinarios ni atendiendo a riesgos excepcionales⁶³⁶. Por tanto, la diligencia que cabe esperar del proponente del seguro es la diligencia del hombre común, porque ésta y no otra, es la prudencia que el asegurador debe tener presente.

Luego, el asegurador no puede haber colaborado en el error, aun sin mala fe, por ejemplo en los casos de excesiva confianza en la contraparte⁶³⁷. Por tanto, error inexcusable es aquél que hubiera podido y debido desvanecerse empleando la diligencia necesaria.

B. Condiciones de alegabilidad

El error ha de recaer sobre circunstancias básicas, esto es, circunstancias determinantes del supuesto de hecho tenido en cuenta por las partes al contratar. Si esta premisa se cumple, las partes, o por lo menos una de ellas, no alcanzará el resultado concreto que buscaba con el contrato.

Las condiciones de alegabilidad dependerán del tipo de seguro y serán distintas en función del elemento sobre el cual recaiga el error del asegurador.

Las legislaciones modernas responden al Derecho romano que distinguía entre el error *in negotio*, *in re*, *in persona* e *in*

⁶³⁵ DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho...*, p. 184; PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico...*, t. VI, p. 259.

⁶³⁶ BARBATO, *Culpa grave y dolo...*, p. 141.

⁶³⁷ DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho...*, p. 178.

causam (en la naturaleza, en el objeto, en la persona y en los motivos, respectivamente).

El error en el objeto se divide en error *in corpore, in substantia, in qualitate e in quantitate* (en la identidad, en la materia, en las cualidades secundarias y en la cantidad). Respecto de este error, se han dado dos interpretaciones a la palabra cosa o sustancia. Algunos autores restringen el concepto a la materia de la cual está compuesta la cosa. Otros, en cambio, extienden el término a toda cualidad cuya consideración haya sido la causa que decidió a la parte a contratar. La capacidad determinante de la cualidad (*cualidad sustancial*), puede variar de un sujeto a otro y será cuestión de apreciación judicial en el caso concreto⁶³⁸.

El error en la causa se encuentra toda vez que la misma sea falsa o inexistente. Las legislaciones acostumbran disponer que, en estos casos, la obligación y el contrato no produzcan ningún efecto.

En los contratos basados en la *fides*, como es el caso del seguro, el error sobre la persona es determinante⁶³⁹. Igualmente irreparable es el error sobre el objeto de la declaración que en el seguro reside en la asunción del riesgo. Todo dependerá del tipo de seguro. En el seguro de vida la edad es un dato sustancial, no obstante lo cual su declaración inexacta tampoco acarrea ni la resolución ni la nulidad inmediata del contrato desde que la mayoría de las legislaciones disponen la corrección de la prima de modo de ajustarla a la verdadera edad del individuo⁶⁴⁰. Otros errores, en cambio, son irrelevantes. Tal es el caso del domicilio del proponente del seguro.

⁶³⁸ PARDESSUS, ob. cit., p. 247; CASTÁN TOBEÑAS, ob. cit., pp. 382 y ss.; PUIG BRUTAU, ob. cit., pp. 83 y ss; COLIN y CAPITANT, ob. cit., pp. 568 a 571; PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico...*, t. VI, p. 250.

⁶³⁹ BETTI, ob. cit., pp. 366, 367 y 368.

⁶⁴⁰ LEFORT, *NOUVEAU traité...*, pp. 284, 285, 287 y 288.

C. Consecuencias

Hay autores que entienden que la consecuencia de todos los errores referidos en los párrafos anteriores es la nulidad⁶⁴¹. Para otros, en cambio, la consecuencia del error en la cosa y en la persona es la nulidad y el resultado del error en la causa es la inexistencia⁶⁴².

Se plantea, por tanto, la interesante polémica respecto de la existencia o no de errores que entrañen la inexistencia del acto y consecuentemente, el enfrentamiento entre las categorías de la nulidad y la inexistencia⁶⁴³.

Quienes niegan la categoría de la inexistencia, lo hacen fundados en la existencia del acto para el contratante cuyo consentimiento fue prestado válidamente. Además, afirman, la inexistencia no explica por qué no es necesaria la celebración de un nuevo contrato y basta su confirmación en todos aquellos casos en que las partes, percatándose del error, siguen adelante con su relación contractual⁶⁴⁴.

D. Crítica

La teoría del error enfrenta algunas dificultades para ajustarse al contrato de seguro.

En primer lugar, es un hecho que en aquellas legislaciones como la española, la argentina y la italiana, que permiten la rescisión del contrato o el ajuste de la prima al riesgo real en los casos de reticencia de buena fe, se produce un desacuerdo con el resultado ordinario del error, esto es, la nulidad⁶⁴⁵. En el caso del Código de Comercio uruguayo esto no sucede puesto que la sanción es la nulidad.

⁶⁴¹ PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico...*, t. VI, pp. 234 a 239.

⁶⁴² COLIN y CAPITANT, loc. cit.

⁶⁴³ MARTÍNEZ RUIZ, "Distinción entre acto nulo y acto inoponible", *Revista de Jurisprudencia Argentina*, t. IV (1943), pp. 338 y ss.

⁶⁴⁴ PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico...*, t. VI, pp. 235 y 239.

⁶⁴⁵ SARFATTI, ob. cit., p. 313.

En segundo lugar, se ha dicho que el régimen de reticencia establecido en los artículos 10 de la Ley de Contrato de Seguro española no sólo dan cabida al error esencial, esto es el que recae sobre los elementos directamente relacionados con la asunción del riesgo, sino también al error indirecto y que afecta elementos accesorios o secundarios, circunstancia que contraría los principios generales⁶⁴⁶. Esta apreciación es perfectamente trasladable al ordenamiento jurídico uruguayo y argentino.

En una posición conciliadora, hay autores que reducen los obstáculos observados a simples particularidades que se justificarían en la necesidad de adecuar el régimen común del error a un contrato donde los hechos determinantes de la causa sólo son conocidos por una de las partes. Así, concluyen, las características vistas no deben ser entendidas como un desajuste respecto del régimen general del error, sino como un ajuste del concepto al elemento riesgo que domina el contrato de seguro⁶⁴⁷.

III. Relación entre el dolo y el error

El dolo y el error están íntimamente relacionados al punto que en una primera aproximación pueden llegar a confundirse. Sin embargo, las diferencias son sustanciales.

La nulidad de los actos viciados por dolo supone la existencia de un error en el ánimo del que prestó el consentimiento. No obstante, lo que justifica la sanción es el dolo como fuente del error y no el error por sí solo⁶⁴⁸. Dicho en términos más sencillos, entre dolo y error hay una relación de causa y efecto.

⁶⁴⁶ RUBIO VICENTE, ob. cit., p. 42.

⁶⁴⁷ DE GREGORIO y FANELLI comentando el artículo 1892 del Código de Comercio italiano, explican que la modificación de la teoría del error como vicio del consentimiento sólo se aplica a la disciplina de la declaración del riesgo (ob. cit., p. 61). Es, también, la opinión de MORANDI comentando la Ley de Seguros argentina (*Estudios...*, p. 219).

⁶⁴⁸ PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico...*, t. VI, p. 270; TRABUCCHI, ob. cit., p. 312; HERBAULT, ob. cit., p. 254.

Además, el dolo solamente es causa de nulidad cuando el engaño ha sido efectivo⁶⁴⁹.

Ejemplos claros de dolo en materia de seguros son la sustitución de la persona en la visita médica, la falsificación de documentos o la colusión con el médico del asegurador. El error del asegurador no recae sobre la valoración del riesgo, sino sobre el riesgo mismo⁶⁵⁰.

Se comprende, por tanto, que son conceptos diferentes. El dolo es un acto antijurídico que merece una sanción, cosa que no sucede en el error. Por otra parte, en el dolo se valora la conducta del causante del engaño. En el error, en cambio, se presta atención a la formación del conocimiento de la parte equivocada, esto es, su colaboración en la equivocación⁶⁵¹.

Sobre este último aspecto vale la pena detenernos.

Tradicionalmente la doctrina ha entendido que el Derecho permite pequeñas mentiras, sea promocionando en exceso las bondades de la cosa, sea encareciéndola y hasta ocultando ciertos defectos siempre y cuando no sean graves⁶⁵².

El elogio exagerado, base de la publicidad, es perfectamente aplicable al seguro en tanto producto de mercado. Sin embargo, de un tiempo a esta parte observamos que estas ideas se están revisando puesto que la publicidad se confunde con el deber precontractual de información del asegurador, circunstancia que se pone de manifiesto en el artículo 182 del *Codice delle assicurazioni private* y en el artículo 104 y 105 del Real Decreto 2486/1988, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados en España. Esta norma requiere la mención a la

⁶⁴⁹ PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico...*, t. VI, p. 278.

⁶⁵⁰ SALANDRA, "La malafede...", p. 295.

⁶⁵¹ PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico...*, t. VI, p. 271; DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho...*, p. 172.

⁶⁵² PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico...*, t. VI, p. 272; BÉDARRIDE, ob. cit., p. 18; BETTI, ob. cit., p. 394; CARRANZA, ob. cit., p. 49.

Ley aplicable al contrato y a sus instancias de reclamación, el domicilio del asegurador y de su órgano de control, la definición de las garantías en el caso del seguro de vida y las opciones ofrecidas, la duración del contrato, las condiciones para su rescisión o resolución, el régimen de la prima, la participación en los beneficios, si fuere del caso, los valores de rescate y reducción y el derecho de arrepentimiento. El deber de información referido en el Derecho español se extiende durante toda la vida del contrato, pues así lo impone el artículo 60 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación de Supervisión de los Seguros Privados.

Así las cosas, sobre el asegurador pesa un deber de información hacia el interesado en asegurarse, cuya desobediencia puede viciar el consentimiento del tomador y ello por cuanto éste puede alegar haber celebrado el contrato equivocado en razón de la ausencia de información del asegurador⁶⁵³.

⁶⁵³ TIRADO SUÁREZ, “El seguro”, p. 102.

Capítulo tercero: Efectos de las declaraciones inexactas, falsas y reticentes

Las inexactitudes, falsedades y reticencias cometidas por el solicitante al momento de cumplir con la carga de declarar los riesgos, tienen ciertas consecuencias civiles y en algunos casos también penales que recibimos de larga data⁶⁵⁴. A estudiar unas y otras se dedica este tercer capítulo.

⁶⁵⁴ En este aspecto, la evolución de la codificación del siglo XIX ha sido la siguiente:

El *Code de Commerce* de 1807 refería a las consecuencias de las declaraciones reticentes y falsas en el artículo 348, en sede de seguros marítimos y lo hacía en los siguientes términos:

“Toute réticence, toute fausse déclaration de la part de l’assuré, toute différence entre le contrat d’assurance et le connaissance, qui diminueraient l’opinion du risque ou en changeraient le sujet, annullent l’assurance.

L’assurance est nulle, même dans le cas où la réticence, la fausse déclaration, ou la différence, n’auraient pas influé sur le dommage ou la perte de l’objet assuré”.

El *Codice di Commercio* de 1807, regulaba la reticencia en el artículo 348:

“Qualunque reticenza, qualunque falsa dichiarazione per parte dell’assicurato, qualunque differenza tra il contratto di assicurazione e la polizza di carico, che diminuissero l’idea del rischio o ne cangiassero el soggetto, rendono nulla l’assicurazione.

L’assicurazione è nulla anche nel caso in cui la reticenza, la falsa dichiarazione o la differenza no avessero influito sul danno o sulla perdita dell’oggetto assicurato”.

El Código de Comercio español de 1829 no mencionaba la reticencia pero regulaba las falsas declaraciones en los seguros marítimos, en el artículo 887:

“Siempre que por el conocimiento de las cosas aseguradas se hallare que el asegurado cometió falsedad á sabiendas en cualquiera de las cláusulas dé la poliza, se tendrá por nulo el seguro, observándose en cuanto á la inexactitud de la evaluacion de las mercaderías lo prescrito en el artículo 856”.

En el artículo 856 se establecía:

“La suscripción de la poliza induce presuncion legal de que los aseguradores reconocieron justa la evaluación hecha en ella.

Pero si hubiere habido fraude por parte del asegurado en la evaluacion de los efectos del seguro, serán admitidos los aseguradores á probarlo por el reconocimiento y justiprecio de estos, ó por las facturas ú otros medios legales de prueba; y resultando acreditado el fraude, se reducirá la responsabilidad al legítimo valor que tengan los efectos”.

I. Consecuencias en el contrato de seguro

A. Legislaciones basadas en la nulidad del contrato

1. Código de Comercio uruguayo, Ley de Seguros argentina y Marine Insurance Act de 1906

El artículo 640 del Código de Comercio uruguayo⁶⁵⁵, el artículo 5 de la Ley de Seguros argentina⁶⁵⁶ y el artículo 17 de la

El *Codice di Commercio* de 1865 establecía el régimen de la reticencia en el artículo 462, en sede de seguros en general:

“Qualunque reticenza o falsa dichiarazione per parte dell’ assicurato o differenza tra il contratto di assicurazione e la polizza di carico, che diminuisse l’opinione del rischio o ne cambiasse l’oggetto, rende nulla l’assicurazione.

L’assicurazione è nulla anche nel caso in cui la reticenza, la falsa dichiarazione o la differenza no avesse influito sul danno o sulla perdita della cosa assicurata”.

El *Codice di Commercio* de 1883, en la parte dedicada a los seguros en general, regulaba la reticencia en el artículo 429:

“Qualunque dichiarazione falsa od erronea, e qualunque reticenza di circostanze conosciute dall’assicurato, è causa di nullità dell’assicurazione, quando la dichiarazione o la reticenza sia di tale natura che l’assicuratore non avrebbe dato il suo consenso al contratto o non lo avrebbe dato alle medesime condizioni, se avesse conosciuto el vero stato delle cose.

L’assicurazione è nulla, sebbene la dichiarazione o la reticenza riguardi circostanze que in effetto non hanno influito sul danno o sulla perdita delle cose assicurate”.

El Código de Comercio español de 1885 establecía:

“Será nulo todo contrato de seguro:

1º Por la mala fe probada de alguna de las partes al tiempo de celebrarse el contrato.

2º Por la inexacta declaración del asegurado, aun hecha de buena fe, siempre que pueda incluir en la estimación de los riesgos.

3º Por la omisión u ocultación, por el asegurado, de hechos o circunstancias que hubieran podido influir en la celebración del contrato”.

⁶⁵⁵ El artículo 640 del Código de Comercio uruguayo dispone:

“Toda declaración falsa o toda reticencia de circunstancias conocidas del asegurado, aun hecha de buena fe, que a juicio de peritos hubiese impedido el contrato o modificado sus condiciones si el asegurador

Marine Insurance Act de 1906⁶⁵⁷, disponen que en caso de reticencias y falsas declaraciones el contrato de seguro sea nulo en todos los casos.

La solución es lógica cuando hay mala fe en la declaración. Sin embargo, no es fácil comprender la severidad de la sanción en caso de que el solicitante proceda de buena fe. En efecto, a pesar de que en la reticencia de buena fe no está presente la ilicitud que caracteriza el dolo, ni el error en la causa que califica el error determinante, de todas formas el contrato es nulo, o con más propiedad, anulable.

Tradicionalmente, la generalización de la nulidad se ha explicado en las razones siguientes.

En primer lugar, el riesgo que tuvo en cuenta el asegurador es siempre el mismo, exista buena o mala fe en la declaración del asegurado. Quiere decir que es injusto que el asegurador soporte las consecuencias de la reticencia, máxime si se tiene presente

hubiese sido cerciorado del verdadero estado de la cosa, hace nulo el seguro”.

⁶⁵⁶ La legislación argentina sobre reticencia está gobernada en dos artículos:

Reticencia: Concepto

Art. 5. Toda declaración falsa o toda reticencia de circunstancias conocidas por el asegurado, aun hechas de buena fe, que a juicio de peritos hubiese impedido el contrato o modificado sus condiciones si el asegurador hubiese sido cerciorado del verdadero estado del riesgo, hace nulo el contrato.

Plazo para Impugnar

El asegurador debe impugnar el contrato dentro de los tres meses de haber conocido la reticencia o falsedad

⁶⁵⁷ En el Derecho inglés, la reticencia (*misrepresentation*) y la falsa declaración (*non disclosure*), están previstas en la *Marine Insurance Act* de 1906. El fundamento del deber de declaración exacta del riesgo se encuentra relacionado en el artículo 17 de la norma. La misma declara:

“Insurance is uberrimæ fidei.

A contract of marine insurance is a contract based upon the utmost good faith, and, if the utmost good faith be not observed by either party, the contract may be avoided by the other party”.

que ello es el resultado del incumplimiento de un deber asumido y que la intención del tomador es de muy difícil constatación⁶⁵⁸.

En segundo lugar, haya o no mala fe, de todas maneras se ha resentido el consentimiento del asegurador⁶⁵⁹.

En tercer lugar, se ha dicho que de admitir otra solución se subvertiría el orden lógico que impone la técnica del seguro – resumido en el dogma *el proponente declara y la compañía juzga* – y se ampararían conductas dolosas⁶⁶⁰.

Se ha observado que estas explicaciones no son suficientes para justificar lo que se entiende un error de apreciación y técnica legislativa. Por tanto, se reclama que el precepto distinga cada una de las hipótesis de reticencia y sus correspondientes efectos⁶⁶¹.

2. Valoración de la conducta del tomador

Los artículos 666 y 667 del Código de Comercio uruguayo disponen que se tenga presente la conducta del tomador del seguro. Vemos aquí que la buena fe del tomador opera como un ajuste al artículo 640 que ayuda a matizar la severidad de la sanción⁶⁶².

Así, en el caso de probarse la mala fe, el asegurador se ve liberado de pagar la indemnización y conserva las primas pagadas (artículo 667), sin perjuicio de la acción criminal a que pueda haber lugar. Por el contrario, si el asegurado ha obrado de buena fe corresponde la devolución de la totalidad de las primas

⁶⁵⁸ GARRIDO Y COMAS, “La reticencia del asegurado y sus efectos en el contrato de seguro”, *Revista jurídica de Cataluña*, nº 1 (1952), p. 26; DE JUIRAZAR, ob. cit., p. 602.

⁶⁵⁹ RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, loc. cit.

⁶⁶⁰ GARRIDO Y COMAS, “La reticencia...”, p. 27.

⁶⁶¹ STIGLITZ, *Derecho de seguros*, t. I, pp. XIV y XVIII.

⁶⁶² HALPERIN, “El Juez y la aplicación del contrato de seguro”, *Revista de Derecho comercial y de las obligaciones*, nº 13 a 18, año 3 (Buenos Aires, Depalma, 1970), p. 5.

abonadas o la parte del premio que haya recibido el asegurador, hasta la suma concurrente de los riesgos que no haya corrido (artículo 666).

Luego, si el fraude se comete al declarar el valor de la cosa asegurada, el artículo 661.2 del Código de Comercio uruguayo condena al asegurado a pagar al asegurador el doble del premio estipulado, sin perjuicio de que el valor declarado se reduzca al verdadero valor de la cosa asegurada.

En el caso del Derecho argentino, la conducta del proponente se tiene en cuenta en el reajuste previsto en los artículos 6 y 7 de la Ley de Seguros y también en el artículo 8, en lo que refiere a los efectos de la reticencia.

B. Legislaciones basadas en la rescisión o en la resolución del contrato

1. Ley de Contrato de Seguro española

El artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro contempla la conducta del tomador en dos oportunidades dependiendo del momento en que el asegurador conoce el verdadero riesgo: antes de que ocurra el siniestro y en el momento de la producción del siniestro.

Para el primer caso, la Ley confiere al asegurador el derecho a rescindir el contrato y conservar las primas en curso, siempre y cuando envíe una notificación al tomador del seguro dentro del plazo de un mes contado a partir del día en que conoció la reserva o inexactitud.

Si el siniestro ocurre antes del envío de esta notificación, la prestación se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que hubiese correspondido aplicar de haber conocido la verdadera entidad del riesgo.

Si medió dolo o culpa grave del tomador, el asegurador queda liberado de su obligación de cumplir la prestación.

2. Código Civile

Los artículos 1892 y 1893 del *Codice Civile* sancionan con la anulabilidad del contrato al tomador que actuó con dolo o culpa grave, permitiendo al asegurador conservar el premio íntegro. Si el tomador actuó de buena fe, el asegurador puede resolver el contrato.

3. Ley de Seguros belga

La Ley de seguros belga del 25 de junio de 1992 discrimina según el declarante haya informado el riesgo defectuosamente, con o sin intención de defraudar al asegurador.

En el primer caso el contrato será nulo; en el segundo, en cambio, será válido y se puede revisar. Corresponde la rescisión del contrato cuando el asegurador puede probar que de haber conocido el verdadero estado del riesgo no habría contratado⁶⁶³.

⁶⁶³ Los artículos 6 y 7 de la Ley belga citada disponen:

“Article 6: Omission ou inexactitude intentionnelles.

Lorsque l’omission ou l’inexactitude intentionnelles dans la déclaration induisent l’assureur en erreur sur les éléments d’appréciation du risque, le contrat d’assurance est nul.

Les primes échues jusqu’au moment où l’assureur a eu connaissance de l’omission ou de l’inexactitude intentionnelles lui sont dues.

Article 7: Omission ou inexactitude non intentionnelles

1er. – Lorsque l’omission ou l’inexactitude dans la déclaration ne sont pas intentionnelles, le contrat n’est pas nul.

L’assureur propose, dans le délai d’un mois à compter du jour où il a eu connaissance de l’omission ou de l’inexactitude, la modification du contrat avec effet au jour où il a eu connaissance de l’omission ou de l’inexactitude.

Si l’assureur apporte la preuve qu’il n’aurait en aucun cas assuré le risque, il peut résilier le contrat dans le même délai.

Si la proposition de modification du contrat est refusée par le preneur d’assurance ou si, au terme d’un délai d’un mois à compter de la réception de cette proposition, cette dernière n’est pas acceptée, l’assureur peut résilier le contrat dans les quinze jours.

L’assureur qui n’a pas résilié le contrat ni proposé sa modification dans les délais indiqués ci-dessus ne peut plus se prévaloir à l’avenir des faits qui lui sont connus.

4. Code des assurances

El artículo L. 113-8 del *Code des assurances* dispone que el contrato de seguro es nulo si el asegurado obró de mala fe. En tal caso el asegurador tiene derecho a cobrar los premios vencidos⁶⁶⁴.

Si obró de buena fe la solución será distinta según que el conocimiento de la reticencia o inexactitud sea anterior o posterior al siniestro. Si es anterior, al asegurador le corresponde elegir entre aumentar el premio y conservar el contrato o

2. – *Si l'omission ou la déclaration inexacte ne peut être reprochée au preneur d'assurance et si un sinistre survient avant que la modification du contrat ou la résiliation ait pris effet, l'assureur doit fournir la prestation convenue.*

3. – *Si l'omission ou la déclaration inexacte peut être reprochée au preneur d'assurance et si un sinistre survient avant que la modification du contrat ou la résiliation ait pris effet, l'assureur n'est tenu de fournir une prestation que selon le rapport entre la prime payée et la prime que le preneur d'assurance aurait dû payer s'il avait régulièrement déclaré le risque.*

Toutefois, si lors d'un sinistre, l'assureur apporte la preuve qu'il n'aurait en aucun cas assuré le risque dont la nature réelle est révélée par le sinistre, sa prestation est limitée au remboursement de la totalité des primes payées.

4. – *Si une circonstance inconnue des deux parties lors de la conclusion du contrat vient à être connue en cours d'exécution de celui-ci, il est fait application de l'article 25 ou de l'article 26 suivant que ladite circonstance constitue une diminution ou une aggravation du risque assuré”.*

⁶⁶⁴ La norma francesa referida dispone:

“Indépendamment des causes ordinaires de nullité, et sous réserve des dispositions de l'article L. 132-26, le contrat d'assurance est nul en cas de réticence ou de fausse déclaration intentionnelle de la part de l'assuré, quand cette réticence ou cette fausse déclaration change l'objet du risque ou en diminue l'opinion pour l'assureur, alors même que le risque omis ou dénaturé par l'assuré a été sans influence sur le sinistre.

Les primes payées demeurent alors acquises à l'assureur, qui a droit au paiement de toutes les primes échues à titre de dommages et intérêts.

Les dispositions du second alinéa du présent article ne sont pas applicables aux assurances sur la vie”.

rescindirlo. Si el defecto se conoce luego del siniestro, la indemnización se reduce proporcionalmente⁶⁶⁵.

C. Alcance de los efectos

1. Sistemas que no permiten la conservación del contrato

a. Ley de contrato de seguro española

El legislador español de la Ley de Contrato de Seguro derogó el artículo 381 del Código de Comercio de 1885, norma que generalizaba la sanción de nulidad para todos los casos de ocultación y declaraciones inexactas y omisas sobre circunstancias capaces de influir sobre el riesgo, aun de buena fe, en el entendido de que era excesivamente severa y que no se ajustaba, además, a la práctica de los aseguradores⁶⁶⁶. Por lo

⁶⁶⁵ Estas consecuencias están dispuestas en el artículo L 113-9 del *Code des assurances*, en la redacción dada por la Ley del 31 de diciembre de 1989. La norma dispone:

“L’omission ou la déclaration inexacte de la part de l’assuré dont la mauvaise foi n’est pas établie n’entraîne pas la nullité de l’assurance.

Si elle est constatée avant tout sinistre, l’assureur a le droit soit de maintenir le contrat, moyennant une augmentation de prime acceptée par l’assuré, soit de résilier le contrat dix jours après notification adressée à l’assuré par lettre recommandée, en restituant la portion de la prime payée pour le temps où l’assurance ne court plus.

Dans le cas où la constatation n’a lieu qu’après un sinistre, l’indemnité est réduite en proportion du taux des primes payées par rapport au taux des primes qui auraient été dues, si les risques avaient été complètement et exactement déclarés”.

⁶⁶⁶ La norma española, hoy derogada, establecía:

“Será nulo todo contrato de seguro:

1º Por la mala fe probada de alguna de las partes al tiempo de celebrarse el contrato.

2º Por la inexacta declaración del asegurado, aun hecha de buena fe, siempre que pueda influir en la estimación de los riesgos.

3º Por la omisión u ocultación, por el asegurado, de hechos o circunstancias que hubieran podido influir en la celebración del contrato”.

demás, los aseguradores acostumbraban suavizar los efectos del precepto legal, originando graves problemas interpretativos a los tribunales.

En su día la doctrina española celebró la derogación del artículo 381 por ciertos motivos que nos interesan particularmente, en tanto la solución derogada es la que actualmente rige en el artículo 640 del Código de Comercio uruguayo.

El primero de los motivos de celebración refiere a la falta de previsión de un deber de investigación por parte del asegurador en la norma derogada, ausencia que supondría que todo el peso de la responsabilidad pesaría sobre el tomador o sobre el asegurado. El segundo atiende a la ineficiencia e injusticia que ocasionaría obligar al tomador o asegurado a declarar el riesgo en forma espontánea con todos los inconvenientes que ello implica para los futuros contratantes. Por último, la tercera consecuencia desventajosa del régimen derogado refiere a la generalización de la sanción, a la que estamos haciendo referencia en este apartado, generalización que no se comprendería cuando el proponente del seguro se conduce de buena fe⁶⁶⁷.

Con un espíritu radicalmente distinto, el artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro española atiende al móvil del declarante antes de celebrarse el contrato y después de verificado el siniestro. Quiere decir que se constata un cambio importante en la legislación y ello pues, de un sistema netamente objetivo, que no contemplaba la buena o la mala fe del tomador, se pasa a un

SÁNCHEZ CALERO observa que el Código de Comercio español derogado, curiosamente, en la sección dedicada al seguro marítimo era mucho más progresivo pues distinguía entre los supuestos de dolo (“falsedad a sabiendas”) y los casos de buena fe (SÁNCHEZ CALERO, “Conclusión, documentación, contenido del contrato”, pp. 296 y 297).

⁶⁶⁷ RUBIO VICENTE, ob. cit., p. 28; CUÑAT EDO, “La función...”, pp. 125 y 131; CALZADA CONDE, “El deber...”, p. 164 y BATALLER GRAU, *El deber...*, p. 11.

sistema subjetivo o por lo menos mixto⁶⁶⁸, circunstancia que no ha pasado inadvertida al Tribunal Supremo español⁶⁶⁹.

En la legislación actual, si el asegurador prueba acabadamente la mala fe del proponente del seguro queda legítimamente liberado de su obligación de pagar la indemnización y conserva las primas pagadas. Resulta interesante que en los documentos originales de la Ley de Contrato de Seguro se contemplaba la posibilidad de mantener la obligación del asegurador, pese a existir dolo en el comportamiento del tomador del seguro. La solución final fue muy discutida⁶⁷⁰.

En caso de operar la rescisión del contrato, la Ley de Contrato de seguro establece las consecuencias en función del momento en que el asegurador conozca el verdadero estado del riesgo.

En primer lugar, si la reserva o la inexactitud son detectadas antes de la verificación del siniestro, el asegurador debe manifestar su voluntad de rescindir el contrato mediante declaración dirigida al tomador del seguro dentro del plazo de un mes contado desde su conocimiento. La Ley no exige que la comunicación se realice por escrito. Resulta admisible, por tanto, que se efectúe de otra manera aunque, claro está, las dificultades probatorias tornan difícil evitar la forma escrita.

⁶⁶⁸ RUBIO VICENTE, ob. cit., p. 38.

⁶⁶⁹ STS de 1 de junio de 2006 (R.J. 3064); STS de 3 de mayo del 2006 (R.J. 4070); STS de 24 de noviembre de 2006 (R.J. 7895); STS del 24 de marzo del 2006 (R.J. 1821).

⁶⁷⁰ SOTILLO MARTÍ recuerda el debate parlamentario respecto de este artículo y señala que el artículo 19 de la Ley fue objeto de profundas modificaciones. En primer lugar, se suprimió la posibilidad de que el asegurador se comprometiera convencionalmente a pagar la indemnización en el caso de culpa grave del asegurado. En segundo lugar, se eliminó toda mención de que, en el supuesto de culpa leve del asegurado o de dolo o culpa de las personas de que éste es civilmente responsable, subsistiera la obligación del asegurador. No obstante, a criterio del autor, ninguno de estos temas están prohibidos por el texto resultante por lo que podría establecerse un pacto en este sentido. Sólo la mala fe del asegurado excluiría la indemnización (SOTILLO MARTÍ, ob. cit., pp. 1307 y 1309).

El plazo de un mes es un plazo de caducidad. Quiere decir que si transcurre sin que el asegurador haga uso de su facultad rescisoria, ya no podrá hacerlo⁶⁷¹.

Como consecuencia de esta rescisión, el asegurador conserva las primas por las cuales asumió los riesgos quedando obligado a restituir aquéllas no consumidas. Sólo perderá el derecho a conservar las primas del período en curso si obró con dolo o con culpa grave. Lógicamente no deberá ninguna indemnización porque, en esta hipótesis, el siniestro no se habrá verificado.

Se ha criticado la utilización del término *rescisión* en este artículo 10 de la Ley, en tanto se entiende que lo que en realidad ha querido conferir el legislador es una facultad de denuncia o de desistimiento, que resuelve el contrato por incumplimiento del deber precontractual de declaración del riesgo y consecuentemente, extingue la relación obligacional⁶⁷².

La sustitución de este vocablo por *resolución*, es una de las modificaciones que se pretenden en el artículo 591-9 de la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, de 17 de junio de 2013. Asimismo, para el caso de los seguros marítimos, el artículo 424 del Proyecto de Ley de Navegación Marítima, de 22 de noviembre de 2013, que establece la misma solución, refiere a la resolución del contrato.

En segundo lugar, la Ley de Contrato de Seguro contempla la posibilidad por la cual el asegurador conoce la reserva o la inexactitud a raíz del siniestro. En este caso se aplica el principio

⁶⁷¹ RUBIO VICENTE, ob. cit., p. 114; SÁNCHEZ CALERO, “Deber de declaración del riesgo”, p. 300.

⁶⁷² La tesis de la resolución por incumplimiento ha tenido singular éxito gracias a la solidez de los juristas que la han defendido. Entre los españoles se destaca SÁNCHEZ CALERO (“Deber de declaración del riesgo”, pp. 299 y 300). Entre los italianos corresponde citar a MORAGLIA (“L’art. 429 del Cod. di commercio”, *Assicurazioni*, p. I [1937] pp. 43 y 44). En Uruguay esta tesis ha sido defendida por CERRUTI AICARDI (ob. cit., pp. 106 y 113) y en la Argentina por MORANDI (*Estudios...*, p. 247).

de adecuación de la prima al riesgo real y como consecuencia se reduce la indemnización proporcionalmente con el fin de mantener el sinalagma del contrato. A priori parecería que esta operación es estrictamente matemática. No obstante, el Tribunal Supremo se ha manifestado contrario a aplicar criterios de esta naturaleza en todos los supuestos, en tanto, en algunos casos ha ponderado también la equidad⁶⁷³.

Evidentemente el sistema es mucho más beneficioso para el tomador que el artículo 381 del Código de Comercio derogado. El asegurador se libera de pagar la prestación sólo si prueba el dolo del tomador. En caso contrario, antes de ocurrir el siniestro, el asegurador podrá resolver el contrato y luego de ocurrido podrá restablecer el equilibrio en las condiciones del contrato, equilibrio que debió existir desde sus inicios pero que no se produjo por la declaración defectuosa del tomador⁶⁷⁴. Sin embargo, la Ley no contempla la posibilidad de conservar el contrato lo que parece no convencer a cierta doctrina española, doctrina que se ve reflejada en la redacción del artículo 11.2 del Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro, de 8 de abril de 2011. La norma proyectada ofrecería una solución alternativa según la cual el asegurador podría, en lugar de resolver el contrato, proponer una modificación, sea en la prima o sea en otras condiciones, de modo de mantener la relación contractual. Si su propuesta no es aceptada dentro del mes contado del conocimiento de la reserva o inexactitud, el contrato se resolvería automáticamente, cuestión que entraña sus dificultades.

No obstante lo dicho, la solución alternativa referida parece no convencer y ello en tanto la opción no ha sido reproducida en el artículo 591-9 de la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, de 17 de junio de 2013.

⁶⁷³ STS de 1 de junio de 2006 (R.J. 3064).

⁶⁷⁴ GARRIDO Y COMAS, *Tratado...*, t. I, v. I, p. 81; CALZADA CONDE, “El deber...”, p. 159.

b. Codice Civile

El artículo 1893 del *Codice Civile* faculta al asegurador a rescindir el contrato o a reducir la indemnización en proporción a la diferencia entre la prima pagada y la que debería haber correspondido. No existe, en cambio, la posibilidad de continuar con el vínculo contractual ajustando la prima lo cual es coherente con la falta de previsión respecto a su derecho de rescindir el contrato si pudiera demostrar que de haber conocido el riesgo, en toda su magnitud, no habría contratado⁶⁷⁵.

c. Código de Comercio uruguayo

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 640 del Código de Comercio uruguayo, el consentimiento viciado del asegurador siempre provoca la nulidad del contrato, a condición de que se haya cumplido con la probanza pericial obligatoria. De modo que la prueba de los hechos configurativos de la reticencia no es suficiente para provocar la nulidad. Hará falta, además, el fallo de los peritos, acreditando que el asegurador no habría contratado o lo habría hecho a cambio de otro precio, si hubiese sido anoticiado del verdadero estado del riesgo.

La nulidad protege los intereses del asegurador haciendo posible, mediante una ficción, que las cosas vuelvan al estado anterior a la declaración del proponente del seguro, como si la causa que determinó la reticencia nunca se hubiera producido. Esto es así porque el Derecho, como fenómeno esencialmente social que es, se interesa, no tanto por el declarante, como por los terceros receptores de esa declaración⁶⁷⁶.

La sustitución de la persona en la visita médica, la falsificación de documentos o la colusión con el médico del

⁶⁷⁵ ANTONUCCI, ob. cit., p. 86 y ss.; BIN, “Informazione e contratto di assicurazione”, *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, n° 3, año XLVII (1993), pp. 727 y ss.; FIORENTINO, “La descrizione del rischio nella assicurazioni secondo el Codice Civile”, *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, v. XLII, p. I (1944), pp. 136 y ss. y, también, en “La descrizione...”, p. 50; BUTTARO, “In tema...”, ob. cit. p. 730; VISINTINI, “La reticenza...”, pp. 423 y ss.

⁶⁷⁶ TRABUCCHI, ob. cit., p. 31.

asegurador, si estos hechos se pueden probar, son conductas que tradicionalmente se han castigado con la nulidad del contrato. Se trata de hipótesis en las cuales la nulidad se justifica plenamente pues el asegurador asume un riesgo diferente de aquél que creía asumir. El error del asegurador no recae sobre la valoración del riesgo, sino sobre el riesgo mismo⁶⁷⁷.

Habría culpa grave, en cambio, cuando el proponente se comporte de forma absoluta e inexcusablemente negligente, faltando al deber de estudio del cuestionario o al deber de conocer el verdadero estado de las cosas, si ello convenía a una persona prudente. No obstante la notable diferencia, el efecto es el mismo.

Los defensores de la tesis de la nulidad explican que la consecuencia de la reticencia sería el resultado de la aplicación de la teoría de los vicios del consentimiento (dolo o error calificado), con la particularidad de que al efecto natural de la nulidad, que implica la reconstrucción de las cosas al estado anterior, se suma el derecho del asegurador a conservar las primas pagadas como forma de sancionar un acto ilícito⁶⁷⁸.

En atención al papel que juega actualmente la legislación protectora de los derechos del consumidor y usuario del seguro, puede entenderse que una interpretación tan severa del principio de buena fe conduce a equívocos⁶⁷⁹ y vuelve obsoletos los sistemas que no contemplan otra solución alternativa, como el uruguayo⁶⁸⁰.

⁶⁷⁷ IVANUS, ob. cit., p. 31; PERETTI GRIVA, ob. cit., p. 266; SOLIMANDO, ob. cit., p. 41; MARTANO y MARIOTTI, ob. cit., p. 946; BUTTARO, "In tema...", pp. 745, 746 y 747; SALANDRA, "Le dichiarazioni...", p. 11 y también en "La malafede...", p. 295; GASPERONI, "La clausola...", p. 100.

⁶⁷⁸ PLANIOL y RIPERT, *Tratado...*, v. VI, p. 271; MILLER ARTOLA, ob. cit., p. 75.

⁶⁷⁹ VEIGA COPO, *Tratado...*, p. 63.

⁶⁸⁰ SCHIAVO, ob. cit., p. 64; LÓPEZ SAAVEDRA, "Seguros marítimos: la reticencia en el Derecho argentino y la Marine Insurance Act 1906", *La Ley*, t. C (1993), pp. 710 y ss.

Los detractores de la teoría de la nulidad observan que los sistemas objetivos, aquellos que no se preocupan de ponderar la conducta del agente y que se limitan a ordenar la nulidad del contrato sin más, en realidad no permiten una completa reconstrucción de la situación. Es obvio que el asegurador no debe abonar la prestación pero, sin embargo, conserva las primas pagadas por el tomador⁶⁸¹.

Además, afirman, los casos de reticencia de buena fe no podrían fundarse en el dolo y determinar la nulidad del vínculo, porque en la ignorancia - sea de la circunstancia omitida o sea de su relevancia - no hay ilicitud; ésta no se justificaría por las más elementales razones de equidad⁶⁸².

Finalmente, hoy se insiste en que la idea de equiparar las consecuencias del dolo, la culpa y la mala fe, como se proponía hace ya años⁶⁸³, está superada. Antes bien, la doctrina y legislación parecen ir en dirección contraria de modo de rescatar sus diferencias ontológicas y tratar de forma diversa el dolo y la culpa grave, aun cuando formen parte de la categoría más amplia de la mala fe⁶⁸⁴. El tratamiento indiferenciado de estas ideas, se concluye, puede conducir a admitir como regla la existencia de dolo sin tener en cuenta la verdadera intención del tomador⁶⁸⁵.

En alguna medida es cierto que la sanción impuesta a la culpa grave, hoy en día resulta exagerada puesto que por el perfeccionamiento de la técnica actuarial el comportamiento de los asegurados no amenaza la solvencia de los aseguradores como

⁶⁸¹ HERBAULT, ob. cit., p. 252.

⁶⁸² RUBIO VICENTE, ob. cit., pp. 31 y 39, nota n° 12; HALPERIN, "El Juez...", p. 6.

⁶⁸³ GASPERONI, "Appunti...", p. 130, nota 1.

⁶⁸⁴ STIGLITZ, *Derecho se seguros*, t. I, p. 317 y t. II, p. 57; BARBATO, *Culpa grave y dolo...*, p. 37.

⁶⁸⁵ ALONSO SOTO, *El seguro de la culpa* (Madrid, Montecorvo, 1977), p. 286.

lo hacía en otras épocas. Por esta razón, en algunos casos, el rigor de la sanción que equipara dolo a culpa grave ya no se justifica⁶⁸⁶.

Pero además hay otra razón que a nuestro entender es contundente a favor de la tesis de la anulabilidad. Producida la reticencia no hay una declaración de oficio, ni mucho menos los efectos de la reticencia proceden de pleno Derecho⁶⁸⁷.

Por estos argumentos, esta posición postula que las normas comentadas refieren no a casos de nulidad, sino a casos de anulabilidad; el contrato de seguro es válido en tanto tiene todos sus elementos esenciales, pero padece un error. De modo que, provisoriamente, y hasta tanto no se demande su anulación, surtirá todos sus efectos⁶⁸⁸.

2. Sistemas que permiten la conservación del contrato

Las legislaciones que permiten la revisión de los términos contractuales en caso de reticencia de buena fe reconocen que no puede existir vicio capaz de producir la nulidad del contrato. No se trata de error propio, ni de dolo principal o determinante, sino

⁶⁸⁶ CALZADA CONDE, "El deber...", p. 165.

⁶⁸⁷ DE JUIRAZAR, ob. cit., p. 597.

⁶⁸⁸ Comentando el *Codice di Commercio* de 1883, cuyo artículo 429 era muy similar al 640 del uruguayo, se pronuncian a favor de la anulabilidad: DE GREGORIO (ob. cit., pp. 66 y 69), SALANDRA ("Le dichiarazioni...", p. 5 a 7 y, también, en "La malafede...", p. 289), BUTTARO ("Contratto di ...", p. 484) y GASPERONI ("La clausola...", p. 99 y, también, en "Appunti...", p. 124). Comentando el Derecho francés, HERBAULT entendía que la reticencia es un caso de nulidad relativa o anulabilidad fundado en el error del asegurador (HERBAULT, ob. cit., pp. 252 y 254). Finalmente, en lo que respecta al Derecho argentino, es la posición defendida por BARBATO al explicar la sanción impuesta a los casos de reticencia de mala fe por el artículo 5 de la Ley de Seguros argentina (BARBATO, "La declaración veraz del estado del riesgo: ¿Carga precontractual o requisito del consentimiento?", *Derecho y Empresa*, n° 7 y 8 [1997], p. 17).

de un error o de un dolo tolerable, cuyas consecuencias deben ajustarse a un régimen más benévolo⁶⁸⁹.

Con este espíritu, países como Argentina, Francia y Bélgica, han cambiado de óptica en esta cuestión, permitiendo que el contrato sobreviva al problema de la declaración defectuosa en algunos casos, aunque no sin consecuencias.

a. Code des assurances

El artículo L 113-9 del *Code des assurances* dispone la modificación del contrato, previo aumento de la prima o la rescisión del contrato, con la restitución de aquellas no consumidas.

b. Ley de Seguros argentina

El artículo 6 de la Ley de Seguros le da la opción al asegurador entre solicitar la anulación del contrato o mantener el contrato, previo ajuste de la prima al riesgo real, en tanto y en cuanto el proponente del seguro no haya actuado con dolo y la reticencia haya sido planteada por el asegurador en plazo.

Si elige la opción de anulación del contrato debe restituir las primas pagadas una vez deducidos los gastos. La segunda opción puede ser impuesta al asegurador en el caso de los seguros de vida si la nulidad fuese perjudicial para el asegurado, si se tratase de un contrato reajutable a juicio de peritos y se hubiera celebrado de acuerdo a la práctica comercial del asegurador (artículo 7).

Si la reticencia fuese dolosa o de mala fe, el asegurador tiene derecho a conservar las primas de los períodos transcurridos, inclusive de aquél en cuyo transcurso invoque la reticencia o falsa declaración (artículo 8).

En todos los casos, si el siniestro ocurre durante el plazo para impugnar, el asegurador no debe la prestación, salvo el valor del rescate en el caso de los seguros de vida (artículo 9).

⁶⁸⁹ IVANUS, ob. cit., p. 32; PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico...*, t. XI, p. 611.

3. Reticencia y exclusión

A estas alturas de nuestro análisis entendemos prudente dejar en claro que los efectos jurídicos de las declaraciones reticentes, inexactas y falsas, cualquiera sean de acuerdo a su régimen jurídico, son el resultado de la inobservancia del deber de declaración de los riesgos, en tanto se trate de riesgos asegurables, esto es, de riesgos alcanzados por la garantía del seguro.

De lo anterior se deduce que es indiferente que el proponente de un seguro haya omitido información sobre hechos relevantes y conocidos, pero que no se encuentran alcanzados por la garantía del seguro, sea porque no están integrados al complejo de riesgos asegurados, sea porque están excluidos de la cobertura. Y ello en razón de que en estas situaciones no hay seguro.

La solicitud de las consecuencias jurídicas de las declaraciones reticentes a situaciones en las que no hay seguro, particularmente en casos de exclusiones de riesgo, tiene su complejidad en España en la medida en que el artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro requiere al asegurador la presentación de cuestionario. Sucede entonces que el asegurado si no se le presentó cuestionario, pretende que se le exonere de su deber de información para con el asegurador y con ello encamina su defensa frente a la negativa del asegurador. En puridad, como acertadamente lo ha señalado el Tribunal Supremo, si el riesgo está claramente excluido de la cobertura, el asegurador tiene el legítimo derecho a no cumplir su prestación pues para ese riesgo no hay contratado ningún seguro y no corresponde entrar a considerar el cumplimiento o no del deber de declaración del riesgo, ni si el asegurador le ha exonerado o no de tal deber⁶⁹⁰.

En Uruguay se ha sabido distinguir apropiadamente cuándo hay reticencia y cuándo hay exclusión de cobertura⁶⁹¹. La cuestión es más sencilla de resolver en este régimen en la medida en que no existe la obligación de presentar cuestionarios.

⁶⁹⁰ STS de 5 de marzo de 2012 (R.O.J. 1577).

⁶⁹¹ STAC de 30 de marzo de 2011 (BJN. 71/2011).

D. El supuesto del seguro multirriesgos

Como consecuencia de su peculiar naturaleza, los seguros multirriesgo de daños plantean un aspecto interesante en torno al asunto que ahora nos ocupa.

Operativamente la póliza de un seguro multirriesgo permite converger en el asegurado una serie de riesgos principales y heterogéneos que pueden ser contemplados en contratos de seguros independientes como el de incendio, robo, responsabilidad civil, etcétera.

La declaración de los riesgos en estos seguros se realiza, como en todas las demás especies, en un solo acto, aunque de modo conjunto⁶⁹². Así, las pólizas separan los riesgos y proponen un breve cuestionario para cada suceso en particular o para un grupo de riesgos similares. De modo que la técnica de contratación, eventualmente, provoca una repetición de interrogantes con la consecuente confusión del declarante que puede, por ejemplo, cometer omisiones al informar el riesgo de incendio y no hacerlo cuando es cuestionado sobre el riesgo de robo.

Por otra parte y aunque no se produzca la situación anotada precedentemente, puede suceder que el asegurador conozca las irregularidades en la declaración de uno de los riesgos comprometidos en la garantía, debido a la ocurrencia de un siniestro contemplado en la misma póliza. Piénsese, por ejemplo, en un seguro multirriesgo que cubra el riesgo de incendio y de robo, entre otros y que, a consecuencia de un incendio, se constate la inexistencia de ciertas medidas de seguridad que habían sido declaradas al solicitar el seguro de robo.

El problema que aparece en los seguros multirriesgo, entonces, es determinar si las consecuencias del incumplimiento del deber precontractual de declaración del riesgo, resultado de la reticencia o la inexactitud en la declaración de uno de los riesgos

⁶⁹² BATALLER GRAU, "El seguro multirriesgo hogar", p. 1275.

que conforman la póliza, comprenden sólo al riesgo afectado o si, por el contrario, alcanzan a todas las demás garantías⁶⁹³.

1. Consecuencias de la declaración reticente o inexacta que afecta a uno de los riesgos cubiertos

Un análisis conveniente de esta cuestión obliga a distinguir dos hipótesis dependiendo del sujeto que proporcione la información que revele el verdadero estado del riesgo.

a. Hipótesis en que el asegurador conoce el riesgo por otras declaraciones del tomador

En este caso nos encontramos ante la siguiente situación. El proponente del seguro multirriesgo omite contestar una pregunta correspondiente al seguro de incendio, pero dicha omisión puede suplirse con la respuesta dada por la misma persona, en la misma póliza, a la pregunta efectuada en la sección dedicada al seguro de robo.

Pese a la reserva, la doctrina entiende que no cabría imputar al futuro tomador las consecuencias del incumplimiento del deber precontractual de declaración del riesgo, en tanto no habría tal incumplimiento. Consecuentemente, tampoco sería necesario analizar su conducta.

Los argumentos esgrimidos son dos. En primer lugar, uno que es de orden en materia de valoración de cuestionarios y de acuerdo al cual estos deben ser comprendidos en su conjunto⁶⁹⁴.

En segundo lugar, otro, también general, que indica que no corresponde imputar incumplimiento al deber de declaración, si la aseguradora podía conocer por otro medio la información no proporcionada por el declarante⁶⁹⁵.

⁶⁹³ MUÑOZ PAREDES, “Problemas de aplicación...”, p. 210.

⁶⁹⁴ BATALLER GRAU, “La reforma de la Ley de Contrato de Seguro”, loc. cit. y también, en, “El seguro multirriesgo hogar”, pp. 1907 y 1908.

⁶⁹⁵ MUÑOZ PAREDES, “Problemas de aplicación...”, p. 83.

b. Hipótesis en que el asegurador conoce el riesgo por la ocurrencia de otro siniestro cubierto por la póliza

A diferencia del caso expuesto precedentemente, en el supuesto en examen es el asegurador quien viene a conocer el verdadero estado del riesgo por sus propios medios, luego de verificado un siniestro, al efectuar las peritaciones necesarias para proceder al cálculo de las eventuales prestaciones que configuran su obligación. Por ejemplo, en ocasión de cumplir con la indemnización del seguro de incendio, el asegurador se percata que el tomador había declarado la existencia de medidas de seguridad en el seguro contra robo que, luego, no se encontraron en la finca siniestrada.

En la situación planteada en el párrafo anterior sí hay un incumplimiento del tomador. El problema radica en resolver si las consecuencias jurídicas de este incumplimiento contaminan toda la póliza o si, por el contrario, afectan sólo al riesgo mal declarado.

Contrariamente a lo visto en la primera hipótesis, ésta no encuentra una solución pacífica. En nuestro concepto, la cuestión se encuentra íntimamente relacionada con la categorización que se pretenda atribuir a este contrato.

En efecto, resulta ineludible analizar si la reunión de riesgos en una misma póliza supone un nuevo contrato, o si la técnica mantiene inalterada la situación funcional de sus componentes y se trata de una sumatoria de contratos que conservan su independencia. Adelantamos que se han defendido las dos posiciones.

En la doctrina española se ha sostenido que aunque la póliza multirriesgo reúna garantías sustantivamente independientes, de ello no puede deducirse la existencia de una pluralidad de contratos.

De acuerdo a esta opinión, se trataría de un único contrato que obedecería a una unidad de interés y de función. Luego, se lo ha categorizado como un contrato coligado en la medida en que habría un vínculo inescindible entre todos los riesgos reunidos,

calificación matizada para las pólizas multirriesgo que permiten la adición de riesgos en forma voluntaria⁶⁹⁶.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto y en función de lo establecido en el artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro española, cualquier discordancia entre el riesgo declarado y el real, en tanto sea relevante, es causa de resolución del contrato, bastando con que tal discordancia afecte a uno de los riesgos cubiertos.

Luego, si se produce el siniestro sin que el asegurador haya denunciado el contrato y el proponente del seguro obró con dolo o con culpa grave, el asegurador se verá liberado de cumplir su prestación. Si obró de buena fe, esto es, sin culpa, entonces opera la reducción de la indemnización prometida en todas las garantías y no sólo en la comprometida por la reticencia o la falsa declaración.

Dado que la última solución puede resultar injusta, en la doctrina española se ha planteado la posibilidad de considerar la fragmentación del seguro multirriesgo, sólo en esos casos, siempre que el contrato se haya conformado como una yuxtaposición de garantías con opción de elección de coberturas y se hayan fijado primas parciales⁶⁹⁷.

La doctrina de la unicidad contractual fue la seguida por la *Cour d'appel* de Dijon en situaciones de reticencia de buena fe, oportunidades en que se partió del supuesto de que el seguro multirriesgo formaba un todo por el que la compañía cobraba una prima global. Consecuentemente, se consideró que la inexactitud o la reticencia respecto de uno de los riesgos comprometidos en el seguro, afectaba al conjunto de las garantías⁶⁹⁸.

En apoyo de esta posición se alega que aun cuando la inexactitud o la reticencia afecte sólo a uno de los riesgos

⁶⁹⁶ BATALLER GRAU, "El seguro multirriesgo hogar", p. 1887.

⁶⁹⁷ MUÑOZ PAREDES, "Problemas de aplicación...", pp. 96, 98, 101 y 102.

⁶⁹⁸ Sentencia de la *Cour d'appel* de Dijon (1re. Ch., 2e. Sect.), de 12 de diciembre de 1984 (*Revue Générale du Droit des Assurances Terrestres*, n° 1 [1985], pp. 86 y 87).

comprendidos en el seguro, el consentimiento del asegurador se resiente de todas formas, en la medida en que suscribe un contrato que no habría concluido de haber conocido la verdadera entidad del riesgo⁶⁹⁹.

Además, se indica, la tesis contraria (la posición que considera al seguro multirriesgo como una sumatoria de contratos de seguro), conduce a resultados indeseados.

Se señala especialmente que proponer en estos seguros cuestionarios ordinarios, esto es, más o menos exhaustivos como los que se acostumbra presentar en los seguros tradicionales, entorpecería la dinámica de su contratación tornando demasiado pesado el proceso.

No quedaría claro, por otra parte, que la prima total del seguro corresponda a la suma de las primas parciales de cada garantía que conforma el conjunto⁷⁰⁰.

Finalmente, se hacen valer otros argumentos.

Se afirma que si como resultado de una falsa declaración se anula uno de los contratos comprendidos en el seguro, el asegurado habrá de buscar la cobertura que necesita con otro asegurador, perdiendo el multirriesgo su principal atractivo.

Luego, se agrega, elementales razones de equidad no permiten la aplicación de esta doctrina en los casos en que el declarante obró de mala fe⁷⁰¹.

La posición contraria entiende que la declaración reticente o falsa debe apreciarse luego de un análisis *riesgo por riesgo y en concreto*.

El análisis *riesgo por riesgo* supone la apreciación del riesgo independientemente de los motivos del siniestro. En

⁶⁹⁹ MARGEAT y LANDEL, nota a la Sentencia de la *Cour de cassation* francesa, 1re. Ch. civ., de 3 de enero de 1996 (*Revue Générale du Droit des Assurances*, n° 1 [1996], pp. 74 a 78).

⁷⁰⁰ LAMBERT-FAIVRE y LEVENEUR, ob. cit., p. 281.

⁷⁰¹ MUÑOZ PAREDES, "Problemas de aplicación...", p. 92.

consecuencia, si el juez estima que la falsa declaración sólo ha tenido influencia en uno de los riesgos cubiertos, sólo ése resultará afectado.

La apreciación *en concreto* implica rechazar todo juicio general y obliga al juzgador a averiguar si en el caso específico que se somete a su consideración ha influido la reticencia o la inexactitud pretendida⁷⁰².

De acuerdo a esta doctrina, entonces, las consecuencias de las reticencias e inexactitudes, aun las de mala fe, sólo son padecidas por el contrato afectado permaneciendo inalterado el conjunto. Sólo cabría la nulidad del contrato, por ejemplo, si la falsa declaración comprometiera a todos los riesgos comprendidos en el seguro multirriesgo.

Esta posición ha sido sostenida por la *Cour de cassation* francesa a partir de la década de 1990, siendo aplicada en casos de reticencia de buena fe e incluso en seguros multirriesgo que alcanzaban la cobertura de riesgos personales de diversa naturaleza, como la enfermedad y la pérdida del empleo⁷⁰³.

2. Nuestra opinión

Entendemos que la primera de las hipótesis planteadas no presenta mayores dificultades en la medida en que no hay un incumplimiento del proponente a su deber de declarar el riesgo. Adviértase que el asegurador conoce el verdadero riesgo gracias a declaraciones del propio proponente, efectuadas en la misma póliza, aunque en otro apartado. En tanto el asegurador pueda suplir las omisiones o las inexactitudes y conocer el riesgo de modo de poder evaluarlo, la finalidad de la norma que establece la carga de declarar el riesgo se habrá cumplido.

⁷⁰² MUÑOZ PAREDES, “Problemas de aplicación...”, p. 90.

⁷⁰³ Sentencia de la *Cour de cassation*, 1re. Ch. civ., de 3 de enero de 1996 (*Revue Générale du Droit des Assurances*, n° 1 [1996], pp. 74 a 78); Sentencia de la *Cour de cassation*, 2e. Ch. civ., de 21 de diciembre de 2006 (*Revue Générale du Droit des Assurances*, n° 1 [2007], pp. 152 a 156).

La segunda hipótesis de trabajo, como se ha visto, parecería ofrecer mayores obstáculos en la medida en que se parte del supuesto de la percepción del riesgo a raíz de la ocurrencia de uno de los siniestros previstos en la póliza.

La doctrina recuerda el problema de si el nexo causal entre la omisión y el siniestro integra el elenco de presupuestos necesarios para desencadenar los efectos de las conductas reticentes, inexactas y falsas.

Ya nos hemos pronunciado sobre este punto. En nuestra opinión, ni el Código de Comercio uruguayo, ni la Ley de Contrato de Seguro española requieren este elemento. Se trata, en nuestro concepto, de un hecho intrascendente en la medida en que lo que ha atendido el legislador es a la relación de causalidad entre la declaración del riesgo y la omisión, inexactitud o falsedad, en tanto sean relevantes y conocidas para el asegurado.

No obstante, creemos que el problema fundamental que se nos plantea aquí tiene más que ver con la naturaleza jurídica de los seguros que estamos estudiando que con el nexo causal.

De las teorías expuestas nos inclinamos por la posición que considera a los seguros multirriesgo como una yuxtaposición de garantías, siempre y cuando la póliza lo permita, esto es, en tanto y en cuanto el asegurador fraccione las coberturas estableciendo primas parciales.

Es cierto que este fraccionamiento tiene sus consecuencias. Así, el asegurador habrá de calcular tantas primas como contratos acepte, todos acordes a los riesgos declarados. Asimismo, el asegurador deberá presentar un cuestionario de declaración de los riesgos para cada riesgo particular.

Sin embargo, no vemos que estas operaciones resulten especialmente engorrosas para el asegurador. Recuérdese que se trata de un profesional que ya tiene en su cartera de seguros productos del mismo tipo.

Luego, fuera de estos aspectos técnicos, creemos que las críticas jurídicas pueden, también, superarse.

Entendemos que no puede establecerse como máxima que el consentimiento del asegurador se vea resentido completamente por la declaración reticente en una de las garantías que componen el multirriesgo. Se resentirá, sí, en la medida en que todos los contratos resulten afectados y esto ocurrirá cuando la omisión, la falsedad o la inexactitud contagien la declaración de todos los riesgos y ello en tanto, claro está, se cumpla con los presupuestos de relevancia y conocimiento ya analizados. Hasta tanto esto no suceda, sólo se verán afectados los seguros en los que se comprobó la declaración reticente o inexacta. El resto de las coberturas permanecerá incambiada.

II. Consecuencias penales

El asegurado celebra el contrato de seguro de modo de obtener cobertura de un asegurador en tanto no ocurra el evento dañoso. El móvil de contratación no sólo es perfectamente legítimo, sino que incluso es estimulado por la sociedad moderna que permanentemente alienta la contratación de seguros como forma de gestión de riesgos responsable. Se integra, así, un sistema de prevención basado en la solidaridad.

Sin perjuicio de lo dicho, son famosos los casos de engaño a las compañías de seguros. La mayor parte de los engaños verificados en contra de los aseguradores cumplen las características del dolo pero no alcanzan a cubrir los elementos del tipo penal que castiga la estafa. O se trata de timos que no resultan suficientes para completar el elemento objetivo del tipo, o, aun siéndolo, son tolerados por el asegurador, sea por las dificultades probatorias que supone perseguir a los culpables, sea por la mala publicidad que implica a la compañía que estas situaciones tomen estado público, sea por el coste que significa concretar la acción penal.

Luego, existen casos que tradicionalmente encuentran una solución amigable, sin siquiera considerar la falsedad que motivó el desencuentro. Nos referimos a las hipótesis de sobrevaloración o infravaloración del interés asegurado con la finalidad de obtener una indemnización superior a la debida o pagar una prima

inferior al que correspondería, situaciones que el asegurador resuelve modificando el premio.

En todas estas situaciones, el asegurador compensa los perjuicios ampliando las reservas matemáticas⁷⁰⁴. Otras hipótesis, como la declaración falsa y la reticente efectuada con mala fe, la colaboración en la producción del siniestro y la multiplicación de seguros pueden castigarse con la pena de la estafa, en la medida en que cumplan con los requisitos del tipo penal.

La observación no es menor si se tiene presente que ni el Código Penal español, ni el uruguayo, ni el argentino contemplan un tipo autónomo de *fraude de seguro*, a pesar del importante esfuerzo doctrinario que se ha hecho para conceptualizarlo⁷⁰⁵. Y ello, claro está, independientemente del tradicional delito de incendio de bienes propios regulado en el artículo 357 del Código Penal español⁷⁰⁶, 174.1 del Código Penal argentino⁷⁰⁷ y de otras

⁷⁰⁴ ELGUERO Y MERINO, “La estafa de seguros”, *Revista española de seguros*, nº 54 (1988), p. 42.

⁷⁰⁵ SILVA SÁNCHEZ, “La estafa...”, p. 21, ELGUERO Y MERINO, “La estafa...”, p. 42, CORBELLINI, “Fraude en el seguro”, en: *Seguros, IIª Jornadas de Derecho de los seguros* (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1997), p. 63.

⁷⁰⁶ En el Código Penal español, quien incendie sus propios bienes es castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años si se prueba que tuvo el propósito de defraudar o perjudicar a terceros, hubiere causado defraudación o perjuicio, existiere peligro de propagación a edificio, arbolado o plantío ajeno o hubiere perjudicado gravemente las condiciones de la vida silvestre, los bosques o los espacios naturales. Este delito ya estaba previsto en el Código penal de 1870. No obstante, en trabajos de investigación se han encontrado antecedentes de ciertas disposiciones sancionatorias de actos fraudulentos relacionados con la actividad marítima en las Ordenanzas de Barcelona de los años 1458 y 1484 (GARCÍA MOSQUERA, ob. cit., pp. 145 a 147).

⁷⁰⁷ El artículo 174.1 del Código Penal argentino dispone:

“Sufrirá prisión de dos a seis años:

1º. El que para procurarse a sí mismo o procurar a otro un provecho ilegal en perjuicio de un asegurador o de un dador de préstamo a la gruesa, incendiare o destruyere una cosa asegurada o una nave asegurada o cuya carga o flete estén asegurados o sobre la cual se haya efectuado un préstamo a la gruesa; ...”.

conductas fraudulentas que son penadas en el Código Penal uruguayo, según se verá.

En el caso del Derecho español debe destacarse que la Ley del 25 de junio de 1983 intentó introducir una figura similar a la reconocida por la doctrina como *estafa de seguro*, aunque se la abandonó en la reforma del año 1995⁷⁰⁸. Quiere decir que en este cuerpo normativo tampoco existe un tipo como el referido, salvo el delito de incendio del artículo 357 mencionado.

Los demás casos, en tanto se verifiquen los presupuestos del tipo, podrán ser sancionados con la pena estipulada para el delito de estafa contemplada en el artículo 249 del Código Penal, en la redacción dada por la Ley de Reforma 5/2010, de 22 de junio, como un tipo de delito contra el patrimonio y el orden económico⁷⁰⁹.

⁷⁰⁸ El artículo 529 derogado establecía, como circunstancia agravante del delito de estafa, lo siguiente:

“4. ° Cuando se produzca destrucción, daño u ocultación de cosa propia, agravación de lesiones sufridas o autolesión para defraudar al asegurador o a un tercero”.

Comentado las normas derogadas, SERRANO-PIEDecasas concluía que el asegurador, en todos los supuestos, gozaba de una mayor protección penal que el asegurado (*La estafa en el contrato de seguro* [Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1991], pp. 100 y 101).

⁷⁰⁹ El artículo 248 del Código Penal español determina que comete estafa quien, con ánimo de lucro, utiliza un engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno. También considera reos de estafa a quienes, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro, a los que fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas y a los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero. Las estafas sin agravantes en el Derecho español están castigadas con una pena de prisión de seis meses a tres años en todos aquellos casos en que la cuantía de lo defraudado superase los 400 euros. Para la fijación de la pena el juez tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y otras circunstancias útiles para valorar la gravedad de la infracción (artículo 249).

El Derecho uruguayo tampoco tiene legislado un tipo penal autónomo denominado *fraude de seguro*, lo que no significa que no se puedan perseguir penalmente ciertas conductas fraudulentas.

En el artículo 349 del Código Penal se estipula un delito nominado *Destrucción maliciosa de cosa propia, o mutilación maliciosa de la propia persona*, que se configura cuando una persona, con el fin de obtener el precio de un seguro, destruye, deteriora u oculta una cosa de su propiedad, o se infringe o se hiciese inferir una lesión personal⁷¹⁰.

Luego, el Código de Comercio utiliza la palabra *fraude* en los artículos 661, 662 y 667, disposiciones que resultan aplicables a todas las especies de seguros⁷¹¹. Los artículos 661 y 662 refieren a los casos de declaraciones fraudulentas respecto del valor del interés asegurado, sobre los bienes objeto del seguro. La sanción está constituida por una condena pecuniaria a la que se agrega la imposición del equilibrio entre el valor real y la prima establecida.

⁷¹⁰ El artículo 349 del Código Penal uruguayo dispone:

“El que con el fin de obtener el precio de un seguro o algún otro provecho indebido, destruyere, deteriorare o ocultare una cosa de su propiedad, será castigado con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría.

La misma pena se aplicará al que, inducido por idénticos propósitos, se infiriese se hiciese inferir una lesión personal”.

⁷¹¹ Las normas citadas establecen lo siguiente:

Artículo 661:

“El valor de los efectos asegurados establecido en la póliza, no hace fe en caso de contestación a no ser que haya sido fijado por peritos nombrados por las partes.

Siempre que se probare que el asegurado procedió con fraude en la declaración del valor de los efectos, el Juez le condenará a pagar al asegurador el doble del premio estipulado, sin perjuicio de que el valor declarado se reduzca al verdadero valor de la cosa asegurada”.

Artículo 662:

“La cláusula inserta en la póliza, valga más o menos, no releva al asegurado de la condenación por fraude; ni tiene valor alguno, siempre que se probare que la cosa asegurada valía 25 por ciento menos que el precio determinado en la póliza”.

La doctrina uruguaya que ha estudiado estas normas se ha mostrado insatisfecha con la sanción impuesta al asegurado. Se ha sostenido que además de las consecuencias establecidas en el Código, podría haber también una acción de nulidad⁷¹² e, incluso, se ha reclamado una figura penal específica⁷¹³.

En nuestro concepto, el artículo 667 del Código de Comercio uruguayo permite acceder a la estafa desde que reconoce que, cuando el contrato se anula por el dolo, la mala fe o el fraude del asegurado, sin perjuicio de que éste pierda la indemnización, el asegurador podrá iniciar la acción criminal que entienda pertinente.

De modo que si en los hechos se dan los presupuestos del tipo que conforman la estafa, que en el caso del Derecho uruguayo se encuentran dispuestos en el artículo 347 del Código Penal, podrá solicitarse la pena de seis meses de prisión a cuatro años de penitenciaría, tal como se estipula en la misma norma⁷¹⁴.

En lo que respecta al Derecho argentino, el delito de incendio de bienes propios está previsto en el artículo 174.1 del Código Penal⁷¹⁵. Al contrario de lo que sucede en el Uruguay, la Ley de Seguros argentina no dirige al Código Penal a los efectos

⁷¹² RIPPE KAISER, “El fraude en el seguro”, *Anuario de Derecho Comercial*, n° 12 (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2008), p. 25 y, también, en “Fraude en el seguro”, en: *IV Jornadas de Derecho de Seguros*, (aidauruguay.org.uy).

⁷¹³ CORBELLINI, ob. cit., p. 65.

⁷¹⁴ El artículo 347 del Código Penal uruguayo dispone:

“El que con estratagemas o engaños artificiosos, indujere en error a alguna persona, para procurarse a sí mismo o a un tercero, un provecho injusto, en daño de otro, será castigado con seis meses de prisión a cuatro años de penitenciaría”.

⁷¹⁵ El artículo 174.1 del Código Penal argentino establece que sufrirá pena de prisión de dos a seis años:

“1º. El que para procurarse a sí mismo o procurar a otro un provecho ilegal en perjuicio de un asegurador o de un dador de préstamo a la gruesa, incendiare o destruyere una cosa asegurada o una nave asegurada o cuya carga o flete estén asegurados o sobre la cual se haya efectuado un préstamo a la gruesa”....

de entablar la acción criminal derivada de la actuación fraudulenta o dolosa en la concertación del seguro. No obstante, entendemos que ello no es impedimento para su aplicación, en tanto y en cuanto se configuren los elementos del tipo del ilícito de la estafa, previsto en el artículo 172 del Código Penal⁷¹⁶.

A. Tipificación del delito de estafa

La legislación penal uruguaya, argentina y española coincide en que la estafa se configura por la concurrencia de ciertos elementos objetivos y subjetivos.

1. Elementos objetivos

En el delito de estafa el principal elemento objetivo de antijuridicidad o del *injusto* es el engaño⁷¹⁷.

Los Códigos penales español, uruguayo y argentino no definen el engaño.

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia española, *engaño* designa la acción y el efecto de engañar, esto es, dar a la mentira la apariencia de verdad o inducir a alguien a tener por cierto lo que no es, valiéndose de palabras o de obras aparentes o fingidas.

La definición del lenguaje común se acomoda a las dos variantes que ha estudiado la doctrina en materia de engaños típicos: el *explícito* o *semántico*, que se realiza a través de manifestaciones que no se corresponden con la realidad, y el *implícito* o *pragmático*, que se configura cuando la parte, sin

⁷¹⁶ La disposición argentina citada establece:

“Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño”.

⁷¹⁷ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte general* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010), p. 223. Así lo ha entendió el Tribunal Supremo en Sentencia de 8 de febrero de 2002 (R.J. 4201).

mentir, oculta su intención inicial de no actuar como la relación contractual exige⁷¹⁸.

En cualquier caso, el engaño ha de ser bastante e idóneo para lograr un fin concreto: inducir en error a la víctima, o sea, determinar en un falso juicio a otra persona, que, por definición desconoce o posee un conocimiento deformado o inexacto de la realidad⁷¹⁹. Este error calificado deviene en el elemento esencial de la estafa en tanto es la causa del perjuicio. Si el perjuicio es causado por otra razón, no hay estafa⁷²⁰.

El requisito expuesto descartaría los errores provocados por los engaños burdos o toscos porque, en tanto faltos de seriedad, no suponen peligro y deberían ser advertidos con una diligencia media⁷²¹. Tampoco han de tenerse en cuenta los cuantitativamente irrelevantes o insuficientes, así como los socialmente aceptados o consustanciales al tráfico mercantil, en la medida en que deberían haber sido percibidos por la víctima teniendo en cuenta la relación que mantiene con el agente. En estos casos no correspondería sancionar al infractor con la norma penal, sino con la responsabilidad civil.

Los medios utilizados por el infractor de modo de lograr el objetivo buscado, es otro elemento objetivo fundamental.

CAIROLI MARTÍNEZ, comentando el artículo 347 del Código Penal uruguayo, que refiere a *estratagemas o engaños artificiosos*, entiende que el engaño que califica la estafa requiere,

⁷¹⁸ VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC, “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VII): Estafas”, en: VIVES ANTÓN, T.S., BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E., *Derecho Penal, Parte especial*, 3ª ed. act. de acuerdo a la ley orgánica 5\2010 (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010), p. 441.

⁷¹⁹ Este requisito aparece claro en el artículo 248 del Código Penal español (en la redacción dada por la Ley de Reforma 5/2010, de 22 de junio), en el artículo 347 del Código Penal uruguayo y en el artículo 172 del Código Penal argentino.

⁷²⁰ CAIROLI MARTÍNEZ, *Curso de Derecho Penal uruguayo*, t. III (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1989), p. 355,

⁷²¹ SSTS de 23 de octubre de 2002 (R.J. 9604) y 20 de junio de 2010 (R.J. 7469).

además de las palabras, un hecho exterior que las acredite, en una suerte de *mise en scene*⁷²². En su concepto, por tanto, la norma uruguaya no admitiría la estafa basada en un hacer omisivo.

El artículo 248 del Código Penal español, en cambio, no establece tal criterio cualitativo. De todas formas, la doctrina penalista de ese país discute si el silencio puede ser una forma de engaño y si, en caso de serlo, lo es en todas las hipótesis o sólo cuando el autor tiene el deber jurídico de actuar de cierta manera, obrar que, además, se espera⁷²³.

Por su parte, el artículo 172 del Código Penal argentino proporciona una serie de formas de engaño a título de ejemplo. Es el caso de la utilización de un nombre supuesto, la ostentación de una calidad simulada, un falso título, la influencia mentida, el abuso de confianza o la apariencia de bienes.

También en torno a esta norma la doctrina argentina se ha cuestionado si puede caber una estafa causada por un comportamiento omisivo del agente. GODSTEIN, por ejemplo, entiende que el mero silencio, si bien es moralmente reprochable, no configura el delito de estafa en la medida en que no impide la adopción de las más elementales diligencias para salvaguardar los intereses patrimoniales del sujeto pasivo. Por el contrario, sí habrá delito cuando exista una obligación jurídica de decir la verdad⁷²⁴.

Las normas penales que estamos considerando requieren que el agente del engaño logre que la víctima realice un acto de disposición patrimonial a su favor. El artículo 248 del Código penal español es contundente en este sentido. El artículo 347 del Código Penal uruguayo, en términos más generales, también. Lo

⁷²² CAIROLI MARTÍNEZ, ob. cit., p. 355.

⁷²³ GARCÍA RIVAS, “Estructura jurisprudencial del delito de estafa (Una revisión crítica de sus elementos objetivos), en: BOIX REIG, J., *Estafas y falsedades (Análisis jurisprudencial)* (Madrid, iustel, 2005), p. 22; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, ob. cit., pp. 270 y 271.

⁷²⁴ GOLDSTEIN, “Voz Estafa”, *Diccionario de Derecho Penal* (Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1926), p. 224.

mismo puede decirse del artículo 172 del Código Penal argentino, según la interpretación que se ha hecho de la norma⁷²⁵.

Por acto de disposición debe entenderse toda acción u omisión que implique un desplazamiento patrimonial, sea por entrega de bienes, cesión o prestación de la cosa, derecho o servicio, en tanto este delito puede recaer sobre cualquier elemento patrimonial, incluidas las legítimas expectativas en la medida en que sean evaluables en dinero.

El perjuicio de la estafa consistirá en la diferencia de valor entre lo que el autor del delito atribuye a la víctima, en virtud del acto de disposición realizado y lo que, eventualmente, recibe de él.

Para deslindar lo penalmente relevante de lo que no lo es, no habrá de tomarse en consideración la totalidad del patrimonio. Al contrario, el delito de estafa se articula como una infracción dirigida contra los distintos componentes singulares del mismo, a diferencia de lo que sucede en el caso de juzgar la responsabilidad civil⁷²⁶.

La doctrina penalista se ha planteado si hay estafa sólo ante hechos consumados, esto es, en aquellos casos en los que hay un perjuicio patrimonial efectivo, o si también la hay cuando no existe un acto de disposición de la víctima que menoscabe su patrimonio, o sea, en el caso del intento de estafa. Se han sostenido las dos posiciones⁷²⁷.

⁷²⁵ GOLDSTEIN, ob. cit., p. 226.

⁷²⁶ VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC, ob. cit., pp. 449 y 450.

⁷²⁷ GODSTEIN, ob. cit., p. 227.

2. Elementos subjetivos

El tipo delictual se completa atendiendo a las facultades psíquicas del autor, el conocimiento del carácter prohibido de su acción u omisión y la exigibilidad de un comportamiento distinto. Este segundo grupo de elementos, todos ellos de naturaleza subjetiva, conforma un juicio de desvalor sobre el autor del hecho, denominado *culpabilidad*⁷²⁸.

El primer elemento subjetivo que habremos de considerar es el dolo. La estafa se incrimina a dolo directo, esto es, teniendo presente que el agente ha tenido la consciencia y la voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo. Debe haber, por tanto, un componente intelectual y otro volitivo.

El primero le permite saber qué es lo que efectivamente hace y conocer los elementos que caracterizan su acción en tanto acción típica. El individuo, por tanto, debe ser capaz de representar en su mente el curso causal de los hechos, su resultado y la incidencia que su acción ejercerá en el mundo exterior, a sabiendas de que su comportamiento es materialmente antijurídico, aunque no conozca su significación formal⁷²⁹.

El segundo componente devela que además quiere realizar la acción; quiere sus resultados, tanto los directamente perseguidos como aquellos otros que son de probable consecuencia, pero que se aceptan⁷³⁰.

Finalmente, el autor del engaño debe tener la intención de obtener una ventaja patrimonial a costa del patrimonio de la víctima o de un tercero. Lo que se castiga en el delito de estafa, es el propósito de enriquecerse a costa de otros empleando engaños jurídicamente intolerables. No es necesario que la ventaja

⁷²⁸ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, loc. cit.

⁷²⁹ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, JUDEL PRIETO y PIÑOL RODRÍGUEZ, “El dolo”, BIB 2011\5688 (Westlaw.es), p. 4.

⁷³⁰ CAIROLLI MARTÍNEZ, ob. cit., p. 359; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, ob. cit., pp. 304, 305 y 307; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, JUDEL PRIETO y PIÑOL RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 4.

patrimonial sea equivalente; es suficiente que sea correlativa al perjuicio típico ocasionado⁷³¹. La creencia de que se tiene derecho a la prestación atribuida mediante el acto de disposición, al excluir el ánimo de lucro, determina la atipicidad de la conducta⁷³².

B. Bien jurídico protegido en el delito de estafa

1. Principio general

La estafa es un delito contra el patrimonio aunque conviene advertir que debe entenderse el patrimonio no como universalidad, sino en relación a sus distintos componentes, materiales, inmateriales, muebles e inmuebles.

Gracias a este concepto de patrimonio, el delito se consuma por la simple salida ilegítima de cualquiera de sus elementos integrantes a consecuencia de la infracción, siempre que la contraprestación recibida sea, aisladamente considerada, de inferior valor económico⁷³³.

2. El patrimonio del asegurador como bien jurídico protegido

Con algunas características, el patrimonio de un asegurador no sería distinto al patrimonio de cualquier otra persona jurídica⁷³⁴.

Cierta doctrina entiende que el patrimonio del asegurador está conformado, además de otros bienes, por el fondo de reservas que administra y en cuya integridad está interesada toda la mutualidad de asegurados.

⁷³¹ STS de 7 de octubre de 2002 (R.J. 9365).

⁷³² VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC, ob. cit., pp. 450 y 451.

⁷³³ VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC, ob. cit., p. 439.

⁷³⁴ SERRANO-PIEDCASAS, ob. cit., pp. 86, 87 y 99.

En consideración a este aspecto de la economía del seguro, esta doctrina sostiene que el bien jurídicamente protegido no es el patrimonio individual del asegurador en su sentido clásico, sino el interés general. De ello se desprende que se trataría de un delito contra la generalidad de las personas que pondría en peligro la función social del seguro.

La existencia de un patrimonio social, por oposición a un patrimonio individual, justificaría un delito autónomo en atención a la supra individualidad de los intereses en juego⁷³⁵.

Los intereses atendidos no se agotarían en los estrictamente patrimoniales, esto es, aquellos reducidos al conjunto de prestaciones de los contratantes; antes bien, alcanzarían otros como la seguridad del tráfico jurídico y la defensa del asegurado en tanto consumidor⁷³⁶.

3. Nuestra opinión

La elaboración de la doctrina expuesta se basa en conceptos de la economía del seguro, especialmente en aquellos que permiten comprender el proceso de distribución de los riesgos individuales en una comunidad de personas de modo de cumplir la función social del seguro. Pero estas ideas, a nuestro modo de ver, no pueden conducir a crear un patrimonio social desde que los asegurados no tienen derecho a disponer de él.

No obstante, en función de su derecho a percibir la prestación del asegurador, es lógico que los asegurados estén interesados en preservar la integridad de este patrimonio, asumiendo el rol de garantes, lo que significa que el deber de informar debidamente el riesgo es su manera de proteger al asegurador de sus representaciones erróneas y en última instancia, de proteger sus propios intereses.

⁷³⁵ GARCÍA MOSQUERA, ob. cit., pp. 274 y ss.; MAZA MARTÍN, ob. cit. p. 135.

⁷³⁶ SERRANO-PIEDecasas, ob. cit., p. 98.

C. El engaño al asegurador

Conviene resaltar que el engaño al asegurador puede realizarse en múltiples instancias durante la ejecución del contrato y ser descubierta al realizarse las peritaciones necesarias para liquidar el siniestro.

Durante la ejecución del contrato los fraudes más comunes son la simulación del siniestro, la provocación del siniestro, la exageración en la reclamación del siniestro y la contratación de varios seguros en distintas aseguradoras, con el mismo interés asegurable, con fines especulativos⁷³⁷.

En el seguro de automóviles es casi una rutina que el conductor habitual, padre o madre, simule el siniestro, esto es, asuma el lugar de su hijo, real protagonista del siniestro, de modo de no perder la indemnización⁷³⁸. En todos estos casos siempre se realizan declaraciones falsas respecto a las circunstancias del siniestro.

En el seguro de vida se ha visto algún caso de simulación de la propia muerte. En alguno de estos casos se ha llegado al extremo de involucrar el homicidio y el robo de cadáveres. No obstante, la forma más común es simular un accidente en rutas extranjeras y repatriar los supuestos restos incinerados⁷³⁹.

La provocación dolosa del siniestro es posible en prácticamente todas las modalidades de seguros, a excepción de aquellos que son consecuencia de factores que escapan a la voluntad del asegurado como sucede en los desastres naturales. También suele exceptuarse el robo pues su auto comisión encuadraría, con más propiedad, en una simulación de siniestro⁷⁴⁰.

⁷³⁷ GARCÍA MOSQUERA, ob. cit., pp. 97 y 99.

⁷³⁸ GUILLÉN ESTANY et alt., *El seguro de automóviles: estado actual y perspectiva de la técnica actuarial* (Madrid, Fundación Mapfre, 2005), pp. 27, 143 y ss.

⁷³⁹ GARCÍA MOSQUERA, ob. cit., pp. 112 a 117.

⁷⁴⁰ GARCÍA MOSQUERA, ob. cit., p. 101.

En algunas oportunidades, para causar el siniestro el asegurado llega a puntos francamente límites como el suicidio, la autolesión y la automutilación.

Por lo general, el siniestro va acompañado de algún delito. Así sucede en el incendio y el homicidio. Otras veces, en cambio, los actos que permiten el siniestro son perfectamente lícitos. Piénsese, por ejemplo, en la destrucción de los objetos de propiedad del asegurado, inocua para los demás, sobre los que se tenga un derecho absoluto, es decir, respecto de los cuales la sociedad no tenga interés.

Dentro de la categoría de provocación dolosa del siniestro se acostumbra incluir la simulación de siniestro, esto es, la estratagema mediante la cual el tomador finge la ocurrencia del evento dañoso para cobrar la prestación cuando es claro que el suceso no ha ocurrido en absoluto.

La exageración en la reclamación en los siniestros es un fraude que se produce en prácticamente todas las especies de seguros. Tradicionalmente ocurría en los seguros de automóviles y en los de robo e incendio. Últimamente se está verificando también en los seguros de responsabilidad civil medioambientales⁷⁴¹.

Luego, ya hemos dicho que la contratación de una pluralidad de seguros es una práctica legítima que posibilita la mayor cobertura en aquellos casos en que este objetivo resulta difícil de alcanzar. Incluso, hay ocasiones en que esta situación se desconoce con lo cual toda calificación de fraude carece de todo fundamento. De modo que el límite entre lo jurídico y lo antijurídico, esto es, entre una conducta de previsión, completamente lícita y la estafa, viene impuesto por el deseo de enriquecimiento ilícito.

Ya hemos analizado las condiciones legales en que el Derecho español, uruguayo y argentino permite la contratación de

⁷⁴¹ CABEZAS ARES, *Los seguros de responsabilidad civil medioambiental en la industria* (León, Universidad de León, 2003), p. 256.

una pluralidad de seguros. No es momento de insistir en ello. Baste recordar que se trata de información relevante para que el asegurador, razón por la cual suele ser previsto por legislador y también por las aseguradoras que acostumbran interrogar al tomador sobre esta cuestión.

Otra modalidad de fraude en la etapa contractual es pretender cobrar la prestación en casos de supuestos excluidos. Así sucede cuando el bien siniestrado - siendo similar - no es el asegurado, o cuando el siniestro no es el pactado en el contrato. Otros casos de fraude son la retrotracción de la fecha de una póliza nueva con la intención de cubrir un siniestro anterior que no estaba cubierto, la retrotracción de la fecha de ampliación a todo riesgo de una póliza de responsabilidad civil con el fin de cubrir un siniestro previo y, finalmente, la falsedad en la evaluación del riesgo.

Como puede comprenderse, muchas de las maniobras referidas no pueden realizarse por una sola persona. En ocasiones el tomador logra la complicidad de distintos sujetos, generalmente su familia, quienes en forma directa o indirecta vienen a resultar beneficiados con el embuste. En otros casos logra la colaboración de individuos relacionados profesional o laboralmente con el asegurador como mediadores de seguros, agentes y corredores, liquidadores, empleados y médicos de la aseguradora. Esta situación ocurre con mayor frecuencia en las zonas rurales y en las ciudades pequeñas, donde estas personas tienen mayores vínculos e influencia con la cartera de clientes⁷⁴².

⁷⁴² GÁLVEZ OCHOA, ARROYO y SUSAEETA ERBURU, “Estudio sobre el fraude en el seguro de automóviles” en: *El fraude en el seguro de automóviles. Visión global y bases para una actuación sectorial* (Madrid, Centro de Estudios del Seguro, 1992), pp. 19 y 24; MAZA MARTÍN, “El fraude en el seguro de responsabilidad civil”, en: SOTO NIETO (Dir.), *El nuevo Código Penal y el contrato de seguro* (Madrid, Editorial Española de Seguros, 1998), p. 137; TRUJILLO, “Acción contra el fraude”, en: *El fraude en el seguro de automóviles. Visión global y bases para una actuación sectorial* (Madrid, Centro de Estudios del Seguro, 1992), pp. 50 y 51.

1. La falsedad en la declaración de los riesgos como ilícito penal

La primera forma de engaño que habremos de considerar es la declaración falsa realizada en oportunidad de describir el riesgo. El individuo, lisa y llanamente, proporciona datos inventados respecto al objeto de su interés asegurado o respecto de las circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo, con la intención de obtener un contrato que el asegurador no habría consentido. Este resultado puede revestir toda clase de fórmula pero, sea cual sea la elegida, debe ser bastante y útil para que el asegurador preste su consentimiento por error⁷⁴³.

De lo anterior se deduce que no todas las falsedades se acomodan al tipo penal que castiga la estafa.

No comete estafa el solicitante que sobrevalora o infravalora su interés asegurable para cobrar una indemnización superior o para abonar una prima más económica porque no ha causado ningún perjuicio al asegurador, por más reprochable que pueda parecernos tal conducta⁷⁴⁴. Y ello por cuanto el asegurador cobrará unas primas suficientes en relación a la indemnización que habrá de prestar, o deberá cumplir una indemnización reducida y ajustada a las primas efectivamente pagadas por el tomador.

Otros casos pueden ofrecer alguna duda. Por ejemplo, en el seguro de robo lo más habitual es la mentira respecto a la existencia de siniestros anteriores en la finca donde se encuentran los objetos cubiertos por el seguro⁷⁴⁵. Entendemos que en este caso no correspondería sancionar al infractor con la pena de la estafa en la medida en que la profesionalidad del asegurador le permite conocer los índices de criminalidad de las distintas zonas de ubicación de los bienes. Ello descalificaría, entonces, el engaño.

⁷⁴³ SERRANO-PIEDECASAS, ob. cit., pp. 124 y 125.

⁷⁴⁴ GÁLVEZ OCHOA, ARROYO y SUSAEETA ERBURU, ob. cit., p. 13.

⁷⁴⁵ GARCÍA MOSQUERA, ob. cit., p. 135.

Muy distinto es el caso de la mentira con la intención de obtener la cobertura del asegurador cuando el declarante es consciente de que su situación no se lo permite. En esta situación se completan los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de la estafa. Ello aplica en los siguientes seguros:

a. Seguro de vida

En el seguro de vida lo más común es engañar al asegurador declarando un estado de salud óptimo que, por supuesto, no se tiene.

En la mayoría de los casos el declarante se basta a sí mismo. Miente en la declaración y engaña al médico del asegurador gracias a ciertas técnicas de disimulación que suelen superar los chequeos básicos que se realizan. No obstante, el declarante puede lograr la colaboración del mediador o el médico del asegurador.

Otra estratagema consiste en presentar al examen clínico una persona sana que asume la identidad de quien pretende el seguro y que está enferma⁷⁴⁶.

Con menor frecuencia se ha visto contratar un seguro sobre la vida de una persona muy enferma y que se esperaba falleciera prontamente⁷⁴⁷ o que hasta se planeaba eliminar⁷⁴⁸. En ambos

⁷⁴⁶ GARCÍA MOSQUERA, ob. cit., p. 110.

⁷⁴⁷ En España ocurrió que un agente de seguros y un ex recluso, falsificando la firma de una adicta a la heroína y enferma de SIDA, contrataron un seguro sobre su vida sin su consentimiento y lógicamente, obviaron esta circunstancia en la declaración del estado de salud. El agente admitió la solicitud del seguro sin el preceptivo reconocimiento médico de la asegurada. Una vez fallecida la mujer, el beneficiario se presentó a cobrar la indemnización pero no pudo hacerlo porque la cobertura del seguro se encontraba suspendida en virtud de no haberse pagado las primas. Para facilitar el cobro, el agente logra la emisión de los recibos correspondientes mediante engaños. Son condenados por intento de estafa y falsificación (STS de 22 de marzo de 2001 [R.O.J. 2333]).

⁷⁴⁸ Así sucedió en un caso resuelto por la Audiencia Provincial de Ciudad Real en España. Una mujer intentó asesinar a su esposo y obtener beneficios económicos mediante la contratación de varios seguros, a su nombre y sin su consentimiento. Para concluir alguno de estos seguros y para ampliar otros,

casos la vida asegurada, cuya firma se falsificó, permaneció al margen de la morbosa maniobra.

b. Seguro de accidentes

El fraude es muy común en los seguros de accidentes pues, igual que en cualquier seguro de personas, en esta especie es fundamental la declaración sobre el estado de salud actual y las enfermedades que haya padecido el individuo.

Resulta particularmente importante el conocimiento de ciertas dolencias como las enfermedades mentales, epilepsia, padecimientos nerviosos, cardiopatías y limitaciones en los sentidos de la vista y el oído por su capacidad de disminuir la reacción ante las situaciones extremas. Todas ellas son causa de accidente y negar su padecimiento al asegurador puede configurar el delito de estafa.

c. Seguro de enfermedad y asistencia sanitaria

En el seguro de enfermedad y de asistencia sanitaria, el fraude se concreta en la simulación de enfermedades al momento de la solicitud de la garantía para, luego, esperar la prestación del asegurador⁷⁴⁹.

d. Seguro de responsabilidad civil

En el seguro de responsabilidad civil, además del fraude del solicitante debe considerarse el cometido por el tercero perjudicado, quien puede ocultar o falsear información

recurrió a diferentes amigos y vecinos de modo que se presentaran al asegurador como su marido. Los convencía explicándoles que la víctima era reacia a someterse a los exámenes clínicos que usualmente exigían los aseguradores para cerciorarse del estado de salud del individuo. Su idea era disimular el homicidio con un accidente. Para poder manejar al marido le suministró tóxicos a efectos de disminuir su nivel de conciencia. Cuando consideró que estaba lo suficientemente atontado lo condujo al lado del vehículo y lo roció con gasolina, especialmente en el costado donde se encuentra el tanque de combustible. Le prendió fuego e inmediatamente salió pidiendo socorro. Llegaron unos vecinos y rescataron al individuo con vida (SAP de Ciudad Real de 17 de mayo de 2001 [R.J. 442]).

⁷⁴⁹ GARCÍA MOSQUERA, ob. cit., pp. 116 y 117.

fundamental para la determinación de la responsabilidad y ulterior valoración de los perjuicios correspondientes.

Precisamente en esta especie de seguro, la mayor cantidad de casos de fraude se encuentran en la determinación concreta del perjuicio causado. Así, se citan como ejemplo los supuestos de declaraciones falsas o inexactas respecto del período de curación de las lesiones sufridas, su tratamiento y la constatación de las secuelas resultantes⁷⁵⁰.

2. La reticencia como ilícito penal

No existe acuerdo en la doctrina respecto a la posibilidad de perseguir por el delito de estafa al solicitante del seguro que maliciosamente calla circunstancias conocidas y que sabe que influyen en la valoración del riesgo.

El primer obstáculo que se plantea en contra de esta posibilidad, es la necesidad de que la estafa se configure en virtud de medios activos o comisivos y nunca omisivos⁷⁵¹.

El argumento que sostiene esta opinión es la calificación que realiza algún codificador penal, caso del uruguayo, cuando requiere que el engaño de la estafa se acredite con estratagemas o artificios, calificación que de acuerdo a la interpretación tradicional, debería alcanzar cierta aparatosidad.

El segundo impedimento se relaciona con la inexistencia de perjuicio para el asegurador y ventaja para el futuro asegurado. Así, se afirma, no habría estafa desde que la simple conclusión del contrato no representaría una ventaja patrimonial para el futuro tomador, ni un perjuicio para el asegurador; antes bien, para el primero supone la obligación de pagar la prima⁷⁵².

⁷⁵⁰ MAZA MARTÍN, ob. cit., p. 138.

⁷⁵¹ CAIROLI MARTÍNEZ, ob. cit., p. 355.

⁷⁵² GARCÍA MOSQUERA, ob. cit., pp. 298, 309, 310 y 311.

3. Nuestra opinión

En nuestra opinión la reticencia puede adecuarse perfectamente a los requisitos objetivos y subjetivos del delito de estafa. Nuestros argumentos son los siguientes.

En primer lugar, el silencio de la reticencia es un silencio calificado, igual que ocurre en la sanción civil. Con esto queremos significar que el declarante que maliciosamente calla las circunstancias que le son conocidas al asegurador, compromete su responsabilidad penal desde que la omisión relevante, desde el punto de vista penal, es la omisión de una acción determinada, que se espera y que no se quiere realizar.

Compartimos la tesis de quienes sustentan que la omisión, en sí misma, no existe, pues siempre se omite *algo*. Al ordenamiento jurídico penal le interesan las acciones que esperan que los individuos realicen en virtud de que existe un deber jurídico que lo establece así. En esto consiste, precisamente, el *delito de comisión por omisión* o *delito omisivo impropio*⁷⁵³, especie que requiere los siguientes elementos:

Primero: La posibilidad fáctica del sujeto de evitar el resultado si se hubiera realizado la acción ordenada por la Ley.

Segundo: La existencia de un deber de evitar el resultado o, lo que es lo mismo, la posición de garante que asumen aquellas personas vinculadas con el bien jurídico protegido⁷⁵⁴.

No compartimos la posición expuesta por CAIROLI MARTÍNEZ en el sentido de que el artículo 347 del Código Penal uruguayo restringe a la estafa sólo a comportamientos activos, en la medida en que las maquinaciones o los artificios deben alcanzar una suerte de *mise en scene*⁷⁵⁵.

⁷⁵³ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, ob. cit., pp. 270 y 271; SILVA SÁNCHEZ, *El delito...*, p. 3.

⁷⁵⁴ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, ob. cit., pp. 277 y 278.

⁷⁵⁵ CAIROLI MARTÍNEZ, loc. cit.

En nuestra interpretación de la norma penal uruguaya, el codificador, con la expresión *maquinaciones y engaños artificiosos*, quiso subrayar que el engaño definitivo de la estafa debe ser contundente, esto es, bastante o suficiente para provocar el error en la víctima.

Suponer que el estafador deba montar un espectáculo, implica dejar de incriminar conductas que encuadran en la descripción legal de la figura. De hecho, la expresión francesa no tiene la interpretación que se pretende. Con ella se busca dejar bien aclarado que el engaño de la estafa no puede basarse en la afirmación fácil, la retórica persuasiva o el ademán convincente. Hace falta que estas palabras o gestos vayan acompañados de un hacer positivo, o de un no hacer, o no decir alguna cosa cuando la Ley manda lo contrario⁷⁵⁶.

En segundo lugar, entendemos que sí hay perjuicio patrimonial efectivo para el asegurador cuando soporta un riesgo superior en relación a las primas que recibe a cambio, o si se somete a una relación contractual que no hubiera consentido de haber conocido el verdadero estado del riesgo. Y subrayamos *efectivo* pues no hay una mera situación de peligro patrimonial. Si así se razonara, se estaría desconociendo que la primera obligación del asegurador no es pagar la indemnización, sino prestar su garantía en tanto no ocurran los eventos dañosos previstos en el contrato.

La errónea representación del riesgo del asegurador repercute en los cálculos actuariales del monto de reservas destinadas a soportar las futuras liquidación de los siniestros y en la tarificación de las primas. Todo ello sin perder de vista que incide en toda la cartera de riesgos similares distraendo recursos útiles en riesgos que no debieron ser aceptados.

Debido a que la cartera de clientes del asegurador está interesada en preservar su patrimonio, en tanto cada mutualidad sujeta a riesgos similares tiene la legítima expectativa a recibir su indemnización en caso de siniestro, es posible afirmar que el

⁷⁵⁶ GOLDSTEIN, ob. cit., pp. 224 y 225.

proponente del seguro se constituye en garante del asegurador y de ahí que corresponda protegerlo de sus representaciones erróneas cumpliendo la carga de declarar el riesgo exactamente.

Capítulo cuarto: La cláusula de incontestabilidad como solución para las reticencias e inexactitudes

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos inspirados en el Derecho francés, las declaraciones inexactas y las reticentes, aun de buena fe, se sancionan con la nulidad del contrato. Esta era la solución del artículo 381 del Código de Comercio español, hoy derogado y es la sanción dispuesta en el artículo 640 del Código de Comercio uruguayo, norma que permanece incambiada pese a que la mayoría de las legislaciones, incluida la francesa, han sido modificadas.

La sanción a las infracciones al deber de declaración del riesgo ha sido sustancialmente alterada al establecerse distintas soluciones en función de la buena o mala fe del declarante. La tendencia actual consiste en ajustar la prestación del asegurador proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que hubiese correspondido aplicar si el tomador obró de buena fe, o resolverlo o anularlo, conservando las primas pagas, en caso contrario.

Ahora bien, si bien la nulidad es una sanción beneficiosa para el asegurador en la medida en que le protege de las declaraciones reticentes, inexactas y falsas sobre el riesgo, es inconveniente para su negocio. Piénsese que el seguro es un contrato que se celebra con la expectativa de perdurar muchos años y que suele haber transcurrido mucho tiempo desde la declaración del riesgo hasta la liquidación del siniestro. Agréguese la posibilidad de que el asegurador alegue la nulidad, aun en los casos de buena fe. Nada más natural que el futuro tomador desconfíe del contrato.

Por las razones expuestas, los aseguradores renuncian a la protección que la ley les acuerda incorporando en las pólizas las denominadas *cláusulas de indisputabilidad* o de

*incontestabilidad*⁷⁵⁷. Así, durante un período que opera a modo de prueba, franquicia o moratoria, declinan su derecho a disputar o contestar la declaración del riesgo efectuada, en el entendido de que han tenido el tiempo suficiente como para comprobar que el proponente no tuvo la intención de defraudarlos⁷⁵⁸.

La práctica ha sido muy bien recibida por los consumidores y usuarios de seguros y aplaudida por la doctrina y jurisprudencia, convencidas de la justicia de la solución. Es así como, primero convencionalmente y luego por ley, el pacto de cláusulas de indisputabilidad se tornó usual, sobre todo en el seguro de vida.

En el Derecho español, la cláusula de indisputabilidad ha sido prevista en el artículo 89 de la Ley de Contrato de Seguro, en sede de seguros de vida. Según esta norma, el asegurador renuncia a su derecho a impugnar el contrato una vez transcurrido un año contado a partir de su celebración, siempre y cuando no haya dolo por parte del tomador⁷⁵⁹.

⁷⁵⁷ En España, Francia, Italia y en los Estados Unidos de Norteamérica se utiliza, en general, el término *incontestabilidad*. En Uruguay y Argentina, en cambio, la doctrina prefiere la palabra *indisputabilidad*, aunque en las pólizas se utiliza un término u otro, indistintamente.

⁷⁵⁸ SARFATTI, ob. cit., p. 318; RUBIO VICENTE, ob. cit., pp. 137 y 143; GASPERONI, “La clausola...”, p. 9.

⁷⁵⁹ La norma se reproduce en el artículo 593-12 de la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, de 17 de junio de 2013, lo que ha sido considerado un error por parte de algunos autores y ello por cuanto se ha dicho que conservar la redacción no se acomoda con el sistema general que impone el artículo 11, aplicable a todos los seguros, de acuerdo al cual es de precepto la utilización de la regla proporcional que evita la impugnación del contrato una vez transcurrido un mes desde el conocimiento de la reserva o inexactitud. Se impondría, en definitiva, un sistema más desfavorable para el asegurado del ramo vida (RUIZ ECHAURI, “Artículo 86. Reticencia e inexactitud en las declaraciones de riesgo. Inimpugnabilidad”, *Revista Española de Seguros*, n° 143-144 [2010], p. 897).

El texto del artículo 593-12 difiere respecto del artículo 79 del Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro en cuanto que elimina el segundo párrafo referido a la excepción de la declaración inexacta de la edad, supuesto que se regula en forma independiente en el artículo 593-13.

En el Derecho argentino está prevista en el artículo 130 de la Ley de Seguros, también en sede de seguros de vida y garantiza al tomador que el asegurador no invocará la reticencia una vez transcurridos tres años desde la celebración del contrato, excepto en los casos de reticencia dolosa.

El Código de Comercio uruguayo no ha previsto la existencia de estas cláusulas pero tampoco las ha prohibido. En la práctica se las utiliza como otra forma de atracción de la clientela y los riesgos de su inclusión son objeto de previsión por parte del asegurador.

I. Consideraciones generales

A. Concepto

Se denomina cláusula de indisputabilidad o de incontestabilidad a la disposición contractual mediante la cual el asegurador renuncia, en determinadas condiciones, a su derecho a cuestionar la veracidad o exactitud de las declaraciones efectuadas por el asegurado. Las condiciones de admisibilidad de este pacto dependen de la voluntad de las partes, cuando tiene su origen en la póliza, o del legislador, cuando están previstas legalmente.

B. Categorías de cláusulas

Las cláusulas de indisputabilidad pueden ser ordenadas en absolutas y relativas, en función de la conducta del asegurado⁷⁶⁰.

1. Absolutas

Son absolutas las cláusulas de indisputabilidad que permiten al asegurador renunciar a sus derechos en cualquier situación, sin juzgar la conducta del tomador. Comprenden los casos de reticencia en los que hay mala fe por parte del declarante e implícitamente se consideran incluidas las cláusulas que, expresamente, contemplan el dolo.

⁷⁶⁰ CERRUTI AICARDI, ob. cit., pp. 113 y ss.

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, la validez de este tipo de cláusulas es discutida por contrariar la moral y el orden público⁷⁶¹. Las que contemplan el dolo, generalmente, están prohibidas.

2. Relativas

Son relativas las cláusulas de indisputabilidad que permiten al asegurador renunciar a sus derechos en todas las situaciones, excepto en aquellas en las que se verifica dolo en la conducta del tomador. Es el caso del Derecho argentino y también del español⁷⁶².

II. Régimen jurídico

A. Plazo

La existencia de la cláusula de indisputabilidad tiene por efecto el reconocimiento de dos períodos: uno de disputabilidad y otro de indisputabilidad.

En el período de disputabilidad, de acuerdo al Derecho español, el asegurador puede exigir la rescisión del contrato, la reducción proporcional de la suma asegurada o la anulabilidad del contrato. En el Derecho uruguayo, en cambio, la única solución es la nulidad del contrato, aunque la sanción se suaviza por aplicación del artículo 666 del Código de Comercio. Todo dependerá de la buena o mala fe que haya tenido el tomador por aplicación de las normas sancionatorias derivadas del incumplimiento al deber de declaración del riesgo.

En el período de indisputabilidad, en cambio, el asegurador declina estas facultades y soporta los riesgos de los defectos en la declaración de riesgos efectuada.

La división planteada revela que el término *indisputabilidad* o *incontestabilidad* es equivocado puesto que

⁷⁶¹ ALBANELL MAC COLL, ob. cit., p. 115.

⁷⁶² HALPERIN, *Seguros...*, p. 184; RUBIO VICENTE, ob. cit., p. 144.

durante su transcurso el contrato es disputable o contestable. Será indisputable o incontestable, sólo, cuando finalice.

1. Extensión

Sea que tengan origen convencional o legal, las cláusulas de indisputabilidad respetan un plazo determinado justificado en la necesidad de realizar ciertas previsiones actuariales y ello por cuanto el asegurador que ha consentido en renunciar al derecho de disputa necesita calcular esta decisión e incorporarla a la previsión de riesgos de su cartera. La extensión varía de acuerdo a la práctica aseguradora; las hay desde seis meses hasta cinco años.

En el caso del Derecho español la Ley de Contrato de Seguro determina el plazo máximo de un año, aunque admite que las partes establezcan un plazo más breve. El artículo 130 de la Ley de Seguros argentina establece un período de tres años aunque se entiende que puede reducirse en tanto ello beneficia al asegurado y el artículo en cuestión no se encuentra entre los inmodificables por la voluntad de las partes, según lo dispuesto en el artículo 158 de la misma Ley⁷⁶³. En el Uruguay, la costumbre de los aseguradores es variada aunque los plazos previstos en las pólizas oscilan entre uno a dos años.

2. Cómputo

La Ley de Contrato de Seguro española dispone que el cómputo del plazo se realice desde el momento en que se celebra el contrato.

En virtud de que la Ley permite derogar sus disposiciones en tanto favorezca al tomador o al asegurado (artículo 2), es posible que el cómputo se realice a partir de la etapa precontractual de declaración del riesgo o desde su proposición.

Relacionado con este punto, GARRIGUES señala cierta falta de sentido a la cláusula de indisputabilidad, dado que el artículo

⁷⁶³ LÓPEZ SAAVEDRA, *Ley de Seguros...*, p. 674.

10 concede sólo un mes para proceder a la rescisión del contrato y ello, a su entender, no se ajustaría al artículo 89 que estamos analizando⁷⁶⁴. Se le ha contestado que el sentido se encuentra al conceder a cada plazo su correspondiente naturaleza: el plazo de un mes del artículo 10 corresponde a la facultad de rescisión del contrato y se computa desde que se conoce la infracción; el plazo de la cláusula de indisputabilidad, en cambio, corresponde al deber de no impugnar el contrato aunque se tenga conocimiento de la infracción y se computa desde la celebración del contrato⁷⁶⁵.

En el Derecho uruguayo, a falta de previsión legal, deberá estarse a lo dispuesto en el contrato. El asegurador puede computar el plazo desde las etapas precontractuales de proposición y declaración del riesgo o a partir del momento de perfeccionamiento del contrato (cuando se suscribe y entrega la póliza) o desde el momento en que efectivamente empiece a soportar los riesgos⁷⁶⁶.

B. Límites

En el Derecho español la cláusula de indisputabilidad tiene dos límites: el dolo del tomador manifestado al declarar el riesgo y la declaración inexacta de la edad, toda vez que la real exceda los límites de asegurabilidad del asegurador. En los supuestos referidos cae la cláusula de indisputabilidad y el asegurador recupera sus derechos pudiendo disputar la póliza, en forma excepcional, aun habiendo transcurrido el plazo pactado.

En el Derecho argentino el asegurador recupera su derecho a exigir las consecuencias jurídicas de las declaraciones reticentes si puede probar la reticencia dolosa del asegurado.

⁷⁶⁴ GARRIGUES, *Contrato...*, p. 512.

⁷⁶⁵ RUBIO VICENTE, ob. cit., p. 135, notas 109 y 142.

⁷⁶⁶ BUTTARO, “Inizio e decorso...”, pp. 910 y 911.

1. Inexistencia de dolo

La Ley de Contrato de Seguro española establece que no habrá cláusula válida si el tomador actuó con dolo en la declaración del riesgo. A los efectos de exigir la anulabilidad del contrato es indiferente, por tanto, que el asegurador descubra al deshonesto durante el plazo de disputabilidad (el año) o durante el plazo de indisputabilidad (el resto del período que vincule contractualmente a las partes). Dicho en otros términos, en caso de dolo no hay forma de contrariar lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley.

Algún autor italiano ha realizado una interpretación restrictiva del dolo en el contexto de esta cláusula, de modo de exigir al solicitante la maquinación característica del *dolus malus*, vicio del consentimiento⁷⁶⁷. Esta interpretación no se compadece con la lectura que se ha hecho del dolo como fundamento para la sanción de la reticencia, según quienes entienden que la reticencia no necesita de tales maquinaciones para integrar la categoría de conductas dolosas.

2. La declaración de la edad

Dado que la edad es el principal factor para determinar la mayor o menor expectativa de vida de las personas, el legislador español ha exceptuado los defectos de su declaración del régimen dispuesto en el artículo 89.

La norma comentada se corresponde con el tratamiento general sobre la edad, en la medida en que el artículo 90 también es excepcional respecto del régimen contenido en el artículo 10. No obstante, se ha dicho que la norma debió contemplar aspectos como la intención del tomador, las consecuencias jurídicas de la

⁷⁶⁷ MOSSA, L'incontestabilità e la prescrizione dell'azione per dolo nell'assicurazione sulla vita", *Rivista del Diritto commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni* (Milano, Dottor Francesco Vallardi, 1933), pp. 310 y 311; GASPERONI, "La clausola...", p. 100.

inexactitud en oportunidad del siniestro y el destino de las primas pagadas cuando el contrato se rescinde⁷⁶⁸.

En el Derecho uruguayo, la edad no forma parte del contenido necesario de la póliza. Esta circunstancia, sumada a la falta de previsión legal sobre la cláusula de indisputabilidad, permite sostener su validez. Sin embargo, vemos difícil que el asegurador renuncie a su derecho a disputar el contrato en los casos que sospeche que la edad verdadera escapa al límite de asegurabilidad recomendado por sus cálculos actuariales.

III. Problemas jurídicos

A. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica de la cláusula de indisputabilidad ha sido objeto de controversia en la doctrina.

Básicamente hay tres posiciones principales. Todas tienen en común el reconocer una dimisión anticipada y unilateral de cierto derecho por parte del asegurador. La discusión estriba, precisamente, en determinar a cuál derecho renuncia el asegurador cuando consiente la cláusula.

1. Renuncia al plazo legal de prescripción del derecho de rescisión del contrato

De acuerdo a esta posición el asegurador renuncia al plazo legal de prescripción para ejercitar el derecho a rescindir el contrato. En este sentido, la cláusula de indisputabilidad permitiría una reducción convencional de este plazo.

Sus detractores señalan que, en primer lugar, los términos de prescripción de las acciones, cualesquiera que sean, son de orden público. Por lo tanto, las partes no pueden disponer de ellos. Esta crítica es útil tanto para el régimen español, como para el uruguayo.

⁷⁶⁸ LATORRE CHINER, “Artículo 90.-...”, pp. 1063.

En segundo lugar, cuando los términos de prescripción son muy breves, como en el caso del Derecho español, su reducción no sería admisible puesto que se confundiría con el plazo de caducidad. Esto sucede con el plazo previsto en el artículo 10.2 de la Ley de Contrato de Seguro.

En tercer lugar y relacionado al Derecho español, la doctrina señala que no es posible disponer de un plazo cuando el asegurador aún no tiene derecho a ejercer la acción. Así, el plazo de prescripción de la acción rescisoria empieza a correr desde que el asegurador tiene conocimiento de la reserva o de la inexactitud. En cambio, el plazo de disputabilidad se computa desde la conclusión del contrato.

2. Renuncia al plazo legal de caducidad

Esta posición entiende que la cláusula de indisputabilidad determina la renuncia al plazo legal de caducidad y en su lugar impone el establecimiento de uno convencional, más o menos extenso que aquél⁷⁶⁹.

Se le realizan los siguientes cuestionamientos:

En primer lugar, si la cláusula de indisputabilidad se considera un plazo de caducidad convencional se superpondría al legal en aquellos regímenes jurídicos que lo tienen previsto, caso del español. Habría dos plazos para el ejercicio de la misma facultad, lo cual no es lógico.

En segundo lugar, aun aceptado lo anterior, se produce una contradicción importante puesto que el plazo de caducidad legal y el convencional se computarían a partir de momentos diferentes.

En tercer lugar, la única forma de evitar los efectos de la caducidad es ejerciendo el derecho para la cual está prevista. Quiere decir que no se puede disponer de ella, ni se puede hacer nada para interrumpirla, ni para suspenderla. En cambio, si en el plazo de disputabilidad el asegurador conoce el defecto en la

⁷⁶⁹ TIRADO SUÁREZ, “El riesgo en el seguro de vida”, p. 2407.

declaración, o se produce el siniestro, puede ejercer el derecho a rescindir el contrato o a pedir su anulación⁷⁷⁰.

3. Renuncia a los efectos de la reticencia o inexactitud

Puede entenderse que la cláusula de indisputabilidad es una forma de dispensa al deber de declaración exacta del riesgo en determinados supuestos, o una derogación del mandato legal en beneficio del tomador en tanto el ordenamiento jurídico lo permita⁷⁷¹.

Con más propiedad se afirma que la cláusula determina una dimisión unilateral al derecho del asegurador a rescindir el contrato o a solicitar la reducción proporcional de la suma asegurada (en aquellos regímenes que tienen previsto estas consecuencias, como es el caso del Derecho español)⁷⁷² o al derecho a liberarse de su obligación alegando la nulidad del contrato (como sucede en el Derecho uruguayo).

B. Seguros que admiten la cláusula

La cláusula de indisputabilidad se originó en el ámbito del seguro de vida, modalidad en la que se exacerba el problema de las declaraciones reticentes, falsas e inexactas y la incertidumbre producto del paso del tiempo. Por otra parte, en el caso de fallecimiento de la vida asegurada, a los beneficiarios les resulta extremadamente difícil, cuando no imposible, defender la honestidad de la declaración efectuada. Todo esto determinó que

⁷⁷⁰ GARRIGUES, *Contrato...*, p. 512.

⁷⁷¹ MOTTA, "Sono valide le clausole di incontestabilità contenute nelle polizze dei contratti di assicurazione?", *Rivista del Diritto commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*, p. II (1960), p. 3; ILARDI, «La «causa» nella clausola d'incontestabilità del contratto d'assicurazione sulla vita», *Il foro italiano*, v. LIX, p. I (1934), p. 1201; BUTTARO, "Inizio e decorso...", pp. 909 y 910; GASPERONI, "Appunti...", p. 134.

⁷⁷² TIRADO SUÁREZ, "Anotaciones al deber de declaración del riesgo en el seguro", p. 135; RUBIO VICENTE, ob. cit., pp. 114, 115 y 140.

fuera esta modalidad contractual la que difundió la cláusula en estudio.

No obstante su origen, corresponde preguntarse si es posible extender su aplicación a otras modalidades de seguros.

En el ordenamiento jurídico uruguayo la cuestión podría resolverse afirmativamente pues estas cláusulas dependen de la voluntad de las partes y la norma declinada, el artículo 640 del Código de Comercio, se encuentra en el capítulo dedicado a los seguros en general.

En los regímenes jurídicos que consagran la cláusula legalmente, como es el caso del español, la cuestión puede ser más discutible.

En efecto, la Ley de Contrato de Seguro española contempla y legitima estas cláusulas en el artículo 89, norma que se ubica en la sección dedicada al seguro de vida. Parecería, por tanto, que el legislador ha reservado su aplicación para esta modalidad contractual. Sin embargo, se han manejado argumentos que permitirían sostener su aplicación en otras especies.

En primer lugar, se señala que el artículo 2, ubicado en la parte general, exceptúa de la imperatividad de la Ley todos aquellos pactos que resulten más beneficiosos para el asegurado. La cláusula de indisputabilidad, justamente, tiene por finalidad favorecer al tomador eliminando la incertidumbre respecto a la postura que adoptará el asegurador en el futuro⁷⁷³.

En segundo lugar, el artículo 89 establece un plazo de disputabilidad anual, pero asimismo admite que las partes establezcan uno más breve. Se entiende que si el legislador permite la reducción del plazo legal, con más razón debe reconocer la misma facultad para otras modalidades contractuales en las que no hay previsión expresa⁷⁷⁴.

⁷⁷³ GARRIGUES, *Contrato...*, p. 512; SÁNCHEZ CALERO, “Deber de declaración del riesgo”, p. 311.

⁷⁷⁴ RUBIO VICENTE, ob. cit., p. 141.

C. Licitud

La proposición de esta cláusula es tarea de la compañía de seguros. El futuro asegurado o tomador no está en condiciones de discutir sus términos.

No puede desconocerse que tiene aspectos beneficiosos: asegura el cobro de la prestación, evita años de incertidumbre respecto a cuál será la actitud del asegurador una vez ocurrido el siniestro y favorece la diligencia del asegurador al obligarlo a extremar las precauciones de manera de descubrir el defecto en la declaración del asegurado⁷⁷⁵. No obstante lo dicho, toda renuncia anticipada de un derecho plantea el problema de su licitud.

La validez de la cláusula que persigue una renuncia depende de la naturaleza de la convención que pretenda excluir. De manera que la dimisión será válida si la norma declinada no es de orden público y si no se afectan los derechos de los terceros.

Los límites a la autonomía de la voluntad están impuestos, con carácter general, en los artículos 6.2 y 6.8 de los Códigos Civiles español y uruguayo, respectivamente.

Lógicamente deben considerarse las normas específicas del seguro.

El artículo 2 de la Ley de Contrato de Seguro española realiza una declaración de imperatividad general que impide a las partes contradecir sus términos, salvo que con ello se beneficie al tomador o asegurado.

El artículo 158 de la Ley de Seguros argentina establece ciertas normas que son inmodificables por la voluntad de las partes. Entre ellas se cuentan los artículos 5, 8 y 9, normas que establecen el régimen de la retención en todos los seguros.

Por su parte, el artículo 643 del Código de Comercio uruguayo dispone la nulidad de la renuncia que se haga de las disposiciones imperativas o prohibitivas de la ley, sea que se

⁷⁷⁵ SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, ob. cit., p. 558; RUBIO VICENTE, ob. cit., p. 137.

realice en el momento de contratar el seguro o durante su ejecución⁷⁷⁶.

La circunstancia se agrava en aquellos sistemas, como el uruguayo, donde este tipo de pacto no está consagrado legalmente. No obstante, en general, la doctrina admite su licitud atendiendo a dos razones:

En primer lugar, las normas que establecen la sanción para el caso de declaraciones inexactas o reticentes no son de orden público ni lesionan los intereses de los terceros. Consecuentemente, se trata de disposiciones que pueden ser modificadas por las partes en atención a la autonomía de la voluntad contractual⁷⁷⁷.

En segundo lugar, la resignación del asegurador no hace otra cosa que beneficiar al tomador o al asegurado, circunstancia bienvenida en un contrato con cláusulas preredactadas como es el seguro.

En las legislaciones donde la cláusula está consagrada expresamente, la cuestión de la licitud pierde todo interés. En el caso del Derecho español, respecto del seguro de vida, estas cláusulas son lícitas puesto que están excluidas del régimen de imperatividad consagrado en el artículo 2 de la Ley de Contrato de Seguro.

⁷⁷⁶ El artículo 643 del Código de Comercio uruguayo dispone:

“Es nula la renuncia que se haga de las disposiciones imperativas o prohibitivas de la ley, al tiempo del contrato de seguro, o mientras éste dure”.

⁷⁷⁷ SÁNCHEZ CALERO, “Deber de declaración del riesgo”, pp. 309 y ss.

TERCERA PARTE: LA DECLARACIÓN DE LOS
RIESGOS EN ALGUNOS CONTRATOS DE
SEGUROS

Enfrentar el análisis de la declaración del riesgo y de sus dificultades en cada especie de contrato de seguro, presupone la adopción de alguna de las tantas clasificaciones elaboradas por la doctrina.

Tradicionalmente los seguros se han ordenado en atención al objeto de la obligación principal del asegurador al momento de ocurrencia del siniestro. De esta manera, los seguros se dividen en dos grupos: los seguros de daños y los seguros de sumas.

En los seguros de daños el asegurador se compromete a indemnizar al asegurado los daños sufridos como consecuencia del siniestro. El interés asegurable que se toma como objeto en este tipo de seguros, se define por la relación económica existente entre la cosa asegurada y la persona que contrata el seguro.

Este tipo de seguros, también llamados de *concreta cobertura*, se caracterizan por la variabilidad de la indemnización que sirve el asegurador, en tanto depende de diversos factores, fundamentalmente de la delimitación causal de los riesgos, de la suma asegurada y del daño sufrido. Pertenecen a esta categoría los seguros en los que el siniestro afecta intereses sobre bienes materiales o patrimoniales (incendio, robo, transporte, cosechas, seguros de automóviles, de responsabilidad civil y el resaseguro, por ejemplo). También son seguros de *concreta cobertura* algunos seguros de personas, caso del seguro de enfermedad, el de accidente y el de invalidez, en tanto las indemnizaciones no se establecen previamente, en una determinada cantidad⁷⁷⁸.

En los seguros de sumas, el asegurador se obliga a pagar una suma de dinero determinada en caso de verificarse el siniestro. A diferencia de los descritos anteriormente, dicha suma se estipula por el tomador en la fase precontractual, y por lo tanto con total independencia del daño sufrido. Por esta razón a estos seguros se los denomina *seguros de abstracta cobertura*. Estos seguros son ajenos al concepto de interés y como consecuencia, también son extraños al concepto de daño patrimonial. La suma o el capital asegurado la establece el tomador o el asegurado,

⁷⁷⁸ VEIGA COPO, *Tratado del Contrato de Seguro*, t.II, 3ª ed. (Cizur Menor-Navarra, Civitas, 2014), p. 20.

unilateralmente, en función de su conveniencia⁷⁷⁹. Entran en esta categoría los seguros sobre la vida humana.

Otra forma de clasificar las diversas especies de seguros consiste en distinguir los seguros de cosas de los seguros de personas. Sin embargo, cabe advertir que no todos los seguros que no son de personas, son seguros de cosas.

Para salvar el obstáculo anotado se propone dividir los contratos en dos grandes categorías: seguros sobre intereses patrimoniales y seguros personales. A su vez, dentro de los seguros sobre intereses patrimoniales, se ubican los seguros de cosas (incendio, robo y transporte) y los seguros de protección del patrimonio (seguros de crédito, de caución y de responsabilidad civil). Por otra parte, los seguros de personas se pueden subdividir en seguros sobre la vida (para el caso de muerte y para el caso de sobrevivencia) y los seguros sobre la integridad corporal (seguros de accidentes personales)⁷⁸⁰.

Las legislaciones modernas, como la española y la argentina⁷⁸¹, han adoptado este sistema. El Código de Comercio uruguayo, en cambio, no realiza ninguna clasificación de seguros y regula en forma independiente sólo tres especies de este contrato⁷⁸².

⁷⁷⁹ TIRADO SUÁREZ, "El seguro", p. 30.

⁷⁸⁰ STIGLITZ, *Derecho de seguros*, t. I, pp. 32 y 33.

⁷⁸¹ La Ley de Seguros argentina utiliza esta clasificación. Así, el seguro de incendio (artículos 85 a 89), el de agricultura (artículo 90), el de granizo (artículo 91 a 96), el de helada (artículo 97), el de animales (art. 98), el de mortalidad (artículos 99 a 108), el de responsabilidad civil (artículos 109 a 120) y el de transporte (artículos 121 a 127), se ubican en la categoría de seguros de daños patrimoniales. Por su parte, el seguro de vida (artículos 128 a 148), el de accidentes personales (artículos 149 a 152) y los colectivos de vida o de accidentes personales (artículos 153 a 156), se consideran seguros de personas.

⁷⁸² En el capítulo II del título IX, el Código de Comercio uruguayo trata el seguro contra el incendio (artículos 673 a 687), el seguro contra los riesgos a que están sujetos los productos de la agricultura (artículos 688 a 692) y el seguro sobre la vida (artículos 693 a 699).

Capítulo primero: Seguros de daños en las cosas

I. Seguro de incendio

El seguro de incendio tiene por objeto principal resarcir al asegurado los perjuicios producidos por la acción del fuego y el abrasamiento, siempre y cuando alcance las características y las dimensiones de un incendio. Asimismo tiene por finalidad la cobertura de otros daños que son consecuencia de las acciones dirigidas a combatir el fuego, como el rescate y el traslado de los bienes siniestrados⁷⁸³.

El seguro de incendio en España se encuentra regulado en los artículos 45 a 49 de la Ley Contrato de Seguro. El Código de Comercio uruguayo hace lo propio desde el artículo 673 al 687. Finalmente, en el Derecho argentino, la Ley de Seguros contempla el seguro de incendio en el artículo 85 al 89.

A. El riesgo y su concreción en el seguro de incendio

El riesgo previsto en esta especie de seguro consiste en la probabilidad de acaecimiento de un incendio que provoque daños o determine la pérdida del objeto asegurado.

A diferencia de la Ley de Contrato de Seguro española, que en el artículo 45 define lo que debe entenderse por incendio a los

Lógicamente puede haber contratos de seguro que contemplen otros riesgos. El artículo 635 del Código de Comercio uruguayo lo establece, en forma expresa, en una enumeración que no es taxativa. A estos seguros se les aplicará el régimen dispuesto en el capítulo I del título IX, artículos 634 a 672.

La norma dispone:

“El seguro puede tener por objeto todo interés estimable en dinero y toda clase de riesgos, no mediando prohibición expresa de la ley.

Puede, entre otras cosas, tener por objeto:

Los riesgos de incendio.

Los riesgos de las cosechas.

La duración de la vida de uno o más individuos.

Los riesgos de mar.

Los riesgos de transporte por tierra y por ríos y aguas interiores”.

⁷⁸³ GARRIGUES, *Contrato...*, p. 222; BATALLER GRAU, LATORRE CHINER y OLAVARRÍA IGLESIA, ob. cit., p. 236.

efectos del contrato de seguro, ni el Código de Comercio uruguayo, ni la Ley de Seguros argentina aportan concepto alguno.

Tradicionalmente la doctrina aludía al vocablo *fuego* para resumir este elemento. Sin embargo, no todo daño causado por la acción del fuego resulta resarcible y ello en razón de que no todo fuego es considerado incendio a los efectos de un seguro⁷⁸⁴.

En general, la doctrina está de acuerdo en que el incendio involucra dos fenómenos químicos, la combustión y el abrasamiento con llama, sucesos que conjuntamente originan un proceso de ignición o inflamabilidad de objetos no destinados a ser quemados en el lugar y en el momento en que se produce el acontecimiento⁷⁸⁵.

También, se ha definido el incendio como el fuego hostil capaz de consumir o dañar una cosa no destinada a ese fin⁷⁸⁶.

1. Delimitación del riesgo

La indemnización del asegurador cubre los daños y las pérdidas materiales que cause la acción directa del fuego y también los daños indirectos, esto es, todos aquellos ocasionados como consecuencia de las acciones tendientes a impedirlo o extinguirlo y los producidos al rescatar los bienes asegurados, dentro de los límites impuestos por la ley y el contrato (artículos 49 de la Ley de Contrato de Seguro española, 85 de la Ley de Seguro argentina⁷⁸⁷ y 686 del Código de Comercio uruguayo⁷⁸⁸).

⁷⁸⁴ GARRIGUES, *Contrato...*, pp. 222 y 223; TIRADO SUÁREZ, “La noción de seguro de incendio”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. [Dir.], TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980 de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día (Cizur Menor-Navarra, Aranzadi, 2010), pp. 1010 y ss.; BATALLER GRAU, LATORRE CHINER y OLAVARRÍA IGLESIA, ob. cit., p. 236.

⁷⁸⁵ TIRADO SUÁREZ, “La noción de seguro de incendio”, pp. 1015 y 1016.

⁷⁸⁶ HALPERIN, *Seguros...*, cap. VIII, “Supuestos especiales. Incendio”, 6 (a); BATALLER GRAU, LATORRE CHINER y OLAVARRÍA IGLESIA, ob. cit., p. 236.

⁷⁸⁷ El artículo 85 de la Ley de Seguro argentina dispone:

El asegurador no garantiza los daños ocasionados por cualquier incendio y ello por cuanto el concepto de incendio, a los efectos del contrato de seguro, reclama ciertos elementos.

La Ley de Contrato de Seguro española es explícita en este sentido. De acuerdo a este régimen, las llamas deben ser capaces de propagarse y abrasar objetos que no estaban destinados a ser quemados en el lugar y en el momento en que se produce el incendio (artículo 45.2)⁷⁸⁹. Obsérvese que la Ley no dice que las llamas deban propagarse para que el asegurador cubra el riesgo, sino que las llamas tengan la capacidad de propagarse, que es cosa bien distinta. Un incendio no propagado es igualmente asegurable e indemnizable.

Luego, para que el asegurador efectivamente indemnice los daños causados, el fuego debe afectar objetos que no están predestinados a arder en ese momento y en ese lugar. Va de suyo que no se habrá de cumplir con la indemnización cuando el asegurador pueda demostrar la existencia del denominado *fuego utilitario* o *fuego no hostil*, esto es, el provocado voluntariamente con una finalidad determinada, dentro de un foco u hogar apropiado para este fin⁷⁹⁰.

“El asegurador indemnizará el daño causado a los bienes por la acción directa o indirecta del fuego, por las medidas para extinguirlo, las de demolición, de evacuación, u otras análogas. La indemnización también debe cubrir los bienes asegurados que se extravíen durante el incendio”.

⁷⁸⁸ El artículo 686 del Código de Comercio uruguayo establece:

“El daño que se considera como consecuencia del incendio, está igualado al causado directamente por el fuego, aunque proviniese del incendio de edificios inmediatos, como por ejemplo, los deterioros que sufra la cosa asegurada, por el agua, u otro medio de que se haya valido para contener el fuego, la pérdida por robo o de otro modo, mientras se apagaba el fuego, o duraba el tumulto, así como el daño causado por la demolición parcial o total de la cosa asegurada, hecha por orden superior, para cortar los progresos del incendio”.

⁷⁸⁹ STS de 16 de marzo de 1988 (R.J. 1972).

⁷⁹⁰ TIRADO SUÁREZ, “La noción de seguro de incendio”, p. 1016; HALPERIN y BARBATO, loc. cit.

El Código de Comercio uruguayo y la Ley de Seguros argentina nada disponen respecto de las características que deba tener el incendio para resultar asegurable, no obstante lo cual los aseguradores han limitado el concepto de incendio en función de sus intereses actuariales.

En general no se aseguran los procesos de oxidación (la combustión lenta resultado de la afinidad de un cuerpo combustible con el oxígeno), los fuegos causados por una explosión (la combustión como consecuencia de la acción súbita y violenta de la presión o de la depresión de gas o de vapor) y el auto calentamiento (la combustión espontánea)⁷⁹¹.

Las exclusiones de cobertura descritas precedentemente son todas de orden convencional. Ni en la Ley de Contrato de Seguro española, ni en el Código de Comercio uruguayo, ni en la Ley de Seguros argentina se establecen exclusiones de esta naturaleza. De hecho el Código de Comercio uruguayo y la Ley de Seguros argentina disponen que a los efectos del seguro de incendio, los daños causados por la explosión se equiparan a los ocasionados por un incendio (artículos 687 y 86, respectivamente⁷⁹²).

El artículo 685 del Código de Comercio, además, sienta el principio general de cobertura de riesgos de incendio en el Derecho uruguayo al establecer que el asegurador debe hacerse cargo de todos los daños ocasionados, *sea cual fuere la causa que los haya producido*, a no ser que pruebe que el incendio fue debido a la culpa grave del asegurado, en cuyo caso corresponde aplicar el artículo 639.

⁷⁹¹ TIRADO SUÁREZ, loc. cit.

⁷⁹² El artículo 687 del Código de Comercio uruguayo dispone:
“Está asimismo igualado a los daños causados por incendio, el que proviene de explosión de pólvora, o de máquina de vapor o del rayo etc., aunque no hubiese ocasionado incendio”.

El artículo 86 de la Ley de Seguro argentina dispone:
*“El asegurador no responde por el daño si el incendio o la explosión es causado por terremoto.
Los daños causados por explosión o rayo quedan equiparados a los de incendio”.*

Hacemos la observación puesto que entendemos que en el Uruguay debería revisarse hasta qué punto es legítimo que el asegurador excluya de cobertura los daños de incendio originados en desperfectos eléctricos del cableado del hogar, por ejemplo, en su mayor parte causados por negligencia. Estas cuestiones están siendo revisadas en el Derecho belga, en la medida en que los límites de asegurabilidad de los riesgos de incendio están siendo analizadas en función de la legislación tuitiva de los derechos del consumidor que obliga a algunas compañías aseguradoras a extender la cobertura a situaciones que quedarían excluidas de la garantía del seguro de incendio⁷⁹³.

En España se ha logrado un resultado similar pero por la vía de limitar el concepto legal de incendio a unos pocos requisitos (artículo 45 de la Ley de Contrato de Seguro). Luego, si las partes lo consienten pueden extender la cobertura a situaciones que usualmente se entienden excluidas, como los daños causados por el calor sin llama o los ocasionados por la oxidación y fermentación, o aún alcanzar otros riesgos accesorios o adicionales como el vicio propio o defecto de funcionamiento, sucesos que suelen ser objeto de pólizas específicas⁷⁹⁴.

2. Particularidades del siniestro

El asegurado de incendio tiene derecho al cobro de la indemnización aun cuando el siniestro se haya producido por su negligencia. Ello significa que el asegurado puede provocar el siniestro y la compañía ha de responder por ello, salvo, claro está, que en la provocación el asegurador pueda demostrar que el tomador ha sido más que negligente, esto es, que ha obrado con culpa grave o con dolo.

⁷⁹³ Nos referimos a la *Loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur*, de 6 de abril de 2010. Esta norma regula extensamente las cláusulas abusivas en la sección sexta.

⁷⁹⁴ TIRADO SUÁREZ, “La noción de seguro de incendio”, loc. cit.

Lo dicho está previsto expresamente en el artículo 48 de la Ley de Contrato de Seguro española⁷⁹⁵ e indirectamente en el artículo 685 del Código de Comercio uruguayo, en la medida en que responsabiliza al asegurador por todos los daños ocasionados, a no ser que pruebe que el incendio fue debido a la culpa grave del asegurado. Va de suyo que la negligencia, esto es la mera culpa, queda comprendida en la garantía del seguro de incendio, en una clara excepción a lo dispuesto en el artículo 639 del mismo Código, norma según la cual el asegurador no responde en ningún caso de los daños ocasionados por el hecho del asegurado o de los que le representan.

En la Ley de Seguros argentina no existe una norma similar en sede de seguros de incendio pero sí corresponde aplicar el artículo 70, disposición ubicada en sede de seguros de daños. De acuerdo a este artículo el asegurador no debe pagar la indemnización si el tomador o el beneficiario provocaron el siniestro dolosamente o por culpa grave. Si se hace como sugerimos la negligencia resultaría comprendida en la garantía del seguro.

El asegurador español también ha de responder cuando el siniestro se haya producido por un hecho fortuito (artículo 48 de la Ley de Contrato de Seguro). En general se entiende que el incendio originado en el caso fortuito es el incendio ocasionado en un hecho de la naturaleza. No obstante, la doctrina española ha hecho el esfuerzo de integrar aquí los actos humanos, dolosos o culposos, en tanto y en cuanto no sean imputables al tomador⁷⁹⁶.

⁷⁹⁵ Vale la pena referir que lo dicho ha sido eliminado en la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (artículo 592-22).

⁷⁹⁶ TIRADO SUÁREZ, “El riesgo cubierto por el seguro de incendio”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día (Cizur Menor-Navarra, Aranzadi, 2010), p. 1066; ALTAVILLA, “Caso fortuito e forza maggiore in rapporto al contratto di assicurazione”, año IV, p. I (1937), pp. 618 y ss.

El asegurador español también debe indemnizar en caso de que el siniestro ocurra debido a la malquerencia de extraños, lo que se interpreta como la actuación directa de terceros como causa del siniestro⁷⁹⁷.

El Código de Comercio uruguayo y la Ley de Seguros argentina no establecen los supuestos referidos en los cuales el asegurador viene obligado a responder. A pesar de ello, por lo menos en lo que al Derecho uruguayo se refiere, entendemos que cualquiera de ellos queda comprendido, en virtud de que el artículo 685 establece que el asegurador debe indemnizar todos los daños provenientes del incendio, sea cual fuere la causa que los haya producido, a no ser que pruebe que el incendio fue debido a la culpa grave del mismo asegurado.

B. Declaraciones del riesgo específicas del seguro de incendio

El derecho a la indemnización nace cuando se verifica el nexo causal entre el siniestro y el riesgo previsto en el contrato⁷⁹⁸. Sin perjuicio de ello, la cobertura asegurativa depende de la minuciosidad con que el futuro tomador exhiba el riesgo y la buena fe demostrada al notificar las agravaciones que modifiquen la relación riesgo – prima, inicial⁷⁹⁹.

La declaración del riesgo de incendio se realiza mediante el llenado de un cuestionario cuyas preguntas están diseñadas fundamentalmente en base a la experiencia siniestral acumulada por el asegurador.

⁷⁹⁷ GARRIGUES, *Contrato...*, pp. 226 y ss.; DUQUE DOMÍNGUEZ, “Seguros de incendios, contra el robo, de transportes terrestres y lucro cesante (Arts. 45 a 67)”, en: VERDERA Y TUELL, E. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, v. I [Madrid, Colegio Universitario de Estudios Financieros, 1982], p. 764.

⁷⁹⁸ Sobre la importancia del nexo causal se expide el Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de noviembre de 2011 (R.O.J. 7747) y de 17 de julio de 2012 (R.O.J. 5990).

⁷⁹⁹ GASPERONI, “La causa dell’evento di assicurazione”, *Assicurazione*, año V, parte I (1938), pp. 23 y ss.

Existen fórmulas simples, apropiadas para riesgos sencillos, esto es, aquellos a la que está sujeta la actividad civil y comercial y otras más completas, adecuadas para las actividades industriales que requieren un cuestionario bastante más detallado⁸⁰⁰.

1. Declaraciones anteriores a la celebración del contrato

El proponente del seguro de incendio ha de ser honesto respecto de ciertos aspectos de los objetos asegurados y también sobre su persona y su interés.

a. Sobre los objetos a asegurar

La garantía del seguro de incendio alcanza, pura y exclusivamente, a los objetos descritos en la póliza por el solicitante del seguro. Por tanto, el interés asegurado, sea propio o ajeno, queda reducido a unos bienes concretos, de modo tal que los objetos no descritos escapan a la obligación de indemnización del asegurador puesto que no fueron tenidos en cuenta para el cálculo de la prima.

Lo dicho en el párrafo precedente está expresamente previsto en el artículo 46 de la Ley de Contrato de Seguro española y sobre ello se ha expedido el Tribunal Supremo⁸⁰¹.

El elenco de objetos pasibles de seguro es enorme aunque, claro está, los aseguradores suelen establecer largas listas de

⁸⁰⁰ SOLER SEGARRA, “Seguro de incendio”, en: GARRIDO Y COMAS (DIR.), *Tratado General de Seguros. Teoría y Práctica de los Seguros Privados*, t. III, v. I (s/l, Consejo General de Agentes y Corredores de Seguros de España, 1988), p. 27.

⁸⁰¹ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2011 (R.O.J. 9337). En el caso, se trataba de un seguro combinado que cubría varias clases de riesgos. Al parecer el cuestionario no obligó al tomador del seguro a esmerarse respecto a la naturaleza de las instalaciones susceptibles de ser dañadas lo que a la postre generó el desencuentro entre las partes. El asegurador argumentó que no era responsable puesto que el siniestro ocurrió en una carpa que, en su concepto, quedaba excluida de la garantía.

En el mismo sentido SSTs de 21 de diciembre de 1992 (R.J. 10707) y 19 de diciembre de 1990 (R.J. 10311).

exclusiones justificadas por la dificultad de probanza respecto de la existencia de algunos elementos al momento del siniestro.

Puede tratarse de objetos simples, como un libro, o complejos, como una biblioteca o una colección. En este último caso el mayor problema estriba en establecer la indemnización cuando el incendio ha tenido efectos parciales. Es bien sabido que el conjunto es más valioso que la suma de sus componentes y que la pérdida parcial de estos desmerece notablemente el valor del grupo. Esta circunstancia justifica que los aseguradores establezcan una limitación que impide al asegurado pretender la indemnización por esta depreciación. De modo que el primer aspecto que debe cuidar el futuro tomador en un seguro de incendio es, precisamente, realizar una exacta enumeración de los objetos que pretende sean amparados por la garantía asegurativa. Tal exigencia suele ser mayor en el seguro de incendio de bienes inmuebles que en el de muebles, salvo que sean muy valiosos⁸⁰².

En las pólizas se suele aludir a los bienes inmuebles como *continente*, de modo de aclarar que el suelo donde están asentados no queda amparado por la garantía asegurativa⁸⁰³. Al solicitante le conviene ser cuidadoso respecto de los bienes raíces que pretende abarcar en el seguro para comprender todas y cada una de las instalaciones pues, de otro modo, puede ver frustrada su pretensión resarcitoria⁸⁰⁴.

⁸⁰² TIRADO SUÁREZ, “Los objetos asegurados en el seguro de incendio”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día (Cizur Menor-Navarra, Aranzadi, 2010), p. 1039; VEIGA COPO, *Tratado...*, p. 521. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha respaldado esta opinión (STS de 24 de noviembre de 2006 (R.J. 8138)).

⁸⁰³ BATALLER GRAU, LATORRE CHINER y OLAVARRÍA IGLESIA, ob. cit., p. 237.

⁸⁰⁴ Véase lo que sucedió en este caso resuelto por la Suprema Corte de Justicia en Uruguay. Se trataba de un seguro combinado que, entre otros riesgos, cubría los daños ocasionados por incendio en ciertas instalaciones señaladas en la proposición. Al parecer, antes de la suscripción del contrato el tomador había construido un galpón que no fue exhibido al inspector del asegurador. Fue allí donde ocurrió el siniestro. La Corte entendió que la inspección era la instancia fundamental para la evaluación del riesgo y el establecimiento de la prima

Ahora bien, la sola declaración de objetos no determina la prueba del valor, ni de la existencia de los bienes a la hora de verificarse el siniestro.

En los seguros de incendio sobre bienes raíces, el artículo 678 del Código de Comercio uruguayo ordena que la valuación del daño se verifique comparando el valor de la cosa asegurada antes del incendio, con el que tenga inmediatamente después de producido.

Para los seguros de incendio de cosas muebles o mercancías depositadas en una casa, almacén u otro depósito, el artículo 684 autoriza al juez de la causa a sustituir la tasación de peritos del artículo 661 por un juramento del asegurado. Fuera de los casos mencionados corresponde aplicar el principio general según el cual el valor de los efectos asegurados no hace fe en caso de contestación, a no ser que haya sido fijado por peritos nombrados por las partes.

Las normas del Código de Comercio uruguayo atienden a la prueba en juicio. Fuera de la hipótesis de controversia, al tomador le interesa que la indemnización sea ajustada y por ello es conveniente que contrate una póliza tasada o estimada que suponga el acuerdo con el asegurador respecto del valor de los bienes siniestrados.

Suelen establecerse ciertas excepciones al principio general de acreditación de los efectos incendiados. Un caso paradigmático es la pérdida de los libros de comercio y papeles del comerciante, cuya comprobación puede resultar dificultosa⁸⁰⁵.

Tanto se trate de bienes inmuebles como muebles, el solicitante del seguro debe proceder a su individualización

(Sentencia de la Suprema Corte de Justicia, de 29 de noviembre de 2009 [BJN. 436/2009]).

⁸⁰⁵ TIRADO SUÁREZ, “Los objetos asegurados en el seguro de incendio”, p. 1032, nota 13. En la jurisprudencia uruguaya puede consultarse la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de 26 de diciembre de 2005 (LJU. UR/JUR/202/2005), oportunidad en la cual el asegurado demostró la imposibilidad de probar el valor de los bienes siniestrados en buena medida debido a que los libros de comercio se perdieron en el incendio.

precisa de modo de evitar al asegurador todo error en la apreciación del riesgo.

Las descripciones genéricas y desganadas, no son felices y suelen incomodar a los jueces que perciben en esta actitud una manifestación clara de falta de diligencia⁸⁰⁶.

Para el seguro de incendio de bienes inmuebles, resulta determinante la ubicación y la utilización del bien a asegurar. Respecto del primero de los aspectos nombrados, en las zonas urbanas bastará el nombre de la calle y el número de puerta correspondiente a la provincia o departamento, la localidad o barrio y cualquier otro dato que sirva para la individualización del bien. En las zonas suburbanas los predios suelen ubicarse con los números de solar y manzana. La localización de los inmuebles rurales, generalmente necesita la ruta de acceso, el kilómetro específico y el nombre del paraje donde se encuentran.

La compañía aseguradora toma en cuenta la orografía del lugar, el clima, la existencia de aguas y el emplazamiento de los medios de extinción del fuego, entre otros elementos, para fijar la prima al caso concreto. También, debe establecerse la magnitud del arbolado del entorno, la existencia y cercanía de otras construcciones (de las cuales debe, asimismo, ofrecerse una descripción) y el uso de los inmuebles linderos⁸⁰⁷.

La situación del riesgo es objeto de calificación actuarial. Existen cinco grados de riesgo siendo fundamental cuán cerca se encuentra el emplazamiento de la estación de bomberos más cercana, sobre todo en el caso de los establecimientos industriales⁸⁰⁸.

⁸⁰⁶ En España, el Tribunal Supremo comparó la descripción realizada en la póliza, respecto de la cual las partes litigaban, con otra ajena al caso en cuestión. Respecto de la segunda recalcó lo pormenorizado y exhaustivo de la descripción. Sobre la que debió fallar opinó que era simplista. Por ésta y otras razones, determinó que el tomador incumplió sus deberes, calificando su actitud como negligente (STS de 8 de mayo de 1995 [R.J. 3935]).

⁸⁰⁷ VEIGA COPO, *Tratado...*, p. 520; HALPERIN, *Seguros...*, cap. III, 29.

⁸⁰⁸ SALVADOR SEGARRA, ob. cit., pp. 27 y 28.

Luego, es necesario describir los aspectos constructivos, esto es, la altura del edificio, los materiales de cimentación y vestido del interior y del exterior, comprendiendo las paredes y los techos, los sistemas de calefacción, acondicionamiento de aire, instalaciones eléctricas y saneamiento.

Existen casos interesantes, resueltos por los tribunales uruguayos⁸⁰⁹ y españoles⁸¹⁰ que refieren a estos aspectos.

⁸⁰⁹ En la jurisprudencia uruguaya corresponde hacer referencia al siguiente caso. Se trataba de un seguro de incendio contratado en una finca rural. El solicitante fue interrogado sobre los materiales de construcción del techo, paredes y pisos mediante el llenado de cuestionario. Básicamente respondió respecto de los materiales exteriores pues sólo eso se le preguntó en el cuestionario. Omitió, por tanto, declarar que el cielorraso de la construcción estaba confeccionado con paja. Producido un incendio que devastó la finca el asegurador se negó al pago alegando la omisión respecto del cielorraso. Proporcionó un informe de la Dirección Nacional de Bomberos según el cual ese quinchado, junto a otros elementos combustibles, fueron los determinantes de la propagación del fuego. En la primera instancia la decisora condenó al asegurador a pagar la indemnización por entender que la omisión resultaba excusable en atención a la insuficiencia del cuestionario. Asimismo, hizo notar la falta de inspección por parte del asegurador y que el tomador no había sido suficientemente instruido respecto al alcance de la declaración. El Tribunal de Apelaciones revoca esta Sentencia por entender que, además de haber considerado el cuestionario, la sentenciante debió atender a la póliza y a la particular jerarquía del principio de buena fe. Por otra parte, el Tribunal también hizo notar que la Póliza advertía respecto de los efectos de la declaración falsa o reticente en una cláusula en donde prácticamente se transcribía el artículo 640 del Código de Comercio uruguayo. Ya en casación la Suprema Corte de Justicia revocó la Sentencia. Básicamente los jueces hicieron valer la característica de adhesión del contrato de seguro y advirtieron la falta de diligencia inexcusable del asegurador por no haber confeccionado correctamente el cuestionario y por no haber realizado la inspección de la finca (Sentencia de Primera Instancia del Juzgado Letrado en lo Civil de 19º turno, del 11 de noviembre del 2002; Sentencia de Segunda Instancia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3º turno, del 10 de noviembre del 2003; Sentencia de la Suprema Corte de Justicia, del 20 de diciembre del 2004 [*Revista de Derecho de seguros*, nº 1 [2006], pp. 83 a 93]).

⁸¹⁰ En un asunto resuelto por el Tribunal Supremo se criticó la declaración del riesgo del futuro tomador de un seguro de incendio quien declaró que los materiales de construcción utilizados en las viviendas aseguradas eran de hormigón armado de primera calidad cuando no fue así (STS de 4 de diciembre de 2008 [R.J. 6948]).

Sobre la finca, es natural que al asegurador le interese conocer para qué se utiliza el inmueble a asegurar y ello en tanto, en general una residencia supone menos riesgos que un almacén. Dentro de las actividades comerciales y fabriles, los silos y salas de máquinas son mucho más proclives a incendiarse que los locales comerciales por el riesgo de explosión al que están sujetos⁸¹¹.

Un buen ejemplo de la importancia de esta declaración se aprecia en el caso de los locales que se utilizan para depósito de mercaderías. En este sentido, la información debe comprender la naturaleza de los objetos allí depositados, especialmente si son peligrosos, inflamables o explosivos. En estos casos cobra vital importancia la declaración honesta respecto a las medidas de prevención estáticas (organización del mantenimiento del orden y limpieza de las instalaciones y permisos para la utilización de soldadura autógena) y dinámicas (sistema de extinción del fuego, vigilancia, abastecimiento de agua, sensores de humo y calor, rociadores y recursos humanos apropiados)⁸¹².

Dependiendo del capital asegurado la compañía de seguros se conforma con la declaración del proponente o realiza una inspección del inmueble para cerciorarse de las condiciones de contratación. Muchas veces la sola referencia de la ubicación del bien convence al asegurador de hacer una visita al solicitante⁸¹³.

En relación con la declaración de los bienes muebles, las pólizas al uso deslindan el mobiliario personal, del comercial e industrial. Respecto del primero las pólizas suelen contemplar

⁸¹¹ ALARCÓN FIDALGO, ob. cit., pp. 607, 608 y 611.

⁸¹² SALVADOR SEGARRA, ob. cit., pp. 28 y 29.

⁸¹³ Sobre la importancia de las inspecciones del asegurador a las instalaciones aseguradas de incendio se ha expedido la Suprema Corte de Justicia uruguaya en Sentencia de 12 de marzo de 1999 (LJU. UY/JUR/199/1999). En dicha oportunidad, la Corte descartó el argumento del asegurador respecto a la vetustez de las instalaciones eléctricas en atención, precisamente, a que las mismas habían sido inspeccionadas. La Corte tuvo en cuenta otros factores como la limpieza y orden de los depósitos y la duración de la relación contractual para amparar la pretensión resarcitoria del actor.

sólo aquellos bienes de uso ordinario, descartándose los objetos suntuarios o con valor científico o histórico. Sobre el mobiliario industrial es absolutamente necesario realizar una exacta declaración de las sustancias utilizadas en la actividad, su naturaleza y cantidad.

Las sustancias nocivas o potencialmente peligrosas, usualmente se excluyen de la cobertura ordinaria de seguro de incendio. Para estos casos, las compañías aseguradoras disponen de pólizas especiales, elaboradas en base a cálculos de siniestralidad específicos.

Finalmente, la exigencia de descripción de la mercadería admite una fórmula genérica en tanto se encuentra en constante renovación⁸¹⁴.

b. Sobre el solicitante del seguro

Además de la solvencia financiera, en las solicitudes de seguro de incendio se debe informar si se obra por cuenta propia o por cuenta de terceros y en este último caso, si se contrata en virtud de un mandato o si el tercero no tiene conocimiento de la solicitud de seguro.

Asimismo, corresponde se informe cuál es el interés asegurable, esto es, si se es propietario, inquilino, condómino o acreedor hipotecario. Incluso, en algunas pólizas se reclama que el solicitante informe si el bien de su propiedad es propio o si es ganancial, lo cual para algunos autores resulta irrelevante⁸¹⁵.

c. Otras declaraciones

En orden a otras declaraciones al asegurador de incendio le interesa conocer la existencia de otros contratos de seguro de incendio, celebrados sobre el mismo riesgo y con el mismo interés asegurable, durante el mismo período. Ya hemos tenido oportunidad de referirnos a este aspecto en la parte general de este trabajo. Allí nos remitimos.

⁸¹⁴ HALPERIN, *Seguros...*, cap. III, 48.

⁸¹⁵ HALPERIN, *Seguros...*, cap. III, 29, nota 472.

En segundo lugar, también es necesario informar la existencia de siniestros anteriores y ello por cuanto, aun cuando el cálculo estadístico sea deficiente en el seguro de incendio, la información igualmente ayuda al asegurador a formarse una idea de la real magnitud del riesgo a cubrir⁸¹⁶.

La Jurisprudencia uruguaya tuvo ocasión de expedirse sobre este punto al tener que intervenir en un litigio en el que se controvertía si el proponente del seguro debía notificar la existencia de robos anteriores, en atención a que, por lo general, los maleantes suelen ocasionar incendios en las fincas que asaltan⁸¹⁷.

La siniestralidad ilustra al asegurador respecto de la conducta del tomador y ello porque la producción de más de un incendio sobre el mismo objeto del interés asegurado, junto con otros elementos, es un indicio de provocación maliciosa del siniestro⁸¹⁸.

⁸¹⁶ SALVADOR SEGARRA, ob. cit., pp. 28 y 30.

⁸¹⁷ Una residencia ubicada en el departamento de Maldonado (Uruguay), se incendió a raíz de un robo. Hecha la reclamación, la compañía aseguradora se negó a cubrir los daños alegando que el proponente había omitido declarar un robo anterior que luego reconoció ante la Dirección Nacional de Bomberos. A criterio del asegurador, si hubiera conocido la existencia del robo habría ordenado una inspección en la finca de modo de verificar el estado de la puerta por donde entraron los ladrones en oportunidad del siniestro. El tomador, por tanto, habría incurrido en falsedad cuando declaró que la finca no había sufrido siniestros anteriores. Hubo un robo anterior y luego otro, gracias al cual ocurrió el incendio.

El Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 3er. turno consideró que esta omisión no fue intencional y que el asegurado no tenía por qué saber que esta información podía influir en la determinación de la prima. Falló que no se configuró la falsa declaración efectuada por el asegurador. En la segunda instancia, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° turno revocó esta Sentencia y lo hizo porque concatenó los eventos robo e incendio, al punto de resolver que si no hubiera habido robo, no se habría configurado el incendio. El asunto fue presentado ante la Suprema Corte de Justicia para resolver su casación. La sentencia del Tribunal de Apelaciones fue confirmado (Sentencia de la Suprema Corte de Justicia, de 5 de octubre de 2009 [B.J.N. 328/2009])

⁸¹⁸ SCNCom, sala B, de 11 de septiembre del 2002 (LL – B, 937).

2. Declaraciones durante la vigencia del contrato

Los objetos asegurados en un seguro de incendio, en general, están siempre expuestos a nuevos riesgos, razón por la cual es necesario advertir al asegurador los cambios operados si se pretende que cumpla con su prestación.

Las modificaciones en la situación de los objetos asegurados se resuelve haciendo valer las normas legales, generales o particulares, sobre agravación de los riesgos o, a falta de ellas, aplicando lo dispuesto en la póliza.

El Código de Comercio uruguayo se ocupa de tres circunstancias que, eventualmente, pueden determinar agravantes del riesgo de incendio: el cambio en la utilización del edificio asegurado, el transporte de las cosas aseguradas a un lugar distinto del señalado en la póliza y la transmisión de la cosa de una persona a otra.

En el caso del Derecho argentino, la Ley de Seguros no especifica agravaciones del riesgo especialmente aplicables al seguro de incendio.

En el Derecho español, la Ley de Contrato de Seguro regula, específicamente, el traslado de los objetos asegurados.

a. Cambios de utilización

El uso del bien asegurado es uno de los elementos objetivos más importantes que debe especificarse en la solicitud de seguro de incendio y respecto del cual el declarante debe ser absolutamente honesto. El cambio de utilización puede, eventualmente, agravar el riesgo que aceptó el asegurador y en base al cual calculó la prima del seguro.

Si debido al cambio en la utilización el bien asegurado viene a estar más expuesto al incendio, el Código de Comercio uruguayo establece el cese de la obligación del asegurador, en tanto y en cuanto pueda demostrar que en esas condiciones no lo habría asegurado o lo habría hecho en otras condiciones⁸¹⁹.

⁸¹⁹ El artículo 681 del Código de Comercio uruguayo dispone:

La Ley de Seguros argentina no contiene una disposición similar, específica para el seguro de incendio. Por tanto, la agravación del riesgo habrá de regirse según lo establecido en el artículo 37, norma que gobierna todas las situaciones de agravación del riesgo que modifiquen sustancialmente los términos contractuales según el juicio de peritos y de acuerdo a la cual corresponde la rescisión del contrato.

La Ley de Contrato de Seguro española tampoco tiene una solución particular. Corresponde aplicar el régimen genérico contenido en los artículos 11 y 12 de la Ley. Así, frente a la declaración de agravación del riesgo, la Ley de Contrato de Seguro plantea dos posibilidades: modificar el contrato de modo de ajustar la prima al riesgo posteriormente declarado o rescindirlo. El asegurador puede adoptar cualquiera de las dos soluciones, sea que conozca la modificación gracias a la manifestación del tomador o asegurado o sea que haya tomado conocimiento de ella en forma directa (por tratarse de hechos notorios o porque han llegado a su conocimiento por otros medios)⁸²⁰.

La diferencia entre las tres legislaciones relacionadas se explica en que el Código de Comercio uruguayo no contempla un régimen general de soluciones para los casos de agravaciones del riesgo, como sí lo hacen la Ley de Contrato de Seguro española y la Ley de Seguros argentina.

“La obligación resultante del seguro cesa, cuando a un edificio asegurado se le da otro destino que lo expone más al incendio; de manera que el asegurador no lo habría asegurado o habría verificado el seguro bajo distintas condiciones, si el edificio hubiera tenido ese destino, antes del contrato”.

⁸²⁰ SÁNCHEZ CALERO, “Conclusión, documentación, contenido del contrato”, p. 330.

b. Traslado de los objetos

La compañía de seguros sólo resarcirá los daños causados a los objetos asegurados que se encuentren en el lugar mencionado en la póliza. Va de suyo, entonces, que el traslado de los bienes a un lugar distinto al originalmente declarado, eventualmente, puede significar una agravación del riesgo.

La solución de los regímenes jurídicos es diversa. El artículo 682 del Código de Comercio uruguayo ordena el cese de la obligación del asegurador cuando los bienes asegurados hayan sido trasladados a un depósito diverso del señalado en la póliza. Si queda algún objeto en el depósito declarado en la solicitud, entonces, la prima será restituida proporcionalmente⁸²¹.

En la Ley de Contrato de Seguro española, la sola referencia del artículo 45 “...objetos que no están destinados a ser quemados en el lugar y momento que se produce”, excluye la indemnización de los bienes asegurados fuera del lugar referido originalmente en la póliza.

Además, el artículo 47 confirma el precepto general, pero establece una excepción: el asegurador abonará la indemnización si ha sido informado por escrito, antes de efectuarse el traslado y no se opuso a él. La comunicación debe hacerse en forma previa, por escrito dirigido al asegurador, a cualquiera de sus oficinas o a su agente. Se entiende que la norma no comprende los desplazamientos realizados entre los diversos establecimientos del asegurado ubicados en la misma población⁸²².

⁸²¹ El artículo 682 del Código de Comercio uruguayo dispone:

“La misma regla es aplicable en el caso de que las cosas aseguradas hayan sido transportadas a lugar de depósito, diverso del señalado en la póliza. Si todos los objetos no han sido transportados, la prima será restituida proporcionalmente”.

⁸²² TIRADO SUÁREZ, “Seguro de incendios. Traslado de las cosas aseguradas”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día (Cizur Menor-Navarra, Aranzadi, 2010), p. 1053.

La Ley de Seguros argentina no contiene un precepto específico de modo que, una vez más, corresponde la rescisión del contrato indicada en el artículo 37. Así, el asegurador deberá demostrar que el tránsito operado modificó sustancialmente los términos contractuales (según el juicio de peritos) en comparación con la situación planteada al solicitarse el seguro.

c. Transmisión de la cosa

La transmisión de la cosa a otra persona, respecto de la cual el asegurador no tiene información, puede significar una agravación en el estado del riesgo que reclama su notificación.

El artículo 683 del Código de Comercio uruguayo, luego de declarar que el seguro contra incendio es puramente personal, establece que si la cosa asegurada pasa al dominio de otro sujeto el asegurador tiene derecho a dejar sin efecto la relación contractual⁸²³.

El uruguayo es uno de los ordenamientos jurídicos que conserva una visión personalista del seguro de incendio, visión que para alguna doctrina estaría superada por la contratación en masa, en la medida en que las condiciones personales del asegurado quedarían relegadas debido a la objetivización del interés y a la abstracción de la contratación⁸²⁴.

La Ley de Seguros argentina también contempla esta situación en la parte general. El artículo 82⁸²⁵, bajo el acápite

⁸²³ El artículo 683 del Código de Comercio uruguayo dispone:

“El seguro contra incendio es puramente personal. Si la cosa asegurada pasa al dominio de otro, tiene derecho el asegurador a dejar sin efecto el contrato”.

⁸²⁴ PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, *El contrato...*, p. 57; SÁNCHEZ CALERO, “Transmisión del interés asegurado”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día (Cizur Menor-Navarra, Aranzadi, 2010), p. 747.

⁸²⁵ El artículo 82 de la Ley de Seguros argentina establece:

“El cambio de titular del interés asegurado debe ser notificado al asegurador, quien podrá rescindir el contrato en el plazo de veinte días y con preaviso de quince días, salvo pacto en contrario.”

“Cambio de titular del interés”, obliga a informar la modificación al asegurador dentro del término de siete días, siempre y cuando la póliza no establezca otro plazo.

Si se omite la notificación el asegurador queda liberado de cumplir con su prestación, en tanto el siniestro ocurra después de quince días de vencido este plazo. Una vez recibida la nota, la compañía de seguros tiene el derecho de rescindir el contrato en un determinado plazo y obedeciendo un preaviso, salvo que se haya pactado otra cosa en la póliza. El único que puede rescindir en un tiempo abreviado, teniendo en cuenta el plazo legal y sin notificación previa, es el adquirente.

En el Derecho español, la regulación de las consecuencias de la transmisión del objeto sobre el contrato de seguro de incendio se encuentra en las disposiciones comunes a los seguros contra daños. Como principio general, cuando el objeto del interés asegurado se transmite a otra persona se produce la subrogación del adquirente en los derechos y obligaciones del tomador original, a partir de la enajenación. Excepcionalmente no hay subrogación en el caso de las pólizas nominativas para riesgos cuyo seguro no es obligatorio, sólo si en las condiciones generales existe un pacto en este sentido.

La Ley de Contrato de Seguro española dispone que el asegurado (o el tomador, si son personas distintas), deba notificar al asegurador la transmisión operada en el plazo de quince días, por escrito. No se han establecido consecuencias en caso de incumplimiento.

El adquirente puede rescindir en el término de quince días, sin observar preaviso alguno.

El enajenante adeuda la prima correspondiente al período en curso a la fecha de la notificación. El adquirente es codeudor solidario hasta el momento en que notifique su voluntad de rescindir.

Si el asegurador opta por la rescisión restituirá la prima del período en curso en proporción al plazo no corrido y la totalidad correspondiente a los períodos futuros.

La notificación del cambio de titular prevista en el párrafo primero se hará en el término de siete días, si la póliza no prevé otro. La omisión libera al asegurador, si el siniestro ocurre después de quince días de vencido este plazo”.

En función de lo dispuesto en el artículo 34, la doctrina española ha interpretado que el asegurador no queda liberado de su obligación si se produce el siniestro y ello por cuanto la Ley no impone tal solución. Si el siniestro se produce debido a que la transmisión de la cosa agravó el riesgo quedaría habilitada la acción resarcitoria en razón de habersele privado de su derecho a rescindir el contrato por esta circunstancia⁸²⁶.

Si se cumple con la Ley, una vez conocido el cambio de titularidad, el asegurador tendría el derecho a rescindir el contrato. A estos efectos debe notificar por escrito al adquirente su decisión, pero igualmente permanece obligado durante un mes de modo de cubrir al nuevo titular hasta tanto contrate otro seguro.

Si bien la cobertura durante este período es considerada un avance respecto al régimen del Código de Comercio derogado, se ha señalado que es insuficiente en tanto lo deseable hubiera sido que se extendiera más tiempo, por ejemplo hasta la finalización del período en curso⁸²⁷.

d. Sustitución o cambio de objetos

Ni la Ley de Contrato de Seguro española, ni el Código de Comercio uruguayo refieren al supuesto de cambio o sustitución de objetos asegurados. Sólo atienden, como se ha dicho, a la hipótesis de traslado de los objetos.

Sin perjuicio de ello, es usual que el asegurador haya tenido presente la naturaleza de los objetos relacionados por el solicitante del seguro cuando realizó la descripción del riesgo. Va de suyo que la sustitución o cambio de estos bienes por otros de distinto género o especie, puede configurar una hipótesis de

⁸²⁶ SÁNCHEZ CALERO, “Transmisión del interés asegurado”, pp. 759 y 760.

⁸²⁷ SÁNCHEZ CALERO, “Facultad de denuncia del contrato”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día (Cizur Menor-Navarra, Aranzadi, 2010), p. 778.

agravación del riesgo que ameritaría notificar antes de introducir los nuevos objetos en los locales asegurados⁸²⁸.

II. Seguro de robo

Pese a que el robo siempre fue uno de los riesgos que amenazó la propiedad, el seguro que cubre sus daños no se desarrolló, sino hasta fines del siglo XIX y ello por su combinación con otras especies como el seguro de incendio y el seguro de automóviles. Por esta razón, ni el Código de Comercio español de 1885⁸²⁹, ni el uruguayo de 1865, ni el argentino para la Provincia de Buenos Aires de 1862, contienen normas al respecto.

El Derecho español suplió el déficit legislativo con una póliza uniforme aprobada en 1950. Actualmente, la Ley de Contrato de Seguro le dedica cuatro artículos.

En el Uruguay, la regulación depende de cada asegurador.

En la Argentina, la Ley de Seguros no contiene normas específicas para el seguro de robo pero se ha entendido que se le extienden las normas del seguro de incendio, en lo que resulten aplicables, en virtud de tratarse de un riesgo sobre una cosa inmovilizada⁸³⁰.

A. El riesgo de robo

1. Alcance de la cobertura

La cobertura del seguro de robo alcanza a los daños que sufra el asegurado como consecuencia de la sustracción, ilegítima y contra su voluntad, de la cosa objeto del interés asegurado.

⁸²⁸ TIRADO SUÁREZ, “Seguro de incendios. Traslado de las cosas aseguradas”, p. 1051.

⁸²⁹ SÁNCHEZ CALERO, “Seguro contra robo. Concepto”, p. 1116.

⁸³⁰ HALPERIN, *Seguros...*, cap. I, XI.

El artículo 50 de la Ley de Contrato de Seguro española, además requiere que la sustracción haya sido efectuada por terceros y precisa que la cobertura del seguro se garantiza por la comisión del delito, en cualquiera de sus formas.

Es evidente que el riesgo asegurable configura un delito. Sin embargo el siniestro tenido en cuenta por el asegurador no siempre responde al tipo penal y ello en razón de que el tratamiento de la figura que hace la praxis aseguradora ha sido mucho más amplio, acercándose más al concepto vulgar de robo que al concepto técnico delictual⁸³¹.

a. Conceptos de robo

Las pólizas suelen comprender en la garantía asegurativa, con el mismo alcance, al robo (apoderamiento de cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder a ellas), al atraco (robo calificado por la utilización de la violencia en las personas) y al hurto (apoderamiento sin violencia)⁸³².

La Ley de Contrato de Seguro española define la figura en dos palabras, “sustracción ilegítima”, términos que permitirían englobar los supuestos del Código penal y además otros casos como el hurto, el robo y el hurto de vehículos⁸³³.

b. Riesgo asegurado

La indemnización del asegurador español se circunscribe al valor del interés asegurado de los objetos sustraídos y no encontrados en el plazo señalado en el contrato y al daño que le infringiere la comisión del delito de robo, en cualquiera de sus niveles (artículo 51).

⁸³¹ HALPERIN, *Seguros...*, cap. VII, 9 (a); MARCO COS, “Seguro contra robo...”, II.

⁸³² SÁNCHEZ CALERO, “Seguro contra robo. Concepto”, pp. 1118 y 1119.

⁸³³ GÓMEZ CALERO, “El concepto de robo en la Ley de Contrato de Seguro”, *Revista española de seguros*, n° 28 (1981), pp. 446 y 447; MARCO COS, “Seguro contra robo...”, ob. cit. II. Este concepto amplio ha sido recogido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencia del 29 de abril del 2002 (R.J. 4036).

Luego habrán de tenerse en cuenta las exclusiones de cobertura, que en el caso del Derecho español están dispuestas en el artículo 52 de la Ley de Contrato de Seguro.

En Uruguay y Argentina, al no haber una regulación legal específica, debe atenderse a lo pactado en el contrato. En general, se exceptúa de cobertura el robo de todos aquellos bienes que al momento del siniestro se encontraban fuera del lugar descrito en la póliza, porque se hallaban depositados en otro lugar o porque estaban siendo transportados a otro destino.

En particular, si se trata de un seguro tendiente a cubrir el robo de mercadería durante su transporte, el lugar de destino es de vital importancia para el asegurador. Si el siniestro se produce durante la operación, hacia una meta distinta de la referida en la póliza, el asegurador queda liberado de su obligación⁸³⁴.

Asimismo, se excluyen de la garantía asegurativa los daños causados por los siniestros favorecidos por la conducta del asegurado o de otras personas relacionadas con él.

En el caso del Derecho español, por ejemplo, el artículo 52 de la Ley de Contrato de Seguro establece que el asegurador, salvo que se pacte lo contrario en la póliza, no viene obligado a cumplir con su obligación cuando el siniestro se haya producido por la negligencia grave del asegurado, del tomador o de sus dependientes.

Las pólizas argentinas refieren a la culpa y a la negligencia del asegurado⁸³⁵. La jurisprudencia de este país viene exigiendo que la culpa sea grave, esto es, que alcance el grado de manifiesta y profunda despreocupación sobre la situación en que se encuentra el riesgo⁸³⁶. Claro está que el asegurador deberá probar

⁸³⁴ SCNCom, sala D, de fecha 3 de junio de 2009 (LL. D, 656, 2009).

⁸³⁵ HALPERIN, *Seguros...*, cap. VIII, 21.

⁸³⁶ Dejar una puerta abierta, si no es evidente desde el exterior, o dejar el vehículo abierto mientras se abre la puerta del garaje, en el contexto de los hechos analizados, fueron considerados actos de mera negligencia que no eximieron al asegurador de cumplir su prestación (SCNCom, (salas C y D), de 14 de abril de 2004 y 22 de junio de 2009 [LL. 2004, C, 1040 y 2009-D, 656]).

que la conducta culpable del asegurado - por acción u omisión - influyó en el acaecimiento del siniestro, facilitándolo⁸³⁷.

El artículo 52 de la Ley de Contrato de Seguro española dispone otra exclusión: la sustracción producida por siniestros derivados de riesgos extraordinarios, exclusión que no se ha reproducido en la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (artículo 592-26).

Salvo que se pacte lo contrario, existen, además, ciertos objetos que suelen excluirse de la cobertura debido a la dificultad de reparación que suponen. Es el caso de las escrituras, planos y documentos, las alhajas, obras de arte y colecciones. Otros elementos se excepcionan porque es muy complicado probar su existencia antes de producirse el siniestro. Es el caso de los títulos valores y el dinero.

Finalmente, las pólizas acostumbran descartar de la cobertura los bienes que no son de propiedad del asegurado y que tiene a título de depósito, comisión o porte. En estos casos, dado que se tiene un interés asegurable independiente de aquél que posee el propietario, conviene contratar un seguro especial⁸³⁸.

Queda la duda respecto de la inclusión o exclusión de los bienes inmateriales pues se ha dicho que no son pasibles del delito de robo⁸³⁹. En general el asegurador se inclina por excluirlos y ello en el entendido de que las pólizas refieren a los bienes muebles, no en un sentido jurídico, sino que atienden fundamentalmente a su condición de ser objeto de transporte⁸⁴⁰. Sin perjuicio de este argumento, lo cierto es que este tipo de

⁸³⁷ Se trata de un elemento tenido en cuenta por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (sala D), de la República Argentina, de fecha 13 de julio de 2007 (LL. D, 2007).

⁸³⁸ SÁNCHEZ CALERO, "Seguro contra robo. Concepto", p. 1127.

⁸³⁹ GÓMEZ CALERO, ob. cit., pp. 431 y ss.

⁸⁴⁰ DURANTE, *L'assicurazione contro il furto* (Milano, Giuffrè Editore, 1984), p. 3.

bienes presentan ciertas dificultades a la hora de precisar su valor, que no siempre es bien recibida por el asegurador.

2. Alcance de la indemnización

Por lo general, las pólizas de seguro de robo disponen que la prestación del asegurador se limita al resarcimiento de los daños causados tanto por la efectiva sustracción del objeto del interés asegurado, como por los deterioros que sufra la cosa en ocasión del siniestro.

En el caso de la sustracción, para que efectivamente se configure el siniestro, el objeto no debe ser hallado dentro de un plazo determinado convencionalmente.

En el Derecho español la limitación viene impuesta por mandato legal y ello por cuanto el artículo 51.1 de la Ley de Contrato de Seguro dispone que la indemnización del asegurador comprenderá el valor del interés asegurado en tanto el objeto sea efectivamente sustraído y no fuera hallado en el plazo fijado en el contrato.

Según indica SÁNCHEZ CALERO, el artículo mencionado habrá de coordinarse con el 53.1 de la misma Ley, precepto que permite a las partes establecer el derecho del asegurado de abandonar la cosa sustraída al asegurador, antes de que transcurra el plazo de hallazgo⁸⁴¹.

En el caso del deterioro, la prestación del asegurador se debe tanto si el delito se consumó como si sólo se intentó⁸⁴².

Asimismo, se interpreta que la cobertura comprende el daño causado al objeto asegurado y también el ocasionado al local o cajas de seguridad donde se encontraba la cosa, consecuencia que en el Derecho español viene determinada en virtud de lo dispuesto en el artículo 51.2 de la Ley de Contrato de Seguro. En

⁸⁴¹ SÁNCHEZ CALERO, “Seguro contra robo. Extensión de la indemnización”, pp. 1144 y 1145.

⁸⁴² HALPERIN, *Seguros...*, cap. VII, 9.

cualquiera de los dos supuestos, la indemnización no depende de la acción criminal⁸⁴³.

B. Declaraciones del riesgo específicas del seguro de robo

Como en todos los seguros, en el seguro de robo es fundamental que el futuro tomador declare, exactamente, cuáles son los riesgos a los que están expuestos los bienes objeto del interés asegurable.

La entidad del riesgo y el monto de la prima dependerán de la cantidad y el valor asignado a los objetos comprendidos en la cobertura asegurativa y de la naturaleza del local o finca en donde se encuentren depositados. Sobre todos estos aspectos el solicitante del seguro habrá de ser honrado si pretende la indemnización del asegurador⁸⁴⁴.

Fuera de la declaración del riesgo realizada antes de la celebración del contrato, también son importantes las notificaciones por las cuales se informa la modificación de este estado. De unas y otras nos ocuparemos en los párrafos que siguen.

1. Declaraciones del riesgo anteriores a la celebración del contrato

a. Sobre los objetos asegurados

El solicitante del seguro debe realizar una enumeración de los objetos que pretende sean cubiertos por el seguro de robo. Los bienes habrán de describirse siguiendo la clasificación que propone el asegurador, que generalmente los separa en función de su naturaleza y uso⁸⁴⁵. Existe una categoría dedicada al mobiliario del hogar y otra al de la oficina y al de la industria.

⁸⁴³ GARRIGUES, *Contrato...*, p. 252.

⁸⁴⁴ DURANTE, *L'assicurazione...*, p. 47.

⁸⁴⁵ VEIGA COPO, *Tratado...*, p. 527.

Para el seguro de automóviles habrá de indicarse el modelo, el año de producción y la matrícula⁸⁴⁶. El uso habitual es sumamente importante y ello por cuanto la prima de riesgo se determina en función de la naturaleza y entidad de los peligros a que está expuesto el vehículo. Ciertamente, los rodados de uso doméstico no sufren las mismas vicisitudes que otros como los que se utilizan en la actividad comercial o industrial. Algunos, como los taxis y los remises están especialmente expuestos a los rigores del tránsito. La omisión, la inexactitud o la declaración falsa respecto de esta información suele ser la explicación del incumplimiento del asegurador⁸⁴⁷.

⁸⁴⁶ La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la República Argentina, sala K, en Sentencia de 16 de junio de 2005 (LL. 2005-D, 193), rechazó la demanda de un tomador por entender que falseó la verdad al declarar que el vehículo asegurado sería utilizado para fines familiares cuando, en realidad, sería afectado a la realización de fletes. En la Sentencia, la Cámara tuvo muy en cuenta el hecho de que la aseguradora no aseguraba vehículos de esta naturaleza. La defensa del tomador, en el sentido de la falta de verificación por parte de la compañía de seguros, no fue atendida pues, a criterio de la Cámara, la aseguradora no tiene la obligación de verificar los dichos del proponente. Asimismo, la Cámara Nacional en lo Comercial, sala D, en Sentencia de 2 de julio de 1990 (*Jurisprudencia Argentina*, n° 2, abril-junio [1991], p. 331), consideró un caso en que el tomador, a criterio de la aseguradora, habría actuado en forma reticente por haber omitido que su vehículo fue armado en forma particular mediante elementos de distinta antigüedad. La reticencia alegada no prosperó pues el agente que recibió la declaración conocía esta circunstancia aunque no la comunicó a la aseguradora.

⁸⁴⁷ En la Argentina la declaración falsa o reticente respecto del uso de los vehículos es una práctica reiterada. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial tiene resuelto que callar que el vehículo será utilizado como un remise configura una clara reticencia (SSCNCom, de 21 de abril del 2009 [(LL. 2009, 552], de 10 de diciembre de 2003 [LL. 2004, 1077] y de 26 de julio de 2007 [INFOJUS. FA 07080144]).

En otro caso, la sala D de la misma Cámara, en fallo del 2 de septiembre de 2005 (LL. 2006, 675), entendió que la utilización del vehículo para un fin distinto al declarado debía ser continuado. En el caso, el actor asegurado declaró que su vehículo era usado con fines particulares pero omitió referir que, esporádicamente, lo conducía para auxiliar a su cónyuge en su negocio. La Cámara entendió que el uso del vehículo en forma aislada, no configuró un supuesto de reticencia, ni de agravación del riesgo.

Luego, los lugares de circulación son determinantes para el cálculo del precio del seguro y ello por cuanto no es lo mismo contratar un seguro para un vehículo que circule en zonas rurales, que para uno que lo haga en la ciudad⁸⁴⁸.

A los riesgos propios del tráfico se agregan los peligros inherentes a la zona de circulación, aspecto que no escapa al interés del asegurador. En función de ello las compañías de seguros supeditan la asegurabilidad de los rodados al cumplimiento de ciertos requisitos como su permanencia en garajes durante la noche, cuyo cumplimiento habrá de ponderarse con razonabilidad⁸⁴⁹.

⁸⁴⁸ El Juzgado de Paz Departamental de la Capital de 31° turno del Uruguay falló en contra del tomador de un seguro de robo por considerar que lo omitido resultaba absolutamente relevante teniendo en cuenta la póliza y el cuestionario que debió cumplimentar el proponente.

Se trataba de un seguro de robo de automóvil, contratado con una bonificación especial del cincuenta por ciento de la prima en caso que el noventa por ciento de la circulación se efectuara en el interior del país.

El tomador alegó no haber sido advertido respecto de las condiciones de circulación debido a que el cuestionario no era explícito en este aspecto. Además, sostuvo, el asegurador sabía que tenía dos domicilios, uno en Canelones (Departamento contiguo a la capital del país) y otro en Montevideo (Capital de la República), por lo cual debió suponer que el vehículo transitaría por lo menos un cincuenta por ciento en cada departamento.

El asegurador, por su parte, demostró que fue advertido de las condiciones de bonificación, beneficio que, por otra parte, se justificaba por el menor índice de siniestralidad existente en el interior del país.

Finalmente la Juez resolvió desestimar la demanda debido a que, de la prueba de autos, quedó claro que el actor falseó la verdad obteniendo una bonificación indebida. Fue fundamental, para convencer a la decisora el testimonio del corredor quien declaró que el riesgo se mide en función del tipo de vehículo y del lugar donde transita, circunstancia expresamente advertida al tomador al recabar su declaración (SJLC de 7 de septiembre del 2005, *Revista de Derecho y seguros*, n° 1 [2006], pp. 51 a 57).

⁸⁴⁹ Véase la Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, de 26 de agosto de 1998, de la Argentina (LL, 1999-A). En dicha oportunidad, la Cámara tuvo que resolver respecto a la efectividad de una cláusula contractual según la cual el asegurador no cumpliría su prestación si el vehículo asegurado permanecía estacionado en la calle durante la noche, en forma habitual. Más allá de lo subjetivo del término *habitual*, la Cámara entendió que dejar el rodado tres días en la vía pública en horario nocturno,

Cuestión distinta, sea cual sea el objeto, es la información de domicilios para el cobro de las primas del seguro, información que de ninguna manera puede servir para exonerar de responsabilidad al asegurador⁸⁵⁰.

Es necesario que el proponente realice una valoración de cada uno de los bienes descritos, sin perjuicio de la posibilidad de efectuar una estimación general para alguna categoría como sucede en el ajuar del hogar o en el mobiliario de la oficina⁸⁵¹. Esta información es determinante para el pago de la indemnización en la medida en que ésta queda reducida al daño efectivamente causado⁸⁵², pero siempre con el límite máximo de la suma asegurada declarada por el tomador del seguro⁸⁵³.

La declaración de la ubicación es fundamental pues de ella depende la seguridad de los objetos asegurados⁸⁵⁴. No todos los locales gozan de la misma solidez, ni están protegidos con sistemas de alarma y vigilancia. Asimismo, es fundamental que las cajas de seguridad donde se custodian los valores, libros de comercio y demás valores sean invulnerables y resistan el fuego. La observación se realiza debido a que es usual que los asaltantes, al cometer el delito, incendien el lugar.

Los sistemas de guarda y protección de los bienes, se trate de alarmas, blindaje de puertas, rejas o vigilancia, merecen particular atención en la medida en que son tenidos en cuenta por

significaba suficiente negligencia como para exonerar de responsabilidad al asegurador.

⁸⁵⁰ Tal ha sido el criterio sentado por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7° turno en Uruguay, en Sentencia de 14 de abril de 2010 (B.J.N. 61/2010).

⁸⁵¹ SÁNCHEZ CALERO, “Seguro contra robo. Concepto”, p. 1.126; DURANTE, *L’assicurazione...*, p. 47.

⁸⁵² Sobre el punto se expide en forma contundente el Tribunal de Apelaciones en Sentencia de 4 de diciembre de 2002 (LJU. UY/JUR/195/2002), en tanto consideró que el asegurado obró fraudulentamente al denunciar entre los bienes siniestrados, dos objetos, uno que no pudo demostrar poseer al tiempo del hurto y otro que ya había sido indemnizado en un hurto anterior.

⁸⁵³ STS del 11 de febrero de 2002 (R.J. 3108).

⁸⁵⁴ HALPERIN, *Seguros...*, cap. III, 83.

el asegurador como condición de asegurabilidad o como factor de tarificación.

Como presupuesto de contratación del seguro, es claro que el asegurador no puede argumentar la falta de alarmas para no pagar la indemnización si tal sistema defensivo no fue requerido al momento de celebrar el contrato⁸⁵⁵. De la misma forma, el asegurado no puede pretender la garantía del seguro si no ha cumplido con tales presupuestos⁸⁵⁶.

Para resolver si el asegurador debe o no cumplir con su obligación habrá de considerarse el conocimiento del asegurador respecto a la situación del riesgo y la diligencia demostrada por el asegurado en lo que refiere a los deberes de prevención del daño, aspectos que han sido tenidos en cuenta por los tribunales españoles y uruguayos.

El primer elemento de análisis determina que si el asegurador conocía el riesgo, aun cuando el tomador haya incumplido con el deber de mantener determinadas condiciones de seguridad, no puede negarse a cumplir con la prestación. Tal cosa sucede si el agente del asegurador concurre repetidamente al local asegurado a verificar la declaración sin realizar ninguna advertencia sobre el mal funcionamiento de las alarmas (STS de 30 de mayo de 1987 [R.J. 3851]), o si conoce la real seguridad de las instalaciones debido a la ocurrencia de un siniestro anterior (STS de 22 de diciembre de 1992 [R.J. 10683])⁸⁵⁷.

⁸⁵⁵ Tal ha sido el criterio sentado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, de 18 de agosto de 2005 (LL. 2006, 646). En el mismo sentido, véase la SCNCom de 30 julio de 2013 (VLEX. 459990318).

⁸⁵⁶ STAC de 6 de septiembre de 2000 (LJU. UY/JUR/111/2000).

⁸⁵⁷ En el caso que citamos el asegurador recurrió la Sentencia condenatoria en el entendido de que el tomador habría actuado con dolo al no cumplir con la instalación de un portón blindado que protegiera los objetos asegurados (pieles de alto valor), tal como había prometido en la proposición. En efecto, de acuerdo al asegurador, el actor declaró que su establecimiento disponía de blindajes en la puerta y marco con cerradura de tres puntos de anclaje. En base a esta declaración emitió la póliza correspondiente con la consiguiente reducción de prima. Durante el pleito se probó que la puerta que resultó forzada en el robo era un portón normal que permitía el acceso al garaje donde

El segundo elemento requiere el análisis de la diligencia del asegurado en el cumplimiento del deber de prevención del daño. Los Tribunales han establecido que no es razonable que un cargamento valioso sea abandonado en un simple garaje desprotegido (STS de 30 de diciembre de 1993 [R J. 9899])⁸⁵⁸. En cambio, es razonable que el propietario del local siniestrado, ubicado en una zona balnearia, demore un par de horas en llegar al lugar si el asegurador sabe que reside a 138 kilómetros (SSCJ de 1 de enero de 2009 [LJU. UY/JUR/978/2008]).

b. Sobre el futuro tomador o asegurado

El cálculo de la prima en el seguro de robo se realiza atendiendo al interés que el proponente del seguro tiene sobre el objeto descrito en la solicitud, relación económica que dependerá del vínculo jurídico que tenga con los bienes objeto de la garantía. Por este motivo, al asegurador necesita conocer bajo qué título se tienen los objetos asegurados.

Como principio general y como resultado del principio indemnizatorio, los perjuicios resarcibles lo son en función del

se guardaban los objetos. De acuerdo a los dichos del asegurador, hubo un robo anterior en el que los ladrones penetraron por otra puerta. En esa oportunidad, el siniestro se rechazó y el actor, con una diligencia tardía, cambió dicha puerta por otra blindada sin hacer lo mismo en el portón objeto principal del litigio. El asegurado alegó que el asegurador conocía que la puerta no estaba blindada cuando ocurrió el primer robo. En esa oportunidad realizó inspecciones de modo que, aunque más no sea por otra vía, conocía el riesgo y sin embargo no anuló la póliza, sino que se limitó a exigir el blindaje de la puerta afectada. Con estos hechos a la vista, el Tribunal entendió de recibo el recurso de casación pues dio por probado el conocimiento del riesgo por parte del asegurador y la buena fe del asegurado (STS de 22 de diciembre de 1992 [R.J. 10683]).

⁸⁵⁸ Un comerciante de especias contrató un seguro de robo para proteger un cargamento de azafrán durante el transporte. En ninguno de los documentos que suscribió para solicitar la operación informó que el camión que llevaba la preciada mercadería pernoctaría en un garaje. Se declaró que la carga no saldría de su caja acorazada. En atención a los hechos probados, el Tribunal entendió que hubo una omisión en la declaración y que el tomador obró de forma imprudente y culpable pues no fue razonable sacar el azafrán de una caja fuerte para ponerla en un simple garaje sin vigilancia (STS de 30 de diciembre de 1993 [R J. 9899]).

valor del interés que el asegurado haya declarado inmediatamente antes del siniestro.

Excepcionalmente, cuando la póliza se haya contratado estimada, la liquidación de los perjuicios se efectuará atendiendo al valor del interés asegurado que ambas partes hayan convenido en la póliza, cuestión sobre la cual se han expedido los tribunales argentinos⁸⁵⁹.

El interés del propietario es evidente; la sustracción ilegítima del objeto, contra su voluntad, le causa un daño. Además del propietario, otras personas pueden tener interés en asegurar las cosas. De hecho, existen profesionales, como el transportista, el comisionista y el depositario que acostumbran concertar seguros pues son responsables frente al propietario de la suerte de los bienes que tienen en custodia.

Por otra parte, al asegurador le interesa la naturaleza jurídica del vínculo del proponente con el local o con las cajas en donde se encuentran los objetos pues, eventualmente también responderá por los deterioros que se produzcan en ellos a raíz del robo⁸⁶⁰.

Al asegurador también le interesa conocer ciertas características de la personalidad del proponente. Tal es el caso de la profesión y por ello preguntan si es comerciante, empresario o particular, por ejemplo, o si trabaja en su casa o ya está retirado de su actividad.

⁸⁵⁹ La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (sala C), de la Argentina, en fallo del 4 de noviembre de 2003 (LL. 2004, C, 601), decidió que corresponde al asegurador recomendar una póliza estimada si sabe que el asegurado no está en condiciones de demostrar la existencia de las mercaderías aseguradas en un local comercial. En cambio, en un caso en que el asegurado pagó las primas, informó el siniestro y acreditó convenientemente la preexistencia de las mercaderías sustraídas, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (sala B), el 30 de diciembre de 2002, falló en contra de la aseguradora (LL. 2002, B, 604).

⁸⁶⁰ SÁNCHEZ CALERO, "Seguro contra robo. Concepto", pp. 1133 y 1136.

Otro dato fundamental es la siniestralidad que hayan padecido los bienes que son objeto del interés del asegurado⁸⁶¹. El silencio respecto de robos previos, sobre todo si ocurren en forma repetitiva, próximos a aquél cuya liquidación se pretende, suelen ser la explicación de la mayoría de los casos de reticencia alegados por los aseguradores en este tipo de seguro. De modo que a nadie puede sorprender que el interrogatorio sobre este aspecto esté más que justificado, pues se trata de información objetiva que incide mucho en el cálculo de la prima. Pero además, es un elemento subjetivo o moral que ayuda al asegurador a conocer la personalidad del futuro contratante. Sobre este aspecto el declarante debe ser absolutamente honesto⁸⁶².

Cosa muy distinta, a nuestro entender, es declarar si la zona donde se encuentran los objetos asegurados es peligrosa o no. El solicitante puede contestar que no, o puede responder que no lo sabe y ello no podría objetársele pues no tiene la obligación de conocer los últimos resultados de las estadísticas de

⁸⁶¹ DURANTE, *L'assicurazione...*, p. 47.

⁸⁶² Véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° turno de Uruguay, de 19 de noviembre de 2008 (BJN. 348/2008). En el caso comentado, un individuo contrató un seguro de robo para su vivienda. Al declarar el riesgo, omitió informar que había sido víctima de tres robos anteriores en un lapso de ocho meses previamente a la solicitud de este nuevo seguro. En su defensa alegó que la compañía aseguradora no lo había interrogado sobre este aspecto. Tanto en la primera como en la segunda instancia, los jueces que entendieron en el asunto fallaron en su contra por considerar que la omisión configuró reticencia. No se atendió la defensa del asegurado

Del mismo modo lo entendió la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Argentina (sala B), en Sentencia del 14 de noviembre de 1979 (LL. 1980, B, 160). En este caso, la cláusula de la póliza en un seguro contra robo, en la que el asegurado manifestó no haber sufrido un siniestro similar en el año anterior, fue interpretada como delimitativa del riesgo cubierto por la póliza. Se consideró que en dicho pacto había una individualización de la cobertura en lo referente al riesgo moral o subjetivo, considerada fundamental en esta rama de seguro de robo y así como se enmarca el *riesgo objetivo* a través de cláusulas de la póliza relativas a los riesgos incluidos y excluidos, aquí se estaría ante un riesgo excluido por razones de tipo subjetivo o moral, ya que radica en las cualidades personales del asegurado.

siniestralidad, ni los índices de peligrosidad zonales. En cambio, se trata de información que el asegurador conoce o debería conocer. Pero, insistimos, el número de robos anteriores que ha sufrido el solicitante del seguro, es un hecho que la compañía de seguros desconoce y sobre el cual no tiene forma de indagar por sí misma. Depende, por tanto, de la declaración del tomador⁸⁶³, conclusión a la que han arribado los tribunales uruguayos en alguna oportunidad⁸⁶⁴.

Finalmente, el asegurador puede interrogar al proponente respecto de otros seguros contratados o meramente solicitados en otras compañías.

2. Declaraciones del riesgo durante la vigencia del contrato

El riesgo de robo de los objetos asegurados puede agravarse, fundamentalmente si disminuyen las condiciones de seguridad y prevención declaradas originalmente.

⁸⁶³ DURANTE, *L'assicurazione...*, p. 51; HALPERIN, *Seguros...*, cap. II, 38.

⁸⁶⁴ En el Uruguay, una finca sufrió graves daños como consecuencia de un incendio relacionado con un intento de robo. El propietario solicitó la liquidación del siniestro a su aseguradora. Al negársele el pago de la indemnización, se interpuso demanda ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de tercer turno.

Este Juzgado condenó a la aseguradora demandada a abonar determinada suma por los daños ocasionados a la vivienda y su contenido, desestimando, en cambio, la pretensión por concepto de lucro cesante y daño moral.

La aseguradora interpuso el recurso de apelación, recayendo el estudio del expediente en el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de quinto turno. Este Tribunal, por Sentencia del 10 de septiembre de 2008, desestimó la demanda en el entendido de que el asegurado no había actuado con la diligencia que hubiera correspondido, entre otras cosas, porque no informó un siniestro de robo anterior, alterando, de forma relevante, las condiciones del contrato.

Interpuesto el recurso de casación, la Suprema Corte de Justicia, resuelve desestimar el recurso, con lo cual mantiene lo resuelto por el Tribunal de Apelaciones.

La Corte hizo suyas las afirmaciones del Tribunal de Apelaciones y tuvo por probadas las declaraciones falsas y las omisiones (Sentencia de la Suprema Corte de Justicia, de 5 de octubre de 2009 [B.J.N. 328/2009]).

Las pólizas suelen establecer que debe informarse toda modificación. No obstante, la carga ha de restringirse sólo a los cambios que razonablemente sean relevantes y alteren el riesgo asumido por el asegurador⁸⁶⁵.

La disminución en la seguridad de los objetos puede deberse a un cambio operado en las construcciones donde se guardan. Nos referimos a los materiales de construcción, los herrajes y cerrojos, la calidad de las puertas y ventanas, etcétera.

Asimismo, es fundamental informar si la finca quedará desocupada. El período considerado depende de si se trata de una residencia o si se trata de un comercio.

Finalmente, si las partes acordaron la instalación y mantenimiento en condiciones de un sistema de alarma, es necesario que todo cambio relevante en el mismo sea manifestado al asegurador⁸⁶⁶.

⁸⁶⁵ Los tribunales uruguayos han tenido ocasión de expedirse sobre este aspecto. Así, en Sentencia del 31 de mayo del 2004, el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 14° turno consideró que la omisión del tomador resultaba irrelevante. Se trataba de un seguro de robo donde el asegurador exigía, como condición de asegurabilidad, la existencia de un sistema de alarma conectada al teléfono del propietario.

Ocurrido el siniestro, el asegurador se negó al pago de la prestación aduciendo, entre otras cosas, que no había sido informado respecto al cambio de teléfono receptor de la alarma. A su criterio, dicho cambio aumentaba el riesgo pues la distancia con respecto a la finca asegurada era mayor.

En la primera instancia, la Juez entendió que la modificación operada fue irrelevante para la apreciación del riesgo. Esta Sentencia fue revocada pero por otras razones, distintas a la de la relevancia o irrelevancia de la ubicación del teléfono, punto sobre el cual el Tribunal compartió lo resuelto en la primera instancia (Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 17° turno, de 31 de mayo de 2004, *Revista de Derecho y seguros*, n° 1 [2006], pp. 75 a 82).

⁸⁶⁶ HALPERIN, *Seguros...*, ob. cit., cap. IV, 48.

III. Seguro de transporte terrestre

El seguro de transporte acompaña al comerciante desde la baja edad media siendo por ello uno de los contratos más estudiados por la doctrina y uno de los primeros en ser regulados⁸⁶⁷.

Alcanza su máximo esplendor con el desarrollo de los medios de transporte y los procesos de distribución de mercaderías.

En España, el contrato de seguro de transporte terrestre se encuentra dispuesto en la sección 4ª del Título II de la Ley de Contrato de Seguro. El contrato de transporte terrestre, al que por lógica está muy unido, está regulado en la Ley 16/1987, de 30 de julio de 1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres. En el artículo 21 de esta Ley están previstos los seguros de suscripción obligatoria para los empresarios del transporte de pasajeros.

En la República Argentina, el seguro de transporte terrestre se rige por las disposiciones de la Ley de Seguros (artículos 121 a 127). De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 121, en subsidio se aplican las normas de los seguros marítimos⁸⁶⁸. El contrato de transporte se encuentra regulado en el Código de Comercio a

⁸⁶⁷ DINI, “L’economia del Basso Medioevo e le origini e gli sviluppi delle assicurazioni”, *Assicurazioni*, año XLIV, p. I (1977), pp. 25 a 28; PERDIKAS, “Influenza della consuetudine commerciale sul sorgere dell’ assicurazione”, *Assicurazioni*, año XLVII, p. I (1980), pp. 10 y 11. Pueden encontrarse antecedentes de este contrato en las Ordenanzas sobre seguros marítimos realizadas por la Universidad y Consulado de la villa de Bilbao de 1737 (TIRADO SUÁREZ, “Noción de seguro de transporte terrestre”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día (Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2010), pp. 1192 y 1193.

⁸⁶⁸ El artículo 121 de la Ley de Seguros argentina dispone:

El seguro de los riesgos de transporte por tierra se regirá por las disposiciones de esta ley, y subsidiariamente por las relativas a los seguros marítimos. El seguro de los riesgos de transporte por ríos y aguas interiores se regirá por las disposiciones relativas a los seguros marítimos con las modificaciones establecidas en los artículos siguientes.

partir del artículo 162, en el capítulo dedicado a los acarreadores, portadores o empresarios de transportes. Luego, también existe regulación para el transporte en la Ley de Tránsito, 24.449, de 23 de diciembre de 1994.

En Uruguay, el seguro de transporte terrestre se regula en los artículos 1423 a 1432 del Código de Comercio. Por disposición del artículo 1424⁸⁶⁹ también se aplican las normas del seguro marítimo. De forma similar a lo que sucede en el Derecho argentino, el contrato de transporte se disciplina en los artículos 163 a 190 del Código de Comercio, indirectamente por la vía de regular la actividad del transportador, en tanto auxiliar del comercio.

A. El riesgo y el alcance de la cobertura en el seguro de transporte

La garantía del seguro de transporte terrestre alcanza a los perjuicios que puedan sufrir el asegurado, otras personas o los bienes transportados, en ocasión o como consecuencia del acto de transporte.

La determinación de los riesgos variará en función de la mayor o menor amplitud según se considere el transporte y ello por cuanto el seguro de transporte puede contratarse para los lapsos durante los cuales las cosas están en movimiento, o puede extenderse a los momentos en que los objetos se encuentran en los depósitos intermedios⁸⁷⁰.

En el caso del Derecho español el artículo 54 de la Ley de Contrato de Seguro acota la garantía asegurativa a los daños materiales que puedan sufrir las mercaderías transportadas, el medio utilizado y otros objetos asegurados, con ocasión o a consecuencia del acto de transporte.

⁸⁶⁹ El artículo 1424 del Código de Comercio uruguayo indica:

“Los seguros que tienen por objeto el transporte por tierra o por los ríos y aguas interiores, serán determinados en general conforme a las disposiciones relativas a los seguros marítimos, salvo las modificaciones establecidas en los artículos siguientes”.

⁸⁷⁰ TIRADO SUÁREZ, “Noción de seguro de transporte terrestre”, p. 1199.

La norma española referida requiere el movimiento y el traslado de los bienes muebles de un lugar a otro y excluye los perjuicios que no sean materiales, los corporales y personales, la responsabilidad civil y los demás daños en las cosas, en la medida en que sean cubiertos por seguros especiales como el incendio y el robo, salvo que el asegurador sea notificado del traslado de los objetos y lo acepte (artículos 47 y 52.2)⁸⁷¹.

El concepto se completa con lo dispuesto en el artículo 59. Esta norma dispone que, salvo que las partes dispongan otra cosa, la cobertura del seguro comprenderá el depósito transitorio de las mercancías, así como la inmovilización del vehículo o su cambio durante el viaje, siempre que estos se deban a incidencias propias del transporte asegurado y no hayan sido causados por algunos de los acontecimientos excluidos de la cobertura.

Las partes pueden fijar un plazo máximo durante el cual el transporte permanecerá detenido. Una vez transcurrido este plazo, si el transporte no se reanuda, cesará la cobertura del seguro.

En el Derecho argentino la protección del seguro puede ser más amplia. El artículo 121 de la Ley de Seguros permite que el asegurador pueda asumir cualquier riesgo a que se encuentren expuestos los vehículos de transporte, las mercaderías transportadas o la responsabilidad del transportador, tanto por hecho propio como por el hecho de sus dependientes⁸⁷².

En el Derecho uruguayo la cobertura alcanza al vehículo, la carga (salvo que se la excluya), el lucro esperado del transportador, el flete y la libertad de los pasajeros⁸⁷³.

⁸⁷¹ MONGE GIL, *El transporte terrestre de cosas* (vlex.com/vid/57564066), VI, p. 293.

⁸⁷² La extensión de la responsabilidad por el hecho del dependiente se establece en el artículo 125 de la Ley de Seguros argentina según la cual:

“Cuando el seguro se refiere a la responsabilidad del transportador respecto del pasajero, cargador, destinatario o tercero, se entiende comprendida la responsabilidad por los hechos de sus dependientes u otras personas por las que sea responsable”.

⁸⁷³ Así lo dispone el artículo 1329 del Código de Comercio uruguayo por remisión del artículo 1424. El primero de los artículos citados establece:

1. Riesgos excluidos

Las exclusiones de riesgos en el contrato de seguro de transporte pueden ser ordenadas en generales y particulares. Llamamos generales a las que suelen establecerse en todos los contratos y particulares a las que tienen razón de existir en este seguro.

Como exclusiones generales corresponde mencionar el caso del ejercicio de actividades ilícitas tales como el comercio o tráfico prohibido que no puede ser objeto del contrato de seguro y por ello se lo excluye de la cobertura⁸⁷⁴. Asimismo, no hay cobertura de seguro si el transportador circula sin la documentación habilitante para ello o infringe las normas de importación, exportación o tránsito de mercaderías.

Luego, ciertos hechos, extraños a la conducta del asegurado quedan excluidos de la cobertura que presta el asegurador en razón de romper sus parámetros actuariales de asegurabilidad. Se trata de las catástrofes naturales y los daños causados por guerras, revoluciones, motines, conflictos armados, huelgas y actos terroristas, salvo que la ley autorice a las partes dicho

El seguro marítimo puede tener especialmente por objeto:

1º. El casco y quilla del buque, cargado o descargado, armado o desarmado, navegando sólo o acompañado.

2º. Las velas y aparejos.

3º. El armamento.

4º. Las provisiones, y en general, todo lo que ha costado el buque hasta el momento de su salida.

5º. Las cantidades tomadas a la gruesa y los premios respectivos.

6º. El cargamento.

7º. El lucro esperado.

8º. El flete que se va a devengar.

9º. La libertad de los navegantes o pasajeros.

El seguro del buque sin otra designación, comprende el casco y quilla, las velas, aparejos, armamento y provisiones; pero no la carga, aún cuando pertenezca al mismo armador, a no ser que se haga expresa mención en el contrato.

⁸⁷⁴ BAUTISTA, *Conocimientos generales del seguro de transportes* (Madrid, Pezyba, 1993), pp. 99 y 100.

aseguramiento, como es el caso del artículo 44.1 de la Ley de Contrato de Seguro española.

Las exclusiones particulares se justifican en la necesidad de que el acto de transporte se desarrolle de acuerdo a la ruta, el itinerario, el medio de transporte y el tiempo pactado, y ello por cuanto estos son los principales elementos de cuantificación para el cálculo de la prima.

Como consecuencia de lo anterior, el asegurador exceptúa de la cobertura del seguro los daños ocasionados por la alteración en el medio de transporte, el itinerario o los plazos del viaje, o su realización en un tiempo distinto al originalmente organizado por causas imputables al asegurado⁸⁷⁵, práctica que la Ley de Contrato de Seguro española recoge en el artículo 60, de lo que se deduce que salvo en estos casos, el asegurado conserva el derecho a la indemnización, sin perjuicio de aplicarse el régimen de modificaciones en el riesgo⁸⁷⁶.

El caso de los retrasos en la ejecución del transporte, sea por desvíos o por otros impedimentos, si bien suele integrar la nómina de excepciones de cobertura, puede quedar incluido en tanto las partes lo hayan pactado así, o cuando sin hacerlo la tardanza se haya producido a raíz de un siniestro cubierto por la póliza, como por ejemplo el accidente del medio de transporte⁸⁷⁷.

⁸⁷⁵ BADIA, *El seguro de las mercancías en el transporte* (Barcelona, Marge Books, 2009), p. 107.

⁸⁷⁶ La disposición comentada se reproduce en la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, de 17 de junio de 2013 (artículo 592-33). Se aprecia un cambio sustancial respecto al texto del Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro, de 8 de octubre de 2011, por cuanto en el artículo 85 se establece que el asegurado perderá su derecho a la indemnización cuando se haya alterado el medio de transporte, el itinerario o los plazos del viaje, o este se haya realizado en un tiempo distinto, salvo que la modificación, además de serle imputable al asegurado haya contribuido a agravar el riesgo de siniestro.

⁸⁷⁷ TIRADO SUÁREZ, “La delimitación del riesgo en el seguro de transporte terrestre”, p. 1286.

Las pólizas también disponen que si al asegurador se le impide reconocer el medio de transporte en caso de requerirlo, los daños ocurridos posteriormente no serán cubiertos por el seguro. Y ello porque la negligencia inexcusable en la reparación del medio de transporte es, en sí misma, una excepción de cobertura en este seguro.

Los aseguradores tampoco acostumbran asegurar los riesgos de robo o hurto, total o parcial de la mercadería y el extravío de bultos o su falta de entrega⁸⁷⁸.

Otro factor que incide notablemente en la tarificación del seguro de transporte es la naturaleza de las cosas que se transportan. Por ello, sea por la vía legal o por la contractual, los aseguradores vienen a quedar liberados de su obligación de indemnizar cuando los daños sobrevengan a raíz del vicio propio de las cosas (incluido el vicio natural o notorio) y el defecto anormal de las mismas (conocido o ignorado⁸⁷⁹), así como los producidos por la mala calidad o por la naturaleza de las cosas transportadas.

Las excepciones referidas vienen impuestas legalmente en el artículo 57 de la Ley de Contrato de Seguro española, en el artículo 639 y 1380 del Código de Comercio uruguayo⁸⁸⁰ y en el

⁸⁷⁸ BADIA, ob. cit., p. 108.

⁸⁷⁹ BOQUERA MATARREDONA, ob. cit., pp. 189.

⁸⁸⁰ El artículo 1380 del Código de Comercio uruguayo establece:

“No son de cuenta de los aseguradores los daños que sobrevengan por hechos del asegurado (art. 639), o por alguna de las causas siguientes:

1ª. Cambio voluntario de ruta, de viaje o buque sin consentimiento de los aseguradores.

Se considera voluntario el cambio, aunque el buque y la ruta sean más seguros.

2ª. Prolongación voluntaria del viaje más allá del último puerto designado en la póliza, en cuyo caso quedan excluidos los riesgos ulteriores. Acortándose el viaje, surte pleno efecto el seguro, si el puerto donde acaba el viaje es de los designados en la póliza para escala (art. 1338), sin que el asegurado tenga derecho para exigir en tal caso, reducción del premio estipulado.

artículo 127 de la Ley de Seguros argentina⁸⁸¹. A pesar de ello, es posible que el asegurador acepte estos riesgos siempre y cuando,

3ª. *Mora de parte del capitán en emprender viaje después de estar provisto de todo lo necesario, en caso de seguro sobre casco y quilla del buque o sobre el flete.*

4ª. *Separación espontánea de un convoy u otro buque armado habiendo estipulación de ir en conserva con él.*

Será lo mismo en el caso de que habiendo sido forzosa la separación y teniendo de nuevo el buque ocasión de unirse a la escolta, no lo verificase.

5ª. *Vicio intrínseco, mala calidad o mal acondicionamiento del objeto asegurado (art. 639).*

6ª. *Merma o derramamiento de líquidos (art. 1267).*

7ª. *Falta de estiba, o mal arrumaje de la carga.*

8ª. *Disminución natural de artículos que por su calidad son susceptibles de disolución, disminución o quiebra en peso o medida, entre su embarco o desembarco, a no ser que el buque haya naufragado o encallado, o que los efectos hayan sido descargados y vueltos a cargar en un puerto de arribada necesaria.*

En los casos en que el asegurador tenga que pagar el daño, debe deducirse la merma ordinaria que suelen sufrir efectos de la misma naturaleza, según dictamen de peritos (art. 1262).

Cuando esa disminución natural tuviera lugar, no responderá el asegurador, si la avería no alcanzare al diez por ciento del valor del seguro a no ser que el buque hubiese estado encallado, o los efectos se hubiesen descargado por motivo de fuerza mayor, o mediase estipulación contraria en la póliza.

9ª. *Deterioración de amarras, velamen u otras pertenencias del buque procedente del uso ordinario a que están destinadas.*

10ª. *Avería simple o particular que, incluidos los gastos de los documentos justificativos, no alcance a tres por ciento del valor asegurado.*

11ª. *Baratería del capitán o de la tripulación, a no ser que mediare estipulación contraria en la póliza. Esa estipulación es nula, cuando el seguro ha sido celebrado por el capitán, de cuenta propia o ajena.*

Se llama baratería todo acto por su naturaleza criminal, ejecutado por el capitán en el ejercicio de su empleo o por la tripulación, o por uno y otra conjuntamente, del cual resulte daño grave al buque o a la carga, en oposición a la voluntad presunta de los dueños del buque”.

⁸⁸¹ El artículo 127 de la Ley de Seguros argentina establece:

“El asegurador no responde por el daño debido a la naturaleza intrínseca de la mercadería, vicio propio, mal acondicionamiento, merma, derrame, o embalaje deficiente.

claro está, el tomador se avenga a pagar una prima superior. No obstante, no es una práctica común entre las compañías aseguradoras⁸⁸².

La merma o el derramamiento de líquidos y la disminución de la masa de los objetos por su propia degradación quedan comprendidos en las exclusiones de cobertura en la medida que se hayan producido las circunstancias atendidas por el legislador para excluir la cobertura.

El asegurador tampoco cubre los daños producidos por el erróneo acondicionamiento de las cosas transportadas, las roturas, manchas, mojaduras, el moho y el vaho. Se trata de daños considerados intrínsecos al acto de transporte, especialmente durante las operaciones de carga y descarga⁸⁸³.

El artículo 127 de la Ley de Seguros argentina tiene una previsión específica para la exclusión de los daños provenientes del mal acondicionamiento y embalaje deficiente de las mercaderías. El Código de Comercio uruguayo no refiere a esta situación en el seguro de transporte pero sí lo hace en los seguros marítimos que les resultan aplicables (artículo 1380 numerales 5 y 7), además de que en el artículo 639 libera de responsabilidad al asegurador por los daños ocasionados a las cosas por hechos del asegurado o de quienes lo representen.

2. Mercaderías excluidas

Ciertas mercaderías quedan fuera de la cobertura del contrato de seguro de transporte. Es el caso del transporte de

No obstante, el asegurador responde en la medida que el deterioro de la mercadería obedece a demora u otras consecuencias directas de un siniestro cubierto.

Culpa o negligencia del cargador o destinatario

Las partes pueden convenir que el asegurador no responde por los daños causados por simple culpa o negligencia del cargador o destinatario”.

⁸⁸² BADIA, ob. cit., p. 107.

⁸⁸³ BADIA, ob. cit., p. 108, nota 49.

ácidos, de productos venenosos, inflamables, explosivos y de materiales radiactivos.

Otro tanto ocurre con el seguro de transporte de animales vivos, productos perecederos, alhajas, dinero, metales preciosos, perlas, obras de arte, títulos valores, objetos antiguos o raros y colecciones. Para todos estos objetos hay seguros especiales que se ajustan a su peculiar naturaleza⁸⁸⁴.

B. Declaraciones del riesgo anteriores a la celebración del contrato

El cuestionario de los seguros de transporte es uno de los más complejos que el asegurador debe elaborar y ello en tanto debe atender aspectos tales como la cantidad de viajes a realizar, el tiempo, las rutas a seguir, los vehículos dispuestos para el transporte, la naturaleza, el peso y el precio de las mercaderías a transportar, junto con sus embalajes, la solvencia y comportamiento del asegurado en contrataciones previas, todas cuestiones que conforman el estado del riesgo en base al cual establecerá la prima⁸⁸⁵.

Para evitarse ulteriores dificultades, los aseguradores suelen establecer una cláusula de modo de advertir al solicitante que la póliza fue concertada sobre la base de las declaraciones de riesgo efectuada de acuerdo con el cuestionario proporcionado al solicitarse el seguro⁸⁸⁶. Claro que esta cláusula de ninguna manera los exonera de la responsabilidad por la confección de los cuestionarios.

Las declaraciones anteriores a la celebración del contrato pueden ser ordenadas en tres categorías.

En primer lugar, el solicitante ha de indicar el interés asegurable que posee en la contratación del seguro, además de cierta información personal que el asegurador necesita conocer.

⁸⁸⁴ TIRADO SUÁREZ, “Noción de seguro de transporte terrestre”, p. 1203.

⁸⁸⁵ BOQUERA MATARREDONA, *El contrato de seguro de transporte de mercancías por carretera* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002), cit., p. 151.

⁸⁸⁶ BADIA, ob. cit., p. 260.

En segundo lugar, debe proceder a individualizar los objetos transportados.

En tercer lugar, corresponde el detalle de los medios de transporte a utilizar, su conductor y el itinerario a seguir.

1. Interés asegurable sobre las mercaderías transportadas y otros datos relevantes

a. Interés asegurable

En España, de acuerdo al artículo 56 de la Ley de Contrato de Seguro es posible contratar un seguro de transporte terrestre sobre mercaderías propias o ajenas. Así, el tomador del seguro puede serlo tanto el propietario de las mercaderías transportadas, como el propietario del vehículo, el comisionista de transporte, las agencias de transporte y todos aquellos que tengan interés en la conservación de las mercancías, como es el caso de los depositarios. Lo que requiere el artículo 56 que citamos es que el tomador exprese el interés que tiene en contratar el seguro.

La Ley no establece cuáles son las consecuencias del incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 56. Dado el tenor de la norma, si en el incumplimiento se ha verificado una actitud dolosa o gravemente culposa correspondería la pérdida del derecho a la indemnización. El problema radica en determinar el fundamento jurídico de esta sanción.

Puede entenderse que la pérdida del derecho a la indemnización se basa en el incumplimiento al deber de proporcionar toda la información relacionada con las circunstancias y consecuencias del siniestro, tal como está dispuesto en el artículo 16.2 de la Ley de Contrato de Seguro⁸⁸⁷. También puede interpretarse que es el resultado del incumplimiento al deber de declaración precontractual del riesgo, en un todo conforme a lo establecido en el artículo 10 del mismo

⁸⁸⁷ TIRADO SUÁREZ, “El interés en el seguro de transportes terrestres”, p. 1271, nota 67.

cuerpo legal. En la práctica, los aseguradores españoles aceptan la presentación extemporánea de la documentación.

Las normas proyectadas eliminarían el problema relacionado y ello por cuanto el artículo 80 del Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro, de 8 de octubre de 2011, suprime la referencia a la obligación de expresar en la póliza el interés asegurable del porteador o los demás intervinientes y porque en la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, de 17 de junio de 2013, no refiere a ello.

En el Derecho uruguayo los contratos de seguros de transporte terrestre también pueden ser contratados por cuenta propia o por cuenta de otra persona en tanto el artículo 1327⁸⁸⁸ del Código de Comercio, que regula los seguros marítimos, remite al artículo 645⁸⁸⁹ aplicable a todos los seguros. Por tanto, basta con que en la póliza se indique el nombre de la persona que contrata.

⁸⁸⁸ El artículo del Código de Comercio uruguayo dispone:

“La póliza debe enunciar, independientemente de las circunstancias prescriptas por el artículo 645:

1º. El nombre del capitán o de quien haga sus veces, el del buque y la designación de su bandera; y en caso de seguro del buque, la madera de su construcción, si está o no forrado en cobre, o la declaración de que el asegurado ignora estas circunstancias.

2º. El lugar en que los efectos fueron, debían o deben ser cargados.

3º. Los puertos donde el buque deba cargar y descargar, así como aquellos donde deba hacer escala.

4º. El puerto de donde el buque salió, debe o ha debido salir, y la época de la salida, siempre que ésta se haya estipulado expresamente.

5º. El lugar donde deban empezar a correr los riesgos para el asegurador.

Todo, salvo las excepciones señaladas en el presente título”.

⁸⁸⁹ El artículo al que hacemos referencia indica:

“Toda póliza o contrato de seguro, exceptuando los que se hacen sobre la vida, debe contener:

1º. La fecha del día en que se celebra el contrato.

2º. El nombre de la persona que hace asegurar, sea por su cuenta, o por la ajena.

3º. Una designación suficientemente clara de la cosa asegurada, y del valor fijo que tenga o se le atribuya.

4º. La suma por la cual se asegura.

Luego, el artículo 1399⁸⁹⁰ dispone que quien haya celebrado un seguro por cuenta ajena, sin indicar el nombre de la persona por cuya cuenta obró, no podrá exigir la devolución del premio, aun alegando que el interesado no ha remitido los efectos asegurados o que los ha enviado, pero en menor cantidad que la estipulada.

El artículo 21 de la Ley de Seguros argentina permite la contratación del seguro por cuenta ajena, con o sin designación del tercero asegurado, aunque en caso de duda se presume que el contrato ha sido celebrado por cuenta propia⁸⁹¹.

b. Información personal

Al asegurador no le resulta indiferente la persona con quien contrata. Su solvencia, profesionalidad, experiencias pasadas y comportamiento con otros aseguradores son circunstancias subjetivas que, junto con las objetivas ya analizadas, permiten el

5°. *Los riesgos que toma sobre sí el asegurador.*

6°. *La época en que los riesgos hayan de empezar y acabar para el asegurador.*

7°. *La prima del seguro, etc.*

8°. *En general, todas las circunstancias cuyo conocimiento pudiese ser de interés real para el asegurador, así como todas las demás estipulaciones hechas por las partes.*

La póliza debe estar firmada por el asegurador”.

⁸⁹⁰ El artículo 1399 del Código de Comercio uruguayo establece:

El que haya celebrado un seguro por cuenta ajena, sin indicar en la póliza el nombre de la persona por cuya cuenta haya obrado, no podrá exigir la devolución del premio, aunque alegue que el interesado no ha remitido los efectos asegurados, o que los ha enviado en menor cantidad que la estipulada.

⁸⁹¹ El artículo 21 de la Ley de Seguros argentina dispone:

“Excepto lo previsto para los seguros de vida, el contrato puede celebrarse por cuenta ajena, con o sin designación del tercero asegurado. En caso de duda, se presume que ha sido celebrado por cuenta propia.

Cuando se contrate por cuenta de quien corresponda o de otra manera quede indeterminado si se trata de un seguro por cuenta propia o ajena, se aplicarán las disposiciones de esta sección cuando resulte que se aseguró un interés ajeno”.

cálculo de la prima y convencen al asegurador sobre la conveniencia de celebrar el contrato⁸⁹².

Merece particular atención la declaración de otros seguros, circunstancia bastante habitual en el seguro de transporte dado que no siempre un solo asegurador puede soportar las consecuencias del siniestro en un ciento por ciento⁸⁹³.

2. Individualización de los objetos

a. Principio general

La identificación de los objetos asegurados requiere la determinación precisa de su cantidad, naturaleza y características esenciales. La naturaleza de una cosa está dada por su virtud, calidad o propiedad principal, elemento que alerta al operador respecto de las medidas de seguridad que debe tomar para prevenir los daños⁸⁹⁴.

Resulta obvia la importancia de la declaración honrada sobre la eventual peligrosidad de los efectos. También es importante la cantidad y la modalidad por cuanto al asegurador le resulta mucho más arriesgado asegurar el transporte de mercaderías a granel, que aquél que se organiza en envases o paquetes⁸⁹⁵.

El asegurador de los riesgos del transporte requiere determinadas condiciones de seguridad de modo de precaver daños durante la operación de transporte. Estas exigencias serán legítimos presupuestos de asegurabilidad en tanto sean

⁸⁹² BOQUERA MATARREDONA, ob. cit., p. 151.

⁸⁹³ LÓPEZ SAAVEDRA, "Pluralidad...", 893; HALPERIN, *Seguros...*, cap. VII, VI.

⁸⁹⁴ HERNÁNDEZ YZAL y VICENSI MATAS, *El régimen del transporte multimodal*, 2ª ed. (Barcelona, Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona, 1982), p. 51; BOQUERA MATARREDONA, ob. cit., p. 153.

⁸⁹⁵ BAUTISTA, ob. cit., p. 207; FERRARINI, ob. cit., p. 259; VEIGA COPO, *Tratado...*, p. 542.

razonables, cuestión que ha sido analizada en la jurisprudencia uruguaya⁸⁹⁶.

b. Excepciones

Algunos contratos de seguro de transporte terrestre admiten su contratación sin una declaración detallada de los objetos comprometidos⁸⁹⁷. Se trata de casos en los cuales el asegurado ignora la clase de efectos que espera recibir o cuando la variedad de bienes a transportar hace dificultoso o costoso un inventario pormenorizado. Esto sucede por ejemplo en el caso del seguro de mudanza, en el seguro de contenedor, el seguro de exposiciones y en el seguro de equipaje.

La contratación del seguro bajo el rótulo genérico de *efectos* está especialmente permitida en el artículo 1331 del Código de Comercio uruguayo⁸⁹⁸.

⁸⁹⁶ En Sentencia del 14 de septiembre del 2009 (LJU. UY/JUR/421/2009), la Suprema Corte de Justicia consideró que el seguimiento satelital y el control de los vehículos por radio de ningún modo hubieran impedido que sujetos portando armas de fuego interceptaran el rodado y se apoderaran de la carga. También se entendió desproporcionado la exigencia de utilizar servicios de guardias armados en un transporte que no cargaba dinero. La Corte entendió que el chofer no pudo accionar el botón de seguimiento satelital por haber entrado en pánico y que ello era atendible dado la violencia, casi bélica, desarrollada por los asaltantes. En lo que a nuestro trabajo interesa, la Suprema Corte de Justicia tiene decidido que si al asegurador le interesa, para mejor tutela de sus intereses, que el empresario de transporte adopte medidas de seguridad tales como la contratación de guardia armada, así debería exigirlo al contratar el seguro. De lo contrario, debería rechazar la propuesta o cobrar una prima más onerosa.

⁸⁹⁷ VEIGA COPO, *Tratado...*, pp. 543 y 544.

⁸⁹⁸ La norma dispone lo siguiente:

“Si el asegurado ignorase la clase de efectos que espera, o no supiese ciertamente el buque en que deben cargarse, puede celebrar válidamente el seguro, bajo el nombre genérico de efectos en el primer caso, y en uno o más buques, en el segundo, sin que el asegurado tenga precisión de designar el nombre del buque, desde que en la póliza declare que lo ignora, expresando la fecha y la firma de las órdenes o carta de aviso que haya recibido”.

El seguro de mudanza tiene por objeto indemnizar los daños sufridos en los efectos personales y muebles que constituyen el ajuar del hogar o en el contenido de la oficina, en ocasión de su transporte, como consecuencia de su mudanza a otro lugar⁸⁹⁹.

En este seguro no es necesario un detalle exacto de los efectos, como acaba de referirse, no obstante lo cual habrá de informarse si se trata de bienes del contenido del hogar u oficina y habrán de observarse algunas exclusiones como los roces en las cosas transportadas, las resquebrajaduras y los desprendimientos de las partes pegadas o de los esmaltes o barnices.

El seguro de contenedor tiene por objeto la indemnización de los daños ocasionados al contenedor y a los efectos cargados en él, como consecuencia del transporte. Además del contenido, este seguro comprende al contenedor como recipiente de los efectos transportados y ello por cuanto la naturaleza de los bienes transportados puede dañarlo. Es común que suceda cuando el contenedor conserva elementos que pueden derramarse o cuando se producen emanaciones de gases⁹⁰⁰.

Si bien es habitual que no haya necesidad de describir el contenido del contenedor, información que por otra parte el cargador ni siquiera conozca, lo que sí debe describirse es el contenedor. Debe indicarse su clase, marca de identificación y valor y si será transportado en la cubierta o en la bodega del buque⁹⁰¹.

El seguro de exposiciones o ferias, usualmente comprende el período que insume el viaje de ida y vuelta y además el lapso durante el cual los efectos transportados se encuentran inmovilizados, sea en un depósito o sea en el recinto de la exposición. Cuando se trata de obras de arte, dado su valor, se acostumbra la contratación de una póliza estimada.

⁸⁹⁹ TIRADO SUÁREZ, “Noción de seguro de transporte terrestre”, p. 1205.

⁹⁰⁰ TIRADO SUÁREZ, “Noción de seguro de transporte terrestre”, p. 1206.

⁹⁰¹ GRÍGOLI, “Riflessi assicurativi del trasporto marittimo mediante “containers”, *Assicurazioni*, año XLII, p. I (1975), pp. 508 y ss.

El seguro de equipaje tiene por objeto la indemnización de los daños ocasionados al viajero como consecuencia de la pérdida o el deterioro de todo o parte del equipaje que entrega al transportista. Comprende los bienes que el asegurado lleve consigo, incluido el dinero y los objetos valiosos⁹⁰².

3. Vehículo, conductor e itinerario

El solicitante del seguro de transporte debe detallar la clase de vehículo a utilizar y si se encuentra en condiciones de realizar el transporte previsto, sobre todo en lo que concierne a la documentación habilitante, incluidas las inscripciones registrales que sean necesarias⁹⁰³.

Sobre el conductor debe informar quienes serán las personas encargadas de realizar el transporte. El artículo 1423.3 del Código de Comercio uruguayo lo establece así. Habrá, por tanto, de proporcionar sus datos identificatorios. También es importante el rango que ostenten, los vehículos que pueden conducir, los destinos a los que pueden llegar y toda otra información relevante que sirva al asegurador para completar su idea de riesgo⁹⁰⁴.

En lo que refiere al itinerario el asegurador debe saber el lugar de llegada del transporte, la necesidad o no de efectuar trasbordos y si estos son notorios o no⁹⁰⁵. El artículo 1423 del Código de Comercio uruguayo es explícito respecto a la necesidad de informar el tiempo que insumirá el viaje, si en la carta de porte hay estipulación sobre ello y si el viaje debe ser

⁹⁰² TIRADO SUÁREZ, “Noción de seguro de transporte terrestre”, pp. 1205 y 1207.

⁹⁰³ BAUTISTA, ob. cit., p. 134; FERRARINI, ob. cit., p. 259.

⁹⁰⁴ En torno a la relevancia en este seguro, se ha dicho que no es relevante la declaración falsa (hacerse pasar por capitán), si para conducir un determinado vehículo no es necesario ostentar el título sobre el cual se miente (FERRARINI, ob. cit., pp. 258 y 260).

⁹⁰⁵ BOQUERA MATARREDONA, ob. cit., p. 153.

continuado o sin interrupciones. Todo ello hace a la seguridad del transporte e interesa al asegurado y al asegurador⁹⁰⁶.

Cuando en la póliza se pacta un ámbito de cobertura supeditado al respeto de determinado trayecto, los siniestros que ocurran fuera del mismo son rechazados y ello en el entendido de que opera una causal de exclusión⁹⁰⁷.

C. Declaraciones del riesgo durante la vigencia del contrato

El asegurador que asuma los riesgos del transporte debe ser advertido del cambio de circunstancias consideradas al momento de la celebración del contrato, en tanto la prima se calculó en virtud de ciertas declaraciones y suponiendo que el asegurado mantendrá el *status quo* realizando una diligente gestión del riesgo⁹⁰⁸. Esta afirmación, que en el resto de los seguros no ofrece mayores aclaraciones, en esta ocasión necesita alguna precisión debido a la vinculación que existe entre el contrato de transporte y su seguro.

Obsérvese que la agravación del riesgo en el seguro de transporte en buena medida obedece al transportista y a la diligencia que haya demostrado en el mantenimiento del vehículo

⁹⁰⁶ Adquiere relevancia en este aspecto el conocimiento que el asegurador debería tener sobre las rutas del transporte. En sentencia de la Suprema Corte de Justicia de 14 de septiembre de 2009 (LJU. UY/JUR/421/2009), se desestimó la pretensión del asegurador en atención a que debía conocer que bandas armadas, conocidas como *piratas del asfalto*, asaltan a los camiones que transportan mercaderías en determinadas rutas de la República Argentina.

⁹⁰⁷ En la Argentina, una empresa de transporte contrató un seguro tendiente a cubrir el eventual robo de la mercadería transportada. En la póliza respectiva se contempló determinado trayecto. Se produjeron dos siniestros. La aseguradora los rechazó por considerar que se habían producido fuera del ámbito de cobertura. El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda promovida por el asegurado. La Cámara modificó la Sentencia apelada, en cuanto sólo condenó a la aseguradora a indemnizar uno de los siniestros (SCNCom, sala D, de 3 de junio de 2009 [LL. 2009, D, 656]).

⁹⁰⁸ BAUTISTA, ob. cit., p. 207.

y en el cumplimiento del acto de transporte⁹⁰⁹. El asegurado desconoce las agravaciones del riesgo que se hayan originado en el mantenimiento deficiente de los medios de transporte y también desconoce las alteraciones ocurridas durante el acto de transporte, como el cambio de itinerario o de los plazos previstos para el viaje, y ello por cuanto el asegurado, propietario de las mercaderías y cargador o destinatario del transporte, no es el responsable de la ejecución del transporte. Va de suyo que mal puede informar al asegurador las modificaciones en el riesgo si las ignora⁹¹⁰.

La única excepción estaría dada por el hecho de ser el transportista el propietario de las mercaderías, en cuyo caso estaría realizando un transporte de mercaderías propias.

Ahora bien, si las modificaciones o alteraciones en el medio de transporte o en el itinerario son previas al viaje, entonces el asegurado estaría en condiciones de informarlo para que la aseguradora actúe en consecuencia.

1. Modificaciones en el medio de transporte

La incidencia del medio de transporte sobre el contrato de seguro de transporte resulta obvia. La alteración puede significar una sustitución o una alteración del vehículo que conducirá la carga. En cualquier caso las pólizas deben contemplar una cláusula lo suficientemente amplia como para abarcar una u otra situación.

En el caso del Derecho español el artículo 60 de la Ley de Contrato de Seguro refiere someramente a la alteración del medio de transporte. Se trata de una norma imperativa, aplicable a cualquier modalidad de seguro terrestre, que ha sido interpretada

⁹⁰⁹ DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, v. III (Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1956), pp. 59 y 60.

⁹¹⁰ BOQUERA MATARREDONA, ob. cit., p. 156.

de modo de comprender las hipótesis de modificaciones referidas⁹¹¹.

a. Sustitución

Resulta especialmente importante la sustitución de un medio de transporte por otro y ello en tanto una cosa es el transporte por tierra y otra, muy distinta, es el transporte por aire.

Aun en el transporte terrestre, no es lo mismo el tren que el camión. Los riesgos que se corren en cada uno de estos actos de transporte son bien diferentes y ello se refleja en las estadísticas del asegurador.

b. Alteración

En orden a las modificaciones a informar, la alteración más significativa se relaciona con la forma cómo las mercaderías se acondicionarán durante su transporte, esto es, si cuando se contrató el seguro se dijo que lo harían a caja cubierta y luego hubo necesidad de enviarlas a caja descubierta, o viceversa, ello debe ser informado al asegurador⁹¹².

2. Modificaciones en la ejecución del contrato de transporte

a. Cambio de itinerario

El plan de ruta a cumplir entre la partida y el destino es uno de los puntos más importantes del contrato de transporte. La legislación sobre transporte acostumbra establecer, como principio general, que el cargador y el porteador pacten que el viaje se realice por una ruta determinada. En este caso el transportista queda obligado a conducir la carga por la vía señalada. A falta de acuerdo sobre el camino, la elección de la ruta generalmente queda al arbitrio del conductor.

⁹¹¹ TIRADO SUÁREZ, “La modificación del riesgo en el seguro de transporte terrestre”, loc. cit.

⁹¹² TIRADO SUÁREZ, “La modificación del riesgo en el seguro de transporte terrestre”, p. 1321.

En la realidad contractual, en la mayoría de los casos no hay un acuerdo como el referenciado pues el transportista establece la ruta con prescindencia de la voluntad del cargador⁹¹³.

b. Cambio de plazo

El contrato de transporte puede disponer que la entrega en el lugar de llegada de las mercaderías se realice en determinado plazo o puede no prever nada al respecto. En el primer caso el porteador queda obligado a respetar este plazo. Por el contrario, si nada se establece los efectos deben ser conducidos en el primer transporte de mercaderías análogas que el transportista realice al lugar de destino.

Igual que sucede con el itinerario, el plazo es una circunstancia que escapa al control del asegurador. Al contratar el seguro de transporte puede suceder que el asegurado declare un plazo que, a la postre, se vea modificado por decisión suya o por orden del porteador.

Existen tres situaciones que pueden quedar comprendidas en el cambio de plazo y que deberían informarse al asegurador: la alteración de la fecha de carga o descarga, el cambio de época de realización del viaje y la ampliación del plazo previsto para el transporte.

Las situaciones referidas son distintas al retraso o demora en la entrega de los efectos, hipótesis que generalmente queda excluida de la cobertura, según es costumbre en la práctica aseguradora.

Capítulo segundo: Seguros de daños en el patrimonio

La doctrina alude a los seguros de patrimonio para referirse a ciertas modalidades asegurativas en las que el objeto del interés asegurado alcanza al patrimonio general del asegurado, por

⁹¹³ TIRADO SUÁREZ, “La modificación del riesgo en el seguro de transporte terrestre”, p. 1322.

oposición a aquellas otras que lo circunscriben a un objeto concreto y determinado⁹¹⁴.

Partiendo de lo dicho, la inclusión del seguro de crédito y del seguro de caución en esta categoría se realiza con reservas puesto que es cierto que estos contratos no se ajustan cómodamente a esta clasificación, como sí lo hace el seguro de responsabilidad civil, en la medida en que no considera el patrimonio indiscriminado, sino una serie de créditos determinados⁹¹⁵.

A pesar de ello, metodológicamente optamos por incluir estos seguros en esta categoría con el objeto de poner de relieve que se trata de seguros de daños patrimoniales, en tanto y en cuanto se refiere a créditos específicos que integran un patrimonio sometido al principio indemnizatorio, principio que impide el enriquecimiento del asegurado, faculta a la subrogación

⁹¹⁴ GARRIGUES, *Contrato...*, p. 37.

⁹¹⁵ El seguro de crédito y el seguro de caución presentan muchas semejanzas pero también importantes diferencias, entre las que se destacan las siguientes: 1) En el seguro de crédito es el acreedor quien solicita el seguro, mientras que en el seguro de caución lo hace el potencial deudor que necesita reforzar su crédito (BASTIN, *El seguro de crédito en el mundo contemporáneo* [Madrid, Mapfre, 1980], p.70); 2) El riesgo en el seguro de crédito es la insolvencia definitiva y en el seguro de caución lo es el incumplimiento (MORRAL SOLDEVILLA, ob. cit., p. 94), diferencia relativizada por autorizada doctrina que ve en ello sólo un matiz de grado (GARRIGUES, *Contrato...*, p. 350); 3) Aunque no siempre es así, los seguros de caución se contratan en forma individual, esto es, se extiende una póliza por cada crédito comprometido (CAMACHO DE LOS RÍOS, *El seguro de caución. Estudio crítico* [Madrid, Mapfre, 1994], pp. 23 y ss.), mientras que lo usual en los seguros de crédito es la cobertura de una cartera de operaciones mediante la utilización de las llamadas *pólizas flotantes o de abono*, en cuyo caso los riesgos se declaran mediante la *declaración de alimentos o de abono*. 4) En lo que refiere al siniestro de uno y de otro, puede afirmarse que, en tanto el seguro de crédito exige que se acredite la insolvencia del deudor, en el de caución, en cambio, basta con el mero impago o incumplimiento. 5) El seguro de caución, por lo general, es un seguro que contrata el deudor a favor de su acreedor para protegerlo de un eventual incumplimiento de una obligación no dineraria. En cambio, el seguro de crédito, que se contrata por el propio acreedor para sí mismo, tiene por objeto la insolvencia en el cumplimiento de obligaciones de dar sumas de dinero (HALPERIN, *Seguros...*, cap. I, XI, 28).

y hace funcionar las normas sobre suma asegurada y otros efectos propios del género⁹¹⁶.

I. El seguro de crédito

El seguro de crédito es una herramienta contra el incumplimiento y también es una forma de prevenir las situaciones de crisis en cadena de los circuitos productivos, financieros y de consumo que constantemente recurren al crédito⁹¹⁷.

Este seguro se encuentra regulado en España en los artículos 69 a 72 de la Ley de Contrato de Seguro. En la Argentina y en el Uruguay, en cambio, el seguro de crédito carece de base legislativa.

A. Las dificultades actuariales en el seguro de crédito

El proceso técnico de producción de los seguros de crédito tiene sus dificultades por cuanto los créditos son todos distintos y las insolvencias no obedecen ningún patrón de ocurrencia. Sobre esta base es muy difícil para cualquier asegurador establecer estadísticas y pronósticos⁹¹⁸.

La derrota en el proceso de pronóstico, sumado a la falta de franquicia, esto es, cierto porcentaje de asunción de responsabilidad que se deduce de la prestación, parece haber sido

⁹¹⁶ MORRAL SOLDEVILLA, *El seguro de crédito* (Madrid, Civitas, 2002), pp. 130 y ss.; HALPERIN, *Seguros...*, cap. V, 30 (a.1).

⁹¹⁷ DESCHANEL y LEMOINE, *L'assurance crédit* (Paris, Presses Universitaires de France, 1996), p. 20; TIRADO SUÁREZ, "El seguro de crédito en sentido estricto", en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día (Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2010), p. 1504; CRACOGNA, ob. cit., II; CANDELARIO MACÍAS, "La funcionalidad del seguro de crédito", *Revista de Derecho Mercantil*, 1996, 6, n° 235 (Lalely Online), I.

⁹¹⁸ HALPERIN, *Seguros...*, cap. I, I; BASTIN, *El seguro de crédito en el mundo contemporáneo*, p. 96.

la causa de la ruina de muchas de las aseguradoras inglesas del siglo XIX⁹¹⁹.

El deficiente análisis predictivo de los riesgos repercute directamente en el cálculo de la prima y ello por cuanto el asegurador no puede establecer su coste en la solicitud, como es usual en los demás contratos, sino que tan sólo puede realizar una estimación, cálculo que luego habrá de ajustar cuando conozca el verdadero volumen de las operaciones comprometidas en el seguro⁹²⁰.

Hoy, conocido este defecto, resulta curioso que en su origen los seguros de crédito hayan sido ideados bajo la premisa de que era posible determinar el grado de probabilidad de ocurrencia de las quiebras de modo de distribuir sus consecuencias entre una mutualidad de asegurados⁹²¹.

La ineficacia de los métodos actuariales de pronóstico se suple con un pormenorizado análisis del riesgo, análisis que excede bastante el que se realiza en otras especies de seguros.

BASTIN explica que en materia de textiles a los aseguradores franceses no les basta conocer el tipo de mercadería que origina el crédito, la zona geográfica, el precio y demás elementos objetivos que lo definen. Antes bien, el solicitante les debe informar si se trata de una línea seriada o de diseño, la marca del diseñador, si se trata de vestimenta *prêt-à-porter* femenina o masculina, entre otros detalles.

El análisis actuarial del riesgo debe contemplar, además, los factores sociales y políticos de la zona geográfica en donde se ha concedido el crédito, cuestión que en otros seguros no preocupa al asegurador. De hecho, cuánto más largo es el plazo del crédito

⁹¹⁹ CRACOGNA, “Seguro de crédito y seguro de caución”, *La Ley*, 2009, B, n° 611, II.

⁹²⁰ BASTIN, *El seguro de crédito en el mundo contemporáneo*, p. 98.

⁹²¹ HALPERIN, *Seguros...*, cap. V, 30 (a.2).

considerado, mayores son las dificultades para estimar el riesgo propuesto⁹²².

B. El riesgo en el seguro de crédito y su delimitación

El seguro de crédito tiene por objeto reparar al asegurado los daños producidos en su patrimonio como consecuencia de la insolvencia de sus deudores. Quiere decir que lo que se asegura no es la existencia misma del crédito, sino su insatisfacción, de modo que lo que en definitiva se indemniza es la pérdida final que merma el patrimonio del asegurado⁹²³.

Por la razón anotada ubicamos a los seguros de crédito entre los seguros de cosas con carácter indemnizatorio⁹²⁴. La cosa es el crédito; la falta de pago de ese crédito es el presupuesto de cumplimiento de la prestación indemnizatoria del asegurador⁹²⁵.

Delimitar el riesgo en el seguro de crédito supone determinar cuándo hay insolvencia para el asegurador, asunto sobre el cual la doctrina del seguro se ha ocupado particularmente, no existiendo una conclusión unánime.

Existen autores que entienden que basta un estado de insolvencia presunta. Otros afirman que la insolvencia debe demostrarse en el concurso de acreedores. Finalmente, se encuentran aquellos que consideran que el asegurador debe cumplir con su obligación indemnizatoria cuando vence el crédito⁹²⁶.

⁹²² BASTIN, *El seguro de crédito en el mundo contemporáneo*, pp. 97 y 207.

⁹²³ GARRIGUES, *Contrato...*, pp. 386 y ss.; DONATI, *Trattato...*, v. III, p. 303; SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, ob. cit., pp. 537 y 538.

⁹²⁴ MORRAL SOLDEVILLA, ob. cit., pp. 136 y 137.

⁹²⁵ BASTIN, *El seguro de crédito. Protección contra el incumplimiento de pago (La défaillance de paiement et sa protection, l'assurance-credit)*, trad. de GUTIÉRREZ VICEN, C. (Madrid, Mapfre, 1993), pp. 83 y 85.

⁹²⁶ BASTIN, *El seguro de crédito. Protección...*, p. 82, HALPERIN *Seguros...*, cap. I, XI, TIRADO SUÁREZ, "Seguro de crédito. La insolvencia definitiva como riesgo asegurado", en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Ley de Contrato de seguro*. 408

1. La determinación del riesgo

El legislador español se ha decantado por la insolvencia definitiva, estado que en el artículo 70 de la Ley de Contrato de Seguro es concebido como una situación objetiva, necesariamente revelada por ciertos signos que, lejos de asimilarse a la falta transitoria de medios de pago, importa la incapacidad del deudor para cubrir sus deudas.

La Ley pone el énfasis en el estado patrimonial del deudor y supera la visión aritmética que equipara la insolvencia al resultado negativo de comparar el activo con el pasivo. Y esto sería así porque, ni el monto de las deudas, ni el valor de los bienes son suficientes, por sí solos, para establecer si una persona es solvente o no. Para llegar a esta conclusión habrán de realizarse unas y otros y ello en tanto la reclamación del crédito puede ser muy superior a lo efectivamente reconocido, o una persona puede tener activos valiosos pero muy depreciados por la constitución de gravámenes⁹²⁷.

La solución legal ha sido cuestionada por acotar en extremo las posibilidades de seguro, circunstancia inconveniente para el asegurado, en tanto no cubre todos los riesgos a los que está sujeto y también inconveniente para el asegurador que pierde la oportunidad de ofrecer otros productos⁹²⁸.

Más allá de las observaciones, parece claro que para el legislador español el riesgo es la insolvencia y no la pérdida patrimonial consecuencia de esa insolvencia. La pérdida es el siniestro.

Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones, 4ª ed. revisada y puesta al día (Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2010), pp. 1530 a 1532.

⁹²⁷ CANDELARIO MACÍAS, *Seguro de crédito y práctica concursal* (Madrid, Dykinson S.L, 1999), p. 26.

⁹²⁸ MORRAL SOLDEVILLA, ob. cit., pp. 174 y ss.

a. La insolvencia definitiva

El artículo 70 de la Ley de Contrato de Seguro española reconoce como síntomas de la insolvencia ciertas hipótesis taxativas a las que califica como “definitivas”⁹²⁹. Entre ellas se encuentra prevista la existencia de un proceso concursal – sea por la sentencia firme de declaración de quiebra (artículo 70.1)⁹³⁰ - o por la aprobación judicial de un convenio (artículo 70.2).

La Ley recoge una larga tradición en este aspecto y ello en razón de que la quiebra siempre ha sido un indicio más que demostrativo de una situación de insolvencia⁹³¹.

Se observa que el concepto de insolvencia que recoge la Ley de Contrato de Seguro no se ajusta al que ofrece la Ley 22/2003, de 9 de julio, sobre Concursos, en tanto la última de las referidas, en el artículo 2.2, establece que se encuentra en estado de insolvencia «*el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles*»⁹³².

De la observación precedente se desprende que una cosa es el concepto de insolvencia a los efectos de la legislación sobre concursos, y otra muy distinta es el concepto de insolvencia a los

⁹²⁹ VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico...*, p. 578.

⁹³⁰ VEIGA COPO critica duramente la solución de la Ley de Contrato de Seguro, por hacer referencia a un proceso que ya no existe en el Derecho español, como es la quiebra y por no haber resuelto qué es la insolvencia teniendo en cuenta las normas concursales. A criterio del autor, el artículo 70 sólo enumera lo que debe entenderse como insolvencia definitiva a los efectos de un seguro de crédito, concepto que es más amplio del manejado en la Ley concursal (VEIGA COPO, *Tratado...*, pp. 749, 750 y 751). La adecuación a las normas concursales se realiza en la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, de 17 de junio de 2013. El artículo 592-41 establece que son supuestos de insolvencia definitiva del deudor la aprobación judicial de un convenio con quita y la declaración en el concurso de acreedores de la apertura de la fase de liquidación mediante resolución judicial firme.

⁹³¹ CRACOGNA, ob. cit., II; CANDELARIO MACÍAS, “La funcionalidad...” , II.

⁹³² CANDELARIO MACÍAS, *Gestión de riesgos: impacto de la Ley Concursal en la compañía aseguradora y el seguro de crédito* (Madrid, La Ley – Grupo Wolters Kluwer, 2008), p. 84.

efectos de la legislación sobre seguros y la concreta determinación del riesgo asegurable. En consecuencia, el asegurador podría, como es usual, ampliar la cobertura, lo que lleva a plantearnos si puede considerarse insolvencia al incumplimiento de pago, más allá de su verificación en el ámbito concursal⁹³³.

También hay insolvencia a los efectos del contrato de seguro de crédito en situaciones de ejecución individual, cuando el patrimonio del deudor ejecutado no es suficiente para satisfacer la pretensión del acreedor.

La referida es una de las hipótesis consideradas en el artículo 70. 3 de la Ley de Contrato de Seguro española, cuando refiere a los casos de mandato de ejecución en vía de apremio, siempre que del embargo no resulten bienes libres suficientes para el pago.

En las pólizas también se acostumbra incluir al acuerdo entre el tomador y el asegurador, calificando al crédito como incobrable. Es uno de los signos de insolvencia definitiva establecidos en el artículo 70 de la Ley de Contrato de Seguro española.

⁹³³ VEIGA COPO, *Tratado...*, p. 750.

b. La insolvencia provisional

Ante ciertas amenazas de insolvencia, las aseguradoras suelen anticipar el pago de parte de la indemnización a cuenta de la liquidación final, siempre y cuando la insolvencia se haga realidad.

En España esta práctica ha sido incorporada legalmente en el artículo 70 de la Ley de Contrato de Seguro, bajo el nombre de “insolvencia provisional” y consiste en el adelanto de la mitad de la cobertura pactada en un seguro de crédito.

Los aseguradores españoles exigen que, una vez producido el impago prolongado, el asegurado les notifique la situación acompañando los documentos de adeudo. Una vez en conocimiento de la insolvencia provisional, el asegurador inicia las acciones de recuperación del crédito frente al deudor responsable del siniestro. Transcurridos los seis meses que exige el artículo 70 de la Ley, el asegurador debe abonar al asegurado la mitad de la suma asegurada a título de anticipo y a cuenta de la liquidación correspondiente, en tanto y en cuanto se configure la insolvencia definitiva del deudor, tal como se comentó precedentemente⁹³⁴.

2. Exclusiones de cobertura

La mayor parte de las exclusiones de cobertura en el seguro de crédito obedecen a razones impuestas por la economía de los seguros, fundamentalmente justificadas en la imposibilidad del asegurador de controlar la bondad de la selección realizada por el asegurado. En otros casos, los créditos se exceptúan pues, lisa y llanamente, se trata de riesgos ajenos al seguro que nos ocupa.

En primer lugar, el asegurador limita el pago de la indemnización a las operaciones realizadas en el marco de la actividad, comercial o fabril, descrita por el tomador y señalizada en las condiciones particulares⁹³⁵. Esto es así pues sólo

⁹³⁴ TIRADO SUÁREZ, “Seguro de crédito. La insolvencia definitiva como riesgo asegurado”, pp. 1546 y ss.

⁹³⁵ CANDELARIO MACÍAS, *Seguro de crédito...*, p. 96.

respecto de esta empresa el asegurador recibe la información que le permite evaluar el estado del riesgo y calcular la prima que corresponda. No obstante, no deberían rechazarse los créditos de las sucursales del propio asegurado.

En segundo lugar, algunos aseguradores excluyen de la cobertura las operaciones comerciales celebradas con personas que no son empresarios y ello porque desconfían de su capacidad de pago.

Es verdad que generalmente el solicitante del seguro de crédito es un empresario, pues a él le toca soportar los riesgos propios de la economía de mercado basada en la expansión del crédito. Y es que el crédito, concebido como la prestación de bienes presentes por bienes futuros, supone el conocimiento de los límites de pago de cada uno de los clientes, cuestión difícil de apreciar y siempre riesgosa, que explica el desarrollo de este seguro⁹³⁶.

Sin perjuicio de lo dicho, también quienes no son empresarios pueden acceder a este contrato y para ello se valen del denominado *credit scoring*, método que simplifica la evaluación de la capacidad de pago del deudor utilizando una fórmula que se conforma con la edad, composición familiar y duración del empleo del solicitante, como datos principales⁹³⁷. Precisamente la pobreza de la información es lo que explica la desconfianza del asegurador y justifica la exclusión comentada.

En tercer lugar, se suele dejar fuera del seguro las operaciones comerciales realizadas al contado o con un régimen de pago anticipado, pues hacerlo comprometería la validez del contrato por falta de riesgo.

En cuarto lugar, se excluyen los créditos que se han aplazado excesivamente, los que no alcanzan cierto porte y aquellos cuya legitimidad está siendo objeto de controversia sin haber resolución judicial o arbitral firme.

⁹³⁶ CANDELARIO MACÍAS, “La funcionalidad...”, I.

⁹³⁷ BASTIN, *El seguro de crédito en el mundo contemporáneo*, p. 156.

En quinto lugar, por razones de orden público, no hay seguro de crédito para proteger operaciones ilícitas.

En sexto lugar, se dejan fuera los riesgos catastróficos o derivados de la actuación del poder público.

Finalmente, prácticamente todos los aseguradores exceptúan de garantía las operaciones celebradas con los organismos públicos por la imposibilidad del Estado de insolventarse⁹³⁸.

C. Declaración del riesgo en el seguro de crédito

El establecimiento de la prima en un seguro de crédito depende de la importancia de los créditos comprometidos. Hasta aquí el seguro de crédito no se diferencia del resto de las modalidades asegurativas.

Una de las diferencias más notables entre el asegurador en general y el asegurador dedicado a los seguros de crédito está dada por la circunstancia de que éste último no puede adelantar la prima. A lo sumo puede realizar una estimación de tarifa, cálculo que luego habrá de ajustar una vez que conozca el verdadero volumen de las operaciones comprometidas en el seguro⁹³⁹. Esto significa que el seguro de crédito, por naturaleza, está llamado a acompañar las fluctuaciones en la actividad del tomador⁹⁴⁰.

Ahora, que la prima no pueda determinarse con precisión al momento de la celebración del contrato no quiere decir que el solicitante esté eximido de su deber de declarar con lealtad las circunstancias del riesgo que padece. El solicitante debe declarar con precisión el volumen de sus negocios, su grado de concentración, la duración de los créditos comprometidos, los hábitos de pago y en general, la naturaleza de la clientela.

⁹³⁸ MORRAL SOLDEVILLA, ob. cit., pp. 170 a 173.

⁹³⁹ BASTIN, *El seguro de crédito en el mundo contemporáneo*, p. 98.

⁹⁴⁰ MORRAL SOLDEVILLA, ob. cit., pp. 166 y 167.

Obrará con dolo si en la declaración miente, omite o declara en forma inexacta riesgos que le son conocidos⁹⁴¹. Es el caso de la manipulación de las operaciones de crédito en curso, esto es, la inclusión en la declaración de créditos del abastecimiento de mercaderías de una empresa que no integra el grupo o que a veces ni siquiera existe. También es frecuente la negociación de los mismos riesgos con dos aseguradoras distintas, reservándose la inclusión de los abastecimientos en una de las pólizas, según convenga al tomador.

Muchos de estos engaños pueden evitarse si el asegurador propone un formulario de declaración del riesgo adecuado y si es diligente realizando visitas periódicas al tomador⁹⁴².

Otras manifestaciones tradicionales, como el siniestro voluntario y la exageración del daño, son poco frecuentes en la medida en que la declaración del siniestro es controlada en la instancia concursal de verificación de los créditos o por el propio deudor. Es el caso de la presentación de facturas que ya han sido pagadas o la declaración de facturas ficticias e incluso la declaración como propia de una pérdida ajena.

1. Declaraciones del riesgo anteriores a la celebración del contrato.

La declaración del riesgo que corresponde al solicitante del seguro de crédito se realiza mediante la utilización de formularios en los que se interroga al futuro asegurado respecto de cierta información sobre su persona, su actividad y sobre otros vínculos contractuales⁹⁴³.

La información a proporcionar al asegurador es básicamente la misma, sea que el seguro de crédito se contrate en una póliza individual o sea que se contrate en una póliza flotante.

⁹⁴¹ DESCHANEL y LEMOINE, ob. cit., pp. 26 y 109.

⁹⁴² BASTIN, *El seguro de crédito. Protección...*, pp. 281, 282 y 283.

⁹⁴³ DESCHANEL y LEMOINE, ob. cit., p. 22; BASTIN, *El seguro de crédito. Protección...*, p. 227.

No obstante, esta última es la forma más habitual de concertación de los seguros de crédito.

a. La póliza flotante y la declaración de alimentos

La póliza flotante es un documento que permite la cobertura de varios intereses durante un período de tiempo determinado, sin necesidad de suscribir un seguro cada vez que se realiza una operación.

De modo de efectivizar la cobertura, previamente a la celebración del contrato, el solicitante debe cursar la declaración de abono o de alimento, comunicación que se dirige al asegurador a los efectos de hacerle conocer los elementos objetivos de la relación de seguro. En el seguro de crédito esta información se acota en la intención de efectivizar una o varias transacciones comerciales con uno o varios clientes⁹⁴⁴.

Usualmente, la declaración de abono o de alimento se realiza mediante un formulario que proporciona el asegurador y debe repetirse tantas veces como lo establezca el contrato o lo requieran los intereses asegurados. Es que la declaración de alimento no tiene por función normar la relación, sino sólo reflejar una situación de hecho que escapa al conocimiento del asegurador y que puede cambiar.

El Derecho español no contiene orientación respecto a la forma cómo debe cumplirse esta declaración, ni tampoco sobre su contenido. No obstante, el artículo 8 de la Ley de Contrato de Seguro indica que en toda póliza flotante debe especificarse cómo se realizará la declaración de alimento⁹⁴⁵.

En términos generales, la declaración de alimento debe referir todas aquellas circunstancias que individualizan el interés

⁹⁴⁴ CORTÉS, *Póliza flotante y seguro en abono* (Bologna, Publicaciones del Real Colegio de España, 1984), p. 128; MORRAL SOLDEVILLA, ob. cit., p. 157.

⁹⁴⁵ Tal exigencia no ha sido reproducida en la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, de 17 de junio de 2013 (artículos 591-8 y 592-4, sobre el contenido de la póliza en general y sobre la póliza estimada, respectivamente).

asegurado y la gravedad de los riesgos. Así, debe comprender a todos los clientes llamados *nominativos*, que son los que representan riesgos de consideración. Sólo se exceptúa de la declaración a los denominados *clientes anónimos* que, por ofrecer un grado de riesgo ínfimo, resultan indiferentes al asegurador⁹⁴⁶.

b. Sobre el proponente del seguro

La identificación precisa de la persona natural no presenta mayores dificultades. Bastará con su nombre y apellido, número de identificación, domicilio, etcétera. En el caso de ser una sociedad comercial, el asegurador necesitará, además del nombre de la sociedad, su número de registro ante el órgano recaudador de impuestos, el domicilio de la administración, la fecha de constitución y el capital social.

Generalmente el asegurador también solicita referencias comerciales y bancarias del solicitante del seguro, referencias que posteriormente habrá de verificar.

c. Sobre la actividad profesional o empresarial y los créditos

En lo concerniente al giro que desarrolla el asegurado, las fórmulas suelen dejar en libertad al futuro tomador para que describa, lo más precisamente posible, a qué se dedica. Es necesario que declare cuál es la actividad principal y cuáles son las conexas pues los créditos amparados por la garantía del seguro sólo quedarán cubiertos en la medida en que refieran a la actividad descrita⁹⁴⁷.

Ciertamente al asegurador le interesa conocer si la gestión es exitosa o no. Por esta razón, el cuestionario suele detenerse sobre el volumen global de las operaciones realizadas, la media de facturación y el descubierto más alto anual de la cartera de créditos.

⁹⁴⁶ CORTÉS, ob. cit., p. 132; SANCHO DUERA, *El seguro de crédito: una herramienta para la gestión de riesgos comerciales: impagados, riesgos, gestión, análisis, devoluciones* (s/l, Tiedro Consultores, 1998), pp. 63 y ss.

⁹⁴⁷ BASTIN, *El seguro de crédito. Protección...*, p. 228; CANDELARIO MACÍAS, *Seguro de crédito...*, p. 96.

De modo de corroborar esta información el asegurador acostumbra exigir se adjunte una copia de los títulos de crédito, especialmente de las facturas. Cuando no lo hace, se expone al fraude más típico en este seguro que consiste en recibir una prima menor que no corresponde a la medida real de los negocios comprometidos en el seguro⁹⁴⁸.

Es muy importante el detalle de la clientela. Debe realizarse un desglose del tipo de deudor con quien se mantienen relaciones comerciales pues no es lo mismo que la cartera de clientes esté compuesta por entidades públicas que por particulares, por mayoristas o minoristas o por consumidores⁹⁴⁹. Asimismo, no es lo mismo tener un cliente que tener muchos; esta circunstancia permite al asegurador hacerse una idea del éxito del negocio.

La declaración inexacta o reticente respecto de las cuestiones referidas puede comprometer el derecho del asegurado a exigir la prestación del asegurador⁹⁵⁰.

⁹⁴⁸ BASTIN, *El seguro de crédito. Protección...*, p. 282.

⁹⁴⁹ BASTIN, *El seguro de crédito en el mundo contemporáneo*, p. 208.

⁹⁵⁰ La apreciación que hacen los tribunales respecto del incumplimiento del deber precontractual de declaración del riesgo es una labor compleja que no se agota en la prueba de la omisión. Véanse estas dos sentencias del Tribunal Supremo que resuelven dos casos de omisión en la declaración de un deudor al contratarse un seguro de crédito y que llegan a conclusiones diferentes.

En Sentencia de 3 de junio de 2008 (R.J. 4171), el Tribunal sostuvo que no correspondía atribuir al asegurado la calificación de dolo o culpa grave pues no resultó acreditado la voluntad consciente de ocultar información, circunstancias o elementos determinantes para la apreciación del riesgo. Tampoco se probó la mera sospecha de la inexactitud de su declaración, pues la cooperativa, actora en los autos que comentamos, se constituyó antes de que se contratara el seguro. Por tanto, no podía haber referencia a los clientes en cuya omisión la aseguradora basó su demanda. El Tribunal destacó lo escueto del cuestionario presentado por la aseguradora y señaló que, pese a que la proponente había mentido pues había declarado tener más de un cliente (cuando sólo tenía en cartera al cliente cuyo concurso motivó el reclamo a la aseguradora), la aseguradora tenía conocimiento de la existencia de este cliente pues realizó la calificación del riesgo.

A resultado muy distinto llegó el Tribunal Supremo en sentencia del 17 de julio de 2007 (R.J. 5138) y ello en tanto se lo declaró culpable de su deber precontractual de declaración del riesgo, exonerándose al asegurador de su

En lo que refiere a los créditos, debe declararse el tipo, naturaleza, plazo, condiciones de pago y monto de cada uno de ellos⁹⁵¹. Tanto detalle se justifica en la necesidad de evitar que el asegurado realice una selección adversa del riesgo, discriminación que contraría los métodos actuariales⁹⁵².

Debe declararse cuáles son las condiciones usuales de pago que se establecen con estos clientes⁹⁵³ y las formas de garantía que se les exige para las operaciones a crédito. Es básico conocer las prórrogas concedidas, las previsiones realizadas para el cobro de los créditos dudosos y los incumplimientos en que han incurrido los deudores. De hecho, sobre las pérdidas debe informarse el monto general⁹⁵⁴.

En general, es recomendable que el cuestionario cubra mucho más que un ciclo económico. Lo deseable es considerar un período de diez años de modo de permitir al asegurador calcular la pérdida normal promedio, en tanto ello es un dato

obligación de cumplir con la prestación. La diferencia con el primer caso comentado radica en que, en esta situación, el proponente del seguro ocultó al asegurador la existencia de un cliente muy importante bajo la excusa de que, al momento de la declaración, no se había producido incumplimiento alguno, esto es, no se mantenían créditos con él, y que en el cuestionario de declaración de los riesgos no se le había consultado sobre la cartera de créditos futuros. El Tribunal Supremo no atendió estas razones pues consideró que era su deber declarar todas las circunstancias conocidas que pudieran influir sobre la apreciación del riesgo, lo que supone los créditos futuros. Por otra parte, no tuvo en cuenta el hecho de que la aseguradora hubiera conocido la existencia de este deudor, deudor que fue inicialmente incluido en el listado de deudores a clasificar y que, en vistas a su situación de insolvencia fue rechazado.

⁹⁵¹ VEIGA COPO, *Tratado...*, p. 748; CANDELARIO MACÍAS, *Gestión de riesgos...*, pp. 90 y 91.

⁹⁵² Ésta fue la defensa del asegurador de un seguro de crédito ante las presuntas omisiones del proponente del seguro al declarar ciertos créditos (STS de 8 de noviembre de 2006 [R.O.J. 6610]).

⁹⁵³ SSTS de 11 de marzo de 2002 (R.J. 3205) y de 23 de septiembre de 2000 (R.J. 7028).

⁹⁵⁴ VEIGA COPO, *Tratado...*, p. 748; DESCHANEL y LEMOINE, ob. cit., pp. 22 y 55; BASTIN, *El seguro de crédito. Protección...*, p. 228.

fundamental para establecer el porcentaje de franquicia a cargo del asegurado⁹⁵⁵.

En concreto, debe aclararse cuál ha sido el crédito que ha sufrido la peor pérdida y la medida del éxito en las políticas de recuperación.

Pero no solamente el pasado es interesante para el asegurador. El solicitante del seguro debe pronosticar el quebranto que será capaz de soportar sin contratar seguro alguno, individual o globalmente. Asimismo, debe describir su política de prevención del riesgo e informar cuáles son sus protocolos de seguridad⁹⁵⁶.

Sobre la base del listado de clientes proporcionados por el futuro asegurado, el asegurador realiza una evaluación de cada uno de ellos y procede a clasificarlos según el país del riesgo, la naturaleza de la mercancía vendida y el tipo de clientela⁹⁵⁷.

La práctica aseguradora aconseja realizar esta sistematización antes de que el asegurado contrate con el futuro deudor o, en todo caso, inmediatamente después. De esta práctica depende no sólo la cobertura de la garantía asegurativa, sino también el límite de descubierto aceptado por el asegurador⁹⁵⁸.

En el seguro de crédito hay una relación de profunda confianza entre el asegurador y su asegurado, al punto que algunos aseguradores delegan en el propio asegurado la tarea de vigilar la cartera de clientes de modo de establecer los límites de crédito.

El asegurador debe evaluar si este procedimiento le conviene, pues no siempre ha dado buenos resultados y ello en razón de que el tomador suele no estar acostumbrado a este tipo

⁹⁵⁵ CANDELARIO MACÍAS, “La funcionalidad...”, III. b.

⁹⁵⁶ BASTIN, *El seguro de crédito. Protección...*, p. 228.

⁹⁵⁷ BASTIN, *El seguro de crédito en el mundo contemporáneo*, p. 99.

⁹⁵⁸ TIRADO SUÁREZ, “La indemnización en el seguro de crédito”, pp. 1554 y 1555.

de tareas. La situación se agrava si la clientela es muy grande o está muy diversificada.

De cualquier manera, el asegurador en ningún caso debería dejar de verificar las tareas del tomador durante la vigencia del contrato. Antes bien, debería controlar la calidad del servicio y la competencia del personal asignado al cumplimiento de la tarea, realizando visitas periódicas. Se ha propuesto, incluso, que los controles alcancen a las gerencias financieras y comerciales de forma de corroborar que las políticas de concesión de los créditos, especialmente en los tiempos que exigen más prudencia, sean efectivamente cumplidas.

Finalmente, es necesario que el asegurador compruebe la diligencia y eficacia del asegurado en la recuperación de los créditos impagos examinando la competencia del departamento contencioso encargado del cobro de los créditos⁹⁵⁹.

d. Existencia de otros seguros

Cuando la suma asegurada no coincide con el valor del interés asegurable, queda un margen a cargo del asegurado, conocido como *porcentaje al descubierto*, que es la forma cómo el asegurador lo obliga a ser diligente en las medidas tendientes a cobrar el crédito⁹⁶⁰. Para fortalecer esta función la praxis aseguradora acostumbra impedir que el asegurado contrate otro seguro para completar el seguro contra la insolvencia de su deudor. Algunas compañías, incluso, llegan a prohibir la celebración de contratos de garantía como la fianza.

2. Declaraciones del riesgo durante la vigencia del contrato

El seguro de crédito es una de las modalidades asegurativas más sensibles a las modificaciones del estado del riesgo. Por esta razón la clasificación crediticia debe revisarse en base a las actualizaciones periódicas de información que realiza el

⁹⁵⁹ BASTIN, *El seguro de crédito. Protección...*, p. 229.

⁹⁶⁰ HALPERIN, *Seguros...*, cap. V, 30 (a.2).

asegurado, dando cuenta fundamentalmente del importe de sus ventas a crédito y de las operaciones concluidas por encima del tope denunciado al solicitar el seguro⁹⁶¹. A esta comunicación se la conoce como *declaración de ventas* y puede efectuarse en forma mensual, trimestral, semestral o anual. Generalmente, esta notificación no comprende a los *clientes anónimos* que, como se ha dicho, tampoco se incluyen en la declaración de alimentos⁹⁶².

Por otra parte, para conocer directamente la situación de los créditos, las pólizas y en algún caso la ley, ponen de cargo del asegurado la obligación de exhibir los libros de contabilidad y demás documentos relacionados con la cartera crediticia comprometida en el seguro.

La exhibición de la contabilidad no puede ser considerada una declaración. A pesar de ello, dado que el punto está muy vinculado a nuestro tema de estudio, lo consideraremos en un apartado especial.

a. Condiciones de cobro

Para mantener informado al asegurador respecto de las variaciones del riesgo, las pólizas suelen obligar al asegurado a notificar los detalles de las operaciones concertadas a crédito a cubrirse por el seguro. Se debe indicar el monto de la operación y el plazo de pago, en forma cronológica. Cualquier modificación sustancial en las condiciones usuales de pago inicialmente pactadas debe informarse y ni que decir respecto de las formas de garantía ofrecidas para las operaciones a crédito⁹⁶³.

Ciertas decisiones como la concesión de prórrogas pueden ser síntomas de eventuales incumplimientos y futuras pérdidas. Deben, por tanto, notificarse para que el asegurador tome las previsiones que estime convenientes.

⁹⁶¹ CANDELARIO MACÍAS, “La funcionalidad...”, nota 16; VEIGA COPO, *Tratado...*, p. 750.

⁹⁶² SANCHO DUERA, ob. cit., pp. 80 y ss.

⁹⁶³ TIRADO SUÁREZ, “La indemnización en el seguro de crédito”, p. 1555; VEIGA COPO, *Tratado...*, p. 748.

b. Exhibición de los libros de comercio

Es usual que las pólizas de seguro de crédito requieran al asegurado presentar los libros de comercio y otros documentos en los que se registra la contabilidad comercial relativa al crédito asegurado. En algunos ordenamientos esto está impuesto por el legislador. Es el caso del artículo 72.1 de la Ley de Contrato de Seguro española, en una clara excepción al principio de reserva de la contabilidad.

Sea por la vía convencional o por la vía legal, se ha explicado tal exigencia en la posibilidad de que el asegurado, generalmente un profesional, y su deudor, lleguen a un acuerdo para defraudar al asegurador. En España, incluso se ha dado una interpretación amplia al artículo 72.1 y se ha dicho que el contenido de la información puede no agotarse en los libros de contabilidad, sino que puede alcanzar a las escrituras, prueba de los vínculos contractuales que dieron origen a los créditos asegurados, así como a los títulos valores que correspondan, cuestión de suma importancia en el seguro de crédito a la exportación⁹⁶⁴.

Luego, dado su parentesco con el seguro de caución, la doctrina se ha planteado si el deber de exhibición de los libros de comercio puede extenderse a ese seguro. Se entiende que no en el entendido de que la causal que explica el seguro de caución se agota en el incumplimiento del tomador que es, también, el deudor del acreedor asegurado. La mecánica operativa del seguro de caución, que se basa en la responsabilidad subsidiaria del asegurador, tornaría inaplicable la disposición comentada⁹⁶⁵.

La exhibición de los libros viene a ser una excepción al principio de reserva de los negocios que no es ninguna novedad

⁹⁶⁴ TIRADO SUÁREZ, “Los deberes legales en el seguro de crédito”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día (Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2010), pp. 1572, 1574, 1575 y nota 14.

⁹⁶⁵ BARRÉS BENLLOCH, *El régimen jurídico del seguro de caución* (Pamplona, Aranzadi, 1996), p. 41 y ss.

ya que en el Derecho mercantil hay otros casos de exhibición general de libros de comercio.

Tanto en el Derecho español como en el uruguayo, los Códigos de Comercio, en los artículos 49 y 71, respectivamente, disciplinan esta forma de compulsa que tiene como característica fundamental, la solicitud reservada a la parte.

En general, en las pólizas de seguro de crédito no se acostumbra estipular una sanción para el incumplimiento de la obligación de exhibición que comentamos. Resulta curioso que el legislador español, que consagró la exigencia por la vía legal, tampoco lo haya hecho⁹⁶⁶. TIRADO SUÁREZ estima prudente aplicar las consecuencias previstas en el artículo 38 para las distintas formas de incumplimiento en relación con el deber de información en caso de siniestro⁹⁶⁷.

II. El seguro de caución

Cuando el tomador de un seguro de caución contrata un seguro de esta naturaleza pretende proteger el patrimonio de su acreedor, a la sazón asegurado, de su propio incumplimiento. Su interés asegurable, por tanto, radica en que su acreedor satisfaga su crédito⁹⁶⁸.

Este seguro persigue una finalidad netamente preventiva, *salvamentista* al decir de HALPERIN, que tiene por objeto el resguardo de la indemnidad patrimonial del asegurado⁹⁶⁹. Por eso acierta EMBID IRUJO cuando explica que el seguro de caución es un contrato que viene a facilitar al deudor la instrumentación de

⁹⁶⁶ En la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, de 17 de junio de 2013, se reproduce el artículo 72.1 de la Ley de Contrato de Seguro. No obstante, no se ha dispuesto sanción para el caso de incumplimiento.

⁹⁶⁷ TIRADO SUÁREZ, “Los deberes legales en el seguro de crédito”, p. 1576.

⁹⁶⁸ BARRÉS BENLLOCH, ob. cit., pp. 217 y ss.

⁹⁶⁹ HALPERIN, *Seguros...*, cap. V, 30 (a.1).

la garantía a prestar a su acreedor, de modo de prevenirlo contra su incumplimiento⁹⁷⁰.

Las bondades de este seguro son muchas: rapidez, sencillez, accesibilidad, pero la más sobresaliente es el ofrecimiento de un garante profesional y solvente como sin duda lo es el asegurador.

En el Derecho español, el seguro de caución está previsto en la Ley de Contrato de Seguro en un único artículo, el 68, ubicado en sede de seguros de daños⁹⁷¹. Luego hay muchas modalidades incorporadas al ordenamiento jurídico en leyes especiales como el seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para viviendas, previsto en la Ley 57/1968, de 27 de julio, de Viviendas, y el seguro de caución a favor de la administración pública, garantía que debe ofrecer quien asuma obligaciones con el Estado, en la órbita de las Leyes 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las administraciones públicas y 30/1995, de 8 de noviembre, de Seguros privados. Además, muchos profesionales utilizan este seguro para cubrirse del incumplimiento de sus obligaciones legales o reglamentarias frente a la administración pública.

En el Derecho uruguayo no existe una legislación general aplicable a estos seguros. Existe, sí, una disposición que ordena a quienes contratan con el Estado garantizar el mantenimiento de

⁹⁷⁰ EMBID IRUJO, “Problemas actuales del seguro de caución”, en: *Las tendencias actuales de los contratos de garantía* (Barcelona, Atelier, 2005), p. 43 y también en “Problemas actuales del seguro de caución”, *Revista española de seguros*, n° 121 (2005), p. 12.

⁹⁷¹ Bajo el influjo de la normativa comunitaria, regímenes jurídicos como el español abandonaron el tratamiento unitario de esta clase de seguros para dejar paso a una regulación bipartita donde cada modalidad tiene su propio articulado. Esta mecánica legislativa supone, entre otras cosas, la inaplicabilidad de las normas del seguro de caución al seguro de crédito y viceversa (TIRADO SUÁREZ, “Seguro de caución”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día [Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2010], p. 1458).

su oferta y el cumplimiento del contrato mediante la contratación de un seguro de fianza con el Banco de Seguros del Estado⁹⁷². Es, por tanto, uno de los seguros de contratación obligatoria con el Ente estatal referido y que queda exceptuado del régimen de libertad de contratación en el mercado asegurador impuesto por la Ley 16.426, de 14 de octubre de 1993, de Desmonopolización de los seguros.

En el Derecho argentino el seguro de caución se encuentra regulado en el artículo 7 (literal b), de la Ley 20.091⁹⁷³. Luego, existen disposiciones particulares que contemplan la contratación de este seguro de modo de garantizar el incumplimiento de las obligaciones emanadas de diversas actividades. Es el caso de las resoluciones 25.505, 26.441 y 26.442, que establecen las condiciones de contratación del seguro de caución a cargo de los permisionarios del sistema de transportes de vehículos a motor, de jurisdicción nacional, urbanos, suburbanos y de turismo.

⁹⁷² La norma a la que hacemos referencia es el artículo 503 de la Ley 15.903 que establece lo siguiente:

“Los oferentes deberán garantizar el mantenimiento de su oferta y el cumplimiento del contrato mediante depósito en Títulos de Deuda Pública Nacional o Municipal, Obligaciones Hipotecarias Reajustables, pagaré a la orden del organismo licitante, fianza o aval bancario, o póliza de seguro de fianza a cargo del Banco de Seguros del Estado por un valor equivalente al 1% (uno por ciento) o 5% (cinco por ciento) del valor de la oferta o adjudicación respectivamente. El organismo licitante, con la conformidad del Tribunal de Cuentas, podrá aumentar dichos porcentajes”.

⁹⁷³ El artículo 7, literal b, de la Ley argentina 20.091, dispone lo siguiente:

“Las entidades a que se refiere el art. 2 serán autorizadas a operar en seguros cuando se reúnan las siguientes condiciones:

...

b) tengan por objeto exclusivo efectuar operaciones de seguro, pudiendo en la realización de ese objeto disponer y administrar conforme con esta ley, los bienes en que tengan invertidos su capital y las reservas.

Podrán otorgar fianzas o garantizar obligaciones de terceros cuando configuren económica y técnicamente operaciones de seguro aprobadas”.

El Derecho argentino contempla esta modalidad asegurativa desde hace ya mucho tiempo. El antecedente más inmediato se encuentra en la legislación sobre obras públicas, primero a nivel provincial (con la Ley 6021 de 1959) y luego a nivel nacional (con la Ley 17.804 de 1968).

En esta oportunidad, el legislador argentino prestó atención a los constructores que reclamaban la liberación de importantes sumas de dinero que permanecían inmovilizadas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones asumidas.

A efectos de permitir la elaboración de un producto asegurativo con estas características, el Decreto 7607/61, autorizó a las compañías de seguros a otorgar fianzas o garantizar obligaciones de terceros cuando configuren, económica y técnicamente, operaciones de seguros aprobadas. La Ley 20.091, a la que hicimos referencia antes, sigue esta línea⁹⁷⁴.

A. Particularidades del seguro de caución

El seguro de caución tiene por objeto resarcir al asegurado los daños producidos a su patrimonio debido al incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales del tomador del seguro. Quiere decir que el tomador del seguro es el deudor y contrata el seguro con la finalidad de mantener indemne el patrimonio de su acreedor, a la sazón, asegurado.

Ciertamente este seguro es muy peculiar, razón por la cual su naturaleza jurídica ha sido objeto de un profundo análisis, estudio que excede nuestro estudio. No obstante, en apretada síntesis se ha dicho que en realidad es una garantías personal, concretamente una fianza y ello más allá de los términos *afianzamiento, en concepto de fianza, seguro de fianza*, que los aseguradores acostumbra colocar en sus pólizas, de forma por demás imprecisa⁹⁷⁵.

⁹⁷⁴ HALPERIN, *Seguros...*, cap. I, XI, 28.

⁹⁷⁵ Sobre el análisis de la naturaleza jurídica del seguro de caución y particularmente respecto de sus semejanzas y diferencias con el contrato de fianza se puede consultar: EMBID IRUJO, "Contrato de seguro de caución. En garantía de ejecución de contrato de obra. Naturaleza jurídica. Distinción de la

Teniendo esta peculiar naturaleza, su celebración se permitiría en forma excepcional a las entidades aseguradoras, en tanto la operación se configure técnica y económicamente como un seguro y sea autorizada por la autoridad de control⁹⁷⁶.

También se ha dicho que se trata de una garantía independiente cuando el asegurador incorpora una cláusula denominada *obligación autónoma*⁹⁷⁷. De acuerdo a esta mención, el asegurador renuncia a los beneficios de excusión y de división y además se compromete a pagar la suma asegurada al primer requerimiento que realice el acreedor asegurado⁹⁷⁸.

Finalmente, se ha defendido que el seguro de caución es propiamente un seguro⁹⁷⁹. Así, se ha sostenido que la caución es una operación típicamente asegurativa que corresponde sea

fianza. Prescripción”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n° 29 (1992), pp. 639 y ss.; ----, “El seguro de caución como garantía”, en: ALONSO UREBA, A, BONARDELL LENZANO, R. y GARCÍA VILLAVEVERDE, R., *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*” (Madrid, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, 1990), pp. 697 y ss.; ----. “El seguro de caución: régimen jurídico convencional y naturaleza jurídica”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, t. 2 (1986), pp. 1064 y ss.; STOLFI, “Natura giuridica dell’assicurazione cauzione”, *Assicurazioni*, año XXVI, p. I (1958), pp. 61 y ss.

⁹⁷⁶ SOTO, “Seguro de caución: obligación asumida por la entidad aseguradora de responder como deudor solidario y principal pagador”, *La Ley* (2008), 616, III. 3; ISRAILEVICH, “El seguro de caución”, *La Ley C* (2000), 359, III; GUILLOT, “Cuestiones en impugnaciones de deuda: seguro de caución y debido proceso”, *La Ley* (1996), A, n° 325, II; RANGUGNI, ob. cit., V.

⁹⁷⁷ El alcance de la expresión *obligación autónoma* no es interpretado de manera uniforme por la doctrina. Puede entenderse que se trata de una fianza o hasta de una obligación autónoma, unilateral y abstracta, en cuyo caso no resultarían aplicables las normas del seguro. Incluso se ha dicho que esta fórmula alude, lisa y llanamente, a una renuncia del asegurador a oponer sus defensas y a exigir las pruebas del siniestro

⁹⁷⁸ Otras fórmulas de estilo - *garantía a primera demanda, garantía a primer requerimiento*- , no dejan claro que la obligación es independiente (EMBD IRUJO, “Problemas actuales...”, *Revista...*, p. 16.

⁹⁷⁹ GARRIGUES, *Contrato...*, pp. 350 y ss.; VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico...*, pp. 567 y ss.; DEL CAÑO ESCUDERO, ob. cit., pp. 282 y ss.

realizada por un asegurador sobre la base de unos cálculos actuariales fundados en el acto de declaración del riesgo⁹⁸⁰.

1. El interés asegurable

Puede entenderse que en el seguro de caución falte el interés asegurable, pero ello no es así. El interés asegurable del tomador del seguro se encuentra en que su acreedor vea satisfecho su crédito.

De la misma forma, puede entenderse que el incumplimiento resulte indiferente al asegurado. Esto tampoco es exacto y ello por cuanto la sola postergación en la prestación del deudor genera inconvenientes.

2. El principio indemnizatorio

Existe la idea de que los seguros de caución atentan contra el principio indemnizatorio porque cuando se celebra el contrato no hay un daño a resarcir. Se daría un sobre enriquecimiento del acreedor; algo inadmisibile.

Lo dicho precedentemente puede rebatirse. El seguro de caución permite anticipar la liquidación del daño, sin necesidad de llegar al siniestro, de modo que no hay enriquecimiento alguno para el asegurado quien, además, cede al asegurador el derecho de crédito.

3. La provocación voluntaria del siniestro

Se ha dicho que en el seguro de caución el deudor genera voluntariamente el incumplimiento de la obligación y provoca el siniestro. Con ello se infringiría la ley o los principios generales

⁹⁸⁰ TIRADO SUÁREZ, “Seguro de caución. Pignoración de pólizas de seguros”, en: GARCÍA VILLAVERDE, (Dir.), *Contratos bancarios* (Madrid, Civitas, 1992), pp. 817 y ss.

de inasegurabilidad del dolo⁹⁸¹. No obstante, esta circunstancia es interpretada como una excepción al régimen general y como una nota distintiva⁹⁸².

B. El riesgo y el siniestro en el seguro de caución

1. El riesgo asegurable

El riesgo considerado en un seguro de caución consiste en la eventualidad de que el tomador, a la sazón deudor del asegurado, incumpla con alguna obligación de origen legal o contractual para con él. De modo que existe una íntima relación entre la fuente de la obligación y el seguro de caución, en tanto aquélla origina el riesgo sobre el cual recae el interés asegurable.

En las pólizas que se utilizan en el mercado generalmente se considera el incumplimiento en su acepción más amplia como cualquier infracción del deudor a sus deberes jurídicos, especialmente de aquellos relacionados con el cumplimiento en tiempo de la prestación⁹⁸³.

La omisión puede obedecer, en mayor o menor medida, a la conducta del deudor, o puede deberse a cuestiones coyunturales y hasta originarse en hechos fortuitos, imposibles de prever. En el primer caso, el incumplimiento se denomina subjetivo y comprende las situaciones de inexecución imputable al deudor por su propia culpa. En el segundo, en cambio, el incumplimiento se califica como objetivo y alcanza las hipótesis de incumplimiento por hecho fortuito o fuerza mayor, esto es, por circunstancias completamente ajenas a la voluntad o dominio del deudor.

⁹⁸¹ RANGUGNI, “El seguro de caución”, *La Ley* 2000, A, 1, I; PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico...*, p. 711.

⁹⁸² TIRADO SUÁREZ, “Seguro de caución”, p. 1470; OLIVENCIA, ob. cit., pp. 880 y ss.

⁹⁸³ CAMACHO DE LOS RÍOS, ob. cit., pp. 20 y ss.; VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico...*, pp. 575 y 576.

Todos los incumplimientos relacionados son perfectamente asegurables. La determinación como objetivo o subjetivo dependerá de la redacción dada en la póliza⁹⁸⁴.

A diferencia de lo que sucede en el seguro de crédito, en el seguro de caución no es necesario que este incumplimiento alcance el grado de insolvencia, circunstancia que intensifica su función de garantía.

2. Configuración del siniestro

La amplitud de las pólizas en lo que refiere a la delimitación del riesgo, produce una cierta dificultad a la hora de precisar el acaecimiento del siniestro como generador de la obligación del asegurador.

Existen antecedentes contractuales con soluciones opuestas.

Existen pólizas que consideran configurado el siniestro cuando el asegurado reclame a la compañía aseguradora el pago de la totalidad o de parte del capital. En estos casos el asegurador cumple su prestación sin consultar al tomador. Éste, eventualmente, podrá objetar la reclamación acreditando la inexistencia del incumplimiento.

En otras pólizas, en cambio, se suele establecer que el asegurado debe previamente intimar el cumplimiento del contrato en forma fehaciente. Ésta es la costumbre en las mayorías de las pólizas que circulan en el Uruguay y en la Argentina⁹⁸⁵.

C. Declaraciones propias del seguro de caución

TIRADO SUÁREZ destaca la importancia del método actuarial de selección del riesgo en el negocio caucional, procedimiento que, como ha quedado dicho, se realiza a partir de la declaración del solicitante⁹⁸⁶.

⁹⁸⁴ HALPERIN, *Seguros...*, cap. I, XI, 28 y cap. V, 30 (a.1).

⁹⁸⁵ RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 177; HALPERIN, *Seguros...*, cap. V, 30 (a.1).

⁹⁸⁶ TIRADO SUÁREZ, “Seguro de caución”, p. 1472.

En el seguro de caución no es posible realizar pronósticos estadísticos de siniestralidad global pues los riesgos, al ser tan diversos, no pueden homogeneizarse. En consecuencia, el riesgo del futuro asegurado no se encasilla en una clasificación previa. Antes bien, es sometido a un estudio individual y pormenorizado que comprende al deudor y a sus créditos. Por esta razón, se ha dicho que el seguro de caución perjudica el principio de mutualidad, característico del seguro⁹⁸⁷.

1. Declaraciones anteriores a la celebración del contrato

Contrariamente a lo que sucede en otras modalidades, en el seguro de caución es bastante usual que sea la compañía de seguros la que proponga el seguro al futuro tomador, una vez que conoce sus adeudos⁹⁸⁸.

Sea que el seguro se solicite por el futuro tomador o sea propuesto por el asegurador, es natural que las preguntas del cuestionario estén dirigidas fundamentalmente a conocer la naturaleza de las obligaciones que pueden incumplirse y cuál ha sido la conducta del futuro tomador al respecto. El interrogado no debe sorprenderse ante preguntas jurídicas, puesto que el riesgo se resume en este tipo de conceptos, dificultando el acto de declaración⁹⁸⁹.

Los aseguradores, en caso de constatarse la existencia de declaraciones falsas, inexactas y reticentes, suelen exigir al tomador la liberación del compromiso asumido frente al asegurado o si ello no es posible, un depósito de dinero equivalente a la suma del capital asegurado, dinero que se

⁹⁸⁷ RANGUGNI, ob. cit. I.

⁹⁸⁸ CAMACHO DE LOS RÍOS, ob. cit., p. 38.

⁹⁸⁹ OLIVENCIA RUÍZ, "Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro (Arts. 68 a 79 de la Ley)", en: VERDERA Y TUELLS, E. (Dir.), *Comentarios a la Ley de contrato de seguros*, v. I (Madrid, Colegio Universitario de Estudios Financieros, 1982), p. 875.

mantendrá afectado durante todo el tiempo que el asegurador deba responder frente al asegurado.

a. Sobre el solicitante del seguro

Fuera de las preguntas que se realizan sobre la persona del solicitante del seguro con el objeto de identificarlo (nombre y apellido, documento de identidad y domicilio de la persona física, la denominación social, número de registro ante el órgano recaudador de impuestos y domicilio e integración del órgano de administración, si se trata de una persona jurídica), por formar parte de los seguros de crédito en general, la aceptación de la solicitud está sujeta al suministro de ciertos datos relativos a la actividad del deudor, como la antigüedad y número de empleados contratados.

Más que en otros seguros, en el seguro de caución, el asegurador está sumamente interesado en ciertos aspectos de la personalidad del deudor, información que si bien no es evaluada matemáticamente, le permite completar su idea abstracta del riesgo cubierto⁹⁹⁰. Nos referimos a su moral y profesionalidad, apreciaciones subjetivas que se traducen y materializan en la calificación otorgada por los acreedores en el cumplimiento de las obligaciones. Esta información se obtiene gracias a las referencias comerciales y bancarias del solicitante del seguro. Además, es costumbre interrogarlo respecto a la contratación o solicitud de otros contratos de seguro de caución con otras compañías de seguro.

b. Sobre las obligaciones

La descripción del riesgo debe contemplar el detalle de las obligaciones asumidas, de modo de advertir la naturaleza y cuantía de la responsabilidad que eventualmente deberá soportar el asegurador. Para corroborar la situación patrimonial, el asegurador suele reclamar la inclusión de la copia de los estados contables de varios ejercicios anteriores⁹⁹¹.

⁹⁹⁰ EMBID IRUJO, "Problemas actuales...", *Revista...*, p. 11.

⁹⁹¹ CAMACHO DE LOS RÍOS, ob. cit., p 39.

La carga informativa respecto de la solvencia del deudor en interés del asegurador ha sido criticada por no ajustarse a la función de garantía del seguro de caución. De acuerdo a esta opinión, el deber de declaración del riesgo, que en el seguro de caución se cumplimenta fundamentalmente informando la situación patrimonial del deudor, no se compadecería con la finalidad de este seguro pues, lo que buscaría el tomador en esta modalidad asegurativa es, precisamente, desentenderse de estos procedimientos tan engorrosos. Habría una contradicción entre las finalidades que persigue el acreedor en el seguro de caución y el contenido del deber que se le impondría⁹⁹².

2. Declaraciones del riesgo durante la vigencia del contrato

Durante la vigencia del contrato el riesgo declarado al inicio de la relación contractual puede haberse modificado debido a diferentes vicisitudes cuyas consecuencias se reflejan en la actividad del tomador.

a. Agravaciones

Todas las agravaciones deben informarse. Tanto las que obedezcan a la conducta culpable del tomador o del asegurado, como las que sean el resultado de hechos coyunturales, ajenos a la voluntad de las partes en la relación crediticia. No obstante, en este último caso, si el asegurador rechaza la cobertura, lo justo sería que devolviera la parte de la prima abonada por el tomador, correspondiente al período que no ha transcurrido.

b. Dificultades en el cobro

El cúmulo de circunstancias a declarar no se agota en los hechos que agraven el riesgo. La práctica aseguradora usualmente exige la comunicación de todo hecho que razonablemente implique alguna dificultad en el cumplimiento de las obligaciones del tomador. Puede tratarse de una situación originada en el

⁹⁹² PUIG, *Función y riesgo en el seguro de caución* (Pamplona, EUNSA - Universidad de Navarra, 2005), pp. 226 y 227.

relacionamiento personal entre las partes o puede tratarse de algún hecho ajeno que, de algún modo, entorpezca la ejecución del contrato⁹⁹³.

Cualquiera sea la modificación, a veces el asegurador supedita la continuación del contrato a la constitución de una garantía que cubra el importe del capital asegurado. Esta garantía, generalmente una fianza, al resultar accesoria al contrato de seguro de caución, se mantiene durante el resto de la vigencia del contrato.

III. Seguro de responsabilidad civil

El seguro de responsabilidad civil es un seguro de daños al patrimonio⁹⁹⁴ que satisface una necesidad social de garantía, finalidad que se aprecia fundamentalmente en los seguros obligatorios en los cuales el Estado impone la asunción del riesgo derivado de la realización de ciertas actividades⁹⁹⁵.

⁹⁹³ HALPERIN, *Seguros...*, cap. V, 30 (a.1).

⁹⁹⁴ GARRIGUES, *Contrato...*, p. 368; PERÁN ORTEGA, *La responsabilidad civil y su seguro* (Madrid, Tecnos, 1998), p. 122; CALZADA CONDE, *El seguro de responsabilidad civil* (Cizur Menor-Navarra, Thomson-Aranzadi, 2005), p. 18; MORRAL SOLDEVILLA, “Algunas consideraciones sobre el seguro de responsabilidad civil de los administradores de sociedades mercantiles”, *Revista española de seguros*, n° 115 (2003), p. 316.

⁹⁹⁵ España tiene muchos seguros de naturaleza obligatoria. Además de los que se referirán en el cuerpo del trabajo, destacamos los siguientes: seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada de la explotación de buques (artículo 254 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante y artículo 2 del Real Decreto 270/2013, de 19 de abril, sobre el Certificado de seguro o la garantía financiera de responsabilidad civil en el transporte de pasajeros por mar en caso de accidente), seguro obligatorio de responsabilidad civil de embarcaciones de recreo y deportivas (artículo 78 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre y Real Decreto 607/199, de 16 de abril), seguro obligatorio de caza (artículo 52, Ley 1/1970, de Caza, de 4 de abril de 1970 y Real Decreto 63/1994, de 21 de enero), seguro obligatorio para el ejercicio de la actividad de Auditor de Cuentas (artículo 23 de la Ley de Auditoría de cuentas, D. D. Leg. 1/2011, de 1 de julio), seguro obligatorio de los Agentes de la Propiedad Industrial (artículo 157.5 LP), seguro obligatorio

Ante la posibilidad nada remota de que el sujeto causante del daño resulte insolvente, el Derecho de seguros proporciona una herramienta que garantiza el cumplimiento de la obligación resarcitoria, poniéndola de cargo de un sujeto capaz de hacerse cargo de ella por su poderío económico y profesionalidad⁹⁹⁶.

Cuando ningún asegurador privado puede encargarse de esta tarea, la cobertura habrá de atenderse por los organismos de previsión o seguridad social, que también socializan los riesgos, completando un sistema de auxilio en caso de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, desempleo, incapacidades, fallecimiento, jubilación y otras situaciones comunes en la vida personal y laboral de los individuos⁹⁹⁷.

de responsabilidad civil por productos defectuosos (Ley 22/1994, de 6 de julio).

En el Uruguay se destacan los siguientes: Seguro de responsabilidad civil obligatorio por daños corporales causados a terceros por determinados vehículos de circulación terrestre y maquinarias (Ley 18.412, de 17 de noviembre de 2008), Seguro de responsabilidad civil por daños de ascensor (Ley 10.751), Seguro de responsabilidad civil obligatorio para el servicio de transporte colectivo terrestre de personas (Ley 16.170).

En la República Argentina se encuentra vigente la Ley 24.449, de 23 de diciembre de 1994, de Tránsito, cuyo artículo 68 regula el seguro obligatorio con alcance federal al que podrán adherir los gobiernos provinciales y municipales" (arts. 1 y 91). El seguro obligatorio en el transporte automotor de pasajeros está previsto en el artículo 10, literal f) de la Ley 12.346. Esta norma establece este seguro obligatorio para las "empresas transportadoras".

⁹⁹⁶ SÁNCHEZ CALERO, "Seguro de responsabilidad civil. Definición", en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J. TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día (Cizur Menor-Navarra, Aranzadi, 2010), p. 1609; CALZADA CONDE, *El seguro voluntario de responsabilidad civil* (Madrid, Montecorvo, 1983), p. 21; CARRESI, "Osservazioni sulla...", p. 125.

⁹⁹⁷ DÍEZ-PICAZO, comentado el régimen jurídico español, observa que la previsión social, como instrumento de distribución de los daños, es eficiente sólo respecto de los accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y prestaciones sanitarias de la seguridad social. Sobre el seguro es mucho más pesimista. A criterio del ilustre jurista, el seguro no sólo no sirve como instrumento de socialización sino que, incluso, distorsiona el sistema de prevención de daños pues, los que deberían asegurarse no lo hacen y los aseguradores no aseguran riesgos que deberían atender por temor a perder

Ahora bien, el seguro de responsabilidad civil se concibe en interés del propio asegurado, causante de la responsabilidad y no en interés del tercero damnificado. El hecho de que el asegurador abone la indemnización a este tercero no modifica la estructura contractual del seguro y por ello no asume la calidad de parte. Sólo es un acreedor del asegurador. De lo dicho ciertos autores deducen que el seguro de responsabilidad civil tiene fuertes puntos de contacto con la estipulación para otro, aunque, se aclara, con ciertas peculiaridades⁹⁹⁸.

La posición del tercero como acreedor del asegurado queda claramente establecida en el artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro española y en el artículo 118 de la Ley de Seguros argentina. Esta última le concede una preferencia sobre el asegurado y cualquier acreedor de éste, aun en caso de quiebra o de concurso civil.

Es un seguro que suele combinarse con otras especies, especialmente con el seguro de vida. La convivencia del seguro de responsabilidad civil con el seguro colectivo de personas está expresamente permitida en el artículo 120 de la Ley de Seguros argentina. En este caso el contrato tendría por objeto cubrir la responsabilidad civil del tomador frente a los miembros de la colectividad.

Se ha planteado si el aumento de los seguros de responsabilidad civil, muchas veces alentados por el propio Estado, conviene o no al sistema de responsabilidad. Se ha dicho que el incremento del seguro ha desarrollado la responsabilidad y que esta circunstancia es la que obliga a contratar nuevos aseguramientos⁹⁹⁹. Este crecimiento en espiral puede verse como un círculo vicioso o virtuoso. Será vicioso si tiene como resultado

beneficios (DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. v [Cizur Menor – Navarra, Civitas, 2011], pp. 149, 150, 167 a 172).

⁹⁹⁸ De hecho, hasta tanto no se concrete el siniestro, el tercero damnificado tendrá, sólo, un mero derecho de expectativa (STIGLITZ - STIGLITZ, *Derecho de seguros*, t. IV, pp. 3, 6 y 22); PERÁN ORTEGA, ob. cit., p. 122. En contra, SÁNCHEZ CALERO (“Seguro de responsabilidad civil. Definición”, p. 1600).

⁹⁹⁹ SÁNCHEZ CALERO, “Seguro de responsabilidad civil. Definición”, pp. 1595 y ss.

un aumento irracional de los montos de las indemnizaciones. En cambio, será virtuoso en la medida que extienda la cultura de la responsabilidad y erradique la práctica de la insolvencia patrimonial.

A. El riesgo en el seguro de responsabilidad civil

En el Derecho español el seguro de responsabilidad civil se encuentra definido en el artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro como aquél que cubre el riesgo del nacimiento de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato, de cuyas consecuencias el asegurado sea civilmente responsable.

En forma bastante menos descriptiva, el artículo 109 de la Ley de Seguros argentina establece que la obligación del asegurador de responsabilidad civil consiste en mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero por la responsabilidad prevista en el contrato, como consecuencia de un hecho acaecido en el plazo convenido.

De manera que en este seguro el riesgo está constituido por el nacimiento de una deuda de responsabilidad civil, esto es, la obligación de indemnizar a un tercero perjudicado por la conducta antijurídica del asegurado, lo que se concreta en que ocurrido el siniestro, el asegurador habrá de asumir el incremento del pasivo y la disminución del activo en el patrimonio neto del asegurado¹⁰⁰⁰.

¹⁰⁰⁰ STIGLITZ - STIGLITZ, *Derecho de seguros*, t. IV, p. 42; CALZADA CONDE, *El seguro de responsabilidad...*, p. 25; SÁNCHEZ CALERO, "Seguro de responsabilidad civil. Definición", p. 1603.

1. Nacimiento de la responsabilidad

Esta modalidad asegurativa requiere la verificación de todos los presupuestos de la responsabilidad civil (el hecho humano, el obrar antijurídico, el daño, el nexo causal y la imputabilidad y volición de su autor). Se trata de requisitos señalados en forma recurrente por la jurisprudencia, al punto que la falta de alguno de ellos es la causa más frecuente del fracaso del accionamiento¹⁰⁰¹.

Cuando las normas no delimitan el origen de la responsabilidad del asegurado (tal es el caso del artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro española y del artículo 109 de la Ley de Seguros argentina), la indeterminación ha llevado a la doctrina a considerar que la cobertura del asegurador debe alcanzar la responsabilidad contractual y también la extracontractual, de modo de comprender aquella derivada del hecho ilícito, culposo o no, siempre que el ordenamiento jurídico disponga el resarcimiento del daño¹⁰⁰².

El presupuesto subjetivo de la responsabilidad, esto es, la culpa, es entendida como el reproche de la conducta en atención a la previsibilidad de sus consecuencias. Supone la negligencia por acción u omisión (voluntaria y sin malicia), que impide el cumplimiento de la obligación. La esencia de la culpa se encontraría, precisamente, en la falta de diligencia y de previsión del agente respecto de su obrar¹⁰⁰³.

¹⁰⁰¹ En la jurisprudencia del Tribunal Supremo pueden consultarse las Sentencias del 1 de junio de 2011 (R.O.J. 3146), de 20 de mayo de 2011 (R.O.J. 2897) y las allí citadas.

¹⁰⁰² SÁNCHEZ CALERO, “Seguro de responsabilidad civil. Definición”, p. 1607; DE STROBEL, *L'assicurazione di responsabilità civile*, 4ª ed. (Milano, Giuffrè Editore, 1998), p. 53; HALPERIN, *Seguros...*, cap. I, XI, d.

¹⁰⁰³ Esta es, precisamente, la diferencia entre el dolo y la culpa: la presencia de mala fe en el primero y su ausencia en la segunda (CASTÁN TOBEÑAS, ob. cit., pp. 154 y 155; STIGLITZ, *Derecho se seguros*, t. I, p. 313 y t. IV, p. 55); STIGLITZ y COMPIANI, “De algunas responsabilidades profesionales y su cobertura asegurativa”, *La Ley*, 2007, n° 205, XIV; MORILLAS JARILLO, *El seguro de automóvil: el aseguramiento obligatorio de la responsabilidad civil*

De lo expuesto se deduce que el seguro de responsabilidad civil va más allá y abarca también las hipótesis de responsabilidad sin culpa y responsabilidad extracontractual¹⁰⁰⁴, cuestionando la concepción individualista y sancionadora de los códigos decimonónicos¹⁰⁰⁵.

2. Dificultades para delimitar el riesgo en los seguros de responsabilidad civil

a. La variedad de los hechos generadores de la responsabilidad civil

El seguro de responsabilidad civil supone el nacimiento de una deuda que grave el patrimonio del asegurado como único responsable, o como parte de una responsabilidad compartida con otros, en forma mancomunada o solidaria.

La delimitación del riesgo asegurado, esto es, la enumeración de las hipótesis fácticas y su ámbito temporal y espacial de validez se realiza convencional o legalmente mediante el detalle de los hechos generadores de responsabilidad.

Estos hechos son variadísimos y encuentran su fuente tanto en obligaciones contractuales como extracontractuales. Así, la responsabilidad puede resultar de la relación existente entre el asegurado y determinada cosa, o entre aquél y una persona, o del desarrollo de una actividad como la producción, fabricación,

automovilística (Barcelona, José María Bosch, 1992), p. 404; CHAUMET, ob. cit., pp. 24 y 25.

¹⁰⁰⁴ Se afirma que el contrato resultará útil si es capaz de comprender tanto la reclamación del sujeto vinculado negocialmente, en cuyo caso se tratará de una responsabilidad contractual (la prevalente), como la reclamación de un tercero ajeno a la relación, esto es, fundada en la responsabilidad extracontractual (STIGLITZ - STIGLITZ, *Derecho de seguros*, t. IV, p. 289).

¹⁰⁰⁵ SÁNCHEZ CALERO, “Seguro de responsabilidad civil. Definición”, pp. 1597 a 1599.

control, mantenimiento, aprovisionamiento, stock, expedición y almacenamiento de bienes¹⁰⁰⁶.

Pensemos en la responsabilidad a que están sometidas las personas en virtud del ejercicio de diversas profesiones y cargos (abogados, médicos, arquitectos, auditores de cuentas, administradores de sociedades, altos ejecutivos, administradores concursales), los patrones, los padres, tutores y curadores, los propietarios de animales, los empresarios y los propietarios de vehículos.

Semejante variedad obliga a ordenarlos y para ello se han utilizado distintas categorías (seguros de responsabilidad civil objetivos y subjetivos, limitados e ilimitados y voluntarios y obligatorios¹⁰⁰⁷).

Desde el punto de vista jurídico, el criterio de clasificación que presenta mayor interés ordena los seguros de responsabilidad civil según la eventual responsabilidad del asegurado dependa de su relación con una *cosa*, por ejemplo por ser un empresario del transporte, o dependa del ejercicio de una actividad, por ejemplo ser abogado, administrador concursal o constructor.

El criterio de clasificación es importante en tanto en el primer caso el proponente del seguro podrá valorar su interés, mientras que en el segundo caso ello no es posible¹⁰⁰⁸.

La variedad anotada, además, redundará negativamente en el cálculo de las primas debido a la dificultad para crear las reservas con las que el asegurador enfrenta los siniestros. Esto repercute

¹⁰⁰⁶ CHAUMET, *Les assurances de responsabilité de l'entreprise*, 3ª ed. (París, L'Argus de L'Assurance, 2001), p. 24; GARRIGUES, *Contrato...*, p. 363; PERÁN ORTEGA, ob. cit., pp. 252 y ss.; HALPERIN, *Seguros...*, cap. I, XI, d.

¹⁰⁰⁷ PAVELEK ZAMORA, "Seguros obligatorios y obligación de asegurarse", *Revista española de seguros*, nº 106 (2001), pp. 235 y ss. y también en *Los seguros de responsabilidad civil y su obligatoriedad de aseguramiento* (Madrid, Mapfre, 1992), p. 101.

¹⁰⁰⁸ BROSETA PONT, ob. cit., p. 417.

en el coste de las primas que serán más onerosas que en los demás seguros¹⁰⁰⁹.

b. La dificultad para delimitar la cobertura en caso de siniestro

Usualmente los daños se producen inmediatamente después de ocurridos los siniestros. Pensemos en el incendio y la devastación de la finca, o en el robo y en la pérdida de los objetos. En la mayoría de los seguros no hay problema para determinar cuándo el asegurador debe pagar la indemnización porque el siniestro y la reclamación se producen durante la vigencia del contrato. Se trata de daños inmediatos.

En algunos seguros de responsabilidad civil también es así. Pensemos en el seguro de responsabilidad civil del automóvil, por ejemplo. Cuando una persona tiene un accidente con su coche, ocasiona un daño que en breve tiempo es reclamado y reparado. El hecho generador de la responsabilidad, en mayor o menor medida coincide con la reclamación del tercero y todo se produce durante la vigencia material del contrato.

Contrariamente, si se trata de cubrir daños diferidos, como es el caso de los producidos por la responsabilidad civil profesional de los médicos, entonces el siniestro adquiere una complejidad particular debido a la separación cronológica entre el hecho detonante de la responsabilidad y la efectiva reclamación del perjudicado. Aquí existe un daño continuado y el asegurador se encuentra con que tiene que responder por un hecho que se produjo durante la vigencia del contrato, pero cuyos daños al asegurado ocurren extinguida la relación de seguro¹⁰¹⁰. Incluso se ha sostenido que en el seguro de responsabilidad civil, si bien el riesgo comienza a realizarse con el hecho generador de la responsabilidad, nunca llega a consumarse en el patrimonio del asegurado en razón de que el asegurador evita el desembolso correspondiente. De ello se desprende que en este seguro no

¹⁰⁰⁹ SALELLES, ob. cit., p. 1.128.

¹⁰¹⁰ GARRIGUES, *Contrato...*, p. 375.

corresponda hablar de siniestro, por lo menos en el sentido técnico-jurídico que se suele utilizar en el seguro de daños¹⁰¹¹.

El problema radica en determinar cuándo el asegurador cumplirá con su obligación: si lo hará cuando ocurra el hecho generador de la responsabilidad o lo hará cuando el tercero perjudicado haga efectiva la reclamación.

Previo a revisar las soluciones de la doctrina partamos de la premisa de que para establecer el nacimiento de la obligación principal del asegurador, el siniestro debe comprenderse como un todo inescindible, esto es, como un hecho dañoso, igual que en cualquier seguro, lo cual supone reconocer la aplicación del principio de indivisibilidad entre el evento y el daño. Quiere decir que el asegurador responderá por los hechos producidos durante la vigencia del contrato, aún cuando el daño se haya prolongado, ya extinguida la duración del contrato¹⁰¹². Hecha esta consideración, vamos a las principales posiciones doctrinarias y jurisprudenciales sostenidas en torno al tema.

Buena parte de la doctrina entiende que el siniestro ocurre cuando nace la deuda que grava el patrimonio del asegurado, incrementando su pasivo y causándole un daño indemnizable desde la perspectiva del seguro¹⁰¹³. El reconocimiento del daño como lesión de un interés asegurable, aunque no determine de

¹⁰¹¹ CALZADA CONDE, *El seguro de responsabilidad...*, pp. 48 y 49.

¹⁰¹² STIGLITZ, “Seguro contra la responsabilidad civil y la limitación temporal de la garantía asegurativa. Estado de situación en Argentina”, *Revista Española de Seguros*, n° 89 (1997), p. 113; CALZADA CONDE, *El seguro de responsabilidad civil*, p. 63.

¹⁰¹³ SÁNCHEZ CALERO, “Seguro de responsabilidad civil. Definición”, loc. cit; STIGLITZ - STIGLITZ, *Seguro contra la responsabilidad civil*, pp. 258 a 261, FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 568, nota 22 bis; MORANDI, *Estudios...*, p. 404, 405 y 406, GARRIGUES (refiriéndose al artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro y con la reserva de que en su concepto el siniestro en el seguro de responsabilidad civil es un fenómeno complejo integrado por varias fases que se extienden desde el hecho dañoso hasta la declaración judicial o el reconocimiento privado de responsabilidad, haciendo la precisión de que sólo hay verdadero siniestro cuando se afirma la obligación de reparar el daño (*Contrato...*, pp. 433 y 434).

modo inmediato una lesión material o la destrucción de un objeto, ha sido una tesis defendida por el Tribunal Supremo desde antes de la vigencia de la Ley de Contrato de Seguro, que aún se mantiene¹⁰¹⁴.

Por otra parte, se ha sostenido que el siniestro se produce cuando el perjudicado realiza la reclamación al asegurado, sea judicial o sea extrajudicialmente, pues hasta tanto esto no ocurra no hay daño¹⁰¹⁵. Esta es la posición defendida por los aseguradores porque la concepción que identifica el siniestro con el hecho generador del daño les supone mantener inmovilizadas las reservas con cargo a los siniestros pendientes durante el plazo de prescripción vigente en cada legislación nacional, plazos que sobre todo son muy extensos en el caso de las acciones personales derivadas de la responsabilidad civil contractual¹⁰¹⁶. Por ello prefieren que el seguro opere *en base a reclamo*, o sea, estableciendo el siniestro en base a la reclamación del tercero y para ello han ideado unas cláusulas denominadas *claims made*.

Las cláusulas referidas, que generalmente se las comprende como de extensión de cobertura, justamente no extienden la cobertura del asegurador, sino que limitan el derecho del asegurado a una cobertura que naturalmente ya tiene¹⁰¹⁷. Y ello por cuanto, como ya observamos, el siniestro es la suma del evento más el daño y no es posible separar ambos elementos. Ocurrido el siniestro, el asegurador debe la prestación, lo cual

¹⁰¹⁴ STS de 14 de febrero de 2011 (R.O.J. 538), STS de 3 de julio de 2009 (R.O.J. 4152), STS de 30 de diciembre de 2010 (R.O.J. 773); STS de 14 de junio de 2002 (R.O.J. 4373).

¹⁰¹⁵ ALONSO SOTO, *El seguro...*, p. 58; BENÍTEZ DE LUGO Y REYUNDO, *Tratado de seguros*, v. II (Madrid, Instituto Editorial Reus, 1955), p. 611; JACOB, ob. cit., p. 252.

¹⁰¹⁶ En Uruguay, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1216 del Código Civil, las acciones personales prescriben a los 20 años. En la Argentina, prescriben a los 10 años (artículo 4023 del Código Civil). En España, a los 15 años (artículo 1964 del Código Civil).

¹⁰¹⁷ Por ello se alerta sobre el potencial poder abusivo de estas cláusulas (SOBRINO, “Cláusulas abusivas y prácticas abusivas de las aseguradoras en perjuicio de los consumidores de seguros”, [Infojus. DACC 100076]).

significa que la debe tanto si el evento y el daño coinciden durante la vigencia material del contrato (como sucede en el caso de los siniestros con daños instantáneos), como si no coinciden (como en el caso de los siniestros con daños diferidos, en los cuales el evento ocurre durante la vigencia del contrato y el daño en un momento posterior).

Las cláusulas *claims made* admiten variantes. Existen cláusulas que disponen que la garantía del asegurador se preste en tanto y en cuanto el evento dañoso y el reclamo de la víctima tengan lugar durante la vigencia material del contrato.

Otras cláusulas alcanzan los reclamos posteriores al vencimiento del contrato, hasta un determinado límite que suele oscilar entre uno o dos años, a condición de que el evento dañoso se haya verificado durante la vigencia material del contrato.

Un tercer tipo de cláusulas cubren los reclamos producidos durante la vigencia del contrato, pero por un evento dañoso verificado en un período anterior, que suele ser de uno o dos años.

La Ley de Contrato de Seguro española admite estas cláusulas en el art. 73.2 de la Ley de Contrato de Seguro, dentro de las consideradas *limitativas de los derechos del asegurado*, por lo que habrán de destacarse especialmente y consentirse por escrito (artículo 73.2 y 3.1).

En España la solución de la Ley no parece conformar y ello por cuanto los textos elaborados, pensando en una eventual reforma contienen preceptos diferentes. En el texto del Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro, de 8 de octubre de 2011, se mantiene la cobertura del asegurador a las reclamaciones efectuadas dentro del año siguiente a la terminación de la relación contractual y también para aquellas ocurridas por lo menos un año antes del comienzo de los efectos del seguro, siempre y cuando el asegurado desconozca estas reclamaciones, referencia, ésta última, que no aparece en la Ley vigente. Asimismo, el texto proyectado elimina la consideración de la cláusula como limitativa de los derechos del asegurado (artículo 61.2). En la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de

Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, de 17 de junio de 2013, elimina toda referencia a esta práctica, limitándose a establecer que la obligación del asegurador es cubrir el riesgo del nacimiento de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y los perjuicios causados por un hecho producido durante la vigencia del contrato (artículo 592-44).

La cláusula *claims made* no está prevista en el Código de Comercio uruguayo. Tampoco en la Ley de Contrato de Seguro argentina. Ahora, tampoco están prohibidas por lo que su estipulación es frecuente en las pólizas al uso y de hecho las autoridades de control sobre las condiciones generales y particulares en ambos países han aprobado pólizas de responsabilidad civil, sobre todo profesionales, con cláusulas de este tipo.

A pesar de lo dicho, en la Argentina existe un debate respecto a si las cláusulas *claims made* son legítimas o no y ello en tanto el artículo 109 de la Ley de Seguros no estaría mencionado en el artículo 158, norma que consagra cuatro tipos de normas: las inmodificables por su letra o naturaleza; las expresamente señaladas como inmodificables por el propio artículo; las modificables sólo en beneficio del asegurado y las libremente modificables por acuerdo de partes¹⁰¹⁸.

La pregunta, entonces, es si el artículo 109 de la Ley de Seguros argentina pertenece a la categoría de normas

¹⁰¹⁸ El artículo 158 de la Ley de Seguros argentina establece:

“Además de las normas que por su letra o naturaleza son total o parcialmente inmodificables, no se podrán variar por acuerdo de partes los artículos 5, 8, 9, 34 y 38 y sólo se podrán modificar en favor del asegurado los artículos 6, 7, 12, 15, 18 (segundo párrafo), 19, 29, 36, 37, 46, 49, 51, 52, 82, 108, 110, 114, 116, 130, 132, 135 y 140.

Cuando las disposiciones de las pólizas se aparten de las normas legales derogables, no podrán formar parte de las condiciones generales. No se incluyen los supuestos en que la ley prevé la derogación por pacto en contrario”.

inmodificables por su letra o naturaleza¹⁰¹⁹, o si pertenece a la categoría de las libremente modificables por acuerdo de partes¹⁰²⁰.

B. Particularidades de la declaración del riesgo en algunos seguros de responsabilidad civil

El acto de declaración del riesgo en los seguros de responsabilidad civil es extremadamente complejo debido a la cantidad y heterogeneidad de información a procesar por asegurador. Consecuentemente, la tarea de evaluación de los riesgos presenta ciertas dificultades¹⁰²¹.

Luego, al asegurado le comprende el deber de notificar las variaciones anormales y genéricamente imprevisibles del riesgo, resultado de sus acciones u omisiones¹⁰²². Así, en el seguro de responsabilidad civil por daños al medio ambiente se entiende que debe informarse la incorporación a una máquina de un nuevo compresor que aumenta su potencia¹⁰²³. En el seguro de responsabilidad civil automovilística se entiende que debe informarse al asegurador el padecimiento de una enfermedad que limite sus facultades para conducir¹⁰²⁴. En el seguro de responsabilidad civil de los administradores y directores de una sociedad el asegurador debe ser notificado si la tomadora

¹⁰¹⁹ Tal es la posición de STIGLITZ (“El seguro contra la responsabilidad civil y la limitación temporal de la garantía asegurativa. Especial referencia al seguro de responsabilidad profesional de médicos y centros asistenciales de salud”, *La Ley Online, RCyC* [1999], 11, *Derecho Comercial, Doctrinas esenciales*, t. IV, p. 387).

¹⁰²⁰ Tal es la posición de LÓPEZ SAAVEDRA (*Ley de Seguros...*, pp. 502 y 503).

¹⁰²¹ MORILLAS JARILLO, ob. cit., p. 212.

¹⁰²² SALELLES, ob. cit., pp. 1141 y 1142.

¹⁰²³ HALPERIN, *Seguros...*, cap. VI, 50; HEBRERO ÁLVAREZ, “Prevención y seguro de responsabilidad civil por daños al medio ambiente”, en: *Estudios sobre la responsabilidad civil medioambiental y su aseguramiento* (Madrid, Mapfre, 1997), pp. 129 y ss.

¹⁰²⁴ BAILLO Y MORALES-ARCE, *La acción directa en el seguro obligatorio de responsabilidad civil automovilística* (Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 2000), pp. 300, 302 y 384.

modifica su estructura jurídica, adoptando un tipo social diferente, fusionándose o escindiéndose, o si por aumentos de capital o cambios operados en el paquete accionario quienes controlaban a la sociedad han dejado de hacerlo.

Los ejemplos referidos responden a hechos que objetivamente son capaces de alterar el estado del riesgo original en base al cual se ha calculado la prima.

De modo de ordenar la exposición, inmediatamente haremos una breve referencia a las declaraciones comunes a los contratos de responsabilidad civil en general para luego analizar las particularidades en algunas especies.

Respecto del interrogatorio general, sólo diremos que el cuestionario se inicia con una serie de preguntas tendientes a identificar a la persona asegurada. Para las personas jurídicas el cuestionario habrá de ser un poco más complicado. Se comienza realizando una serie de preguntas dirigidas a conocer los aspectos contractuales y societarios más sobresalientes. Ello significa que para todas las sociedades habrá de indicarse la denominación social, la forma o el tipo social adoptado, la fecha de constitución, el registro donde se haya inscrito el contrato, el domicilio de la administración, el objeto social y el número de registro a los efectos fiscales.

También se interroga si la sociedad forma parte de un grupo de sociedades o si tiene filiales o es filial de una sociedad matriz. En todos estos casos habrán de proporcionarse los datos identificatorios de cada una de las sociedades involucradas.

Finalmente, se consultan otras circunstancias. Algunas cuestiones se explican en la necesidad de conocer la estabilidad contractual de la persona jurídica. Por eso, si la sociedad se propone alterar su estructura realizando, por ejemplo operaciones de fusión, escisión o transformación del tipo originalmente adoptado, debe informarlo. De la misma forma, al asegurador le interesa conocer la solidez comercial y financiera de la sociedad y ello explica que el asegurador requiera información respecto a la emisión de títulos, aumentos de capital, préstamos solicitados u otorgados, si las participaciones sociales cotizan en la bolsa de

valores, si la sociedad depende de uno o dos clientes principales o si su cartera es diversificada.

Los datos obtenidos suelen ser compulsados con los estados contables, informes y auditorías del último o de los últimos ejercicios¹⁰²⁵.

1. Responsabilidad civil medioambiental

Durante años el medio ambiente sólo fue importante para la ciencia biológica y ciertos movimientos políticos de protección de la naturaleza frente a las diversas actividades humanas.

Hasta hace muy poco, la contaminación acústica, por olores, electromagnética o radiológica, por citar sólo algunas modalidades, eran desconocidas o ignoradas por la legislación, a excepción hecha de la relacionada con las actividades insalubres.

España tiene una serie de normas que regulan la responsabilidad civil por daños al medioambiente. La más reciente es la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre Responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radioactivos.

Esta Ley pone de cargo de todo explotador de una instalación nuclear el deber de garantizar financieramente su responsabilidad por los daños que pudieran producirse como consecuencia de un accidente nuclear. Un procedimiento para cumplir con este deber es la contratación de una póliza de seguro (artículo 12).

También corresponde citar la Ley 26/2007, de 23 de octubre, sobre Responsabilidad medioambiental, en cuyo artículo 24 también se estipula la contratación de un seguro obligatorio como una de las formas propuestas por el legislador para garantizar debidamente la responsabilidad civil medioambiental.

De acuerdo al artículo 39 del Reglamento de desarrollo parcial de esta Ley, de 23 de octubre de 2007, si la garantía se

¹⁰²⁵ GUERRERO LEBRÓN, *El seguro de responsabilidad civil de Administradores y Directivos* (Madrid, La Ley, 2004), p. 66.

cumple contratando un seguro de responsabilidad medioambiental la autoridad competente está facultada para exigir la justificación de que la responsabilidad estará cubierta en todo momento y ello desde que puede exigir prueba de la inexistencia de períodos de ausencia de cobertura en caso de sustitución de contratos o lagunas de cobertura entre el cese de una garantía y el comienzo de otra.

En la República Argentina existe un complejo de normas sobre presupuestos mínimos de protección ambiental, complejo normativo integrado por una serie de leyes que protegen los glaciares y el ambiente periglacial (Ley 26.639, de 28 de octubre de 2010), los bosques nativos (Ley 26.331, de 28 de noviembre de 2007), la gestión integral de los residuos (Ley 25.916, de 4 de agosto de 2004), la información pública ambiental (Ley 25.831, de 26 de noviembre de 2003), la gestión ambiental de las aguas (Ley 25.688, de 28 de noviembre de 2002).

Sin perjuicio de las normas apuntadas, existe una Ley General del Ambiente que establece los principios de la política ambiental del país y que crea un seguro obligatorio en casos de daños al medioambiente (Ley 25.675, de 6 de noviembre de 2002)¹⁰²⁶.

Con motivo de esta Ley, en el año 2007 se dictaron las Resoluciones Conjuntas 98 y 1973 que establecen las Pautas Básicas para las Condiciones Contractuales de las Pólizas de Seguro de Daño Ambiental de Incidencia Colectiva, resoluciones que establecen los sujetos del contrato (artículo 1), la autoridad competente (artículo 2), el objeto del seguro (artículo 3), lo que debe entenderse por Situación Ambiental Inicial (artículo 4), la cobertura básica (artículo 5), la suma asegurada (artículo 6), lo

¹⁰²⁶ El artículo 22 de la norma argentina citada dispone:

“Toda persona física o jurídica, pública o privada, que realice actividades riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos, deberá contratar un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que en su tipo pudiere producir; asimismo, según el caso y las posibilidades, podrá integrar un fondo de restauración ambiental que posibilite la instrumentación de acciones de reparación”.

que debe entenderse por siniestro (artículo 8), la vigencia de la póliza (artículo 9) y el pago de la prima (artículo 10).

El mismo año se dictó la Resolución 1639/2007 que establece el Listado de rubros comprendidos y la categorización de industrias y actividades de servicios, según su nivel de complejidad ambiental. Ya en el año 2008 se establecen los Montos Mínimos Asegurables de Entidad Suficiente, en función de lo previsto en el artículo 22 de la Ley 25.675, mediante la resolución 1398.

En Uruguay existe la Ley General de Medio Ambiente 17.283, de 28 de noviembre de 2000 y otras normas que se relacionan con el cuidado del entorno y sus recursos, como la Ley 17.348 que prohíbe los ensayos nucleares, la Ley 17.567 que declara de interés nacional la producción de biodiesel y la Ley 17.234 que crea el Sistema Nacional de Áreas Naturales.

Lamentablemente la Ley General de Medio Ambiente no contempla la contratación de un seguro obligatorio aunque el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente se reserva la facultad de requerir la constitución de garantías como medida complementaria para asegurar el cumplimiento de la normativa ambiental.

El único seguro de naturaleza ambiental que se exige está previsto en artículo 9 del Decreto reglamentario de la Ley de Puertos, de 8 de abril de 1992. Esta norma establece el seguro obligatorio como uno de los presupuestos de habilitación para que los prestadores de los servicios portuarios puedan desempeñar sus funciones.

Fuera del caso de los puertos citado, haciendo uso de la facultad conferida por el artículo 14 de la Ley 17.283¹⁰²⁷, se han requerido a ciertos emprendimientos importantes de los últimos

¹⁰²⁷ El artículo 14 B) de la norma uruguaya citada no refiere al seguro. Refiere sólo a garantías reales o personales. Establece lo siguiente:

Exigir la constitución de garantía real o personal suficiente a juicio de la Administración, por el fiel cumplimiento de las obligaciones derivadas de las normas de protección ambiental o por los daños que al ambiente o a terceros eventualmente se pudiera causar.

años, fundamentalmente relacionados con la explotación de la pasta de celulosa, la concertación de seguros de responsabilidad civil con la aseguradora del Estado.

Actualmente presenciamos un encendido debate respecto a la eventual contaminación que pudiera producir la manipulación de los transgénicos y el consecuente daño a la biodiversidad y al ser humano en tanto consumidor de tales productos, discusión que se traslada a la práctica aseguradora¹⁰²⁸.

La doctrina del seguro ha señalado múltiples causas que explican la razón por la cual muchas de estas presuntas formas de contaminación no encuentran garantía en un seguro.

Se dicho que es prácticamente imposible identificar al causante del daño, que los montos de las indemnizaciones no se acomodan al cálculo actuarial del seguro y que, en definitiva, los riesgos a considerar son insoportables.

En realidad, a nuestro modo de ver, lo que sucede en las hipótesis referidas es que estos sucesos no reúnen las características necesarias para configurar un siniestro amparado en el contrato y ello por cuanto no son siniestros medioambientales.

En efecto, en el seguro de responsabilidad civil por daños al medioambiente el asegurador asume la obligación de indemnizar al industrial asegurado en caso de ocurrir un hecho eventual, gradual o repentino, excluida la contaminación autorizada, producto de una actividad industrial en sentido amplio, capaz de dañar al medioambiente y a la salud humana¹⁰²⁹.

¹⁰²⁸ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “Contaminación por cultivos transgénicos: responsabilidad por daños medioambientales y otros posibles escenarios de responsabilidad y aseguramiento”, *Revista Española de Seguros*, n° 149 (2012), pp. 46, 47 y 71.

¹⁰²⁹ ZUBIRI DE SALINAS, *El seguro de Responsabilidad Civil por daños al medio ambiente* (Cizur Menor - Navarra, Thomson Aranzadi, 2005), p. 263, nota 22; ROMERO ALARCÓN, “Gestión técnica del riesgo ambiental industrial”, en: *Estudios sobre la responsabilidad civil medioambiental y su aseguramiento* (Madrid, Mapfre, 1997), p. 320.

Los caracteres del daño son los mismos que en cualquier otro supuesto de responsabilidad civil, aunque los Tribunales sean más exigentes con los niveles de certeza¹⁰³⁰.

Los sectores más expuestos a provocar daños al medioambiente son las refinerías, petroquímicas y la industria química en general, especialmente durante el proceso de industrialización y almacenamiento, más proclives a las fugas de elementos contaminantes y al fuego¹⁰³¹.

No obstante lo dicho, las pólizas en uso son lo suficientemente comprensivas de modo de abarcar la responsabilidad civil originada en las diversas actividades empresariales en sus múltiples actos (uso de las instalaciones, procesos de fabricación, almacenamiento de los productos, actos de empleados y dependientes), incluso en diferentes instalaciones¹⁰³².

En este seguro, el tradicional proceso de selección de riesgos, se enfrenta al reto de ajustarse a la magnitud de los hechos analizados.

La imprecisión del concepto de daño ecológico, los diferentes criterios de valoración de los daños, la escasez o inexistencia de datos históricos y el complejo sistema jurídico aplicable, entre otros problemas, son las carencias que tornan dificultoso el aseguramiento de estos riesgos¹⁰³³.

¹⁰³⁰ DE MIGUEL PERALES, “La responsabilidad civil por daños al medio ambiente”, en: *Estudios sobre la responsabilidad civil medioambiental y su aseguramiento* (Madrid, Mapfre, 1997), p. 65.

¹⁰³¹ CABEZAS ARES, ob. cit., p. 191.

¹⁰³² PAVELEK ZAMORA, “La cobertura del riesgo medioambiental en las pólizas de Responsabilidad Civil General (Mención especial a los países iberoamericano)”, en: *Estudios sobre la responsabilidad civil medioambiental y su aseguramiento* (Madrid, Mapfre, 1997), p. 200.

¹⁰³³ ROMERO ALARCÓN, ob. cit., p. 323; DÍAZ BRAVO, “La responsabilidad civil por contaminación del entorno y su aseguramiento”, en: *Estudios sobre la responsabilidad civil medioambiental y su aseguramiento* (Madrid, Mapfre, 1997), p. 39; HUIDOBRO, “La responsabilidad por daños al Medioambiente y su personificación en la figura de los Administradores de la Sociedad”, en:

A pesar de ello, las compañías aseguradoras pueden mitigar gran parte de la incertidumbre referida si logran conformar un cuestionario que les permita considerar un riesgo lo más aproximado al real¹⁰³⁴. Para lograrlo, se utilizan técnicas de identificación de peligros como las *checklists* y las *hazop basado en el conocimiento*.

Las *checklists* se concentran en identificar los componentes de máxima seguridad de las instalaciones. Una vez localizados se dirigen a interrogar a los responsables de la gestión ambiental de modo de verificar si conocen los peligros existentes. Las *hazop basado en el conocimiento* posibilitan que los resultados de las *checklists* se compaginen con los resultados de los análisis históricos de siniestralidad, de modo de completar o actualizar el conocimiento adquirido¹⁰³⁵.

a. Emplazamiento e instalaciones

El conocimiento del estado de las instalaciones, el emplazamiento y la vulnerabilidad del entorno es la primera condición de asegurabilidad. Se trata de factores objetivos determinantes para el cálculo de la prima¹⁰³⁶.

Por otra parte, los aseguradores de este tipo de riesgos no acostumbran suscribir contratos en lugares geográficamente próximos a zonas donde ya han celebrado un seguro porque los siniestros medioambientales no pueden soportarse en cadena¹⁰³⁷.

El nivel de riesgo de la actividad se pondera en función de cierta información que no siempre es conocida por el tomador, o que éste no tendría por qué conocer. No se puede decir lo mismo del asegurador. Así, la densidad de población circundante y la

Estudios sobre la responsabilidad civil medioambiental y su aseguramiento, (Madrid, Mapfre, 1997), p. 103.

¹⁰³⁴ CABEZAS ARES, ob. cit., p. 254.

¹⁰³⁵ CABEZAS ARES, ob. cit., p. 211.

¹⁰³⁶ ALARCÓN FIDALGO, ob. cit., p. 595.

¹⁰³⁷ CABEZAS ARES, ob. cit., pp. 220 y 258.

sensibilidad del entorno con respecto a la actividad en cuestión, es información que debe proveerse la propia aseguradora.

Asimismo, la intensidad de riesgo en función de la localización del establecimiento se clasifica en riesgo alto, cuando el establecimiento se ubica en una ciudad, riesgo medio, si se sitúa en un pueblo y bajo cuando la zona afectada es una zona rural.

La vulnerabilidad del entorno se conoce analizando las características y propiedades del suelo y subsuelo, la proximidad a los cursos de agua (superficial o subterráneo) y el uso de los mismos (consumo humano, industrial, regadío, etcétera), los niveles de contaminación atmosférica, las características de la flora y fauna y la cercanía a parques, reservas naturales, zonas de interés biológico y patrimonial¹⁰³⁸.

b. Siniestralidad

Los datos históricos sobre la ocurrencia de siniestros industriales y la cuantificación de sus daños, es un factor individual de riesgo fundamental para que el asegurador comience a evaluar la solicitud. En ocasiones es en función de esta información que el asegurador ordena una inspección a cargo de un experto¹⁰³⁹, reconocimiento denominado *ecoauditoría* que si bien es un complemento del protocolo de asegurabilidad, no sustituye la información requerida por los aseguradores para fijar sus condiciones¹⁰⁴⁰.

c. Responsabilidad patrimonial

La solvencia interesa al asegurador porque es común que en estos seguros el asegurado comparta la responsabilidad mediante el régimen de ciertas franquicias, esto es, un sistema de responsabilidad por el cual el asegurado se compromete con una

¹⁰³⁸ CABEZAS ARES, ob. cit. pp. 250 y 251; ALARCÓN FIDALGO, loc. cit.

¹⁰³⁹ ROMERO ALARCÓN, ob. cit., p. 324.

¹⁰⁴⁰ CABEZAS ARES, ob. cit., p. 222.

cantidad de dinero, suma que se deduce de la prestación una vez ocurrido el siniestro¹⁰⁴¹.

d. Política de prevención de riesgos

Otra condición de asegurabilidad está determinada por la exigencia de un sistema certificado de gestión ambiental, que no es otra cosa que una gerencia de riesgos o un departamento especialmente entrenado para estudiar los diferentes riesgos de pérdidas accidentales, avalado por un tercero¹⁰⁴².

La consulta se justifica dado que una administración ambiental adecuada, por sí sola, es capaz de controlar y reducir gran parte del riesgo intrínseco de la actividad¹⁰⁴³.

Esta información permite al asegurador calibrar lo que se conoce como *factor actitud*, elemento que incidiría directamente sobre el cálculo de la prima¹⁰⁴⁴.

De otro lado, las compañías aseguradoras que acostumbran aceptar este tipo de eventualidades, generalmente cuentan con un *Risk Management*, esto es, una dependencia dedicada exclusivamente a la realización de inspecciones y verificaciones de los riesgos descritos. Para que el asegurador obre diligentemente las visitas a los emplazamientos deben ser exhaustivas, sistemáticas y periódicas. Sus conclusiones han de procesarse rápidamente de modo de acompañar la evolución de los procesos medioambientales y deben permitir extraer conclusiones objetivas que luego constituyan las medidas correctoras a exigir al asegurado¹⁰⁴⁵.

Por una cuestión de costes, las fiscalizaciones a las que hemos hecho referencia suelen obviarse si el asegurador está

¹⁰⁴¹ HEBRERO ÁLVAREZ, *El aseguramiento de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente* (Madrid, Dykinson, 2002), pp. 126 y 127.

¹⁰⁴² CABEZAS ARES, ob. cit., p. 221; ALARCÓN FIDALGO, ob. cit., p. 576.

¹⁰⁴³ ROMERO ALARCÓN, ob. cit., p. 321.

¹⁰⁴⁴ CABEZAS ARES, ob. cit., p. 341.

¹⁰⁴⁵ CABEZAS ARES, ob. cit., pp. 342 y 343.

convencido de que la actividad ofrece niveles de riesgo bajo. No obstante, es claro que esta actitud puede contrariar la diligencia que se espera de él.

e. Especificaciones técnicas y sustancias procesadas

En el seguro de responsabilidad civil por daños al medioambiente lo más importante son las especificaciones técnicas de la planta industrial o del establecimiento capaz de causar daños.

En este sentido, los cuestionarios están dirigidos a obtener información respecto de las características, especialmente en lo referente al tamaño de la instalación y su capacidad de procesamiento o almacenamiento, el número medio de trabajadores, la cantidad promedio de horas trabajadas al día y la suma y naturaleza de los materiales manipulados. Al contrario, aspectos como el valor de las inversiones y la cifra de negocios no suelen ser de interés¹⁰⁴⁶.

De modo de cerciorarse de la veracidad de las declaraciones es común que el asegurador requiera la presentación de los planos de situación, memoria de construcción, certificados de revisión y habilitación de la instalación general y de la maquinaria que conforma el equipamiento¹⁰⁴⁷.

2. Responsabilidad civil profesional

El riesgo cubierto en las pólizas de seguro de responsabilidad civil profesional está conformado por el nacimiento, a cargo del profesional asegurado, de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por el ejercicio de la actividad profesional, sea por acción u omisión.

Es sorprendente el cambio operado a lo largo de los años con respecto a la responsabilidad civil de estas personas y ello

¹⁰⁴⁶ ROMERO ALARCÓN, ob. cit., p. 324; DÍAZ BRAVO, ob. cit., p. 43; CABEZAS ARES, ob. cit., p. 251.

¹⁰⁴⁷ HEBRERO ÁLVAREZ, loc. cit.

por cuanto de la tesis que consagraba su irresponsabilidad, hoy se compara la prestación del profesional con el *standard* objetivo de la culpabilidad, parámetro propio de quien es experto en determinada materia¹⁰⁴⁸.

Cuando se alude a *profesión* la doctrina circunscribe el concepto al profesional liberal, esto es, al que ejerce en forma autónoma un oficio basado en una *lex artis* concreta, como la medicina¹⁰⁴⁹, la abogacía y la arquitectura, oficios sujetos a normas jurídicas éticas y consecuentemente a un régimen disciplinario impuesto por determinado colegio, si fuere del caso, además de las jurídicas, comunes a la responsabilidad civil¹⁰⁵⁰.

A pesar de lo dicho, es preferible que la póliza refiera a un concepto amplio que comprenda a todo el que practique habitualmente una actividad que sea, en mayor o menor medida, su medio de vida. De esta manera quedarían incluidos varios vínculos jurídicos, como la locación de servicios, el contrato de trabajo, la locación de obra y otras relaciones con una naturaleza jurídica discutida, como la que une al administrador y a la sociedad comercial, que explica el denominado seguro de responsabilidad *D&O*¹⁰⁵¹.

a. Médicos

Los médicos han sido los primeros profesionales en recurrir a este seguro porque el acto médico, a pesar de no suponer obligaciones de resultado, de todas formas es potencialmente capaz de lesionar el derecho a la salud.

Sin perjuicio del argumento expuesto, los profesionales de la medicina son llamados a responder por el deber de información acerca de los procedimientos alternativos disponibles y los

¹⁰⁴⁸ SERRA RODRÍGUEZ, *La responsabilidad civil del abogado* (Elcano – Navarra, Aranzadi, 2000), p. 125; STIGLITZ y COMPIANI, ob. cit., X.

¹⁰⁴⁹ RUÍZ FEGER, “Apuntes sobre la responsabilidad civil profesional en el sector sanitario”, *Revista española de seguros*, n° 113-114 (2003), p. 120.

¹⁰⁵⁰ STIGLITZ y COMPIANI, ob. cit., IX.

¹⁰⁵¹ MORRAL SOLDEVILLA, “Algunas consideraciones...”, p. 319.

riesgos que supone el método recomendado. El celo de los Tribunales se hace más patente en los casos de procedimientos innecesarios o no autorizados por el paciente¹⁰⁵², en los cuales se tendría una mayor libertad de opción¹⁰⁵³.

El desarrollo del seguro de la responsabilidad patrimonial de los médicos ha sido potenciado por la posibilidad de resarcimiento de los daños causados, viabilidad que antes era muy discutida en función de ciertos prejuicios filosóficos que hoy se encuentran superados¹⁰⁵⁴.

Antiguamente el médico no era juzgado de acuerdo con los mismos parámetros de culpa que el resto de los individuos. Se entendía que la medicina no era una ciencia, sino un arte imposible de apreciar por el profano o que, aun considerando la medicina como una ciencia, el galeno no podría ser responsabilizado pues el límite de su culpa estaría marcado por el comienzo de la duda científica. Además, se auguraba, llamarlos a responsabilidad determinaría que los médicos dejaran de realizar intervenciones quirúrgicas o se abstuvieran de recomendar tratamientos riesgosos, sin mencionar el desprestigio que supondría a la colectividad el elevado número de demandas.

Por todas las razones expuestas, los médicos sólo podían ser juzgados de acuerdo a las normas deontológicas de sus propios colegios o, como mucho, sólo podían ser llevados a los Tribunales civiles cuando obraban con culpa grave.

Hoy se entiende que los médicos son responsables por los daños ocasionados como consecuencia de su falta de diligencia o, con más propiedad, por su impericia¹⁰⁵⁵, aspecto que debe medirse en función del parámetro de prudencia del médico

¹⁰⁵² STS de 16 de enero de 2012 (R.O.J. 279).

¹⁰⁵³ SSTs de 13 de mayo de 2011 (R.O.J. 2500), 30 de junio de 2009 (R.O.J. 4412), 20 de enero de 2011 (R.O.J. 229), 21 de octubre de 2005 (R.O.J. 6400), 29 de junio de 2007 (R.O.J. 4472), 4 de octubre de 2006 (R.O.J. 5695).

¹⁰⁵⁴ STIGLITZ y COMPIANI, IX, c) y e).

¹⁰⁵⁵ SERRA RODRÍGUEZ, loc. cit.

común¹⁰⁵⁶, *standard* que se ha tornado más exigente con los avances de la medicina moderna¹⁰⁵⁷.

A pesar de los constantes juicios en los que están implicados, ni en España, ni en la Argentina, ni el Uruguay, existe un seguro obligatorio de responsabilidad civil para estos profesionales.

b. Profesionales de la edificación

En España existe una Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, que delimita el ámbito de actuación que le corresponde a cada uno de los profesionales que participan en el proceso de edificación y declara su responsabilidad frente a los propietarios y los terceros adquirentes por los daños materiales ocasionados por los vicios o por los defectos constructivos en el edificio, dentro de ciertos plazos.

Esta Ley impone al promotor y al constructor, en su caso, el deber de contratar un seguro, sea de daños o sea de caución, una vez culminadas las obras, al margen de los seguros de responsabilidad civil profesional y de daños que voluntariamente pueda concertar, antes o durante su ejecución¹⁰⁵⁸.

Quiere decir que en España, el seguro de responsabilidad civil contratado por arquitectos, constructores, promotores y demás profesionales que intervienen en la edificación es voluntario, igual que en Uruguay y en la Argentina y tiene por objeto poner de cargo del asegurador la responsabilidad que les pueda corresponder por los daños causados debido a los vicios o los defectos ocasionados por un edificio de su competencia.

La complejidad del proceso constructivo y la extensión de los trabajos tornan muy dificultosa la tarea de los actuarios de las

¹⁰⁵⁶ STIGLITZ y COMPIANI, ob. cit., XX.

¹⁰⁵⁷ Véase la STS de 30 de marzo de 2012 (R.O.J. 2536).

¹⁰⁵⁸ CORDERO LOBATO, “Los seguros de vicios o defectos constructivos”, *Especial Aranzazi*, enero (2012), BIB\2012\23574.

compañías de seguros¹⁰⁵⁹. Obsérvese que el seguro acompaña toda la evolución del edificio, desde la construcción hasta su ocupación, con distintas pólizas, que no siempre se acomodan a la realidad del riesgo pues vienen importadas de otros entornos.

De los muchos aspectos que suelen ser objeto de consulta en el cuestionario respectivo, algunas preguntas sobresalen por su importancia.

Nos referimos, concretamente, a la responsabilidad del constructor o de la persona que financie o aparezca como promotora del proyecto¹⁰⁶⁰. Sobre ella habrá de proporcionarse la información personal que permita su identificación, tanto se trate de una persona física o jurídica.

Ante todo deberá demostrarse su solvencia patrimonial y si el asegurador lo requiere, generalmente cuando las obras son importantes, es necesario el ofrecimiento de algún tipo de garantía. Otro tanto sucederá con otros individuos. Tal es el caso de los promotores, los proyectistas, subcontratistas, suministradores de productos, directores de obras, directores de ejecución de obras y arquitectos¹⁰⁶¹.

Luego, el asegurador necesita estar informado sobre a los aspectos constructivos por cuyos eventuales daños será llamado a responder. De modo que será imprescindible presentar los planos, la memoria descriptiva de la obra, los certificados de habilitación, registros, etcétera¹⁰⁶².

El interrogatorio no resulta sorprendente en modo alguno. De hecho, la mayor parte de los vicios a nivel constructivo se observan en la cimentación, estructura, fachadas exteriores e

¹⁰⁵⁹ JIMÉNEZ CLAR, “El sistema de seguros de la Ley de Ordenación de la Edificación”, *Revista de Derecho Patrimonial*, n° 6 (2001), pp. 33 y 35.

¹⁰⁶⁰ MOLINA, *Ruina y seguro de responsabilidad decenal. Las coberturas aseguradoras de la responsabilidad decenal (Diseño normativo y praxis aseguradora)* (Granada, Comares, 1998), p. 39.

¹⁰⁶¹ PACHECO JIMÉNEZ, *Los seguros en el proceso de edificación* (Las Rozas - Madrid, La Ley, 2008), p. 217.

¹⁰⁶² MOLINA, loc. cit.

interiores, medianerías, fontanería, red de saneamiento, cubierta e instalaciones eléctricas. Por esta razón, los seguros suelen clasificarse en seguros de terminación, de habitabilidad, estructura, seguridad y estabilidad de los edificios¹⁰⁶³.

Un aspecto importante es la oportuna declaración de movimientos o deslizamientos de tierra en la parcela donde habrán de realizarse las construcciones. Si en la declaración del riesgo no se hizo mención de esta circunstancia, el asegurador puede pretender exonerarse de su obligación¹⁰⁶⁴.

Además, se acostumbra requerir que el constructor o quien aparezca como responsable de la obra conforme un departamento técnico encargado de controlar el desarrollo de la edificación e informar al asegurador¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁶³ PACHECO JIMÉNEZ, ob. cit., pp. 215 y 238.

¹⁰⁶⁴ Así sucedió en un caso que llegó a conocimiento del Tribunal Supremo. De acuerdo a los dichos del asegurado, el tomador de un seguro de responsabilidad civil habría actuado dolosamente por haber ocultado la ocurrencia de previos deslizamientos de tierra en la parcela donde habrían de ejecutarse las obras. El constructor afirmó que el asegurador estaba al tanto de los accidentes previos, pues estos aparecían en el *Libro de órdenes* oportunamente presentado al solicitarse la liquidación del siniestro. Parece ser que, de acuerdo al tomador, el asegurador no exigió ni solicitó información alguna sobre sus características.

El Juez que entendió en la prima instancia concluyó que el tomador fue omiso en la declaración del riesgo y que la presentación a la aseguradora del *Libro de órdenes* no significó conocimiento de los efectivos riesgos, pues el registro llegó a sus manos al solicitarse la liquidación del siniestro, esto es, cuando ya el seguro estaba contratado. Por otra parte, consideró que la omisión refería a un aspecto relevante que debía ser puesto a estudio del asegurador, aun cuando se entendiera que los deslizamientos no eran importantes, circunstancia que no es exacta desde que el arquitecto adoptó ciertas soluciones constructivas que, luego, se develaron ineficaces para contener el siniestro. El Tribunal Supremo confirmó las Sentencias de primera y segunda instancia (STS de 10 de mayo de 2011, [R.O.J. 2902]).

¹⁰⁶⁵ MOLINA, loc. cit.

c. Abogados

De todos los juicios en los que intervienen los abogados los civiles y los laborales son los que producen la mayor cantidad de errores profesionales, fundamentalmente por omisión, debido a la brevedad y perentoriedad de los plazos que gobiernan estos procesos¹⁰⁶⁶.

Los supuestos de responsabilidad más comunes tienen que ver con la falta de contestación de la demanda, la inasistencia a las audiencias, la falta de presentación de las pruebas, la no formalización de los recursos y la falta de registro cuando así correspondiere al derecho del cliente, sin perjuicio de lo cual los Tribunales ponderan la conducta del profesional, sobre todo si su obrar no causó un daño irreparable a su cliente¹⁰⁶⁷.

De lo dicho se desprende que al asegurador le interesa particularmente el área del Derecho al cual se dedica el profesional que solicita el seguro y el sistema utilizado para recordar sus compromisos forenses¹⁰⁶⁸.

Existen otras conductas que también son potencialmente dañinas. Entre las más comunes suelen citarse el abandono intempestivo del juicio, el patrocinio simultáneo o sucesivo de los litigantes en un mismo proceso, el extravío y la retención indebida de documentación, la infracción al deber de guardar reserva, el mantenimiento inadecuado de conversaciones con la

¹⁰⁶⁶ CRESPO MORA, *La responsabilidad del abogado en el Derecho Civil* (Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2005), p. 46.

¹⁰⁶⁷ En un asunto resuelto por el Tribunal Supremo se demandó a un abogado por haber presentado a la ejecución letras de cambio sin firmar. En la instancia de apelación se condenó al letrado, pero luego el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación pues consideró que la Sentencia lograda en un juicio ejecutivo no tiene fuerza de cosa juzgada, pudiendo el actor ejercitar sus derechos a través del juicio declarativo ordinario, posibilidad que el abogado advirtió al cliente (STS de 1 de diciembre de 2008 [R.O.J. 6678]).

¹⁰⁶⁸ RODRÍGUEZ ARCAS, “Responsabilidad civil y seguro del abogado”, *Revista española de seguros*, n° 115 (2003), p. 376.

parte contraria y el incumplimiento a la obligación de información¹⁰⁶⁹.

Asimismo, algunas situaciones merecerán un análisis más detenido y no serán sencillas de resolver. Pensemos en los casos en los que el juez habrá de ponderar la estrategia elegida por el letrado o en aquellas hipótesis en las que deberá considerar si se dejó influenciar por el cliente¹⁰⁷⁰.

Así las cosas, es frecuente que el asegurador exija al abogado respuesta honesta y exacta sobre la existencia de incidencias que, razonablemente, puedan determinar una reclamación, pues éstas tienen el poder de potenciar el riesgo¹⁰⁷¹.

c. Seguro de responsabilidad civil D&O

El contrato de seguro de responsabilidad civil para los administradores de sociedades de capital y en general, para los altos ejecutivos, es conocido en el mercado asegurador por sus siglas en inglés *D&O*, que significa *Directors and Officers liability insurance*¹⁰⁷².

La existencia de este seguro no es una novedad, pero su proliferación sí es relativamente reciente y acompaña el régimen

¹⁰⁶⁹ STIGLITZ y COMPIANI, ob. cit., XXIV; CRESPO MORA, ob. cit., pp. 47 a 50; CARRETERO SÁNCHEZ, *La responsabilidad del abogado en la sociedad profesional* (Madrid, Ediciones Jurídicas DIJUSA, 2008), pp. 80 y 82.

¹⁰⁷⁰ CARRETERO SÁNCHEZ, ob. cit., p. 83.

¹⁰⁷¹ RODRÍGUEZ ARCAS, loc. cit.

¹⁰⁷² VICENT CHULIÁ, “Medidas de prevención y aseguramiento de la responsabilidad de los administradores sociales”, en: CALBACHO LOSADA, F. (Dir.), *Responsabilidad civil derivada de los procesos concursales* (Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999), p. 369; CAMPINS VARGAS, “Seguro de responsabilidad civil de administradores y altos cargos. Especial referencia al ámbito de cobertura del seguro”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 249 (2003), p. 985; MORRAL SOLDEVILLA, “Algunas consideraciones...”, p. 314, nota 4.

de responsabilidad de los administradores en una suerte de interrelación que ha sido señalada por la doctrina¹⁰⁷³.

El desarrollo de estos seguros se explica en la severidad del régimen de responsabilidad patrimonial que soportan las personas que ejercen esta clase de cargos, responsabilidad que se ha visto favorecida por el aumento de los motivos que habilitan su acción, el incremento de los sujetos legitimados para iniciar la acción social de responsabilidad, la abolición de la exigencia de un grado de culpa y la disminución de los costes procesales¹⁰⁷⁴. Y es que, tanto en el Derecho español, argentino y uruguayo, quienes administran las sociedades de capital responden frente a la sociedad, los socios y los acreedores sociales por el daño que causen sus actos o omisiones contrarios a la ley, a los estatutos, y por aquellos realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo¹⁰⁷⁵.

¹⁰⁷³ GARRIGUES, *Contrato...*, p. 357; CALZADA CONDE, *El seguro voluntario...*, pp. 44 y 45.

¹⁰⁷⁴ RONCERO SÁNCHEZ, *El seguro de Responsabilidad Civil de Administradores de una Sociedad Anónima (sujetos, interés y riesgo)*, (Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2002), pp. 21, 22 y 23; SÁNCHEZ CALERO, “El seguro de responsabilidad civil para administradores, directores y gerentes de las sociedades mercantiles (1)”, *Revista española de seguros*, n° 107 (2001), p. 394; CAMPINS VARGAS, ob. cit., p. 982.

¹⁰⁷⁵ En el Derecho español el régimen de responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas está establecido en el artículo 236 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, que aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

En el Derecho uruguayo las causales de responsabilidad del administrador y de los directores de la sociedad anónima están dispuestas en el artículo 391 de la Ley 16.060, de 5 de septiembre de 1989. La norma dispone lo siguiente:

“El administrador o los directores responderán solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por los daños y perjuicios resultantes, directa o indirectamente, de la violación de la ley, el estatuto o el reglamento, por el mal desempeño de su cargo según el criterio del artículo 83 y por aquellos producidos por abuso de facultades, dolo o culpa grave.

Estarán exentos de responsabilidad quienes no hayan votado la resolución y hayan dejado constancia en actas de su oposición o comunicado fehacientemente la misma a la sociedad dentro de un plazo no mayor de diez días, contados a partir de la reunión en que se haya

No obstante, justo es advertir que en atención a los requerimientos de los reaseguradores las condiciones al uso refieren, ambiguamente, a la responsabilidad por la comisión de *actos incorrectos*, en una traducción literal de *wrongful acts*, previsto en las pólizas anglosajonas¹⁰⁷⁶, circunstancia que si bien no plantea problemas de licitud ocasiona ciertas dificultades interpretativas¹⁰⁷⁷.

adoptado la resolución o de la fecha en que se haya tomado conocimiento de ella. La abstención o la ausencia injustificada no constituirán por sí solas causales de exención de responsabilidad.

Si el opositor no hubiera asistido a la reunión que haya aprobado la resolución deberá solicitar su reconsideración procediéndose luego como se dispone en el inciso anterior.

Cuando se trate de actos o hechos no resueltos en sesiones del directorio, el director que no haya participado en los mismos no será responsable (inciso segundo del artículo 83), pero deberá proceder en la forma dispuesta en el inciso precedente en cuanto lleguen a su conocimiento”.

La Ley 19.550, de 20 de marzo de 1984, de Sociedades comerciales argentina, dispone otro tanto en el artículo 274:

“Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, la imputación de responsabilidad se hará atendiendo a la actuación individual cuando se hubieren asignado funciones en forma personal de acuerdo con lo establecido en el estatuto, el reglamento o decisión asamblearia. La decisión de la asamblea y la designación de las personas que han de desempeñar las funciones deben ser inscriptas el Registro Público de Comercio como requisito para la aplicación de lo dispuesto en este párrafo.

Exención de responsabilidad.

Queda exento de responsabilidad el director que participó en la deliberación o resolución o que la conoció, si deja constancia escrita de su protesta y diere noticia al síndico antes que su responsabilidad se denuncie al directorio, al síndico, a la asamblea, a la autoridad competente, o se ejerza la acción judicial”.

¹⁰⁷⁶ MORRAL SOLDEVILLA, “Algunas consideraciones...”, p. 313.

¹⁰⁷⁷ RONCERO SÁNCHEZ, ob. cit., pp. 57, 256, 257 y particularmente, la nota 150.

En las legislaciones que concretan los motivos de responsabilidad, como sucede en España, Uruguay y Argentina, el asegurador se obligará a indemnizar en tanto y en cuanto el siniestro se adecúe a las leyes que gobiernan las sociedades anónimas¹⁰⁷⁸. De modo que conviene a los asegurados tener presente que buena parte de sus reclamaciones no tendrán éxito en la medida en que las condiciones particulares de su seguro, basadas en el régimen de los países anglosajones, no se acomoden a las particularidades del Derecho societario español, uruguayo o argentino¹⁰⁷⁹.

El mercado asegurador ha tenido que vencer ciertos obstáculos para imponer esta modalidad. Alguna vez se puso en tela de juicio su licitud y hasta su conveniencia, en el entendido de que colisionaría con el deber de lealtad y diligencia que la ley societaria pone de cargo del administrador asegurado.

Se agregan otras cuestiones, propias de la economía del seguro, como la dificultad para lograr unas bases técnicas adecuadas que hagan posible un cálculo de primas suficiente y la casi imposible homogeneización del riesgo, como consecuencia de la gran variedad de causas de responsabilidad¹⁰⁸⁰.

Además, se argumentó que su desarrollo produciría un aumento de riesgos en lugar de un control de riesgos, desvirtuándose la naturaleza del contrato al punto de que nadie, en su sano juicio, debería aceptar esos cargos.

¹⁰⁷⁸ PÉREZ CARRILLO, *Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos sociales* (Madrid - Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005), p. 68; MORRAL SOLDEVILLA, “Algunas consideraciones...”, pp. 324 y 325; ARRANZ y BARRILERO, “La Ley de sociedades anónimas y su repercusión en el seguro. La responsabilidad civil de consejeros y altos cargos”, *Boletín de Estudios Económicos*, n° 142 (1991), pp. 20 y ss.

¹⁰⁷⁹ SÁNCHEZ CALERO, “El seguro de responsabilidad civil para administradores, directores y gerentes de las sociedades mercantiles (1)”, p. 401.

¹⁰⁸⁰ SÁNCHEZ CALERO, “El seguro de responsabilidad civil para administradores, directores y gerentes de las sociedades mercantiles (1)”, p. 399.

No obstante, las ventajas económicas que ofrece este seguro parecen haber vencido todos estos obstáculos. Así, el seguro ha permitido captar individuos que de otro modo no hubieran aceptado la responsabilidad que conlleva este tipo de cargos, reduciendo al mínimo la aversión al riesgo y garantizando a la sociedad una gestión más dinámica¹⁰⁸¹.

La solicitud de seguro usualmente proviene de la sociedad que actuando como futura tomadora suscribe el contrato por cuenta de todos sus administradores y altos ejecutivos mediante una póliza colectiva. Le compete a ella, por tanto, el deber precontractual de declaración del riesgo. Cuando los asegurados están en mejores condiciones para responder el cuestionario se requiere que también ellos completen una fórmula de declaración. En caso de no ser así, bastará que lo haga la tomadora¹⁰⁸².

El contrato puede ser celebrado por la sociedad matriz o la *holding* de modo de cubrir la responsabilidad civil del administrador o de los directores o miembros del consejo de administración de una sociedad filial perteneciente al grupo¹⁰⁸³.

Los administradores, directores y altos ejecutivos pueden solicitar cobertura al asegurador en forma individual, para protegerse de las consecuencias económicas desfavorables que entraña su actividad¹⁰⁸⁴. Incluso se admite que el contrato sea concluido por la sociedad y por los administradores y altos

¹⁰⁸¹ RONCERO SÁNCHEZ, ob. cit., p. 19, nota 2 y pp. 24 y 35 y ss.; MOYA JIMÉNEZ, *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, 7ª ed. (Barcelona, Bosch, 2011), p. 359; CAMPINS VARGAS, ob. cit., pp. 985, 986 y 987.

¹⁰⁸² VICENT CHULIÁ, “Medidas de prevención...”, p. 370; CAMPINS VARGAS, ob. cit., p. 897; IRIBARREN BLANCO, *El seguro de responsabilidad civil de los administradores de sociedades de capital* (Cizur Menor -Navarra, Thomson-Civitas, 2005), pp. 221 y 225.

¹⁰⁸³ MORRAL SOLDEVILLA, “Algunas consideraciones...”, p. 322.

¹⁰⁸⁴ PÉREZ CARRILLO, loc. cit.

ejecutivos en forma conjunta, en cuyo caso todos compartirán la posición jurídica de tomador¹⁰⁸⁵.

No siendo las últimas formas relacionadas las más frecuentes de acceder a este contrato, en adelante trataremos las declaraciones particulares del seguro *D&O* discriminando el interrogatorio a la sociedad y a los asegurados en particular¹⁰⁸⁶.

La sociedad proponente del contrato debe identificarse convenientemente, aportando la denominación, la forma o el tipo social adoptado, la fecha de constitución, el registro donde se haya inscrito el contrato, el domicilio de la administración, el objeto social, la cifra de su capital social y el número de registro a los efectos fiscales.

Si la sociedad forma parte de un grupo de sociedades, si tiene filiales o lo es de una sociedad matriz, además, corresponde proporcionar los datos de cada una de las sociedades involucradas¹⁰⁸⁷.

El asegurador usualmente interroga a la sociedad de modo de conocer el ámbito geográfico en el que desarrolla su actividad en tanto ello determina el ordenamiento jurídico que gobernará la responsabilidad de sus administradores¹⁰⁸⁸.

Otras preguntas apuntan a determinar el tiempo que lleva operando la sociedad, el tipo de clientela, especialmente si su existencia depende de pocos compradores.

Debe informarse si la sociedad se propone alterar su estructura realizando operaciones de fusión, escisión o transformación de su tipo. Asimismo, corresponde expresar la intención de realizar cambios en el capital.

¹⁰⁸⁵ RONCERO SÁNCHEZ, ob. cit., p. 68.

¹⁰⁸⁶ SALELLES, ob. cit., p. 1.142, nota 48.

¹⁰⁸⁷ GUERRERO LEBRÓN, ob. cit., p. 68; PÉREZ CARRILLO, ob. cit., p. 68; IRIBARREN BLANCO, *El seguro...*, p. 216.

¹⁰⁸⁸ RONCERO SÁNCHEZ, ob. cit., pp. 308 y 309.

Las declaraciones se complementan con la presentación de los estados contables, informes y auditorías de los últimos ejercicios¹⁰⁸⁹. Todos estos documentos son parte integrante del deber de declaración del riesgo, por lo cual su falsedad determina las consecuencias civiles y penales que correspondan¹⁰⁹⁰.

La sociedad debe indicar cómo está organizada su administración, estableciendo si se trata de un órgano unipersonal o colegiado, describiendo la integración concreta y la responsabilidad de cada uno de los involucrados¹⁰⁹¹.

Si es una sociedad anónima, debe agregarse información sobre los accionistas y los miembros del órgano de administración. Respecto de los primeros se acostumbra preguntar si existen accionistas poseedores de más del 20% del capital integrado y si entre ellos hay vínculos familiares. Sobre los administradores es importante saber si son asimismo accionistas y en ese caso, si disponen de más del 50% del capital integrado de la sociedad¹⁰⁹².

En el seguro de responsabilidad civil *D&O*, la apreciación del riesgo depende, fundamentalmente, de la salud económica de la sociedad, al punto de que las circunstancias personales de los asegurados individualmente considerados suelen ser un tanto indiferentes.

Muchas compañías aseguradoras se conforman con un simple listado de los administradores y directores, extendiendo la cobertura a quienes han dejado de serlo y a los que lo serán en el futuro. Se llega a amparar, incluso, al administrador de hecho, esto es, al que no ha sido nombrado como tal o que lo ha sido pero irregularmente o que ha dejado de serlo y continúa ejerciendo el cargo.

¹⁰⁸⁹ GUERRERO LEBRÓN, ob. cit., p. 66.

¹⁰⁹⁰ PÉREZ CARRILLO, ob. cit., pp. 70 y 72; IRIBARREN BLANCO, *El seguro...*, p. 217, nota 314.

¹⁰⁹¹ PÉREZ CARRILLO, ob. cit., p. 69.

¹⁰⁹² GUERRERO LEBRÓN, loc. cit.; PÉREZ CARRILLO, ob. cit., p. 66.

De modo de conocer la real situación económica y financiera por la que está atravesando la sociedad tomadora, el asegurador requiere se le adviertan los incumplimientos, así como la adopción de aquellas resoluciones sociales correctoras de ciertos desequilibrios patrimoniales como los aumentos de capital integrado por pérdidas. Todo ello, claro está, convenientemente respaldado con la copia de los documentos que acrediten los hechos invocados¹⁰⁹³.

La conducta del asegurador, particularmente inquisitiva en este aspecto, se justifica plenamente pues los hechos pasados, que eventualmente pudieran dar lugar a reclamaciones de responsabilidad, estructuran el riesgo contemplado en el contrato. Consecuentemente, sería lícito el aseguramiento de hechos sucedidos con anterioridad a la conclusión del contrato siempre, claro está, que hayan sido honestamente declarados al asegurador.

La consulta sobre los hechos pasados se realiza tanto a la sociedad como a los asegurados. No obstante, es necesario resaltar que en ocasiones los administradores y directores poseen más información que la propia tomadora¹⁰⁹⁴. Por este motivo, aun en el caso de que la obligada a declarar el riesgo sea la sociedad, los administradores y directores quedan sujetos al deber de informar pues en los seguros tomados a cuenta ajena, es de orden que los asegurados estén en mejores condiciones de satisfacer al asegurador¹⁰⁹⁵. Las particularidades de esta pregunta y las consecuencias de su respuesta falsa o inexacta serán analizadas enseguida, al considerar el cuestionario a los asegurados.

¹⁰⁹³ IRIBARREN BLANCO, *El seguro...*, pp. 113, 216 y 217.

¹⁰⁹⁴ IRIBARREN BLANCO, *El seguro...*, pp. 218, 219, 226 y 222.

¹⁰⁹⁵ En el Derecho español esta solución viene respaldada por el artículo 7 de la Ley de Contrato de Seguro. Comentando la norma, IRIBARREN BLANCO considera que la solución es parcial pues el artículo opera, sólo, cuando el deber de informar no pueda ser cumplido por el tomador, esto es, cuando se trate de aspectos que le son desconocidos (IRIBARREN BLANCO, *El seguro...*, pp. 225).

Asimismo, es la solución del artículo 1894 del *Codice Civile*.

En estos seguros se acostumbra preguntar si la sociedad recibió inspecciones en los últimos años, su naturaleza y su resultado¹⁰⁹⁶.

Cuando la declaración del riesgo es competencia de los directores, administradores y ejecutivos considerados individualmente, se produce una multiplicación de cuestionarios que plantea el problema de si la declaración reticente o deshonestada de uno de los involucrados, compromete la de los demás.

Antes de exponer las soluciones que se han dado a esta cuestión, es básico dejar sentado que todos los interrogados son sujetos individuales e independientes y que sólo tienen en común la evaluación del riesgo al que están sometidos.

Se ha dicho que dada la autonomía entre las declaraciones de los asegurados, no debería dudarse de la honestidad de quienes dicen desconocer la existencia de una reclamación, sólo porque uno de los integrantes del cuerpo haya obrado de mala fe. Quiere decir que el incumplimiento singular del deber de declaración no autorizaría al asegurador a incumplir con su prestación respecto de quienes obraron conforme a Derecho¹⁰⁹⁷.

No obstante y en contra de esta posición, se ha señalado que la infracción particular al deber de declaración del riesgo atenta contra la estimación del riesgo global, de modo tal que basta una afirmación u omisión deshonestada para que la aseguradora equivoque el juicio sobre el estado general del riesgo¹⁰⁹⁸.

Para evitar este inconveniente, la práctica aseguradora estadounidense ha impuesto lo que se conoce como *cláusula de divisibilidad del cuestionario* o *severability provisions*.

Las estipulaciones referidas advierten que los cuestionarios presentados a cada uno de los involucrados son independientes y

¹⁰⁹⁶ GUERRERO LEBRÓN, ob. cit., p. 66.

¹⁰⁹⁷ IRIBARREN BLANCO, *El seguro...*, pp. 227, 228 y 229.

¹⁰⁹⁸ PÉREZ CARRILLO, ob. cit., p. 75.

que ninguna afirmación o declaración puede ser atribuida a otras personas. Así, el contrato se rescindirá respecto del declarante deshonesto, pero se mantendrá para aquellos que no fueron responsables de la falsedad¹⁰⁹⁹.

En otro orden, cuando la sociedad tomadora atraviesa dificultades económicas, el riesgo de responsabilidad de los administradores y directores, como es lógico, se ve incrementado.

Cuando hay pérdidas que comprometan la garantía patrimonial, los acreedores sociales pueden promover la acción social de responsabilidad. Esto explica el interés del asegurador en conocer si el tomador o los asegurados son conscientes de haber realizado actos por los cuales deban responder civilmente.

Generalmente las pólizas en uso contienen una fórmula genérica - *no prior knowledge* - mediante la cual el declarante expresa no tener conocimiento de ningún hecho o circunstancia que pueda determinar un reclamo¹¹⁰⁰. En cambio, si tiene razones para creer lo contrario debe detallar claramente cuál es la situación.

Finalmente, los solicitantes, sean personas físicas o jurídicas, deben declarar su experiencia, cualificación profesional y toda actividad previa que pueda servir para evaluar su aptitud en el cargo desempeñado y las posibilidades reales de incurrir en responsabilidad¹¹⁰¹.

d. Administradores concursales

La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley Concursal 22/2003, introdujo en el sistema concursal español la exigencia de un seguro de responsabilidad civil o de una garantía equivalente proporcional a la naturaleza y al alcance del riesgo cubierto, como presupuesto necesario para poder actuar como administrador concursal en los concursos de acreedores de ese país.

¹⁰⁹⁹ GUERRERO LEBRÓN, ob. cit., p. 70; PÉREZ CARRILLO, ob. cit., pp. 75 y 76.

¹¹⁰⁰ PÉREZ CARRILLO, ob. cit., p. 74.

¹¹⁰¹ GUERRERO LEBRÓN, ob. cit., pp. 69 y 68.

El seguro de responsabilidad civil obligatorio o la garantía sustitutiva, reclamado por la Ley referida, ha sido regulado por el Real Decreto 13333/2012, de 21 de septiembre.

Muchos administradores concursales en España deben concertar el seguro de responsabilidad civil impuesto por la Ley 38/2011, en la medida en que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2, dicha obligación recae sobre el administrador concursal, sea persona natural o jurídica (en este último caso la cobertura del seguro incluye la responsabilidad de los profesionales que actúen por cuenta de ésta), con la única excepción la administración pública o las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de la anterior, en tanto designen un funcionario público para desempeñar tales tareas. Tampoco existe obligación de aseguramiento cuando sea designado administrador concursal el personal técnico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores o del Consorcio de Compensación de Seguros.

La contratación del seguro obligatorio y su vigencia es un presupuesto necesario para la aceptación del cargo de administrador concursal.

El artículo 1 del Real Decreto establece que al aceptar el nombramiento, el administrador concursal deberá acreditar ante el Secretario Judicial que conozca del concurso la vigencia del contrato de seguro. El artículo 4 establece que una vez aceptado el cargo por el administrador concursal, el Secretario del Juzgado notificará al asegurador el nombramiento y la aceptación, con expresión de las fechas en que se hubieran producido. Asimismo notificará el cese del administrador en su cargo.

La acreditación de la vigencia del contrato se realiza mediante la exhibición y testimonio de la póliza y del recibo de la prima correspondiente al período en curso o con el certificado de cobertura expedido por la entidad aseguradora.

En atención a los años que puede insumir la administración concursal, el Real Decreto prevé la constante renovación de la póliza de seguro, sin importar la duración prevista inicialmente, por períodos de un año, tantas veces como lo entiendan las partes,

salvo que cualquiera de ellas se oponga a la prórroga, en cuyo caso el administrador concursal habrá de aportar otro contrato de seguro antes de que finalice la cobertura de la póliza en cuestión (artículo 5).

No es necesario que el seguro lo contrate el administrador concursal. Este seguro se puede concertar por cuenta propia o ajena, lo que en la práctica puede ser de mucha utilidad para el caso de que lo tome un colegio profesional de administradores concursales, por ejemplo, de modo de cubrir la responsabilidad de sus miembros.

Como principio general, la cobertura obligatoria del seguro de responsabilidad civil obligatorio de los administradores concursales españoles comprende el riesgo del nacimiento de la obligación de indemnizar al deudor o a los acreedores, los daños y los perjuicios ocasionados a la masa activa del concurso por los actos o las omisiones cometidas por él o por el auxiliar delegado del que sea responsable, en tanto y en cuanto sean contrarios a la ley, o hayan sido realizados sin la debida diligencia y siempre en el ejercicio de su función (artículo 3.1).

Esta responsabilidad alcanza la responsabilidad propiamente concursal y también la extraconcursal, esto es, aquella procedente de la infracción al deber de no causar daño¹¹⁰².

Por otra parte, la reforma introducida por la Ley 38/2011, en el sentido de suprimir la mayúscula de la palabra “ley”, ampliaría la responsabilidad permitiendo que la misma se extienda a todas las disposiciones legales¹¹⁰³.

Asimismo, la garantía del seguro extiende la cobertura de los daños y perjuicios por los actos u omisiones del administrador concursal que lesionen directamente los intereses del deudor, los acreedores o los terceros y también los gastos necesarios en que

¹¹⁰² IRIBARREN, “El seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales”, *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 29 (Madrid, Civitas, 2013), BIB 2013\534 (Weslaw).

¹¹⁰³ VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, v. II, 24 ed (Valencia, Tirant lo Blanch, 2013), p. 2079.

hubiera incurrido el acreedor que hubiera ejercitado la acción de responsabilidad del administrador concursal, en interés de la masa (artículo 3.1).

En cuanto a su delimitación objetiva y temporal, el riesgo en el seguro de responsabilidad civil del administrador concursal viene delimitado por la cuantía y por el momento en que ocurra el siniestro.

Respecto de la cuantía, el artículo 8 establece que por regla general la suma mínima asegurada es de trescientos mil euros, cifra que aumenta en función de la trascendencia del concurso o del número de cargos que ostente el administrador concursal.

Respecto de la delimitación temporal, el artículo 9 del Real Decreto dispone la *claims made* pues autoriza que la cobertura del seguro comprenda las reclamaciones presentadas durante el ejercicio de la función del administrador concursal o en los cuatro años siguientes contados desde que cesó en el cargo por cualquier causa, en tanto las reclamaciones se funden en los daños y perjuicios causados a la masa activa mientras fue administrador concursal.

Estas cláusulas de extensión de cobertura están admitidas en el Derecho español por el art. 73.2 de la Ley de Contrato de Seguro, 50/80, aunque se las considera *limitativas de los derechos del asegurado*, por lo que habrán de destacarse especialmente y consentirse por escrito, en un todo de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3.1.

El seguro de los administradores concursales en el Derecho español no se limita a la cobertura obligatoria en la medida en que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 10 del Real Decreto, es posible contratar extensiones de cobertura de modo de abarcar todos los concursos en los que se intervenga o pactar otras garantías complementarias.

Se ha cuestionado la oportunidad de este seguro y ello porque la Ley Concursal española, igual que la uruguaya, contempla un sistema accesible y severo para responsabilizar al administrador concursal. En efecto, de acuerdo a la Ley Concursal de este país, los administradores concursales son

responsables frente al deudor y los acreedores por los daños y los perjuicios causados a la masa por los actos y las omisiones contrarios a la ley o los realizados sin la debida diligencia. La responsabilidad de los administradores concursales es solidaria con la de los auxiliares delegados, salvo que prueben haber empleado toda la diligencia debida para prevenir o evitar el daño.

La acción de responsabilidad se sustancia ante el mismo juez del concurso y prescribe a los cuatro años, contados desde que el actor tuvo conocimiento del daño o desde el cese en sus cargos (artículo 36).

La acción se ejercita en principio en interés de la masa, pero ello es sin perjuicio de la acción de responsabilidad individual por lesión directa a los intereses del deudor, acreedores o terceros (artículo 36 apartados 5 y 6).

La Ley de Concursos y Reorganización Empresarial, 18.387, dispone que el síndico, el interventor y los auxiliares cuyo nombramiento hubiera autorizado el juez del concurso, respondan frente al deudor y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa del concurso por los actos y omisiones contrarios a la ley o por los realizados sin la debida diligencia. La acción se promoverá, en vía ordinaria ante el juez del concurso y prescribirá a los dos años a partir del momento en que, por cualquier causa, el síndico o el interventor hubieran cesado en el cargo.

Esta Ley no impone a los síndicos e interventores concursales el deber de contraer ningún tipo de seguro.

Pueden intentarse otros argumentos para defender este seguro. Puede argumentarse que aliviaría el daño que el administrador concursal viene a ocasionar a la masa activa por su actuación negligente o maliciosa, daño que vendría a sumarse al que de por sí ya sufren los acreedores como consecuencia de la insolvencia del deudor¹¹⁰⁴.

¹¹⁰⁴ IRIBARREN BLANCO, “El seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales”, p. 3.

También podría aceptarse que el seguro beneficia el desempeño de la labor del administrador concursal, sobre todo cuando hay suspensión de las facultades del concursado y que podría favorecer las condenas de responsabilidad en la medida en que los tribunales se sentirían más libres de sancionar a los administradores.

En nuestra opinión, las responsabilidades que supone la administración concursal justifican que el administrador contrate un seguro apropiado para ello, pero no vemos que ninguna de las razones apuntadas amerite su imposición.

De una u otra forma, una correcta declaración de los riesgos en este tipo de seguro debería dejar meridianamente claro al asegurador si al administrador concursal se le ha realizado alguna reclamación profesional por negligencia, error u omisión, en cuyo caso habrá de proporcionar la información detallada de cada incidencia (fecha, importe reclamado, pagos pendientes, pagos efectuados), además de una descripción de los hechos.

Ahora, dado que el seguro de responsabilidad profesional genera problemas para delimitar el siniestro, es conveniente que el asegurador también pregunte si el futuro asegurado tiene conocimiento de cualquier hecho que razonablemente pudiera dar lugar a una reclamación.

Sobre el administrador concursal, el asegurador acostumbra preguntar lógicamente el detalle de su actividad, el ámbito geográfico donde se desempeña, la conformación de su equipo de trabajo y la cualificación profesional de cada uno, indicando la titulación que en cada caso se ostente.

También es frecuente que se consulte sobre la facturación del último ejercicio cerrado y la estimación del ejercicio en curso, indicando qué porcentaje de los ingresos del tomador corresponde a su labor como administrador concursal y qué porcentaje corresponde a otras actividades. Como en otros seguros, importa conocer si existen otros seguros de responsabilidad civil.

3. Seguro de responsabilidad civil de vehículos a motor

En el seguro de responsabilidad civil de vehículos a motor el asegurador se obliga, a cambio de una prima, a mantener indemne el patrimonio del asegurado de la agresión del damnificado como consecuencia de un hecho de circulación en el que participó el vehículo identificado en el contrato¹¹⁰⁵.

Hoy en día la responsabilidad civil de los propietarios y conductores de vehículos a motor es objeto de seguros obligatorios que garantizan un mínimo de cobertura a la víctima del accidente.

En España el seguro obligatorio de automóviles se encuentra regulado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, que aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

En Uruguay, este seguro se regula en la Ley 18.412, de 17 de noviembre de 2008, que establece la responsabilidad civil por daños corporales causados a terceros por determinados vehículos de circulación terrestre y maquinarias.

En lo que respecta a la República Argentina, el seguro obligatorio se encuentra previsto en la Ley de tránsito 24.449, de 23 de diciembre de 1994.

En general, la cobertura de los seguros obligatorios se extiende a otros daños no cubiertos por el mínimo legal. Conviven, de este modo, un seguro obligatorio y otro voluntario, lo cual obliga a distinguir entre las declaraciones de riesgo que el legislador considera apropiada y suficiente información para la aseguradora, de las declaraciones de riesgo que la aseguradora considera relevantes según sus propios intereses¹¹⁰⁶.

¹¹⁰⁵ SOTO NIETO, *Responsabilidad civil derivada del accidente automovilístico* (Madrid, La Ley, 1989), p. 115; MORILLAS JARILLO, ob. cit., p. 401.

¹¹⁰⁶ PINAZO OSUNA, “Seguro de suscripción obligatoria y seguro voluntario del automóvil. Obligación de asegurarse. Ámbito. Declaración amistosa. Daños

La garantía del seguro de responsabilidad civil de vehículos a motor alcanza al propietario y también a la persona que el asegurado señale como conductor habitual autorizado a dirigir el vehículo, individuo que queda sometido al régimen general del contrato, sobre todo en lo que refiere a la delimitación del riesgo¹¹⁰⁷.

Respecto de estas personas habrán de proporcionarse todos los elementos que permitan identificarla (nombres, apellidos, documentos de identidad) y formarse una idea de su estilo de vida (edad, domicilio, profesión).

Adquiere particular relevancia la información sobre el permiso de conducción, especialmente la fecha de su obtención, fundamentalmente para los conductores señalados como habituales¹¹⁰⁸, en tanto entre las declaraciones falsas más comunes se encuentra la indicación de un conductor que no es el habitual para ocultar la juventud o la escasa antigüedad del permiso de conducir del que sí lo es.

Otro dato importante para el asegurador es la existencia de infracciones de tránsito severas, especialmente si determinan el retiro del permiso de conducir. La razón de esta pregunta radica en la importancia de la siniestralidad en tanto factor de destrucción de la homogeneidad de la tarifa y consecuente aumento del coste del seguro. Para evitar este resultado los aseguradores mantienen historiales actualizados de los sucesos ocurridos en los últimos cinco años, en cada póliza¹¹⁰⁹.

materiales. Valoración de la actividad probatoria en los accidentes de circulación”, en: *Derecho de seguros*, t. III (Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997), p. 154; CARRESI, “Osservazioni sulla...”, p. 124.

¹¹⁰⁷ STIGLITZ, “Seguro automotor obligatorio. Situación actual, El de antes, El de siempre”, *La Ley*, 128, D (2010), pp. 1 y 2.

¹¹⁰⁸ VEIGA COPO, *Tratado...*, p. 694.

¹¹⁰⁹ GUILLÉN ESTANY et al., ob. cit., pp. 16 y 17.

Luego, ya son conocidos los casos de declaración de siniestros imaginarios y de exageración de los daños materiales y corporales realmente sufridos¹¹¹⁰.

En lo que refiere al derecho de exclusión de cobertura, siempre se puso como ejemplo la conducción en estado de ebriedad o bajo el influjo de drogas tóxicas.

Resulta interesante la solución del Derecho español. En este país, la excepción referida es inoponible a la víctima en los seguros obligatorios, si bien al asegurador le queda expedita la acción de repetición contra el conductor, el propietario del vehículo y el asegurado. La doctrina se ha mostrado complacida con la solución. Así, se ha señalado que el sistema compensa adecuadamente el mayor riesgo que supone la conducción en un estado que notoriamente altera las facultades normales del individuo.

Se anota que la norma sanciona una conducta reprobable y concomitantemente, dota al damnificado de una acción que le permite el resarcimiento, sin dejar al asegurador desguarnecido.

Por otra parte, la disposición refleja la doctrina más avanzada que distingue entre el accidente doloso, esto es, querido, y el culpable, aquél temerario y gravemente imprudente, pero no buscado, que, en definitiva, establece el límite con el homicidio o con las lesiones¹¹¹¹.

En los seguros voluntarios no ocurre lo mismo, pues se entiende que son un complemento para todo aquello que el obligatorio no cubre.

Gobernados por la autonomía de la voluntad, en principio, el asegurador queda obligado a responder frente al perjudicado. Sin embargo, es usual que el asegurador incorpore una cláusula limitativa que deja fuera de la cobertura los daños ocasionados si

¹¹¹⁰ MAZA MARTÍN, ob. cit., p. 140.

¹¹¹¹ SOTO NIETO, "Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas tóxicas. La responsabilidad civil y el seguro ante la originación de un resultado lesivo", *Revista española de seguros*, n° 105 (2001), pp. 54 y 57; VEIGA COPO, *Tratado...*, pp. 827 y 828.

el conductor habitual se hallaba en estado de ebriedad o bajo los efectos de drogas tóxicas¹¹¹².

De todas formas, se ha entendido que la solución dada en los seguros obligatorios viene consolidándose, también en los voluntarios, por vías indirectas como considerarla una cláusula limitativa de los derechos del asegurado (en los casos de franco incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro) o fundando el rechazo de la excepción en cuestiones de hecho, como la falta de prueba del estado de embriaguez, o la inexistencia de nexo causal entre el estado de ebriedad y el siniestro¹¹¹³.

Luego, el seguro de responsabilidad civil automovilística cubre el hecho fortuito o la fuerza mayor endógena, esto es, el suceso imprevisto y desconocido para el tomador, origen del accidente cuyos daños se pretende sean atendidos por el asegurador. Esto significa que si el conductor se sintió mal durante la conducción, en un acontecimiento sin las características de imprevisión e ignorancia anotadas, comprometerá su derecho a la prestación del asegurador pues la incertidumbre del evento dañoso resultará bastante disminuida.

En cambio, si el chofer sufrió un incidente cardiovascular cerebral casual o sin motivo fundado para sospechar que el resultado fuese previsible, el asegurador deberá la indemnización. Es el caso del accidente originado en un malestar en la conducción en el que el conductor ignora su enfermedad o aun conociéndola, las manifestaciones patológicas son tan mínimas que no permiten suponer que tenga alteradas sus facultades. Ahora, claro que si el asegurador puede demostrar que la dolencia

¹¹¹² Criterio que el Tribunal Supremo ha respaldado en tanto y en cuanto el asegurador cumpla con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro (STS de 15 de diciembre de 2011 [R.O.J. 9176]; STS de 16 de febrero de 2011, [R.O.J. 543]; STS de 5 de noviembre de 2010, [R.O.J. 5876].

¹¹¹³ VEIGA COPO, *Tratado...*, p. 701; OLMOS PILDÁIN, “Artículo 9. Ámbito material”, en: DE ANGULO RODRÍGUEZ, L y CAMACHO DE LOS RÍOS, J. (DIRS.), *Comentario al Reglamento sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (Aprobado por RD 7/2001, de 12 de enero)* (Barcelona, Atelier, 2001), nota 236.

o las limitantes le eran conocidas, aunque no deseara el resultado, podrá alegar la reticencia o la falsedad en la declaración¹¹¹⁴.

En comparación con los ejemplos señalados, otros datos personales del propietario del vehículo tienen una importancia relativa. Piénsese en la residencia del proponente del seguro y si corresponde que el asegurador niegue la prestación en caso de declaración falsa u omisa. En general, se entiende que se trata de información irrelevante para el asegurador. Sin embargo, si esta mentira tiene por finalidad defraudar al fisco evitando el pago de los aranceles de importación, los Tribunales, en alguna oportunidad, decidieron lo contrario¹¹¹⁵. Incluso desde la óptica del asegurador, se ha calificado esta omisión como un acto fraudulento¹¹¹⁶.

Con la información personal proporcionada, el asegurador establece las variables de tarificación *a priori*, denominadas *class rating*, que luego habrán de ser ajustadas al caso concreto¹¹¹⁷. Por esta razón la declaración exacta de los tópicos expuestos en los párrafos precedentes, en la medida en que suponen un aumento en el coste de la prima¹¹¹⁸, se apoya en fundamentos actuariales,

¹¹¹⁴ BAILLO Y MORALES-ARCE, ob. cit., pp. 300, 301, 383, 384 y 385.

¹¹¹⁵ Así, en un asunto resuelto por los tribunales argentinos, la tomadora mintió respecto de su lugar de residencia a los efectos de evadir los aranceles de importación del vehículo. El juez que entendió en la primera instancia decidió que no se trataba de un dato importante para la valoración del riesgo del asegurador. En la segunda instancia, en cambio, el hecho fue considerado relevante por dos motivos: por defraudar la imagen que la aseguradora se había formado de la tomadora y por el aumento de riesgo que significa que la Aduana tuviera un mejor derecho sobre el vehículo en infracción (SCNCom, de 8 de febrero de 1963, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. 110 [1963], pp. 837, 838 y 839).

¹¹¹⁶ MANGHETTI, “Le frodi assicurative a partire dalla r.c. auto: che fare?”, *Assicurazioni*, año XXIV, n° 4 (2007). p. 614.

¹¹¹⁷ GUILLÉN ESTANY et al, ob. cit., p. 15.

¹¹¹⁸ GÁLVEZ OCHOA, ARROYO y SUSAE TA ERBURU, loc. cit.; AGUILERA, “Fraude en automóviles”, en: *El fraude en el seguro de automóviles. Visión global y bases para una actuación sectorial* (Madrid, Centro de Estudios del Seguro, 1992), p. 65.

además de los tradicionales argumentos jurídicos de respeto a la honestidad y a la buena fe¹¹¹⁹. Luego, como es lógico, el proponente de un seguro de automóviles debe individualizar el vehículo describiendo su marca, modelo, matrícula y características más sobresalientes¹¹²⁰.

La cantidad de kilómetros que tiene un vehículo es demostrativa de su utilización y por tanto del grado de exposición a los riesgos del tránsito. Los automóviles cero kilómetro son aceptados en todas las compañías de seguros. Los vehículos antiguos, en cambio, a partir de determinado año, suelen ser rechazados por algunas aseguradoras. El fraude más común implica indicar un kilometraje menor al real para pagar una prima más económica¹¹²¹. Otra modalidad de engaño consiste en omitir o declarar en forma inexacta el número de bastidor o VIN¹¹²² que identifica a los vehículos utilizados en Europa¹¹²³.

El uso habitual de rodado es otro dato que informa al asegurador respecto del grado de exposición a los riesgos. Es bien sabido que un vehículo de uso particular o de recreo no está expuesto a los riesgos del tránsito con la misma intensidad con que lo está un rodado de uso comercial. A pesar de su relevancia, ésta información no está contemplada en el cúmulo de

¹¹¹⁹ MORILLAS JARILLO, ob. cit., p. 214.

¹¹²⁰ VEIGA COPO, *Tratado...*, p. 694.

¹¹²¹ Véase la SCNCom, sala B, de 1 de marzo de 1985 (LL. 1985-C, 530). En este caso, el tomador del seguro solicitó una cobertura para un vehículo cero kilómetro cuando, durante el proceso, se probó que el rodado en cuestión había sido fabricado en 1980.

¹¹²² Casi todos los vehículos en Europa tienen un número de bastidor formado por 17 caracteres alfanuméricos que lo identifica de forma inequívoca. Esta señalización tiene múltiples usos. Por ejemplo, los talleres mecánicos lo utilizan para identificar el motor, la transmisión y los sistemas de frenos instalados por los fabricantes con el fin de poder realizar las revisiones correspondientes. Sirven a la policía para rastrear y recuperar vehículos y piezas robadas. Los fabricantes recurren a ellos para resolver los defectos de fabricación relacionados con la seguridad (“¿Qué es un n° de bastidor?”, en: *Carfax España – Informe* (www.carfax.es)).

¹¹²³ GÁLVEZ OCHOA, ARROYO y SUSAEETA ERBURU, ob. cit., pp. 13 y 37.

declaraciones que impone el Real Decreto español. No obstante la omisión, la doctrina especializada entiende que debe realizarse la correspondiente declaración¹¹²⁴.

En la práctica, los aseguradores requieren del proponente del seguro respuestas muy concretas respecto de la actividad para la cual será utilizado el vehículo y hasta las rutas por las que circulará. La declaración reticente, inexacta o falsa sobre aspectos como los señalados son las razones más comunes esgrimidas por los aseguradores para denegar el pago.

El fundamento manejado suele ser extraído de la economía del seguro. Así, se explica que esta información tiene una enorme influencia sobre el costo de la prima y sobre la decisión de aceptar o rechazar el seguro¹¹²⁵. Sin embargo y como hemos tenido oportunidad de analizar en la primera parte de este trabajo, si el asegurador recibe el formulario completado por el proponente y lo acepta, pese a constatar que ha dejado en blanco los casilleros de respuesta, se ha decidido que no sería información relevante para el asegurador y por tanto no habría reticencia¹¹²⁶.

La identificación del vehículo se completa con la referencia a su lugar de armado. Cuando esta operación se realiza por un particular mediante el empleo de partes de distinta antigüedad, se rellena el formulario con la sigla *AFF*, que significa *armado fuera de fábrica*. Alguna jurisprudencia argentina sostuvo que se trata de información relevante para el asegurador, de modo tal que si el futuro tomador miente indicando un modelo y año de producción que no corresponde a la realidad, podría hacerse valer

¹¹²⁴ VEIGA COPO, *Tratado...*, p. 694.

¹¹²⁵ STIGLITZ - STIGLITZ, *Derecho de seguros*, t. IV, pp. 206 y 207.

¹¹²⁶ SCNCom de 25 de julio de 1986 (*Jurisprudencia Argentina*, n° 1 [1986], pp. 566 y ss.).

la reticencia¹¹²⁷. La opinión no ha sido seguida por prestigiosa doctrina¹¹²⁸.

Capítulo tercero. Seguros marítimos y aéreos

Los seguros marítimos son seguros de daños en los cuales el asegurador, a cambio de una prima, se obliga a indemnizar al asegurado los perjuicios patrimoniales sufridos en un viaje marítimo.

El seguro aéreo o aeronáutico es un contrato de seguro que tiene por objeto garantizar los riesgos propios de la navegación que afectan a la aeronave, mercancías, pasajeros y flete, así como las responsabilidades derivadas de los daños causados a terceros por la aeronave en tierra, agua o vuelo.

En España los seguros marítimos se encuentran regulados en la sección 3ª del título III del Código de Comercio, desde el artículo 737 al 805. La Ley de Contrato de Seguro se aplica a estos seguros en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.2. Además, los aseguradores españoles utilizan un modelo de póliza, aprobada por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, que suele incorporar las cláusulas del Instituto de Aseguradores de Londres¹¹²⁹.

Actualmente existe un Proyecto de Ley de Navegación Marítima, de 22 de noviembre de 2013, presentado por el Ministerio de Justicia, que en el Título VIII regula el contrato de seguro marítimo¹¹³⁰.

En Uruguay el seguro marítimo se encuentra previsto en el libro tercero del Código de Comercio, en los artículos 1327 a

¹¹²⁷ SCNCom de 2 de julio de 1990 (*Jurisprudencia Argentina*, n° 2, abril-junio [1990], p. 331.

¹¹²⁸ STIGLITZ - STIGLITZ, loc. cit.

¹¹²⁹ TIRADO SUÁREZ, “Noción de seguro de transporte terrestre”, p. 1195.

¹¹³⁰ Hemos consultado el texto de este documento en el sitio web del Ministerio de Justicia el 20 de enero de 2014.

1422. La práctica aseguradora también acostumbra utilizar pólizas como las que se usan en España.

En la República Argentina los seguros marítimos se rigen por las disposiciones de la Ley de Navegación, de 15 de enero de 1973, desde el artículo 408 al 453 y también por la Ley de Seguros.

El seguro aéreo en España se regula en la Ley 48/1960, de Navegación Aérea, de 21 de julio de 1960 (artículos 126 a 129), siendo obligatorios los seguros de pasajeros, los de daños causados a terceros, los de aeronaves destinadas al servicios de líneas aéreas y el de las que sean objeto de hipoteca. La normativa se completa con la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea. También para estos seguros los aseguradores utilizan el modelo de póliza, aprobada por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, referido para el seguro marítimo.

En la República Argentina los seguros aéreos obligatorios están previstos en el Título X del Código Aeronáutico, sancionado el 17 de mayo de 1967. Fuera de ellos, la Ley de Seguros también les es aplicable.

En Uruguay los seguros aéreos obligatorios se regulan en el Título XIV del Código Aeronáutico, de 29 de noviembre de 1974, en la redacción dada por la Ley de 3 de agosto de 1993.

A. El riesgo y la garantía asegurativa en el seguro marítimo y aéreo

1. Principio rector

Desde las Ordenanzas el seguro marítimo se gobierna por el principio de la universalidad de los riesgos¹¹³¹. Consecuentemente, salvo las exclusiones establecidas en la ley o en el contrato, el asegurador habrá de soportar cualquier evento dañoso sobre el interés asegurado. Lo contrario, esto es la

¹¹³¹ TIRADO SUÁREZ, “La delimitación del riesgo en el seguro de transporte terrestre”, p. 1280; URÍA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 100.

enumeración de los riesgos cubiertos, es el denominador común en la mayor parte de los seguros.

La aplicación de semejante principio se justifica en la imposibilidad de limitar los riesgos que supone la aventura marítima y por analogía, también la aventura aérea¹¹³².

2. Alcance de la cobertura en el seguro marítimo y aéreo

Pese a lo que pudiera parecer, en estos seguros ni se cubren exclusivamente los riesgos de la navegación y aviación, ni se cubren universalmente todos los riesgos del viaje por aire o por mar¹¹³³.

Estos seguros no cubren sólo los riesgos que puedan ocurrir durante la navegación (varada, temporal, naufragio, abordaje fortuito, incendio, explosión, echazón, etc.¹¹³⁴) y aviación

¹¹³² En el Derecho español el principio de universalidad del riesgo del seguro marítimo está consagrado en el apartado 14 del artículo 755 del Código de Comercio, norma que, luego de realizar una enumeración de los riesgos más frecuentes agrega “*cualesquiera otros accidentes o riesgos de mar*”. En el Derecho uruguayo, el principio se recoge en el artículo 1379 del Código de Comercio y en la Ley de Navegación argentina en el artículo 410.

¹¹³³ El régimen argentino es más preciso en este sentido, pues el artículo 409 de la Ley de Navegación dispone que las disposiciones correspondientes a los seguros se aplican a los contratos de seguros destinados a indemnizar los daños o las pérdidas sufridas durante la travesía, tanto sea marítima, como cuando se conduce por aguas interiores o durante las operaciones terrestres accesorias. Cuando el viaje comprende trayectos combinados por agua, por tierra o por aire, se aplican las normas del seguro marítimo, salvo que las partes hayan pactado lo contrario.

¹¹³⁴ En el Derecho español, la enumeración no taxativa de riesgos marítimos asegurables está establecida en el artículo 755 del Código de Comercio. En el Derecho uruguayo el principio se encuentra en el artículo 1379:

“Corren por cuenta del asegurador todas las pérdidas y daños que sobrevengan a las cosas aseguradas por varamiento o empeño del buque con rotura o sin ella, por tempestad, naufragio, abordaje casual, cambio forzado de ruta, de viaje o el buque, echazón, fuego, apresamiento, saqueo, declaración de guerra, embargo o detención por orden del Gobierno o de una potencia extranjera, represalia, y

(incendio, explosión, caída súbita, choque, aterrizaje forzoso, error o decisión del piloto, salida de pista, vuelco en despegue o aterrizaje, ingestión de animales u objetos por los rotores, congelación, desgaste natural, etc.), puesto que los aseguradores aceptan numerosas extensiones convencionales del riesgo de modo de abarcar siniestros ocurridos en tierra, en la zona portuaria o aeroportuaria, como la carga y descarga de mercaderías, la navegación por aguas interiores y transportes terrestres accesorios, depósitos de mercadería en tierra por orden de la autoridad, entre otros¹¹³⁵.

Luego, el principio de la universalidad del riesgo no significa que el asegurador se haga cargo de todos los riesgos. Significa que no hay necesidad de enumerarlos en la póliza (como debe hacerse en los demás seguros) y que la garantía del seguro cubre todos los riesgos a excepción de los excluidos por la ley o por la voluntad contractual de las partes.

Así, para el seguro marítimo, además de las causales de exclusión estipuladas en el artículo 756 del Código de Comercio español, 1380 del Código de Comercio uruguayo y 438 de la Ley de Navegación argentina¹¹³⁶, como por ejemplo el cambio

generalmente por todos los accidentes de mar, a no ser que el asegurador haya sido exonerado específicamente de alguno o algunos riegos por estipulación inserta en la póliza”.

¹¹³⁵ URÍA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 105; GUERRERO LEBRÓN, *Los seguros aéreos. Los seguros de aerolíneas y operadores aéreos* (Madrid, Marcial Pons, 2009), p. 64.

¹¹³⁶ La norma argentina dispone:

Salvo estipulación expresa, no son a cargo del asegurador los daños o pérdidas de los efectos, cuando ocurran por alguna de las siguientes causas:

- a) Hecho del asegurado o de sus dependientes, realizado con dolo o culpa grave;*
- b) Cambio voluntario de ruta, de viaje o de buque sin consentimiento del asegurador y sin perjuicio de responder por los daños o pérdidas anteriores a dichos cambios;*
- c) Vicio propio, mala calidad o mal acondicionamiento de los efectos asegurados;*
- d) Merma o disminución natural;*

voluntario de derrota o ruta, de viaje o de buque sin consentimiento del asegurador, la separación espontánea de un convoy, prolongación del viaje a puerto más remoto, baratería del capitán o patrón, falta de la documentación prescrita en la ley, ordenanzas y reglamentos de marina o navegación, u omisiones de otra clase del capitán, mermas, derrames y dispendios procedentes de la naturaleza de las cosas aseguradas), en las pólizas suele agregarse otras. Es el caso de impedir al asegurador examinar la nave, si así lo requiere, por cuanto el mantenimiento de la nave es de vital importancia para la determinación del riesgo. También es el caso de la negligencia inexcusable en la reparación de las máquinas averiadas¹¹³⁷, o la navegación más allá de cierto número de millas náuticas¹¹³⁸.

Con el mismo criterio, en el seguro aéreo se excluyen de la cobertura los siniestros que tengan su causa directa o indirectamente en el vicio propio, deterioro o desgaste gradual de los elementos mecánicos o eléctricos de la aeronave que afecten a la pieza, elemento o grupo viciado, deteriorado o desgastado, el dolo o la negligencia grave del asegurado, el uso de la aeronave para fines distintos de los pactados, la presencia a bordo de material explosivo, incendiario o peligroso, utilización de espacios de aterrizaje no dispuestas al tráfico comercial aéreo, ingestión de materia que desgaste los rotores, tripulación sin la titulación habilitante, aeronave sin el correspondiente certificado de aeronavegabilidad, etc.¹¹³⁹.

e) Defecto de estiba o mal arrumaje de la carga, si ha sido realizada por el cargador, el asegurado o sus dependientes;

f) Prolongación voluntaria del viaje más allá del puerto de destino de los efectos, sin perjuicio de responder por los daños o pérdidas producidos hasta dicho puerto;

g) Demora no razonable en la duración del viaje;

h) Avería particular que no alcance al tres por ciento (3%) del valor asegurado.

¹¹³⁷ BAUTISTA, ob. cit., p. 134.

¹¹³⁸ STS de 12 de marzo de 2013 (R.O.J. 1151).

¹¹³⁹ ARROYO MARTÍNEZ, *Curso de Derecho aéreo* (Cizur Menor-Navarra, Thomson –Civitas, 2006), p. 246; RODRÍGUEZ CARRIÓN, ob. cit., p. 509.

B. Declaraciones en el seguro marítimo y aéreo

1. Aspectos formales y actuariales

La declaración de los riesgos en los seguros marítimos y aéreos tiene ciertas particularidades con respecto a la realizada en el resto de los seguros debido a las circunstancias siguientes:

En primer lugar, los seguros marítimos y aéreos no presentarían la disparidad negocial que se observa en otras especies asegurativas.

En 1940 URÍA GONZÁLEZ señalaba que la empresa marítima era, por regla, mucho más poderosa que su asegurador¹¹⁴⁰, conclusión que hoy es controvertida en el entendido de que la mayoría de los armadores poseen un solo barco, o muy pocos, y muchos en edad de ser desguazados o sustituidos¹¹⁴¹.

Luego, respecto de los seguros aéreos conviene resaltar que las pólizas son elaboradas siguiendo modelos internacionales aunque es frecuente que el asegurador deba atender las especificaciones de cada aerolínea¹¹⁴².

En segundo lugar, la vocación universalista de riesgos de la póliza de seguro marítimo y aéreo entorpecería notablemente la tarea de confeccionar un cuestionario adecuado.

En tercer lugar, en estos seguros es muy difícil calcular las probabilidades de los siniestros y consecuentemente, es poco menos que imposible llegar a un cálculo exacto de los riesgos¹¹⁴³.

En cuarto lugar, en estos seguros los riesgos no suelen ser verificados pues el asegurador confía en que las declaraciones del

¹¹⁴⁰ URÍA GONZÁLEZ, *El seguro marítimo* (Barcelona, Bosch, 1940), p. 17.

¹¹⁴¹ RODRÍGUEZ CARRIÓN, *Derecho de la Navegación*, en: OLIVENCIA, M., FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., y JIMÉNEZ DE PARGA, R., *Los seguros marítimos y aéreos*, v. V (Madrid, Marcial Pons, 2003), p. 22.

¹¹⁴² GUERRERO LEBRÓN, *Los seguros aéreos*, p. 57.

¹¹⁴³ URÍA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 11.

proponente se han hecho de buena fe¹¹⁴⁴, sin perjuicio de lo costoso que suelen ser estas verificaciones.

Por las razones expuestas, aunque algunas de ellas puedan ser discutibles, en materia de seguros marítimos y aéreos predomina la autonomía de la voluntad y por ello el asegurador acostumbra dejar al proponente declarar el riesgo con mucha más libertad, en el entendido de que conoce el riesgo apropiadamente.

Esta idea queda en evidencia en el Proyecto de Ley Navegación Marítima presentado por el Ministerio de Justicia, de 22 de noviembre de 2013, en cuyo artículo 423 se trata el tema de la declaración de los riesgos. De acuerdo a la norma proyectada, el tomador del seguro debe declarar al asegurador, antes de la conclusión del contrato, todas las circunstancias que conozca o que razonablemente deba conocer, que puedan influir sensiblemente en la apreciación del riesgo por un asegurador prudente.

De lo expuesto se deduce que en la norma proyectada la declaración de los riesgos puede realizarse en forma espontánea o guiada mediante cuestionarios, a diferencia de la solución del artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro.

Se ha dicho que la diferencia de tratamiento obedece a que en los seguros marítimos y aéreos el tomador está mejor informado respecto al riesgo que el propio asegurador y que la confección de los cuestionarios es una tarea demasiado complicada¹¹⁴⁵.

¹¹⁴⁴ URÍA GONZÁLEZ, ob. cit., pp. 136 y 137.

¹¹⁴⁵ FERNÁNDEZ-QUIROS y LÓPEZ QUIROGA. “El contrato de seguro marítimo en la propuesta de anteproyecto de Ley general de la navegación marítima”, en: *Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento*, n° extraordinario [vlex.com], pp. 122 y 123.

2. Contenido de la declaración

a. Valoración del interés asegurable

El artículo 752 del Código de Comercio español establece una presunción de que el asegurador admite como válida la valoración realizada por el proponente, excepto el caso en que el futuro tomador haya actuado con fraude o con malicia.

De acuerdo la norma referida, si el declarante exageró la valoración del interés asegurable, pero no lo hizo con la intención de defraudar al asegurador, el seguro se reducirá, devolviendo el asegurador el exceso de la prima recibida aunque reteniendo un porcentaje de dicho exceso. En cambio, si en la exageración actuó con dolo, el seguro será nulo y el asegurador tendrá derecho a quedarse con la totalidad de las primas pagadas, sin perjuicio de la acción criminal correspondiente.

El Derecho argentino no contiene una norma similar. No obstante, el artículo 426 de la Ley de Navegación pone de cargo del proponente del seguro marítimo la declaración del valor asegurable del buque, en toda póliza de seguro que lo tenga en cuenta en tanto objeto de un interés asegurable, so pena de nulidad del contrato.

La estimación del valor asegurable debe comprender el casco, las pertenencias, los gastos de armamento y los gastos de aprovisionamiento efectuados a la fecha en que comenzaron a correr los riesgos.

Si las partes convinieron que el valor asegurable fuera el valor de tasación, este valor será el que se tendrá en cuenta a los efectos de la indemnización del siniestro, salvo que el asegurador demuestre que ha sufrido una considerable disminución, en cuyo caso, la indemnización se reducirá en relación a ese límite.

En la misma Ley de Navegación hay una norma para la estimación del interés asegurable en el seguro de intereses vinculados a los efectos. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 440, la declaración de valoración del interés asegurable la realiza el proponente del seguro no obstante lo cual, si no lo hizo, se tendrá por valor asegurable el valor que tengan los efectos en la

época y en el lugar de su embarque, a lo que habrá de agregarse los gastos realizados hasta su embarque, el flete, la prima, los derechos de importación y cualquier otro gasto desembolsado.

El Código de Comercio uruguayo tampoco establece una presunción como lo hace el Código de Comercio español. No obstante, el artículo 1332 permite celebrar el contrato declarando como objeto del interés asegurable *efectos*, en general, en cuyo caso el asegurado deberá probar que efectivamente se embarcaron los efectos hasta el valor declarado en la póliza.

Luego, ciertamente el Código establece que el valor de la cosa asegurada debe determinarse expresamente en la póliza (artículo 1361) y que el seguro sobre el buque al que le falte la declaración del valor, no surtirá ningún efecto (artículo 1362).

Finalmente, el artículo 1358 refiere a la valuación *en globo* de la cosa asegurada, lo que permite estimar provisoriamente el valor de los objetos, estimación que posteriormente habrá de concretarse al llegar el buque a puerto (artículos 1366 y 1367)¹¹⁴⁶.

b. Circunstancias relevantes para la valoración del riesgo

En el seguro marítimo de cascos, los hechos más relevantes sobre los cuales el declarante debe ser completamente honesto deben referir al buque, estado y condición de la nave, las averías y accidentes que haya tenido, los problemas de propulsión y gobierno, la identificación del capitán y de quienes lo sustituyan en el mando en caso de ser necesario.

El abanderamiento o matriculación de los barcos se realiza en función de su navegabilidad y de la idoneidad del piloto, registro que se otorga para operar en determinado período y ciertas zonas, luego de superadas una serie de inspecciones y

¹¹⁴⁶ El artículo 1358 del Código de Comercio uruguayo dispone:

Si se hubiese hecho una valuación en globo de la cosa asegurada, con estipulación expresa de que exceso del valor sea considerado como ganancia esperada, el seguro sólo será válido en cuanto al valor de los objetos asegurados. El exceso de reducirá a la cantidad de ganancia esperada que pueda probarse, haciéndose la valuación conforme a los artículos 1366 y 1367.

pruebas técnicas ante las oficinas estatales. Las aseguradoras requieren la presentación de tales registros como prueba de la habilitación del barco y de su piloto como condición de asegurabilidad¹¹⁴⁷. Va de suyo que luego no corresponde que aleguen defectos y pretendan incumplir su obligación haciendo valer exclusiones como la inhabilitación del capitán para navegar por las aguas donde ocurrió el siniestro¹¹⁴⁸.

En general las pólizas disponen que el asegurado deba adoptar ciertas condiciones de seguridad tendentes a mantener la integridad de la nave en tanto se encuentran en tierra, y ello en razón de que éste no es su medio natural. En consecuencia, se excluyen de la cobertura del seguro de cascos los daños ocurridos a la nave si no se adoptaron ciertas medidas, como ser su debida instalación en soportes apropiados, bajo ciertas y periódicas condiciones de mantenimiento. También se acostumbra describir el deber de mantenimiento del estado del riesgo mientras la nave se encuentra en el agua. No obstante, existe un deber genérico de mantenimiento del estado del riesgo, que obliga al tomador de un seguro de cascos a, entre otras cosas, guardar ciertas precauciones respecto de las rutas por donde se transita, la velocidad, los lugares de amarre y fondeo, cuestiones todas que autorizan al asegurador a no cumplir con su prestación¹¹⁴⁹.

¹¹⁴⁷ No siempre prospera la pretensión del asegurador basada la exoneración de su obligación fundada en el incumplimiento del asegurado de su obligación de mantener los certificados habilitantes de la embarcación (STAC de 27 de junio de 2012 [BJN. 167/2012])

¹¹⁴⁸ Así lo sostuvo el Tribunal Supremo en Sentencia del 9 de julio de 2013 (4497). En dicha oportunidad el Tribunal recalcó que la propietaria del barco, el patrón y la aseguradora contrataron el seguro marítimo en la legítima confianza de la suficiencia del título profesional de capitán concedido por las autoridades españolas. Se hizo notar que la aseguradora no discutió el título habilitante cuando otorgó el seguro y que en aras de la buena fe contractual no corresponde que, cuando tiene que cumplir con su obligación, intente apoyarse en una exclusión de cobertura.

¹¹⁴⁹ La STAC de 27 de junio de 2012 [BJN. 167/2012], hizo cuestión de que al asegurado no se le pueden reclamar obligaciones respecto de la nave en el agua, si ellas no le fueron señaladas en las condiciones generales y mucho menos si se le reclamaron deberes de seguridad en caso de que la nave

Pueden existir exigencias particulares para ciertas actividades. En el caso de los seguros de los buques pesqueros, las aseguradoras acostumbran ceñirse a las *Cláusulas del instituto para buques pesqueros (Institute fishing vessels clauses)*, que son el resultado de la aplicación de la ley y de las prácticas inglesas.

El artículo cuarto de este documento dispone que la cláusula termine, salvo que los aseguradores acuerden lo contrario, en el momento en que ocurra un cambio en la clasificación del buque o en la sociedad encargada de su clasificación¹¹⁵⁰. Por esta razón, los aseguradores locales

estuviera en tierra. Observamos que la diferencia en el tratamiento obedece a la práctica, tal vez desafortunada del asegurador, que tiene en cuenta que desde el punto de vista actuarial, la tierra es por sí solo un incremento de riesgo para un barco y por ello al tomador se le señala la necesidad de adoptar especiales medidas de seguridad.

¹¹⁵⁰ La norma citada dispone:

4. TERMINATION

This Clause 4 shall prevail notwithstanding any provision whether written typed or printed in this insurance inconsistent therewith.

Unless the Underwriters agree to the contrary in writing, this insurance shall terminate automatically at the time of

4.1 change of the Classification Society of the Vessel, or change, suspension, discontinuance, withdrawal or expiry of her Class therein provided that if the Vessel is at sea such automatic termination shall be deferred until arrival at her next port or until the expiry of fifteen days, whichever shall first occur. However where such change, suspension, discontinuance or withdrawal of her Class has resulted from loss or damage covered by Clause 6 of this insurance or which would be covered by an insurance of the Vessel subject to current Institute War and Strikes Clauses Hulls -Time such automatic termination shall only operate should the Vessel sail from her next port without the prior approval of the Classification Society,

4.2 any change, voluntary or otherwise, in the ownership or flag, transfer to new management, or charter on a bareboat basis, provided that if the Vessel is at sea such automatic termination shall, if required, be deferred until arrival at her next port or until the expiry of fifteen days, whichever shall first occur.

4.3 requisition for title or use of the Vessel. However, in the event of requisition or title or use without the prior execution of a written agreement by the Assured, such automatic termination shall occur fifteen days after such requisition whether the Vessel is at sea or in port.

requieren que el asegurador informe el resultado de la clasificación y advierten al proponente en los términos del artículo cuarto referido. Esta es una buena práctica. No lo es, en cambio, que se limiten a transcribir en la póliza la normativa inglesa, puesto que de ella no se desprende que el asegurador pretenda la existencia de tal o cual clasificación cuando se contrata el seguro.

Puede entenderse, como lo intentó el tomador de un seguro, que la norma sólo regula las consecuencias del cambio en la clasificación del buque. Nuevamente aparece aquí el problema de la mala técnica en la redacción de las fórmulas e incluso, de la poca disposición en la verificación de los riesgos pues, en el caso que comentamos, hubiera bastado con que el asegurador controlara la documentación del pesquero¹¹⁵¹.

En el caso del seguro marítimo de mercaderías, el declarante deberá hacer mención a su estado y condiciones de estiba a bordo, la calidad y las condiciones de los embalajes, especialmente cuando las mercaderías se llevan en la cubierta del buque, la claridad de sus marcas, entre otros¹¹⁵².

En el seguro aéreo deberá informarse el uso habitual de las aeronaves, los nombres de los pilotos que las gobernarán, la siniestralidad y si sólo se pretende la contratación de los seguros obligatorios o si también se solicita la concertación de coberturas adicionales¹¹⁵³.

¹¹⁵¹ El Tribunal Supremo, en sentencia de 12 de junio de 2013 (R.O.J. 3444), estableció dos cuestiones importantes en torno a este caso: a) la verdadera voluntad contractual de los contratantes era exigir que la clasificación del pesquero existiera al tiempo de celebración del contrato, pues es ilógico pretenderla sólo para los hechos sucedidos con posterioridad. b) el tomador del seguro aportó datos falsos respecto de una clasificación anterior y lo hizo a pesar de que el asegurador no le presentó cuestionario alguno, cuestión que fue dejada de lado por el hecho de que el siniestro se consideró excluido de la cobertura.

¹¹⁵² FERRARINI, *Le assicurazioni marittime*, 3ª ed. (Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1991), p. 259; RODRÍGUEZ CARRIÓN, ob. cit., p. 86

¹¹⁵³ GUERRERO LEBRÓN, *Los seguros aéreos*, p. 99.

En cualquier seguro, sea marítimo o aéreo, es de vital importancia la declaración del destino, la ruta, el itinerario, el número de escalas, trasbordos, operaciones de carga y descarga, etc.

c. Otros seguros

En el seguro marítimo y aéreo es usual que un asegurador no sea capaz de hacerse cargo de todos los riesgos que supone el viaje, fundamentalmente porque los seguros de esta especie se encuentran gobernados por el principio de universalidad de los riesgos. Para evitar las situaciones de sobreseguro, la información precisa respecto de los seguros que se hayan tomado con otras compañías es una de las declaraciones más importantes que el proponente debe cumplir.

El artículo 800 del Código de Comercio español dispone que el proponente de todo seguro marítimo tenga el deber de declarar a su asegurador los seguros que haya concertado con anterioridad a la conclusión del contrato, sobre el mismo interés asegurado.

En caso de desobedecer este precepto y hacerlo de mala fe, el tomador del seguro perderá el derecho a la indemnización. Si omitió declarar este aspecto pero lo hizo de buena fe, de acuerdo al artículo 782 del Código de Comercio, el primero y los subsiguientes seguros que se hayan contratado, en orden cronológico hasta llegar a cubrir la totalidad del valor, serán validos. Una vez cubierto el valor total, todos los que se hubieren hecho con posterioridad serán ineficaces¹¹⁵⁴.

En el Derecho uruguayo se aplica el artículo 659 ya analizado en oportunidad de estudiar el seguro múltiple. No obstante, existen sí algunas obligaciones particulares para el tomador en los casos de coaseguro. El artículo 1388 del Código de Comercio uruguayo pone de cargo del asegurado el deber de participar inmediatamente al primer asegurador que haya firmado la póliza, todas las noticias que haya recibido respecto de cualquier daño sufrido por el buque o la carga. Luego hay una

¹¹⁵⁴ RODRÍGUEZ CARRIÓN, ob. cit., p. 87.

norma particular para el seguro marítimo que se aplica para el caso en que el asegurado deba hacer abandono de los objetos asegurado¹¹⁵⁵.

d. Agravaciones del riesgo

Concertado el contrato de seguro marítimo, el artículo 765 del Código de Comercio español establece la necesidad del que el asegurado o el tomador del seguro comuniquen las agravaciones que pueda haber sufrido el riesgo previsto en el contrato, como, por ejemplo, el cambio injustificado de derrota (artículo 756.1), el cambio de destino del viaje (artículos, 756.1 y 3 y 781.7), y el cambio de buque (artículo 756.1)¹¹⁵⁶.

El Código de Comercio uruguayo, en la sección de los contratos de seguros marítimos no contiene una disposición como la española que reúna las causales de agravación de los riesgos.

C. Consecuencias de las declaraciones reticentes, inexactas y falsas en los contratos de seguro marítimo y aéreo

Es momento de analizar las consecuencias de las declaraciones reticentes, inexactas y falsas del proponente de un seguro marítimo o aéreo.

La cuestión interesa en el Derecho español, particularmente para los seguros marítimos, desde que estos seguros tienen una regulación especial que no ha sido derogada por la Ley de

¹¹⁵⁵ El artículo 1419 del Código de Comercio uruguayo dispone:

“El asegurado, al hacer abandono, tiene obligación de participar a los aseguradores todas las diligencias que haya hecho para salvar los efectos asegurados, designando las personas y corresponsales que para tal fin haya empleado.

Está asimismo obligado a declarar todos los seguros, que ha celebrado por sí, o por otro, o que hubiese ordenado se celebrasen sobre los objetos asegurados ; - así como los préstamos a la gruesa que se hayan tomado con su conocimiento, sobre el buque o los efectos. Hasta que haya hecho esa declaración, no empezará a correr el plazo en que debe ser reintegrado del valor de los efectos (artículo 1401).”

¹¹⁵⁶ RODRÍGUEZ CARRIÓN, ob. cit., p. 89.

Contrato de Seguros y ello porque el carácter imperativo de sus normas y tuitivo de los derechos del consumidor, no se acomoda a la mayor parte de los seguros marítimos, en tanto seguros de grandes riesgos¹¹⁵⁷.

No obstante la subsistencia de las normas del Código de Comercio, sí ha sido derogado el artículo 381 que era el que establecía las consecuencias de las declaraciones reticentes del proponente del seguro. Ante la existencia de tal vacío, debe resolverse si a los seguros marítimos se les aplica el régimen del artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro, o no.

La solución a este problema dependerá de la posición que se adopte en torno al artículo 2.1 de la Ley de Contrato de Seguro.

La norma establece que las distintas modalidades del seguro, *en defecto de ley que les sea aplicable*, se regirán por la Ley de Contrato de Seguro. De esto se desprende que la Ley de Contrato de Seguro es una ley general, mientras que el Código de Comercio es una norma especial. Consecuentemente, ésta deroga a aquélla.

La controversia radica en establecer en qué casos corresponde aplicar este principio.

Para algunos autores, las disposiciones del Código de Comercio sobre el seguro marítimo deben aplicarse sólo si con ello no se vulneran los *principios de ordenación y valoración* de la ley general¹¹⁵⁸.

Otros autores entienden que las normas de la Ley de Contrato de Seguro sólo pueden aplicarse en caso de lagunas que no puedan ser colmadas con las normas del Código de Comercio

¹¹⁵⁷ El artículo 591-2 de la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, de 17 de junio de 2013, agrega un párrafo en donde dispone que las disposiciones del título IX, excepcionalmente, tienen carácter dispositivo para los contratos de seguro de grandes riesgos y los contratos de reaseguro.

¹¹⁵⁸ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, “Preliminar. Artículos 1 a 4”, pp. 110 a 113.

o con los pactos de las partes¹¹⁵⁹. De entre los autores que defienden esta posición se destaca ARROYO MARTÍNEZ, para quien la aplicación de la Ley de Contrato de Seguro sólo estaría habilitada respecto de los artículos 1 a 4 de la norma, esto es, exclusivamente restringida a las disposiciones generales de la sección preliminar, correspondiente al concepto de seguro, el régimen aplicable a las distintas modalidades, las condiciones aplicables y los supuestos de nulidad del contrato¹¹⁶⁰.

No se ha aprovechado la ocasión de revisar la redacción de esta norma, en tanto ni el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro, de 8 de abril de 2011, ni la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, de 17 de junio de 2013 (591-2), aclaran si la aplicación de la Ley de Contrato de Seguro ha de hacerse a las disposiciones generales, tal cual sostiene el autor citado, o si puede extenderse a otros preceptos.

La insistencia en dejar el precepto tal cual está, nos induce a pensar que la extensión se autoriza también a las normas que gobiernan el deber de declaración de los riesgos y las consecuencias de su inobservancia.

El criterio de la interpretación extensiva ha sido sostenido por el Tribunal Supremo en numerosas Sentencias¹¹⁶¹, aunque también existen otras en las que se excluye la posibilidad de aplicar la Ley de Contrato de Seguro en el entendido de que esta

¹¹⁵⁹ Participan de esta opinión SÁNCHEZ CALERO, “Sobre la regulación del contrato de seguro marítimo (I)”, *Revista Española de Seguros*, n.ºs 73-74 (1993), p. 81; GARCÍA-PITA Y LASTRES, *Riesgos e intereses del naviero y cobertura asegurativa. Del Código de Comercio, a la Reforma del Derecho de la Navegación Marítima* (Cizur Menor-Navarra, Aranzadi, 2009), p. 69; RODRÍGUEZ CARRIÓN, ob. cit., p. 41; HERNÁNDEZ MARTÍ, *Contrato de seguro marítimo: La póliza de buques* (Valencia, Juan Hernández Martí, 1982), pp. 30 a 34.

¹¹⁶⁰ ARROYO MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho Marítimo* (Barcelona, Bosch, 2001), p. 400, nota 15.

¹¹⁶¹ SSTS de 13 de marzo de 2006 (R.O.J. 1370), 2 de diciembre de 1997 (R.J. 8773), 23 de enero de 1996 (R.J. 638), 20 de febrero de 1995 (R.J. 883), 4 de marzo de 1993 (R.J. 1670), 22 de abril de 1991 (R.J. 3018).

Ley no habría derogado las normas del Código de Comercio correspondientes al seguro marítimo¹¹⁶².

Más allá de los argumentos expuestos, la solución dada por el artículo 2.1 ha sido cuestionada en el entendido de que fuerza la convivencia de dos cuerpos normativos informados por principios diversos (la libertad de pactos del Código de Comercio y la protección del asegurado de la Ley de Contrato de Seguro), circunstancia que complicaría la tarea de integración de las normas. Por ello, de acuerdo con esta opinión, sería necesario aplicar de forma analógica las normas del Código de Comercio con carácter prevalente sobre las disposiciones de la Ley de Contrato de Seguro¹¹⁶³.

En nuestra opinión, el artículo 10 de la Ley de Contrato de seguro es una norma de carácter general, aplicable a todos los seguros de daños, norma que debe regir los seguros marítimos y aéreos debido a que, ni en el Código de Comercio, ni en la Ley de Navegación existen normas que establezcan las consecuencias de las declaraciones reticentes, inexactas o falsas del proponente de estos seguros.

Es, por otra parte, una solución de última instancia. Derogado el artículo 381 del Código de Comercio y no existiendo en el contrato pacto alguno sobre este aspecto, sólo queda recurrir a la teoría general del contrato y al régimen de los vicios del consentimiento, régimen que, según se ha visto en la parte general de este trabajo, no se acomoda convenientemente al contrato de seguro.

A la misma conclusión se llega en el caso argentino. El artículo 408 de la Ley de Navegación dispone que el contrato de seguro marítimo se rija por las disposiciones generales de la Ley

¹¹⁶² SSTS de 18 de julio de 2002 (R.O.J. 5462), 23 de julio de 1998 (R.J.6200), 29 de junio de 1998 (R.J. 5021), 16 de febrero de 1994 (R.J. 1617), 22 de junio de 1992 (R.J. 5463).

¹¹⁶³ BATALLER GRAU, "La aplicación de la Ley de contrato de seguro 50/80 al seguro marítimo (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo [Sala 1.ª] de 20 de febrero de 1995 [RAJ, 1995/883]), *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 220 (1996), p. 507, 508, 514 y 513.

General de Seguros en cuanto no resulten modificadas por lo que ella disponga. A su vez, el artículo 157 de la Ley de Seguros dispone que los artículos 1 a 158 se apliquen a los seguros marítimos y aéreos.

En suma, para los casos en los que la Ley de Navegación no contenga normas específicas para regular determinadas situaciones jurídicas, se debe utilizar la Ley de Seguros. Uno de esos casos es determinar las consecuencias de las declaraciones reticentes, falsas e inexactas que, en el caso del Derecho argentino, habrán de resolverse aplicando el artículo 5 de la Ley de Seguros.

Capítulo cuarto: Seguros de personas

Entre los seguros de personas se cuentan el seguro de vida para el caso de muerte, el seguro de vida para el caso de supervivencia, el seguro de accidentes, el de enfermedad y el de asistencia sanitaria. Se trata de seguros en los que el objeto asegurado es la persona humana en tanto soporta el riesgo de muerte, enfermedad, o de sufrir un accidente que comprometa su integridad física, o de vivir más allá de una edad determinada.

Todos los seguros referidos tienen en común que no son seguros de indemnización, sino de sumas. En ello consiste su diferencia con los seguros de daños.

Que no sean seguros de indemnización significa que los seguros de personas son ajenos a la idea de interés asegurable y por ende, al concepto de daño patrimonial. La existencia de daño efectivo y su valor son irrelevantes. De esta característica se derivan dos consecuencias en el régimen jurídico de estos seguros:

En primer lugar, los seguros de personas no tienen un proceso de liquidación de la prestación en función del daño producido, como es de rigor en los seguros de daños. La

prestación del asegurador se establece *a priori* y una vez producido el siniestro se percibe íntegramente¹¹⁶⁴.

En segundo lugar, tampoco admiten, como los seguros de daños, la subrogación de los derechos del asegurado en el asegurador¹¹⁶⁵.

No obstante los aspectos comunes, cada seguro de personas presenta sus propias particularidades de modo que el asegurador habrá de elaborar un cuestionario adecuado a cada riesgo en concreto. Utilizar las fórmulas de otras pólizas puede contrariar sus intereses¹¹⁶⁶.

I. Seguro de vida

El seguro de vida plantea importantes particularidades respecto a los demás seguros de personas, fundamentalmente por ser un instrumento de previsión¹¹⁶⁷ y ahorro¹¹⁶⁸.

¹¹⁶⁴ BROSETA PONT, ob. cit., p. 434.

¹¹⁶⁵ TIRADO SUÁREZ, “El seguro”, pp. 32, 33 y 34. La Ley de Contrato de Seguro española prohíbe la subrogación del asegurador en el asegurado una vez pagada la prestación en el artículo 43. Hay una excepción en el artículo 82 para los gastos de asistencia sanitaria.

¹¹⁶⁶ Así sucedió en un caso resuelto por el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de abril de 2004 (R.O.J. 2370). Se trataba de un seguro de accidentes en el que la compañía aseguradora alegó la mala fe del asegurado a raíz del conocimiento de una serie de enfermedades. El Tribunal no estimó su pretensión en la medida en que presentó un cuestionario inadecuado pues las omisiones alegadas para exonerarse de responsabilidad no resultaban fundamentales para configurar el riesgo concreto de accidente, como sí lo eran en el caso del seguro de vida o en el seguro de enfermedad.

¹¹⁶⁷ HERBAULT, comentando el seguro de vida, ya a fines del siglo XIX destacaba el “*espíritu familiar*” que gobernaba la sociedad moderna y que hizo posible este contrato (HERBAULT, ob. cit., p. 52). Sigue siendo un aspecto a destacar y así lo hacen TAPIA HERMIDA (ob. cit., pp. 229 y ss.) y GUARDIOLA (ob. cit., pp. 12 y ss.), quienes han dedicado varios párrafos a la consideración del seguro como “*la fórmula económica de la solidaridad humana*”. También señalan este carácter STIGLITZ (loc. cit.); BALDI (ob. cit., pp. 47 y ss.); CASTELLANO, V. (ob. cit., pp. 267 y ss.) y VOLPE PUTZOLU (refiriéndose, concretamente, a la afinidad entre el seguro y las operaciones de previsión social [*Le assicurazioni...*, pp. 19 y ss]).

En primer lugar, es, si se quiere, la especie de contrato de seguro que resulta más sensible al problema de la reticencia, las declaraciones inexactas y las falsedades y ello porque el asegurador insiste en aplicar sus condiciones ordinarias, basadas en tablas de mortalidad estándares, a todos los individuos, de modo de realizar las provisiones técnicas de las prestaciones¹¹⁶⁹.

En razón de lo dicho, en el seguro de vida cobra especial trascendencia el régimen de la declaración precontractual del riesgo, fundamentalmente referido al estado de la salud de la vida asegurada, con cuya información el asegurador alimenta las bases de datos con las que confecciona las estadísticas y establece las primas. Los datos que proporciona el solicitante del seguro están protegidos por la legislación de protección de datos de carácter de personal, vigente en España, Uruguay y Argentina, normas a las que ya nos hemos referido en la primera parte de este trabajo.

En segundo lugar, la delimitación del riesgo que realiza el asegurador del ramo vida para el caso de muerte requiere una determinación precisa de los riesgos mortales que están cubiertos, lo que significa que han de enumerarse los eventos fatales e interpretarse en forma taxativa¹¹⁷⁰.

En tercer lugar, el procedimiento de determinación de la prima y las provisiones correspondientes en el seguro de vida se develan en toda su complejidad.

El hecho de que en el seguro de vida para el caso de muerte el siniestro sea inevitable, hace que el asegurador deba cuidar el cálculo de proyección de la prima hacia el futuro de modo de conformar las reservas suficientes que le permitan compensar las

¹¹⁶⁸ TAPIA HERMIDA, ob. cit., pp. 229 y ss.; MAGEE, *El seguro de vida*, 3ª ed., trad. de GUASCH RUBIO (México, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, 1964), pp. 3 y ss.; PONS, “Las entidades aseguradoras y la canalización del ahorro en España. 1908 – 1940”, *Revista española de seguros*, n° 115 (2003), pp. 338 y ss.; STIGLITZ, *Derecho de seguros*, t. I, p. 1; BALDI, ob. cit., pp. 47 y ss.; CASTELLANO, V., ob. cit., pp. 267 y ss.

¹¹⁶⁹ PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico...*, t. XI, p. 706; MAESTRO, J.L., ob. cit., p. 160.

¹¹⁷⁰ GARRIGUES, *Contrato...*, p. 513.

agravaciones que han de producirse¹¹⁷¹. Y ello es así porque, a diferencia de otros tipos de seguros, el asegurado en el seguro de vida no debe informar ciertas modificaciones del riesgo, lo que no quiere decir que el riesgo no se agrave, ni que la prima permanezca incambiada. La predicción de la agravación y su cuantificación es posible gracias a las tablas de mortalidad que se utilizan para el cálculo actuarial.

De modo de acompañar la evolución del riesgo, el asegurador cobra al asegurado un sobreprecio que viene a representar un anticipo por los riesgos que se acrecentarán en el futuro inmediato. Con los excesos aludidos el asegurador conforma un fondo de reserva, fondo que convenientemente actualizado permite al asegurado ejercer el derecho de rescate o el derecho a reducir la póliza, en la cuota parte que le corresponda¹¹⁷².

En el primer caso resuelve el contrato y obtiene anticipadamente el valor de la reserva en ese momento (*valor de rescate*); en el segundo caso el contrato subsiste y el valor de la reserva se imputa a la prima impaga hasta agotarse, reduciéndose el seguro (*valor de reducción*).

El artículo 138 de la Ley de Seguros argentina permite al asegurado ejercer su derecho de rescate con tal que reclame la rescisión del contrato una vez transcurridos tres años desde la celebración del contrato, hallándose al día en el pago de las primas¹¹⁷³.

El artículo 96 de la Ley de Contrato de Seguro española también reconoce al tomador o al asegurado la facultad de

¹¹⁷¹ MEZZERA ÁLVAREZ, “Seguros. Generalidades”, p. 11; TIRADO SUÁREZ, “El seguro”, p. 138.

¹¹⁷² BUSQUETS ROCA, ob. cit., p. 38, BROSETA PONT, ob. cit., pp. 438 y 439.

¹¹⁷³ El artículo 138 de la Ley de Seguros argentina dispone:
“Transcurridos tres años desde la celebración del contrato y hallándose el asegurado al día en el pago de las primas, podrá en cualquier momento exigir, de acuerdo con los planes técnicos aprobados por la autoridad de contralor que se insertarán en la póliza:...”

resolver anticipadamente el contrato con el fin de que pueda obtener el valor de la reserva matemática, en tanto el artículo 94 exige que los contratos reconozcan y regulen el rescate como derecho del tomador. De acuerdo a esta Ley, las pólizas pueden condicionar el ejercicio del derecho de rescate al pago efectivo de las dos primeras anualidades, como máximo.

La práctica aseguradora, en general, permite esta recuperación sólo en los casos en que la reserva matemática es significativa. Al contrario, cuando es mínima o es inexistente, como ocurre en los seguros temporales para el caso de muerte, usualmente se deniega, circunstancia que queda de manifiesto en el artículo 98 de la Ley de Contrato de Seguro española¹¹⁷⁴.

El derecho a reducir la póliza está reconocido en la Ley de Seguros argentina, también en el artículo 138, en las mismas condiciones, bajo la denominación *seguro saldado*. El legislador argentino prefiere la subsistencia del contrato y ello por cuanto dispone que si el asegurado deja de pagar las primas y no opta ni por el rescate, ni por la reducción, el contrato se convertirá automáticamente en un seguro saldado por una suma reducida (artículo 139)¹¹⁷⁵.

En el Derecho español, la reducción de la póliza está prevista en el artículo 95 de la Ley de Contrato de Seguro, para los seguros de vida para caso de muerte y condicionado a que el período de primas impagas no supere las dos anualidades. La reducción puede operar como consecuencia de la solicitud del tomador o implícitamente por el sólo hecho de dejar de pagar las primas.

El Código de Comercio uruguayo no contiene normas sobre el rescate de la póliza, ni sobre su reducción.

¹¹⁷⁴ TIRADO SUÁREZ, “El seguro”, p. 141.

¹¹⁷⁵ El artículo 139 de la Ley de Seguros argentina establece:
“Cuando en el caso del artículo precedente el asegurado interrumpa el pago de las primas sin manifestar opción entre las soluciones consignadas dentro de un mes de interpelado por el asegurador, el contrato se convertirá automáticamente en un seguro saldado por una suma reducida”.

A. Declaración del riesgo en la contratación individual del seguro de vida

La contratación individual del seguro de vida involucra la consideración de varios documentos. Además de la póliza encontramos la solicitud, la proposición y el cuestionario sobre el estado de salud, forma de gran importancia, razón por la cual le dedicaremos algunos comentarios.

Con la solicitud el interesado manifiesta su interés en celebrar el contrato de seguro. La proposición, en cambio, viene a ser la respuesta del asegurador a dicha solicitud y a diferencia de ésta, que siempre está dirigida a determinado asegurador, la proposición puede consistir en una invitación concreta a un individuo o puede tratarse de una oferta generalizada, orientada a un público más o menos indeterminado¹¹⁷⁶.

Otros documentos que acompañan la contratación individual de un seguro de vida son los certificados de seguros y los certificados de cobertura provisional. El primero tiene por función probar a los terceros interesados la celebración del contrato. Lo emite el asegurador a pedido del tomador. El segundo garantiza la cobertura al asegurado cuando aún no se ha emitido la póliza, circunstancia bastante habitual cuando el seguro se contrata por medios electrónicos¹¹⁷⁷.

1. Forma y contenido del interrogatorio sobre el estado de salud

a. Forma

Los cuestionarios contienen dos tipos de preguntas: las generales y las particulares.

Las preguntas generales, como por ejemplo, *¿ha sufrido Ud. alguna enfermedad?, ¿está Ud. enfermo? o ¿padece Usted alguna circunstancia conocida que pueda influir en la valoración*

¹¹⁷⁶ TIRADO SUÁREZ, "El seguro", p. 108.

¹¹⁷⁷ BATALER GRAU, LATORRE CHINER y OLAVARRÍA IGLESIA, ob. cit., pp. 183 y ss.
508

del riesgo?, tienen como finalidad excluir de la cartera del asegurador a quienes padecen dolencias capaces de abreviar el curso normal de la vida¹¹⁷⁸.

Si bien desde el punto de vista actuarial pueden resultar útiles, desde el punto de vista jurídico se les objeta ser las responsables de las declaraciones reticentes, inexactas y falsas, en tanto son imposibles de responder en un espacio limitado y no guían al declarante respecto de lo que debe contestar¹¹⁷⁹.

Existe doctrina que cuestiona severamente los cuestionarios, en buena medida por culpa de este tipo de preguntas. Entienden que la utilización de las fórmulas, como método de declaración del estado de salud, eventualmente puede fomentar el fraude¹¹⁸⁰, lesionar el derecho a la reserva del asegurado, siendo los responsables del aumento de litigios que sobrecarga a los tribunales¹¹⁸¹.

Los Tribunales españoles no reciben de buen grado preguntas generales como las expuestas¹¹⁸². En la Argentina existen litigios en torno a las exclusiones de cobertura dispuestas bajo los términos “*enfermedades preexistentes*”, sin indicación de cuáles son las dolencias que el asegurador no está dispuesto a cubrir, pues así redactada ha sido considerada oscura y ambigua¹¹⁸³.

¹¹⁷⁸ VIVANTE, “De los seguros sobre la vida”, p. 121.

¹¹⁷⁹ SANGIOVANNI, ob. cit., p. 285.

¹¹⁸⁰ RUBIO VICENTE, ob. cit., p. 148.

¹¹⁸¹ REGLERO CAMPOS, “El deber de declaración del riesgo por el tomador y/o asegurado. Remisión al comentario del art.10”, en: REGLERO CAMPOS, L. F., *Ley de Contrato de Seguro* (Cizur Menor-Navarra, Thomson Aranzadi, 2007), p. 1282

¹¹⁸² SSTS de 3 de enero del 2006 (R.J. 164) y de 2 de junio de 2006 (R.J. 3064).

¹¹⁸³ SCNC, de 18 de abril de 2007 (LL. K, 111/2007), SCNCom de 2 de agosto de 2011 (VLEX. 339584974), aunque en el último de los casos no se entró en la cuestión de fondo porque faltó el juicio de peritos que requiere el artículo 5 de la Ley de Seguros argentina.

Otro tanto puede observarse en los Tribunales uruguayos. En este país se ha señalado, con acierto, que no es razonable postular que preguntas generales merezcan respuestas *pausadas y específicas*, tales como si el individuo padece síndrome de apnea¹¹⁸⁴.

Las preguntas particulares, como, *¿alguna vez sufrió un infarto cerebral?*, en cambio, evitan la mayoría de los problemas jurídicos y tienen la virtud de homogeneizar el riesgo de modo de establecer la prima que corresponda.

La información suministrada será veraz y el declarante habrá cumplido cabalmente con el deber de declaración del riesgo si el estado adelantado en la solicitud, coincide con exhibido en la solicitud de seguro, cuestión que importa el debatido tema de los reconocimientos médicos de los que nos ocuparemos luego¹¹⁸⁵.

El asegurador debe extremar la diligencia en hacer los cuestionarios comprensibles puesto que salvo excepciones, los términos médicos son científicos y difíciles de comprender. De no hacerse así, se atenta contra todas las normas de protección de los consumidores y usuarios de los seguros que reclaman claridad y sencillez en las fórmulas contractuales.

Sin perjuicio de lo dicho, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo valora cómo está redactado el documento en el contexto concreto de la personalidad y preparación del declarante¹¹⁸⁶.

¹¹⁸⁴ STAC de 16 de octubre de 2002 (LJU. UY/JUR/285/2004).

¹¹⁸⁵ HALPERIN, *Seguros...*, cap. III, 11.

¹¹⁸⁶ El Tribunal Supremo, en Sentencia del 3 de enero del 2006 (R.J. 164), resolvió que las omisiones cometidas por el proponente de un seguro de vida fueron consecuencia de su pobre o nula educación. En el caso, el individuo no declaró al asegurador sus antecedentes alcohólicos, ni los consecuentes padecimiento de cirrosis hepática VHB, dolencia que lo mantuvo largamente internado poco tiempo antes de contratar el seguro, oportunidad en la que fue sometido a un trasplante hepático.

El mismo criterio se sostuvo en Sentencia de 6 de febrero del 2001 (R.O.J. 723), en donde, por el contrario, se tuvo en cuenta el alto nivel educativo del declarante. En efecto, en el caso, el tomador del seguro era un médico al que no se le eximió de su responsabilidad por las omisiones cometidas.

Si el asegurador necesita realizar preguntas en términos técnicos que no puedan ser traducidos utilizando palabras de uso común, entonces debe contar con personas que asistan al declarante en el cumplimiento de su deber. Esto nos conduce al problema de los excesos cometidos por los mediadores y empleados del asegurador que generalmente rellenan ellos mismos las fórmulas. El problema aparece cuando pretende responsabilizarse al proponente del seguro por las inexactitudes o los errores cometidos por esta persona. Se han sostenido dos posiciones que ya hemos tenido oportunidad de relacionar en la primera parte de este trabajo. Allí nos remitimos.

b. Contenido

En el seguro de personas el término *circunstancias* que utilizan las normas que establecen las consecuencias de las declaraciones reticentes e inexactas, no puede ser interpretado como un sinónimo de enfermedades, sino de hechos. Por ello el solicitante deberá declarar mucho más que las enfermedades que padezca o haya padecido. El deber de informar alcanza también a los hechos relacionados con el estado de salud y que estén dirigidos a mantenerlo o a mejorarlo. Así, debe declararse si se ha ido a visitar al médico y la frecuencia, si ha sido por controles de rutina o para la realización de un tratamiento y en ese caso especificar cuál. Sin duda deben indicarse los ingresos al hospital, aspecto señalado por el Tribunal Supremo¹¹⁸⁷.

La declaración del estado de salud puede corresponder al futuro tomador en tanto parte contractual, o recaer en quien padece el riesgo y ello por cuanto el seguro de vida permite su contratación sobre la existencia de un tercero¹¹⁸⁸.

¹¹⁸⁷ STS de 25 de noviembre de 1993 (R.J. 9136).

¹¹⁸⁸ SÁNCHEZ CALERO, “Conclusión, documentación, contenido del contrato”, pp. 298 y 299; CARRESI, “Qualificazione giuridica del “terzo” sulla cui vita è stipulato el contratto d’assicurazione”, *Assicurazioni*, año XXVI, n° 1, p. I, (1958), p. 33; PASANISI, “I diritti del terzo verso l’assicuratore”, *Assicurazioni*, año XXXVII, p. I, n° 3-4 (1970), pp. 189 y ss.; STOLFI, *L’assicurazione sulla vita a favore di terzi* (Milano, Dott. a. Giuffrè-Editore, 1937), pp. 15 y ss; TIRADO SUÁREZ, “Tomo XXIV, Ley de contrato de seguro”, v. III, *Revista de*

Ciertamente en los tres ordenamientos jurídicos que estamos considerando el seguro de vida puede contratarse de esta manera¹¹⁸⁹. Ahora, que tanto el tomador como el asegurado tengan el deber de declarar el riesgo, es una dualidad que sólo vemos reconocida en el artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro española, siempre que se lo estudie junto con el artículo 7.2.¹¹⁹⁰ Se crea un único centro de intereses con el asegurado que justifica que compartan esta carga¹¹⁹¹.

La contratación del seguro de vida, especialmente el de vida para el caso de muerte, está supeditada a que la salud del individuo sea buena. *Buena salud* es el estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones, mentales y físicas¹¹⁹².

Dado que la salud actual de las personas es el resultado de las experiencias vividas a lo largo de los años, la confección de los formularios de declaración de los riesgos en estos seguros es una tarea especialmente compleja.

Derecho privado. Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial dirigidos por Miguel Motos y Manuel Albaladejo (1989), p. 261.

¹¹⁸⁹ Así está estipulado en el artículo 128 de la Ley de Seguros argentina y en el artículo 694 del Código de Comercio uruguayo.

¹¹⁹⁰ La primera de las normas citadas pone de cargo del tomador la carga de declaración del riesgo. La segunda autoriza al asegurado a cumplir con las obligaciones y cargas del tomador cuando, por la naturaleza del vínculo con el riesgo, así corresponda.

¹¹⁹¹ SÁNCHEZ CALERO, "Conclusión, documentación, contenido del contrato", pp. 298 y 299; LATORRE CHINER, "El deber...", en: *Comentarios...*, pp. 164 y 165. Se ha dicho que esta solución es la más lógica y la que mejor se ajusta al conjunto de disposiciones de la Ley de Contrato de Seguro española y ello en razón de que respecto del cumplimiento de otros deberes, la Ley alude al tomador y al asegurado, en forma indistinta. Así sucede, por ejemplo, con el deber de comunicar las agravaciones del riesgo (artículo 11), la posibilidad de informar la disminución del riesgo (artículo 13), el deber de comunicar el siniestro (artículo 16) y el deber de salvamento (artículo 17)(RUBIO VICENTE, ob. cit., pp. 47, 48 y 49; BATALLER GRAU, *El deber...*, p. 13).

¹¹⁹² *Voz salud, Diccionario de la Real Academia Española*, 22 ed.

Luego de las preguntas de rigor, talla, peso y causa del fallecimiento de los familiares directos¹¹⁹³, el asegurador habrá de consultar sobre la superación de ciertas enfermedades o las intervenciones quirúrgicas realizadas y su resultado, la causa de las internaciones y su período, el consumo de medicamentos, de sustancias nocivas (sobre todo de alcohol, drogas y tabaco), el estilo de vida, especialmente si se practican determinados deportes; en fin, toda una serie de circunstancias que eventualmente pueden repercutir en la salud del individuo¹¹⁹⁴.

En teoría correspondería analizar el pasado y el presente y todo tipo de dolencias; enfermedades muy serias, comunes, permanentes, crónicas y transitorias. Decimos en teoría pues es difícil comprender en un espacio limitado todo este tipo de preguntas. De cualquier modo, advertimos que los Tribunales requieren se observen ciertos cuidados, como por ejemplo que el tiempo verbal comprenda el presente y el pasado si el asegurador quiere conocer estos aspectos de la vida del proponente¹¹⁹⁵.

A pesar de lo dicho, la verdadera cuestión al momento de juzgar el cumplimiento del deber de declaración de los riesgos en el seguro de vida, es atender a la relevancia de la información como materia fundamental para el cálculo de la prima de riesgo¹¹⁹⁶. Quiere decir que lo que interesa, en definitiva, no es

¹¹⁹³ Interesante cómo este aspecto fue decisivo en la Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil uruguayo, de 1 de enero de 2007 (LJU. UY/JUR/434/2005). En este caso, el asegurado omitió padecer diabetes e hipertensión arterial y que su hermana había fallecido justamente de diabetes a los cuarenta y cinco años.

¹¹⁹⁴ TIRADO SUÁREZ, "Tomo XXIV...", pp. 264 a 266; PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico...*, t. XI, p. 706; LEFORT, *Nouveau traité...*, p. 313 y también en *Traité théorique...*, p. 38.

¹¹⁹⁵ Ello fue determinante en la Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil, de 16 de octubre de 2002 (LJU. 14615), oportunidad en la que se hizo notar que el cuestionario estaba redactado en tiempo presente y que por lo tanto no correspondía que el asegurador exigiera respuestas sobre hechos pasados.

¹¹⁹⁶ COUTEAU, ob. cit. p. 135.

toda la vida del declarante, sino sólo las denominadas *circunstancias objetivas de riesgo*¹¹⁹⁷.

El factor de riesgo en el seguro de vida es la muerte de la vida asegurada. Por esa razón, desde el punto de vista actuarial, los hechos objetivos que necesita conocer el asegurador tienen en común el tener el poder de reducir la expectativa de vida del asegurado.

Las enfermedades elegidas o los actos médicos seleccionados para integrar los cuestionarios suelen ser graves y así son percibidas por la generalidad de las personas. Es el caso del cáncer, las enfermedades cardíacas y neurológicas, el VIH y los trasplantes de órganos y tejidos.

Ya las dolencias transitorias y las intervenciones más o menos comunes que no dejan secuelas importantes, ofrecen alguna duda. Pensemos en la amigdalitis y la apendectomía, por ejemplo, que usualmente no interesan al asegurador, pero que pueden evolucionar y adquirir relevancia¹¹⁹⁸.

Existen dolencias como las molestias gástricas y hepáticas o las jaquecas, que para la mayoría de las personas son benignas, pero que para otras son el síntoma de enfermedades como las úlceras o los tumores cerebrales. La omisión respecto de estas dolencias ¿puede considerarse una reticencia, inexactitud o una declaración falsa? Todo dependerá del conocimiento que el asegurador pueda probar en el proponente del riesgo¹¹⁹⁹.

Luego deben considerarse las enfermedades comunes, sobre todo las que aquejan a las personas, llegada cierta edad, como la

¹¹⁹⁷ BUTTARO, "Assicurazione sulla vita", en: CALASSO, F. (Dir), *Enciclopedia del Diritto*, t. III (Varese, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1958), p. 636.

¹¹⁹⁸ Véase la relación de hechos a estudio del Tribunal Supremo en Sentencia del 29 de abril del 2008 (R.J. 1989).

¹¹⁹⁹ El Tribunal Supremo consideró que la omisión de ciertas dolencias hepáticas no configuraron dolo porque el proponente del seguro, pese a estar al tanto de ellas, no podía ser consciente de su verdadero alcance. Al parecer, el individuo tenía un funcionamiento hepático normal y no le había sido recetado ningún tipo de medicación (STS del 15 de julio de 2005 [R.J. 623]).

artritis. La jurisprudencia argentina ha sustentado que esta enfermedad es relevante desde el punto de vista objetivo¹²⁰⁰.

En nuestra opinión, la información sobre hechos pasados o sobre enfermedades transitorias o comunes, será relevante para el asegurador en tanto tenga el poder de acortar la expectativa de vida del asegurado.

Un gran problema se presenta cuando las enfermedades son asintomáticas, cosa que sucede en el infarto de miocardio. En estos casos, usualmente el individuo no sabe que sufre la enfermedad, razón por la cual la reticencia quedaría descartada¹²⁰¹.

Luego, si se le prescriben medicamentos el problema es bien distinto pues todo dependerá de la droga en cuestión. Existen medicamentos cuya sola administración denota la enfermedad para la cual se suministran. Otros pueden recomendarse para diversos problemas, por lo cual su receta no es un indicio suficiente de sufrir un padecimiento determinado¹²⁰².

El formulario también tiene un espacio para que el declarante detalle los exámenes médicos a los que ha sido sometido y su fecha. Sus resultados son particularmente reveladores del estado sanitario y pueden ser solicitados al

¹²⁰⁰ En la Argentina, el declarante de un seguro de vida ocultó que padecía artritis reumatoide y que le habían reemplazado la cadera. La aseguradora excluyó el siniestro por reticencia. El Juez de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, revocó el fallo apelado. Son bien interesantes las consideraciones de la Cámara con respecto al cuestionario completado por el accionante en estos autos. En primer lugar, se hizo un relato del tipo de preguntas que se le hicieron al actor, dejando en claro que el cuestionario era comprensivo de la enfermedad omitida. En segundo lugar, la Cámara evaluó el cuestionario como un todo y concluyó que la fórmula propuesta por el asegurador no era ni confusa, ni planteaba preguntas genéricas, que estaba redactada en términos claros y concisos y que el aseguramiento no era automático (LL, 2009, VII, n °103).

¹²⁰¹ A vía de ejemplo, véase la Sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de diciembre de 2005 (R.J. 197).

¹²⁰² SCNCom, A, de 14 de agosto de 2007 (LL. 330\2007).

proponente si la aseguradora lo estima conveniente, en tanto integran el deber de declaración honesta del riesgo.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tenido en cuenta la realización de este tipo de pruebas en varias sentencias. En alguna oportunidad entendió que el solo hecho de someterse a exámenes como fibrocolonoscopías, sin importar cuándo fueron entregados los resultados, es prueba suficiente del conocimiento de las enfermedades padecidas¹²⁰³. En otro caso, en cambio, consideró que de la omisión en el cuestionario respecto a la realización de análisis clínicos no puede interpretarse el conocimiento de la enfermedad del tomador, sobre todo cuando los resultados son positivos y el individuo demuestra buena disposición para someterse al examen de verificación del riesgo del asegurador¹²⁰⁴.

¹²⁰³ Ésta ha sido la conclusión del Tribunal Supremo en Sentencia de 11 de mayo de 2007 (R.J. 2134). En este caso, el asegurado completó el formulario de salud y no declaró padecer ninguna enfermedad. Posteriormente se le realizó un reconocimiento médico y respondió negativamente a preguntas concretas relacionadas con afecciones en el aparato digestivo y tratamientos hospitalarios. La aseguradora probó que quince días antes de este segundo interrogatorio, había sido tratado de urgencia, ordenándosele una fibrocolonoscopia, examen para lo cual se necesita preparación previa y que está considerada invasiva y dolorosa. Se le extrajo tejido para realizar una biopsia. El resultado se le entregó posteriormente al acto de declaración del riesgo. Ésta fue, precisamente, la defensa que esgrimió la beneficiaria. Sin embargo, el Tribunal entendió que la realización de los exámenes relacionados no podía mantener ignorante al asegurado respecto de su situación.

¹²⁰⁴ En el caso que comentamos, el seguro de vida se contrató el 24 de octubre del 2005 mediante el correspondiente llenado de cuestionario en el que el declarante contestó que no padecía enfermedad alguna y dejó en blanco la casilla en la que se le consultaba por los especialistas consultados en los últimos cinco años. Ese día el médico del asegurador le hizo un reconocimiento de salud y fue aceptado. Luego de un tiempo el asegurado fallece y el asegurador presenta un documento de donde surge que dos meses antes de la contratación del seguro, el asegurado había visitado al médico por un cuadro clínico de molestias intestinales, mala digestión y distensión abdominal. Se le hicieron muchos exámenes, todos le dieron muy bien. Bastante tiempo después se le confirma un cáncer de páncreas. El Tribunal Supremo valoró especialmente el conocimiento del individuo de su enfermedad a los efectos de establecer su eventual reticencia y estimó que no la hubo en la medida e que la realización de tales exámenes fueron

2. Reconocimientos médicos

La declaración del estado de salud suele ser comprobada mediante reconocimientos y análisis médicos cuyos resultados son objeto de un informe a cargo de profesionales contratados por el asegurador.

La práctica de los reconocimientos médicos es tan habitual en los seguros de vida, que han originado una especialidad dentro de la medicina¹²⁰⁵.

No son obligatorios en ninguno de los ordenamientos jurídicos que estamos analizando, no obstante lo cual resultan impuestos por la vía contractual en los seguros de vida para el caso de muerte contratados por personas que superan determinada edad, o para las que declaran el padecimiento o la herencia de determinadas enfermedades¹²⁰⁶. Fuera de estas hipótesis, también se los utiliza en los seguros de vida celebrados sobre la base de un capital muy elevado.

a. Consecuencias de su falta de realización

El hacer o no hacer los reconocimientos médicos y verificaciones del riesgo declarado viene de la mano con el problema de la diligencia demostrada por las partes en su intento por conocer el verdadero riesgo, cuestión a la que en términos generales ya nos hemos dedicado en la primera parte de este trabajo, cuando estudiamos la ignorancia del riesgo y el deber de las partes de conocerlo. Allí nos remitimos.

Aquí sólo nos resta referirnos exclusivamente a los reconocimientos de la salud del individuo en el seguro de vida.

considerados intrascendentes en lo cual influyó, sin duda, que los resultados arrojaran “quiste negativo para malignidad” (STS de 18 de julio de 2012 [R.O.J. 5989]).

¹²⁰⁵ FRANGIAPINI, *Seguros de vida* (Buenos Aires, Prometeo, 1956), p. 77; LEFORT, *Nouveau traité...*, pp. 315 y ss.

¹²⁰⁶ ELGUERO Y MERINO, *El contrato...*, p. 9; RUBIO VICENTE, ob. cit., p. 82 y 149; REGLERO CAMPOS, “El deber...”, p. 256.

No es lo más habitual, pero puede suceder que el proponente se niegue a someterse al reconocimiento médico o a practicarse el examen sugerido por el asegurador. Esta actitud genera suspicacias en la compañía de seguros que puede llegar a rechazar la propuesta, en nuestro concepto, legítimamente¹²⁰⁷.

No obstante y aun cuando se realicen, a menudo resultan incompletos. Los médicos del asegurador, generalmente realizan un reconocimiento rutinario controlando los signos más evidentes¹²⁰⁸. Los exámenes completos y sofisticados, utilizando tecnología de última generación como los modernos tomógrafos, son descartados por el costo que suponen.

Es un hecho que no puede ignorarse que una compañía de seguros está sujeta a ciertos límites de competencia. También es un hecho que no puede ignorarse que comprobar el estado de salud declarado en los cuestionarios es una demostración de buena fe del asegurador¹²⁰⁹. La cuestión es determinar cuándo no hacerlo es una demostración de falta de diligencia.

En España se sostienen distintos criterios. En una sentencia se ha señalado que cuando el seguro es pequeño los aseguradores no deben verificar la salud declarada en los cuestionarios¹²¹⁰. En otra se consideró que el tomador del seguro era una persona de mediana instrucción a la que no se podía exigir mayor comprensión del vocabulario técnico, propio de la medicina,

¹²⁰⁷ RUBIO VICENTE, ob. cit., p. 149.

¹²⁰⁸ Así lo ha observado el Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de mayo de 1993 (R.J. 3567), caso en el que, si bien se realizó reconocimiento médico, a criterio del Tribunal no fue suficiente pues se limitó a tomarle el pulso, auscultarle y comprobar sus cifras de presión sanguínea.

¹²⁰⁹ REGLERO CAMPOS, “Declaración...”, p. 180 y, también, en “El deber...”, p. 208; LEFORT, *Nouveau traité...*, pp. 315, 316, 320 y ss.; STIGLITZ, *Derecho de seguros*, t. I, p. 390; MILLER ARTOLA, ob. cit., pp. 75 y 76.

¹²¹⁰ SSTS de 23 de noviembre del 2005 (R.O.J. 7060) y de 11 de mayo del 2007 (R.J. 2134).

razón por la cual el asegurador debía comprobar el estado de salud declarado en el cuestionario¹²¹¹.

Este asunto está muy lejos de encontrar una solución pacífica en la doctrina. Existen autorizadas opiniones que sostienen que el asegurador no tiene un deber de verificación del estado del riesgo¹²¹². Otros, en cambio, son contundentes en afirmar lo contrario¹²¹³. Nosotros hemos dado nuestra opinión en la primera parte de este trabajo.

b. Alcance del informe

La realización de las verificaciones médicas plantea el problema del alcance del informe del profesional encargado de llevarlo a cabo, circunstancia que observaron en su tiempo PLANIOL y RIPERT. Estos autores se preguntaron si en caso de resultar favorable el examen del médico, el vicio derivado de la falsa declaración o de la reticencia, se subsanaba sin más¹²¹⁴. La interrogante plantea la posibilidad de engaño al médico, circunstancia que fue duramente debatida durante años¹²¹⁵.

¹²¹¹ En la Sentencia que citamos, el Tribunal excusó al declarante de responsabilidad por omitir enfermedades como la diabetes, trastornos depresivos ansiosos, asma o hernias, por entenderse que se trataba de términos médicos de difícil comprensión y porque se consideró que la aseguradora debió haber practicado el reconocimiento médico para asegurarse del verdadero estado de salud (STS de enero de 2006 [R.J. 164]). Igual solución se aplicó en las SSTS de 8 de septiembre de 2003 (R.J. 6064) y de 24 de abril de 1986 (R.O.J. 8033). En todos estos casos, los Tribunales españoles no consideraron legítima la excusa de los aseguradores en el sentido de ser víctimas de desinformación, en el entendido de que, por la posición comercial superior que ostentaban, debieron haber realizado ciertas comprobaciones antes de asumir el riesgo.

¹²¹² FONTANARROSA, ob. cit., p. 102; CERRUTI AICARDI, ob. cit., pp. 99 y 100; HALPERIN, *Seguros...*, cap. III, 28.

¹²¹³ REGLERO CAMPOS, “Declaración...”, p. 180 y, también, en “El deber...”, p. 208; LEFORT, *Nouveau traité...*, pp. 315, 316, 320 y ss.; STIGLITZ, *Derecho de seguros*, t. I, p. 390; MILLER ARTOLA, ob. cit., pp. 75 y 76; PÉREZ IDIARTEGARAY, ob. cit., p. 43.

¹²¹⁴ PLANIOL y RIPERT, ob. cit., p. 709.

¹²¹⁵ MEZZERA ÁLVAREZ, *Curso...*, p. 49.

Para buena parte de la doctrina, el reconocimiento del médico del asegurador sólo es una comprobación de la declaración efectuada oportunamente y por lo tanto, no implica una dispensa al contratante del seguro de realizar una declaración exacta.

LEFORT, PLANIOL y RIPERT no dudaban en afirmar que la vista médica sólo es un elemento más de apreciación judicial, de modo tal que sería inadmisibile que el asegurado quedara en la impunidad por haber sabido engañar al mismo tiempo, al médico y al asegurador¹²¹⁶.

La posición expuesta sigue siendo defendida por prestigiosos autores que entienden que el informe del médico no sustituye la declaración, sino que la complementa¹²¹⁷. Por lo tanto, las conclusiones del médico deben ser notificadas al asegurador para que, junto con las respuestas vertidas en el cuestionario, pueda decidir si contrata o no.

Existe quien entiende, en cambio, que el examen médico es el factor decisivo; el elemento esencial del consentimiento del asegurador, elemento que constituye su mejor garantía¹²¹⁸.

¹²¹⁶ LEFORT, *Traité théorique...*, pp. 30 y 31; PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico...*, t. XI, p. 709. Comparten el criterio CERRUTI AICARDI (ob. cit., p. 118), FONTANARROSA (ob. cit., p. 107), DEL CAÑO ESCUDERO (ob. cit., p. 385), TIRADO SUÁREZ (“Tomo XXIV...”, p. 266).

¹²¹⁷ GARRIGUES, *Contrato...*, pp. 508 y 509; SALANDRA, “Le dichiarazioni...”, pp. 15 y ss.; BUTTARO, “Assicurazioni sulla...”, ob. cit., p. 636; HALPERIN, *Seguros...*, pp. 163 y 164; GASPERONI, *Assicurazioni sulla...*, pp. 507 y 508; RUBIO VICENTE, ob. cit., p. 82.

¹²¹⁸ MORANDI, *Estudios...*, p. 234.

3. Edad

Desde un punto de vista técnico, la edad es el hecho más influyente en la expectativa de existencia de las personas y por esta razón es la primera pregunta particular y objetiva que se le realiza a toda aquella persona que quiera asegurar su vida¹²¹⁹.

Desde un punto de vista jurídico, la ausencia de la madurez requerida compromete la voluntad contractual. Cuando el seguro se contrata sobre la vida de un menor de edad, para el caso de su muerte, repugna la conciencia social.

De ordinario, la edad de la vida asegurada no es un elemento del cual dependa el consentimiento del asegurador en tanto haya podido comprobar su estado de salud. No hay un error obstativo, sino un error subsanable. Por el contrario, si no ha comprobado el estado de salud o habiéndolo hecho la edad del asegurado supera el límite de admisión del asegurador, entonces habrá error insubsanable.

El Código de Comercio uruguayo nada dice respecto de la edad mínima para contratar un seguro de vida. Deben aplicarse las prescripciones del Derecho Civil sobre la capacidad de los contrayentes por mandato del artículo 191 del Código de Comercio¹²²⁰. Respecto de la edad máxima, usualmente la práctica aseguradora establece un límite de setenta años, tope que es el resultado de los cálculos matemáticos basados en la

¹²¹⁹ LEFORT, *Traité théorique...*, pp. 20 y 23 y también en *Nouveau traité...*, p. 312; HERBAULT, ob. cit., p. 94; RUBIO VICENTE, ob. cit., p. 165; LATORRE CHINER, “Artículo 90.-...”, p. 1063.

¹²²⁰ El contrato de seguro es un contrato mercantil según lo estipula el Código Civil. El artículo 191 del Código de Comercio uruguayo dispone que las prescripciones del Derecho Civil sobre la capacidad de los contrayentes, los requisitos de los contratos, las excepciones que impiden su ejecución y los motivos que los anulan o los rescinden, son aplicables a los contratos comerciales en tanto el Código de Comercio no haya establecido modificaciones o restricciones particulares. En materia de capacidad no lo ha hecho y es de aplicación el artículo 1278 y siguientes del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 16.719, de 11 de octubre de 1995.

estadística de los índices de siniestralidad, número que podría ser distinto si la expectativa de vida de los individuos mejorara.

En el Derecho español, el artículo 83 de la Ley de Contrato de Seguro establece como límites mínimo y máximo, los catorce y setenta años, respectivamente. Si el asegurado es menor de catorce años y menor de dieciocho, es necesario obtener la autorización escrita de sus representantes legales. Asimismo, no se puede contratar un seguro de vida para el caso de muerte de un menor de catorce años, salvo aquellos en los que la cobertura de la prestación resulte inferior o igual a la prima satisfecha por la póliza o al valor de rescate.

En el Derecho argentino, la Ley de Seguros prevé una edad mínima de contratación de seguro sobre la propia vida. Pueden hacerlo los menores de edad, mayores de dieciocho años, en tanto designen beneficiarios a sus ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos, que se hallen a su cargo. Si se cubre el riesgo de muerte es necesario recabar el consentimiento del tercero o de su representante legal, si fuera incapaz, y en todo caso está prohibido el seguro para el caso de muerte de los interdictos y de los menores de catorce años (artículo 128).

Siendo que la madurez del individuo no es indiferente, es momento de considerar qué sucede si la persona miente y declara ser más joven de lo que es en realidad.

La Ley de Contrato de Seguros española resuelve este problema en el artículo 90 autorizando la impugnación del contrato en el caso de que la verdadera edad en el momento de entrar en vigor el contrato exceda los límites de admisión fijados por la entidad aseguradora y ello porque, en este caso, el asegurador no habría aceptado a ese individuo. Si la edad de admisión no fue superada, la indemnización se reducirá en proporción a la prima percibida. La solución nos parece de lo más justa aunque ha sido severamente criticada¹²²¹.

¹²²¹ LATORRE CHINER entiende que la norma debió contemplar aspectos como la intencionalidad del tomador, las consecuencias jurídicas de la inexactitud en oportunidad del siniestro y el destino de las primas pagadas por el tomador cuando el contrato se rescinde (LATORRE CHINER, “Artículo 90.-...”, p. 1064).

La Ley de Seguros argentina también contempla este supuesto en el artículo 131¹²²².

El Código de Comercio uruguayo no establece solución a este problema. Como forma de salvar la omisión los aseguradores acostumbran establecer que el asegurado deba abonar las primas conforme a la edad real, compensándose la diferencia con las ya abonadas salvo, claro está, que la edad verdadera escape al límite de asegurabilidad convencional¹²²³.

4. Otros datos relevantes

a. Circunstancias subjetivas del riesgo

En los cuestionarios de salud del seguro de vida se incluyen preguntas dirigidas a conocer la personalidad del futuro contratante y que sirven al asegurador para completar su apreciación del riesgo¹²²⁴. No se trata de información objetiva tendiente a nutrir los cálculos actuariales del cálculo de la prima, sino que se trata de información subjetiva relacionada con la honorabilidad, diligencia y solvencia patrimonial, aspectos que intentan paliar el azar moral del asegurador, consecuencia inevitable de la asimetría en el conocimiento de los riesgos.

De entre todas las declaraciones de índole subjetiva, cobra singular importancia la conducta observada por el solicitante con

¹²²² La norma argentina indica:

La denuncia inexacta de la edad sólo autoriza la rescisión por el asegurador, cuando la verdadera edad exceda los límites establecidos en su práctica comercial para asumir el riesgo.

Edad mayor

Cuando la edad real sea mayor, el capital asegurado se reducirá conforme con aquella y la prima pagada.

Edad menor

Cuando la edad real sea menor que la denunciada, el asegurador restituirá la reserva matemática constituida con el excedente de prima pagada y reajustará las primas futuras.

¹²²³ ALBANELL MAC COLL, ob. cit., p. 114.

¹²²⁴ GARRIGUES, *Contrato...*, pp. 94 y 95; SCHMIDT, ob. cit., p. 455; CATALA, ob. cit., pp. 459 a 466.

otros aseguradores y que se concreta en conocer cuántos seguros ha celebrado, su capital y sobre todo si los mismos han sido rechazados y la razón de tal rechazo¹²²⁵. Se trata de información relevante que ha sido analizada por los Tribunales en alguna ocasión¹²²⁶.

Lo más importante en torno a este tema es si la ocultación o la inexactitud respecto a esta información es capaz de producir los efectos de la reticencia y de las declaraciones inexactas. La cuestión puede ser opinable en tanto, como se sabe, los seguros de personas no están sujetos al principio indemnizatorio. En consecuencia, no habría impedimento en que una persona contratara más de un seguro de vida. Sin embargo, no es razonable que una persona contrate seguros que no se correspondan a sus ingresos anuales. Por esta razón, a los efectos de la selección de los riesgos es inevitable que el asegurador tenga presente el volumen de los ingresos del sujeto cuya integridad se considera a la fecha de contratación del seguro y

¹²²⁵ HALPERIN, *Seguros...*, cap. VIII, 2 y cap. III, notas 613 y 614; MALAGARRIGA, *Tratado Elemental de Derecho Comercial. Transporte y seguros*, t. III (Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1952), p. 393; SEGOVIA, *Explicación y crítica del nuevo Código de Comercio de la República Argentina* (Buenos Aires, La Facultad, 1933), p. 75, nota 1918; VIDARI, *Corso di Diritto Commerciale*, v. V, 3ª ed. (Milano, Ulrico Hoepli, 1892), p. 295; DE JUIRAZAR, “La ocultación de las enfermedades al contratar los seguros de vida”, *Jurisprudencia Argentina*, t. 27 (1928), p. 598.

¹²²⁶ Merece destacarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2007 (R.J. 725). El asegurador se negó a pagar la prestación debido a que el tomador no informó padecer sida ni hepatitis B cuando contrató el seguro. En la primera instancia se hizo lugar a la defensa de la beneficiaria, fundamentalmente porque el asegurador presentó una fotocopia simple de la declaración de salud a la que no había forma de realizarle ninguna pericia caligráfica. En la segunda instancia se confirmó la Sentencia por los mismos argumentos. Ya ingresado a casación, el Tribunal Supremo revocó la Sentencia. Entendió que la inexistencia del original podía suplirse con otros documentos que no habían sido considerados. Básicamente estos documentos contenían declaraciones de estado de salud del mismo individuo, originales, con las mismas omisiones, presentados ante otras aseguradoras y que motivaron otros juicios que resultaron adversos a la beneficiaria.

sospeche de toda declaración de ingresos que sea francamente desproporcionada en relación con los capitales asegurados¹²²⁷.

Antaño, en España, el artículo 427 del Código de Comercio español de 1885 establecía que el asegurado debía notificar al asegurador todos los seguros de vida que hubiera celebrado anterior o simultáneamente con otros aseguradores, so pena de privarle de los beneficios del seguro, reconociéndole solamente el derecho a reclamar el valor de la póliza¹²²⁸. Hoy esta disposición ha sido derogada.

Las pólizas españolas en la actualidad no reproducen la sanción, pero sí el deber de información de los otros seguros en la medida en que establecen límites de asegurabilidad cuantitativos en función de los ingresos anuales del solicitante de modo de atajar situaciones fraudulentas. En tal sentido, se ha dicho que la inobservancia de tal deber acarrearía la sanción del artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro¹²²⁹.

b. Ocupación y domicilio

El domicilio, además de identificar al individuo, tiene cierto valor estadístico puesto que se trata de un factor de incidencia en las tablas de mortalidad y ello por cuanto los individuos que viven en el campo y en las zonas suburbanas tendrían mejores expectativas de vida que los que residen en las ciudades¹²³⁰.

¹²²⁷ TIRADO SUÁREZ, “Los seguros de personas”, en: JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. (Coord.), *Derecho Mercantil*, v. II, 14 ed. act. (Madrid, Marcial Pons, 2010), p. 782.

¹²²⁸ El artículo 427 del Código de Comercio español de 1881-1885 establecía:
“*El asegurado deberá dar cuenta al asegurador de los seguros sobre la vida que anterior o simultáneamente celebre con otras Compañías aseguradoras. La falta de este requisito privará al asegurado de los beneficios del seguro, asistiéndole sólo el derecho a exigir el valor de la póliza*”.

¹²²⁹ TIRADO SUÁREZ, “El riesgo en el seguro de vida”, ob. cit., p. 2386

¹²³⁰ HERBAULT, ob. cit., pp. 94 y 165; LEFORT, *Nouveau traité...*, p. 476; HALPERIN, *Seguros...*, cap. IV, I, 1.

Asimismo, ciertas profesiones son más seguras que otras. Puede haber alguna complicación con el interrogatorio sobre la profesión o el empleo cuando se trata de oficios que necesitan cierta descripción para comprender a qué se dedica el individuo¹²³¹.

5. Modificaciones en el riesgo

No todas las circunstancias que provocan un aumento en la agravación del riesgo deben ser objeto de declaración en el seguro de vida.

Corresponde diferenciar entre la variación del riesgo - modificación previsible para el asegurador, respecto de la cual el asegurado no debe informar (caso de la vejez) - de la agravación - alteración anormal e imprevisible en la evolución del riesgo que, por romper el delicado equilibrio con la prima, debe advertirse (los cambios de profesión o la realización de deportes riesgosos).

En el caso de seguro de vida contratado para el caso de sobrevivencia, el aumento del riesgo no tiene ninguna consecuencia ya que si la vida se extendiera por una mejor calidad de vida, este hecho no podría considerarse un aumento del riesgo para el asegurador¹²³². Sostener lo contrario sería una inmoralidad¹²³³.

La Ley de Contrato de Seguro española no contempla el caso de las modificaciones del riesgo en el seguro de vida. Ante esta situación, las soluciones parecen oscilar entre la indiferencia frente a estas modificaciones, a la aplicación indiscriminada del régimen general a los seguros de vida (los artículos 11 y 12), pasando por el establecimiento de un sistema intermedio en donde se atienden determinadas alteraciones como el cambio en la profesión comentado¹²³⁴. Los aseguradores prefieren evitar esta

¹²³¹ LEFORT, *Traité théorique...*, pp. 21 y 24.

¹²³² HERBAULT, ob. cit., p. 27.

¹²³³ GARRIGUES, *Contrato...*, p. 513.

¹²³⁴ TIRADO SUÁREZ, "Tomo XXIV...", p. 277.

incertidumbre excluyendo las agravaciones de la cobertura, práctica que puede ser entendida como abusiva.

a. Agravación en el estado de salud

Una particularidad del seguro de vida radica en la exoneración al tomador o asegurado de su obligación de notificar los agravamientos del riesgo producto del envejecimiento normal¹²³⁵. Es que, como muy bien lo resume GARRIGUES, “*La salud es un estado siempre transitorio*” y su pérdida, aun por el resultado de una enfermedad tan alarmante como el cáncer, es una circunstancia que el asegurador ya ha previsto en el cálculo de la prima¹²³⁶.

El seguro de vida se calcula sobre la base de un riesgo esencialmente variable. Por eso, a los efectos del establecimiento de la prima, se fija una suma media, suma que es superior a los riesgos efectivamente soportados en los primeros años del vínculo contractual. Con esos excesos el asegurador compensa la insuficiencia que se producirá en los años futuros, cuando el riesgo aumente¹²³⁷. No obstante, desde una perspectiva individual, justo es advertir que no habrá equilibrio posible si el asegurado tiene la mala fortuna de fallecer al poco tiempo de contratar el seguro.

Lo expuesto es un principio de la técnica actuarial que viene siendo aceptado por la ciencia del Derecho en forma pacífica, tanto en el régimen jurídico español como en el uruguayo. No obstante, conviene alertar respecto a lo que MUÑOZ PAREDES¹²³⁸ y VÉRGEZ SÁNCHEZ¹²³⁹ califican como una *nueva*

¹²³⁵ HALPERIN, *Seguros...*, cap. IV, 51.

¹²³⁶ GARRIGUES, *Contrato...*, p. 512.

¹²³⁷ HALPERIN, *Seguros...*, cap. V, 20.

¹²³⁸ MUÑOZ PAREDES, “La agravación del riesgo en el seguro de vida”, *Revista española de seguros*, n° 141 (2010), pp. 3 y 34.

¹²³⁹ VERGEZ SÁNCHEZ, “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 n° 1373/2008 de 4 de enero”, *Revista española de seguros*, n° 142 (2010), pp. 403 y 404.

doctrina del Tribunal Supremo al comentar una Sentencia en la que se aplica el artículo 11 de la Ley de Contrato de Seguro española¹²⁴⁰.

En la Sentencia referida, el Tribunal Supremo desestimó la infracción alegada por el asegurador al deber de declaración del riesgo establecido en el artículo 10 de la Ley, puesto que entendió probado que el asegurado no conocía la grave enfermedad que le aquejaba al momento de celebrar el contrato. El Tribunal tuvo por probado que el asegurado conoció su mal pocos días después de firmar el cuestionario, gracias a una serie de pruebas que indicaron que padecía cáncer de estómago. Sin embargo, el Tribunal entendió que el asegurado debió haber declarado la situación una vez advertido del diagnóstico, en tanto se trataría de un incremento del riesgo asegurado, en un todo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11.

Las autoras citadas discrepan con la solución jurídica dada a esta situación de hecho y entienden que esta interpretación del artículo 11 de la Ley de Contrato de Seguro contraría la confianza que debe dominar la relación entre las partes, en la medida en que toda enfermedad de diagnóstico posterior dejaría al asegurado de buena fe sin cobertura.

El caso del síndrome de inmuno deficiencia adquirida plantea serios problemas. Muchos aseguradores entienden que no es una enfermedad ni el resultado de un proceso natural inevitable y que en tanto agravamiento del riesgo requiere notificación¹²⁴¹. A pesar de ello, se ha dicho que en el caso de los tribunales españoles se aprecia una tendencia contraria en el sentido de entender que la infección o el desarrollo de la enfermedad, con posterioridad a la celebración del contrato, sin exclusión expresa del riesgo, no constituye una agravación del riesgo que deba ser comunicada en los términos de los artículos 11 y 12 de la Ley de Contrato de Seguro¹²⁴².

¹²⁴⁰ STS de 4 de enero de 2008 (R.J. 2923).

¹²⁴¹ MEDINA, "Sida y seguros", *Jurisprudencia argentina*, t. III (1994), p. 757.

¹²⁴² MARCO ARCALÁ, ob. cit., p. 307.

b. Otras modificaciones

Otros cambios en la situación del riesgo oportunamente declarado deben notificarse, siempre y cuando cumplan los requisitos de novedad, imprevisibilidad, relevancia, perdurabilidad y ajenidad¹²⁴³.

Pueden considerarse agravaciones los cambios de profesión, por ejemplo, o la práctica reciente de actividades peligrosas, desconocidas para el asegurador, en tanto reduzcan la expectativa de vida prevista originalmente. Al contrario, la declaración carece de sentido cuando los hechos son notorios o han sido conocidos por el asegurador antes de producirse el siniestro, por otros medios¹²⁴⁴.

La Ley de Seguros argentina contempla, expresamente, el caso del cambio de profesión en el artículo 133¹²⁴⁵.

B. Declaración del riesgo en los seguros de grupo

El seguro de vida alcanzó gran difusión debido a la posibilidad de celebrar el contrato en forma colectiva. Esta modalidad de contratación presenta ciertas ventajas.

En primer lugar, maximiza los costos de producción del seguro pues el grupo de adherentes conforma, en sí mismo, una mutualidad sometida a riesgos más o menos homogéneos, dispersando los riesgos y reduciendo el coste de la prima. Esta circunstancia hace que el seguro de vida resulte accesible a

¹²⁴³ DEL CAÑO ESCUDERO, ob. cit., p. 385.

¹²⁴⁴ SÁNCHEZ CALERO, "Conclusión, documentación, contenido del contrato", pp. 325 a 327 y LATORRE CHINER, "La agravación...", pp. 174 a 176.

¹²⁴⁵ La norma dispone:

Los cambios de profesión o de actividad del asegurado autorizan la rescisión cuando agravan el riesgo de modo tal que de existir la celebración, el asegurador no habría concluido el contrato.

Si de haber existido ese cambio al tiempo de la celebración el asegurador hubiera concluido el contrato por una prima mayor, la suma asegurada se reducirá en proporción a la prima pagada.

personas que, de ordinario, no estarían en condiciones de contratarlo¹²⁴⁶.

En segundo lugar, transforma al seguro de vida en un complemento de otros contratos, fundamentalmente del contrato de préstamo, favoreciendo la concesión del crédito. En este caso, ocurrido el deceso de la vida asegurada, el asegurador debe abonar la prestación al beneficiario designado en la póliza, beneficiario que no es otro que el prestamista de la vida asegurada. Generalmente esta designación no puede revocarse. La operación conforma un grupo de contratos donde el seguro resulta conexo al contrato principal de préstamo¹²⁴⁷.

En tercer lugar, la técnica de contratación que suponen los seguros de grupo constituye el mejor remedio contra el fraude. Así, se dice que al ponerse a disposición de un número suficientemente grande de individuos, el azar moral del asegurador se reduce al mínimo y la oportunidad para el engaño y la especulación prácticamente desaparece¹²⁴⁸.

En el Derecho uruguayo no hay previsión respecto de la contratación del seguro en forma colectiva.

En el Derecho argentino los seguros de vida colectivos están dispuestos en el artículo 153 a 156 de la Ley de Seguros.

En el Derecho español, el artículo 81 de la Ley de Contrato de Seguro permite que los seguros de personas refieran a un grupo con tal que esté delimitado por alguna característica común, extraña al propósito de asegurarse. Existe regulación para

¹²⁴⁶ VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni...*, pp. 181 y 182; TIRADO SUÁREZ, "El seguro", p. 36; HALPERIN, *Seguros...*, cap. VI, VII, 21 (a); MAESTRO, M, *El seguro al alcance de todos* (Barcelona, Multinacional Aseguradora, 1994), pp. 8 y ss.; BALDI, ob. cit., pp. 47 y ss.; CASTELLANO, V., ob. cit., pp. 267 y ss.; RUÍZ VADILLO, *El seguro. Expresión de solidaridad desde la perspectiva del Derecho* (Madrid, Mapfre, 1995), pp. 7 y ss.; MORENO RUÍZ, *Matemática de los seguros de vida* (Madrid, Pirámide, 2005), pp. 15 y ss.; TAPIA HERMIDA, ob. cit., pp. 229 y ss.

¹²⁴⁷ STIGLITZ - STIGLITZ, *Derecho de seguros*, t. IV, pp. 123 y 124.

¹²⁴⁸ MAGEE, ob. cit., p. 216.

el boletín de adhesión (artículo 76.4 del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados [Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre]) y para el deber del asegurador de suministrar cierta información, en forma previa y posterior a la celebración del contrato (artículo 105 de la misma norma).

La contratación de un seguro en forma colectiva se realiza mediante un procedimiento que comienza con la adhesión individual de cada interesado a la propuesta del asegurador, acto que jurídicamente importa una oferta de incorporación a un seguro en negociación por el futuro tomador¹²⁴⁹. De manera que la incorporación al grupo no es automática y el eventual asegurado tiene el derecho de ser informado respecto del contenido del contrato, especialmente en lo relacionado con sus derechos y obligaciones.

Quien ha de informarle todas estas cuestiones es el futuro tomador y lo hará en el certificado de adhesión, documento que extenderá a cada eventual asegurado y que resumirá las condiciones generales y particulares del contrato de seguro. El futuro asegurado se integrará al grupo manifestando conocer y aceptar dichas condiciones. Luego el solicitante del seguro habrá de notificar al asegurador la composición del conjunto¹²⁵⁰.

Cuándo el individuo se considera incorporado al grupo depende del ordenamiento jurídico. En la Ley de Seguros argentina, el artículo 154 dispone que la incorporación al grupo se produzca cuando se cumplen las condiciones de incorporación establecidas en el contrato.

Una vez recibida la solicitud y en atención a lo allí declarado, el asegurador puede adoptar varias actitudes: aceptar el riesgo sin objeciones, aceptarlo a condición de que se realicen exámenes médicos sobre las vidas integrantes del colectivo (hipótesis prevista en el artículo 154 de la Ley de Seguros argentina), aceptarlo pero a cambio de una prima superior o, lisa y llanamente, rechazar el riesgo propuesto.

¹²⁴⁹ STIGLITZ - STIGLITZ, *Derecho de seguros*, t. IV, pp. 123, 124, 143 y 145.

¹²⁵⁰ TIRADO SUÁREZ, "El seguro", p. 35.

También es posible que el asegurador guarde silencio. En este caso se ha sostenido que si transcurre un plazo razonable desde que se recibió la declaración, sin que se hayan formulado observaciones, el interesado debería ser incorporado al seguro colectivo desde el momento de la solicitud¹²⁵¹.

En caso de que el asegurador acepte la oferta, emitirá un boletín o certificado de adhesión, documento que acredita el ingreso a la colectividad seleccionada, que de *asegurable*, pasa a ser *asegurada*¹²⁵².

1. Particularidades actuariales y jurídicas derivadas de la forma de contratación

La forma de contratación del seguro de grupo provoca una disociación entre la persona del tomador y la persona del asegurado, circunstancia que no es extraña puesto que también sucede en el seguro individual cuando se contrata por cuenta de un tercero.

Lo interesante en los seguros colectivos es que los adherentes son completamente indiferentes entre sí, pero no lo son para el asegurador. De manera que existe un interés que los torna fácilmente determinables y, consecuentemente, se percibe un lazo que permite su adhesión a un conjunto previamente analizado y conformado¹²⁵³.

La compañía de seguros da por sentado cierta conducta de este colectivo, lo que no se comprende en los mismos términos en el seguro de vida contratado en forma individual. Así, a diferencia de los seguros contratados en forma individual, los contratados en forma colectiva evitan la selección adversa al

¹²⁵¹ STIGLITZ - STIGLITZ, *Derecho de seguros*, t. IV, pp. 123 y 135.

¹²⁵² TIRADO SUÁREZ, "El seguro", pp. 35 y 109.

¹²⁵³ TIRADO SUÁREZ, "El seguro", p. 34.

asegurador¹²⁵⁴. Hay, por tanto, una selección favorable que acota los interrogatorios al mínimo indispensable y que muchas veces torna innecesario el examen médico.

Por ejemplo, en el caso del seguro colectivo contratado sobre la vida del conjunto de empleados del patrón, la selección benigna se produce automáticamente, toda vez que los asegurados individuales han sido elegidos entre los más aptos y saludables para el trabajo. De modo que, por increíble que parezca, se ha observado que las tasas de mortalidad entre los grupos de vidas aseguradas sin investigación de su salud, demuestran ser tan buenas como las tasas de mortalidad manejadas en la contratación individual¹²⁵⁵. En términos económicos, el número reduce al mínimo el azar moral del asegurador y por tanto elimina la asimetría que justifica las declaraciones juradas y los reconocimientos de salud en la contratación individual del seguro de vida.

El tomador, a la sazón, el *leader*, es quien celebra el contrato y establece, junto con el asegurador, las condiciones de ingreso de los futuros asegurados individuales, que no por ello perderían la facultad de incorporarse y decidir si permanece o no en el grupo¹²⁵⁶.

En tanto parte contractual, el tomador es responsable por los errores producidos en el acto de recabar las solicitudes de cada uno de los adherentes y también es quien debe hacerse cargo de los ulteriores rechazos de cobertura, si no ha sido suficientemente diligente¹²⁵⁷.

¹²⁵⁴ MAGEE, ob. cit., p. 692; CAZAUX, *Approche globale de l'assurance de groupe, Prévoyance – Épargne – Retraite - Crédit* (Paris, L'argus, 1993), p. 91.

¹²⁵⁵ MAGEE, ob. cit., pp. 216 y 217.

¹²⁵⁶ SCNCom Federal, sala II, de 12 de febrero de 2004 (LL. II, 2004).

¹²⁵⁷ Así lo entendió la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la 2da. nominación de Santiago del Estero de la República Argentina, en Sentencia del 1 de marzo del 2007 (LL. SE. 564/2007). En esa oportunidad, la Cámara consideró que si un banco se ofrece masivamente a intermediar en la contratación de seguros colectivos de vida bajo la modalidad característica del

2. Responsabilidad del tomador por las declaraciones del riesgo de los miembros del grupo

Siendo que los asegurados no son parte en el contrato, no es a ellos a quienes compete el cumplimiento del deber de declaración del estado del riesgo. Y sucede que el futuro tomador, a quien sí le compete, no es el más indicado para hacerlo por cuanto, ni padece los riesgos, ni conoce los muchos riesgos que puedan sufrir todas las personas que reúne en su colectivo asegurado.

La Ley de Contrato de Seguros española tiene una solución específica para este caso y ello por cuanto establece que si el tomador y el asegurado son personas distintas, como aquí sucede, los deberes que derivan del contrato corresponden al tomador, salvo los que por su naturaleza deban ser cumplidos por el asegurado (artículo 7).

No obstante lo dicho, en el caso de los seguros de vida contratados para garantizar la restitución de préstamos hipotecarios celebrados haciendo uso de la red bancaria, los aseguradores requieren que los cuestionarios de salud se presenten completos y cumplimentados directamente por los asegurados¹²⁵⁸.

Fuera del caso relacionado, puede plantearse hasta qué punto el tomador es responsable por las declaraciones del riesgo de los asegurados. La respuesta a la pregunta está directamente relacionada con la naturaleza jurídica del seguro de grupo.

Desde el punto de vista funcional, el seguro de grupo articula tantos contratos de seguros de vida individuales cuantas personas se adhieran al grupo, con la particularidad de que se

contrato de adhesión, no puede pretender, ante la falta de presentación de la documentación original, que el cliente cargue con la prueba de su adhesión a dicho seguro, pues es el banco quien se halla en mejores condiciones de acreditar la celebración o ausencia del contrato, atento la profesionalidad que lo caracteriza. Esta Sentencia sigue la línea de otra dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo comercial, sala C, de 11 de abril del 2003 (LL. C, 211/2003).

¹²⁵⁸ TAPIA HERMIDA, ob. cit., p. 251.

mantiene la unicidad documental bajo la gestión del tomador¹²⁵⁹. Desde el punto de vista jurídico, el seguro de vida colectivo es un contrato de seguro flotante o de abono¹²⁶⁰. En consecuencia, el tomador no asume como propio el deber de declaración, deber que compete a los concretos asegurados que son los titulares del riesgo¹²⁶¹.

3. Particularidades de la declaración del estado de salud en los seguros de grupo

a. Los cuestionarios

El seguro de grupo no varía sustancialmente del seguro individual ni en lo que refiere a la forma de declaración de los riesgos, ni a las preguntas que el asegurador realiza a los integrantes del colectivo. Lo que sí se percibe es una mayor desconfianza de los Tribunales y ello por cuanto ven en la operativa de contratación grupal un exacerbamiento de los defectos de los contratos de adhesión, con sus cláusulas predispuestas y la asimetría negocial entre el asegurador y la vida asegurada.

En una Sentencia argentina se entendió que la falta de presentación de cuestionario de salud a los integrantes del grupo y la ausencia de verificación del estado de salud de las vidas aseguradas, alcanzó para demostrar la falta de diligencia del asegurador, que por ello no podía sostener la cláusula de exclusión general basada en *enfermedades preexistentes*, tal cual pretendía¹²⁶². La conclusión es interesante porque contraría ciertas

¹²⁵⁹ TIRADO SUÁREZ, “El seguro”, p. 34; HALPERIN, *Seguros...*, cap. II, 114 (a).

¹²⁶⁰ ILLESCAS ORTIZ, *El seguro colectivo o de grupo* (Sevilla, Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Sevilla, 1975), pp. 54, 73.

¹²⁶¹ TIRADO SUÁREZ, “El riesgo en el seguro de vida”, ob. cit., p. 2384, ILLESCAS ORTIZ, ob. cit., p. 125.

¹²⁶² En la Sentencia que comentamos se hizo notar que el seguro colectivo se caracteriza por el hecho de que la adhesión a sus normas está casi impuesta al asegurado que, o acepta lisa y llanamente las condiciones establecidas unilateralmente por el asegurador, o se debe resignar a quedar fuera del

ideas que dominan la técnica aseguradora, fundamentalmente las que enseñan que la contratación colectiva del seguro de vida reduce al mínimo el riesgo moral y por ello el asegurador renuncia a tomar precauciones.

b. Las verificaciones

Algunas pólizas de seguro de grupo imponen la realización de un examen médico como requisito para incorporar al interesado a la colectividad. En estos casos la aceptación al grupo queda supeditada a su efectiva realización. De acuerdo al artículo 154 de la Ley de Seguros argentina, este examen debe efectuarse dentro de los quince días de comunicada la decisión.

A pesar de lo dicho, es bastante frecuente que las compañías de seguros decidan renunciar a la verificación del riesgo. Lo hacen pues la prima que reciben usualmente no compensa los gastos de los exámenes médicos y análisis de rigor y además no hay riesgo de selección adversa, como sucede en la contratación individual.

Por ello, cuando se trata de personas menores de determinada edad – generalmente sesenta años – o cuando el colectivo es lo suficientemente grande como para dispersar el coste de esta decisión, lo normal es que el asegurador se arriesgue a no corroborar la declaración efectuada al concluirse el contrato.

Corresponde preguntarse cómo incide esta renuncia en un eventual juicio de reticencia.

sistema. Remarcó que la adhesión en este tipo de contratación se otorga casi mecánicamente, sin que por lo general los interesados conozcan siquiera la existencia misma de algunas de las cláusulas. Consideró que la cláusula de exclusión referente a las enfermedades preexistentes, no obstante ajustarse a derecho, no exime de responsabilidad a la aseguradora ni a la tomadora del mismo de exigir la presentación de una declaración jurada o un examen médico para conocer el estado de salud de la persona cuyo interés resulta asegurable y así establecer si la misma poseía una enfermedad preexistente a su ingreso al seguro (SCNC, de 18 de abril de 2007 [LL. K, 211/2007]). Con el mismo criterio, pueden citarse las SCNCom, de 13 de noviembre de 2002 [LL. B, 141/2002] y SCNCom de 24 de noviembre de 1992 [LL. E, 111/1992] y SCNCom de 20 de febrero de 1995 [LL. E, 1214/1995]).

A nuestro entender, como primera premisa corresponde dejar sentado que la renuncia del asegurador a realizar comprobaciones de la declaración del riesgo de las vidas aseguradas no exime a los declarantes de su deber de informar el estado del riesgo honestamente.

No obstante, aún en la contratación colectiva el juez debe ponderar la diligencia del asegurador a la hora de conocer el estado del riesgo y ello porque los argumentos que explican la razón para dejar de tomar tales precauciones interesan al asegurador y por tanto deben correr de su cuenta. Éste ha sido el criterio seguido por los Tribunales argentinos en numerosos fallos¹²⁶³.

c. Las modificaciones del riesgo

El régimen de notificación de las modificaciones del riesgo en la vida de los integrantes del grupo sigue las mismas pautas que los cambios operados en la vida asegurada en la contratación individual.

Sólo hay algunas particularidades: las modificaciones son informadas por el tomador y lo hace constantemente, igual que permanentemente el asegurador actualiza el riesgo originalmente declarado en la propuesta de adhesión de las vidas aseguradas presentada por el tomador.

II. Seguro de accidentes

No existe completo acuerdo doctrinario respecto de que el seguro de accidentes sea un seguro de personas y ello por cuanto también se ha sostenido que es un seguro de daños, o una fórmula intermedia entre ambos¹²⁶⁴.

¹²⁶³ Es el caso de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil y, también, en lo Comercial en varias Sentencias (Sentencia de de 2 de septiembre del 2005 [LL. D, 2005], de 13 de noviembre de 2002 [LL. B, 2002], de 24 de noviembre de 1992 [LL. E, 2002], 20 de febrero de 1995 [LL. K, 1995] y SCNC de 18 de abril del 2007 [LL. C, 2007]).

¹²⁶⁴ BROSETA PONT, ob. cit., p. 440; GARRIGUES, ob. cit., pp. 558 y 559; VOLPE PUTZOLU, *L'assicurazione privata contro gli infortuni nella teoria del*

La cuestión carece de importancia práctica en las legislaciones como la argentina y española que toman partido en un sentido o en otro.

En España los seguros de accidentes están regulados en la Ley de Contrato de Seguro en los artículos 100 a 104, como un seguro de personas y le son aplicables los artículos 83 a 86 y 87.1 de los seguros de vida (artículo 100).

En la Ley de Seguros argentina los seguros de accidentes también integran la sección dedicada a los seguros de personas y se regulan en los artículos 149 a 152. El primero de los artículos referidos establece que a los seguros de accidentes se les aplican determinados artículos del seguro sobre la vida, concretamente los artículos 132, 133 y 143 a 147 inclusive, que establecen el régimen de la agravación del riesgo, designación de beneficiario y situación del seguro en caso de concurso del asegurado.

El Código de Comercio uruguayo no regula este seguro. Existe, sí, la Ley 16.074, de Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, de 2 de octubre de 1989, de contratación obligatoria para todo patrón.

A. El riesgo de accidente

El objeto del seguro de accidentes es cubrir los daños producidos por una lesión corporal derivada de una causa violenta, súbita, externa y sin intención, razón de la invalidez temporal o permanente o de la muerte del asegurado.

El riesgo, por tanto, es de formación compleja; en tanto no se complete el proceso del accidente - que se inicia con el suceso y culmina con las consecuencias de la lesión -, no hay siniestro¹²⁶⁵.

contratto di assicurazione (Milano, Dott. A. Giuffrè, 1968), p. 87; DONATI, *Trattato...*, v. III, pp. 517 y ss.

¹²⁶⁵ SÁNCHEZ CALERO, "El riesgo de accidente. Normas aplicables del seguro de vida", en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día (Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2010), pp. 2608 y 538

Para que el evento sea considerado accidental debe proceder de una causa que reúna, conjuntamente, las siguientes características: debe ser violenta, súbita, externa y ajena a la voluntad del damnificado¹²⁶⁶. De estos elementos nos interesan particularmente los siguientes:

1. Violencia

A los efectos del contrato de seguro debe manejarse un criterio amplio de violencia que comprenda el hecho en sí mismo (el golpe, el disparo o la caída) y también sus consecuencias lesivas (la contusión, el traumatismo o la fractura).

El accidente alcanza también las consecuencias derivadas del proceso patológico originado en el hecho desgraciado, como la agravación de la enfermedad producto de un hecho accidental¹²⁶⁷. Cosa muy distinta es que se considere accidente el daño corporal producido por una enfermedad, más o menos prolongada, que deteriore progresivamente el organismo hasta causar la lesión. Este trauma, que puede ser violento, no es súbito y por ello, a criterio del Tribunal Supremo no quedaría cubierto por este seguro¹²⁶⁸.

2609; VERGUEZ SÁNCHEZ, "Los seguros de accidentes, de enfermedad y asistencia sanitaria", en: VERDERA Y TUELL, E. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, v. II (Madrid, Colegio Universitario de Estudios Financieros, 1982), p. 1052; GARRIGUES, *Contrato...*, p. 552.

¹²⁶⁶ Estas características son las requeridas en la Ley de Contrato de Seguro española. También son las exigidas en las pólizas argentinas que usualmente refieren a la siguiente definición doctrinaria de accidente:

"...toda lesión corporal que pueda ser determinada por los médicos de una manera cierta, sufrida por el asegurado independientemente de su voluntad, por la acción repentina y violenta de o con un agente externo" (HALPERIN, *Seguros...*, cap. VIII, 2, 17).

¹²⁶⁷ SÁNCHEZ CALERO, "El riesgo de accidente. Normas aplicables del seguro de vida", p. 2608.

¹²⁶⁸ Corresponde anotar que lo súbito y lo violento suelen confundirse, aspecto que se nota en los fundamentos de las Sentencias. Como ejemplo, véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2001 (R.O.J. 4748).

2. Exterioridad

La causa del daño debe obedecer a un agente externo al cuerpo del damnificado, esto es, no debe ser el resultado de una enfermedad¹²⁶⁹.

No obstante, existen casos como los episodios coronarios y cerebrales en los que es difícil encontrar la línea divisoria entre la enfermedad y el accidente y ello en tanto estos eventos, usualmente, son asintomáticos. A ello se suma que generalmente se desencadenan debido a episodios sin importancia aparente como una discusión o levantar un peso importante. Nos ocuparemos de este caso en particular más adelante.

Fuera del caso de las patologías consideradas anteriormente, ciertas enfermedades plantean sus inconvenientes.

El Tribunal Supremo tiene decidido que no es accidente la enfermedad sufrida por la inhalación durante años de polvo con ferodos y que la cláusula de la póliza de seguro de accidentes que incluye en la cobertura como accidentes las lesiones internas producidas por la penetración de objetos o polvo por vía digestiva, respiratoria, ojos u oídos, no desvirtúa el concepto legal de riesgo, sino que debe ser interpretada como una cláusula delimitadora de riesgo¹²⁷⁰.

De la misma forma, se entiende que las enfermedades adquiridas por contagio durante la jornada laboral no califican como accidente en tanto no son el resultado de una causa violenta, súbita, externa y ajena a la voluntad del asegurado¹²⁷¹.

¹²⁶⁹ GARRIGUES, *Contrato...*, p. 554; VERGEZ SÁNCHEZ, “Los seguros de accidentes, de enfermedad y asistencia sanitaria”, en: VERDERA Y TUELL, E. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, v. II (Madrid, Colegio Universitario de Estudios Financieros) 1982, pp. 1053 y ss.

¹²⁷⁰ STS de 16 de febrero de 2008 (R.J. 208).

¹²⁷¹ En el caso comentado, el demandante era un policía que tuvo la mala fortuna de contraer el bacilo de la tuberculosis cuando prestaba esta actividad profesional. Como resultado de la enfermedad, desarrolló un trastorno paranoide de la personalidad con matices querellantes y reivindicativos y un trastorno ansioso-depresivo con conflicto laboral. En atención a este

B. Declaraciones de riesgo que inciden en la delimitación del riesgo de accidentes

1. Actividades de riesgo

Se ha dicho, con acierto, que el seguro de accidente exacerba el riesgo moral del asegurador y ello en razón de que los individuos que celebran estos contratos son plenamente conscientes de lo peligroso de sus actividades, mientras que el asegurador las desconoce¹²⁷².

Se produce una antiselección, fenómeno que explica la omisión o la inexactitud sobre la realización de prácticas profesionales o deportivas que razonablemente pueden considerarse peligrosas y aumentar las probabilidades de un siniestro.

Hacemos la salvedad puesto que la selección adversa la realizan quienes practican deportes de mediano y alto riesgo como el automovilismo, motociclismo, submarinismo, navegación de altura en embarcaciones que no están destinadas al transporte público de pasajeros, escalada, boxeo, paracaidismo, vuelo libre y vuelo sin motor¹²⁷³. En general, los daños producidos por este tipo de actividades quedan excluidos del seguro de accidentes¹²⁷⁴, salvo que el asegurador los haya incluido en la póliza.

diagnóstico, el policía fue retirado por incapacidad psicofísica. Con estos antecedentes a la vista la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo concordaron en que la tuberculosis contraída por el demandante en el año 2000, no se ajustó al concepto de accidente del art. 100 de la Ley de Contrato de Seguro reproducido en el primer artículo de las condiciones generales de la póliza de seguro de accidente, aun considerando, como pretendía el actor, la cláusula de la póliza que extendía el concepto de accidente a "*las infecciones originadas a consecuencia de mordeduras, picaduras o de cualquier lesión accidental asegurada*" (STS de 2 de marzo de 2011 [R.O.J. 1245]).

¹²⁷² PÉREZ TORRES, ob. cit., pp. 270 y 271.

¹²⁷³ VEIGA COPO, *Tratado...*, p. 824.

¹²⁷⁴ SSTs de 21 de septiembre de 1990 (R.J. 5995), de 20 de julio de 1988 (R.J. 7035).

Es una regla que el asegurador excluya del seguro la participación del asegurado en actos delictivos como las riñas (salvo el caso de la legítima defensa) y en otros actos que, sin serlo, son muy peligrosos, como las apuestas y los desafíos¹²⁷⁵.

Para evitar este resultado, las aseguradoras excluyen de la cobertura muchos de estos entrenamientos en el entendido de que su peligrosidad torna impracticable su seguro¹²⁷⁶. Otros deportes, como el esquí en la nieve, en cambio, son peligrosos, pero no por ello resultan inasegurables¹²⁷⁷.

Con el ejercicio de las actividades profesionales ocurre algo parecido pero, por razones de conciencia social, el tratamiento es algo diferente en tanto las aseguradoras no excluyen profesiones como excluyen actividades deportivas. Lo que hacen es ser muy cuidadosos en analizar la profesión del proponente del seguro¹²⁷⁸. Así, los cuestionarios suelen contener una casilla para describir la actividad, no obstante lo cual el declarante, por las más variadas razones, puede responder muy parcamente comprometiendo la prestación el asegurador¹²⁷⁹.

2. Estado de salud

La declaración del estado de salud cobra particular relevancia en el seguro de accidente, fundamentalmente en lo que refiere a las denominadas *enfermedades preexistentes*, debido a que en estos seguros es usual que el proponente omita información respecto de ciertos antecedentes médicos o tratamientos clínicos con la finalidad de transformar en accidental un evento que no lo es.

¹²⁷⁵ VEIGA COPO, *Tratado...*, pp. 824 y 825.

¹²⁷⁶ TIRADO SUÁREZ, “El seguro”, p. 156.

¹²⁷⁷ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, “Información y asunción del riesgo en la práctica del esquí”, *Aranzadi Civil*, n° 10 (2010), pp. 1 y ss.

¹²⁷⁸ MORANDI, *El riesgo...*, p. 23.

¹²⁷⁹ STS de 2 de marzo del 2006 (R.J. 918).

Al asegurador le interesa conocer en detalle las circunstancias que rodean la salud del proponente del seguro porque la muerte o la invalidez, de una manera u otra, se encuentran condicionados por factores externos como la ocupación, la herencia y los hábitos individuales¹²⁸⁰.

En la Jurisprudencia española se tiene asumido que la muerte o la incapacidad producida por la ingesta de drogas, la debida a ciertas enfermedades profesionales o la originada en deformaciones congénitas, por ejemplo, no son materia cubierta por la póliza de accidentes¹²⁸¹. En estos casos, la conducta del proponente del seguro no se enmarcaría en las consecuencias de las declaraciones reticentes por cuanto, en puridad, el siniestro no estaría comprendido en la cobertura del seguro de accidente y ello en razón de que la muerte o la invalidez no serían resultado de una causa violenta, súbita y externa al asegurado, sino que obedecerían a un proceso endógeno. Como tal, correspondería que el riesgo sea cubierto por el seguro de enfermedad.

a. Infarto de miocardio e infarto cerebral

El infarto de miocardio y el infarto cerebral muchas veces son asintomáticos y en algunos casos no incapacitan al individuo que lo padece. Por esta razón, no es extraño que el asegurador no encuentre registro en la historia clínica que demuestre que estas afecciones se padecían antes de la celebración del contrato y consecuentemente, le sea difícil hacer valer la exclusión sobre enfermedades preexistentes, habitual en las pólizas de accidentes¹²⁸².

¹²⁸⁰ MAGEE, ob. cit., p. 693.

¹²⁸¹ SAP de Vizcaya, de 8 de julio de 2003 (R.J. 1751); SAP de Vizcaya, de 10 de febrero de 2003 (R.J. 115.946); SAP de La Coruña, de 24 de noviembre de 2000 (R.J. 144.071); STS de 15 de julio de 2003 (R.J. 4637).

¹²⁸² STS de 13 de diciembre de 2005 (R.J. 197).

Más allá de ello y esto es lo más importante, se discute si estos sucesos son accidentales o si son el resultado de un proceso endógeno¹²⁸³.

En España se aprecia una tendencia a admitir que el infarto de miocardio constituye accidente, en tanto obedezca a una causa externa y siempre que la relación entre la violencia del evento, su causa y el resultado puedan probarse debidamente. La naturaleza de estas causas es variada. Puede tratarse de una fuerte impresión o de una situación de ansiedad incontrolable. Han cobrado interés los episodios de presión originados en fuertes discusiones¹²⁸⁴ y de *stress* producidos por el aumento de trabajo¹²⁸⁵. También se han considerado accidentales los infartos de miocardio ocurridos por la realización de esfuerzos anormales¹²⁸⁶.

¹²⁸³ MARCO COS, “Seguro de accidentes e infarto de miocardio”, *Repertorio de Jurisprudencia*, Comentario nº 7 (2004) (Westlaw.Es); CABANILLAS MÚGICA, “Infarto de miocardio y seguro de accidentes en la Jurisprudencia Civil”, *Aranzadi Civil*, v. III (1999), pp. 2 y ss. (Westlaw, 10, BIB 1999\1608).

¹²⁸⁴ STS de 7 de junio de 2011 (R.O.J. 4913).

¹²⁸⁵ En Sentencia de 1 de marzo de 2007 (R.O.J. 1031), el Tribunal Supremo no tuvo en cuenta que el asegurado había sido un fumador tres años antes de padecer el episodio por lo cual lo exoneró de culpa y atribuyó carácter accidental al infarto de miocardio en tanto ocurrió al exceso de trabajo. Esta Sentencia sigue la línea de otras entre las que citamos la de 21 de febrero de 2008 (R.J. 2672), 10 de diciembre de 2007 (R.J. 8914), 1 de marzo de 2007 (R.J. 1510), 11 de noviembre de 2003 (R.O.J. 7060), 27 de noviembre de 2003 (R.J. 8358), 8 de marzo de 200 (R.J. 1510), 27 de noviembre de 1991 (R.J. 8496).

¹²⁸⁶ Siguiendo este razonamiento, el infarto de miocardio sufrido por un gerente de una empresa de transportes que, ante la falta de operarios ayudó en la descarga de huevos, fue considerado un accidente ocasionado por un esfuerzo desmedido (STS de 24 de marzo de 2006 [R.O.J. 1684]). En la misma línea, puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001 (R.O.J. 10.357) y de 27 de febrero de 2003 (R.O.J. 1336).

Todo lo contrario ocurrió en esta otra situación. En el caso se consideró que el infarto de un asegurado no fue accidental pues, a criterio del Tribunal Supremo, el esfuerzo deportivo que supuso participar en una prueba de ciclismo, como la que intentó, no alcanzó la intensidad necesaria para configurar un accidente (STS de 21 de febrero de 2008 [R.O.J. 2188]).

Contrariamente, si la muerte o la invalidez ocurren como causa de una enfermedad preexistente, el Tribunal Supremo no lo considera comprendido en la garantía del seguro de accidente, sino en la cobertura de la póliza de enfermedad y ello por cuanto se trata de la secuela de un proceso endógeno, de tipo isquémico¹²⁸⁷.

La multicausalidad del infarto y los problemas que plantea su garantía asegurativa, tienen por resultado que las aseguradoras no puedan contemplar este riesgo en una póliza ordinaria sin mayor examen. En general, el infarto de miocardio suele ser excluido de cobertura, no obstante lo cual conviene precisar que en ocasiones se cubre, en tanto y en cuanto el suceso haya tenido lugar durante la jornada laboral, siempre que el acontecimiento haya ocurrido estando el asegurado en su trabajo o en el trayecto desde su residencia al lugar de trabajo y viceversa. Algunas aseguradoras no contemplan esta excepción porque poseen una póliza de cobertura complementaria o adicional. Como es lógico, habrán de realizarse exámenes médicos y acompañar el diagnóstico del profesional interviniente.

De modo de circunscribir la casuística sólo a los agentes externos y descartar los patológicos, es normal que los aseguradores dispongan la exclusión de cobertura de aquellas personas que hayan padecido infartos, que presenten defectos coronarios congénitos o declaren antecedentes familiares de infarto. Asimismo, en general, se suelen dejar de asegurar a las personas mayores de 55 años¹²⁸⁸.

b. Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida

El tratamiento que los aseguradores dan al SIDA es diverso. En algunas pólizas se lo considera un agravamiento del riesgo de vida que requiere notificación¹²⁸⁹. En otras es una enfermedad

¹²⁸⁷ SSTS de 21 de mayo de 2008 (R.J. 3160), de 14 de noviembre de 2002 (R.J. 9763), de 5 de junio de 2001 (R.O.J. 4748) y 20 de junio de 2000 (R.J. 5295).

¹²⁸⁸ CAVANILLAS MÚGICA, ob. cit., p. 8.

¹²⁸⁹ MEDINA, ob. cit., p. 757.

considerada evitable por el asegurador¹²⁹⁰. Su consideración en el ámbito del seguro plantea una serie de problemas éticos, similares a los analizados al estudiar el tema de las pruebas genéticas.

Años atrás, los aseguradores tenían por costumbre interrogar al proponente del seguro respecto a la pertenencia a determinados grupos considerados proclives a contraer este mal. Así, se hacían preguntas antipáticas, sobre todo cuestionando la orientación sexual de las personas. Hoy en día se ha observado que la pregunta directa sobre la enfermedad no genera tanto malestar. No obstante, ante una posible discriminación, algunos aseguradores optaron por eliminar esta cuestión limitándose a advertir su exclusión y a solicitar el examen sólo en los contratos de capital elevado¹²⁹¹.

3. Consumo de alcohol, drogas o estupefacientes

Es momento de considerar si la póliza de accidentes cubre los daños ocasionados por los siniestros ocurridos estando el asegurado bajo los efectos del alcohol o de otras sustancias, como las drogas o los estupefacientes.

De regla el asegurador excluye de cobertura los accidentes en los que se comprueba el dolo o la mala fe del asegurado y ello por cuanto tradicionalmente se ha entendido que la ingesta de alcohol o de estupefacientes es una conducta reprobable que no conviene alentar ni cubrir con el seguro.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, lo que verdaderamente importa es si el asegurado que causa un accidente estando bajo los efectos de este tipo de sustancias, puede ser imputado por un hecho doloso. Y ello en tanto no es lo mismo intención de causar un resultado, que voluntad de causar un resultado.

Si bien es cierto que la conducción bajo los efectos del alcohol o de ciertas drogas multiplica el riesgo de siniestro, de

¹²⁹⁰ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, ob. cit., p. 37.

¹²⁹¹ MARCO ARCALÁ, ob. cit., pp. 306 y 307.

ello no puede inferirse, en abstracto, que el asegurado haya obrado con dolo¹²⁹².

Por esta razón, en nuestra opinión, deben considerarse intencionales y por tanto excluirse de la cobertura las situaciones en que el asegurado es el agente consciente y voluntario del siniestro, que lo quiere o cuando menos lo supone probable. En cambio, los siniestros causados, pero no queridos o no percibidos como probables, deben ampararse en la cobertura en tanto son situaciones involuntarias que no corresponde calificar como dolosas pues hacerlo supondría quitar toda virtualidad al seguro de accidente. Tal ha sido el criterio sustentando por el Tribunal Supremo en muchas de sus Sentencias¹²⁹³.

4. Existencia de otros seguros de accidentes

Hemos advertido que la pluralidad de seguros es objeto de regulación legal en los seguros de daños y que la pertenencia de los seguros de accidentes a la categoría de seguros de personas es discutida.

Cuando la ley no se decanta por atribuir a los seguros de accidentes una calificación particular, como sucede en el caso del Código de Comercio uruguayo, aparece el problema de estimar si a estos seguros se les puede aplicar las normas referentes a los seguros cumulativos de daños, especialmente si en éstos se debe declarar la existencia de otros seguros¹²⁹⁴.

El problema relacionado no aparece en la Ley de Contrato de Seguro española, norma que categoriza al seguro de accidentes como un seguro de personas y que en el artículo 101 pone de cargo del tomador del seguro el deber de comunicar al asegurador

¹²⁹² VEIGA COPO, *Tratado...*, pp. 827 y 828.

¹²⁹³ Merecen destaque las Sentencias del 22 de diciembre de 2008 (R.O.J. 7348) y 13 de noviembre de 2008 (R.J. 1095). También pueden citarse otras como las de 24 de mayo de 2013 (R.O.J. 2603), 16 de febrero de 2011 (R.O.J. 543), 15 de diciembre de 2011 (R.O.J. 9176), 7 de julio de 2006 (R.O.J. 5884).

¹²⁹⁴ SÁNCHEZ CALERO, “Deber de comunicar el cúmulo de seguros”, p. 2629.

la celebración de cualquier otro seguro de accidentes relacionado con la misma persona¹²⁹⁵.

Como fundamento del deber de comunicación expuesto no sirven las razones de moral y de orden público que explican la prohibición del sobreseguro y la defensa del principio indemnizatorio que se acostumbra esgrimir en los seguros de daños¹²⁹⁶ y ello por cuanto, al ser un seguro de personas, los seguros de accidentes no permiten la completa indemnización del damnificado¹²⁹⁷. De modo que la justificación de tal comunicación habrá de hallarse en la necesidad que tiene el asegurador de conocer la valoración que otro asegurador ha hecho del mismo riesgo, en tanto ello configura un elemento subjetivo importante para la estimación del riesgo que el proponente le propone¹²⁹⁸.

El artículo 101 de la Ley de Contrato de Seguro española es bastante escueto lo que ha motivado a la doctrina de ese país en varios aspectos.

En primer lugar, se han sustentado dos opiniones respecto del contenido del deber de declaración. Así, podría intentarse una interpretación literal, pero muy restrictiva de la norma y entender que la declaración la debe hacer quien, ya teniendo un seguro de accidentes, pretende otro. Otra forma de analizar el contenido de

¹²⁹⁵ En la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, de 17 de junio de 2013 (artículo 593-24), la coincidencia debe verificarse en la persona, los riesgos y en la vigencia de los contratos.

¹²⁹⁶ VERGEZ SÁNCHEZ, ob. cit., p. 1050; VIVANTE, “Giurisprudenza italiana”, *Rivista di Diritto Commerciale Industriale e Marittimo*, v. I, p. II (1903), p. 99; BESSON, “Jurisprudence française”, *Revue Générale des Assurances Terrestres*, t. 12 (1941), p. 395.

¹²⁹⁷ KULLMANN, ob. cit., pp. 686 y ss.; BATALER GRAU, *El seguro...*, p. 108.

¹²⁹⁸ Ello sin perjuicio del interés que tiene el asegurador en evitar el sobreseguro cuando deba correr con gastos como los de asistencia sanitaria (artículo 103 de la Ley de Contrato de Seguro española) o las indemnizaciones por pérdidas salariales durante la situación de invalidez (SÁNCHEZ CALERO, “Deber de comunicar el cúmulo de seguros”, pp. 2629 y 2630).

esta carga es considerar que el tomador debe declarar todos los seguros de accidentes que conozca, sean anteriores o posteriores a la nueva contratación, aunque cuidando que coincidan en las circunstancias espaciales, temporales y causales de modo de restringir los supuestos a declarar¹²⁹⁹. Finalmente, puede reservarse el deber de declaración a los casos en que la contratación de un nuevo seguro de accidentes vulnere el principio indemnizatorio¹³⁰⁰.

En segundo lugar, la Ley de Contrato de Seguro española no dispone ninguna formalidad para realizar esta declaración. Por tanto, cabría aceptar cualquier forma escrita y también la comunicación verbal efectuada en el momento en el que se considere la existencia del cúmulo de seguros¹³⁰¹.

En lo que a la declaración del riesgo se refiere, desde luego interesa la pregunta que el asegurador haya plasmado en el cuestionario respectivo. En tal sentido deben informarse los componentes de los otros contratos, a todos y cada uno de los aseguradores involucrados: al nuevo asegurador la existencia de los antiguos y viceversa.

Particularmente el proponente debe ser preciso respecto de su interés, las características del riesgo, el período, la suma asegurada y por supuesto, el nombre de los otros aseguradores¹³⁰².

En tercer lugar, el sujeto pasivo de esta comunicación es el asegurador pero también se cumple con el mandato legal si la comunicación se dirige a su dependiente¹³⁰³. El sujeto activo, de acuerdo al tenor literal del artículo 101, es el tomador del seguro.

¹²⁹⁹ SÁNCHEZ CALERO, “Deber de comunicar el cúmulo de seguros”, p. 2633.

¹³⁰⁰ BATALLER GRAU, *El seguro...*, p. 114.

¹³⁰¹ TIRADO SUÁREZ, “El seguro”, p. 167; SÁNCHEZ CALERO, “Deber de comunicar el cúmulo de seguros”, p. 2635.

¹³⁰² BATALLER GRAU, *El seguro...*, p. 63; CUÑAT EDO, “Disposiciones generales...”, p. 540.

¹³⁰³ SÁNCHEZ CALERO, “Seguro de Accidentes. Deber de comunicar el cúmulo de seguros”, p. 2631.

Si el seguro se contratara sobre la persona de un tercero, algunos autores entienden que la comunicación puede ser cumplida por el asegurado. Fundamentan su postura en lo dispuesto en el artículo 7.2 de la Ley de Contrato de Seguro según el cual, en caso de falta de coincidencia entre el tomador y el asegurado, aquellos deberes que por su naturaleza estén más próximos al asegurado, deben ser cumplidos por éste.

SÁNCHEZ CALERO disiente pero realiza una precisión importante; la norma debe interpretarse atendiendo a su tenor literal y aceptarse que refiere, exclusivamente, al tomador. No obstante, agrega, reconocer que el sujeto obligado por este deber sea el tomador, no impide que la comunicación sea efectuada por el asegurado habilitado por el artículo 7.2, tal como parece ser el entendimiento general de la doctrina. Sin embargo, concluye, esto no puede determinar que los daños y perjuicios del incumplimiento del deber se imputen al asegurado.

La declaración inexacta o reticente sobre estos otros seguros, aun dolosa, contrariamente con lo que sucede en el régimen general, se reduce a una reclamación por daños y perjuicios, solución que ha sido muy criticada por la doctrina española¹³⁰⁴.

C. Declaraciones durante la vigencia del contrato

En el seguro contra accidentes existen circunstancias que modifican el riesgo pero que el asegurador espera y que no deben notificarse. Su ocurrencia ya ha sido prevista, de modo tal que las consecuencias patrimoniales han sido tomadas en cuenta en los pronósticos actuariales de incremento de las primas.

Entre los sucesos descritos en el párrafo anterior se encuentran las secuelas derivadas de un proceso patológico originado en un accidente o la agravación de una enfermedad producto de un hecho accidental. Estos casos son considerados accidentes en sí mismos y por tal razón están comprendidos en la cobertura asegurativa, sin necesidad de que el tomador advierta su existencia.

¹³⁰⁴ TIRADO SUÁREZ, loc., cit.

Al contrario, el cambio de las circunstancias profesionales originalmente declaradas, la realización de actividades deportivas, especialmente si son de riesgo, deben ser notificados debidamente¹³⁰⁵.

III. Seguro de enfermedad y de asistencia sanitaria

En la práctica asegurativa suele combinarse el seguro de enfermedad y de asistencia sanitaria con el seguro de vida y de accidentes y contratarse, además, como seguro de grupo¹³⁰⁶.

En las pólizas puede estipularse que el asegurador cumpla con su prestación de dos formas: o paga al beneficiario cierta suma de dinero por los daños producidos por la enfermedad o abona el coste de la asistencia al centro de salud que preste el servicio médico, quirúrgico o farmacológico contratado por la compañía de seguros o por el propio asegurado¹³⁰⁷.

En la primera de las hipótesis referidas la prestación del asegurador tendrá carácter resarcitorio y su destinatario será el asegurado. En la segunda hipótesis, en cambio, se tratará de un pago por cada acto médico cumplido y quien recibirá el dinero será el propio médico o centro asistencial contratado. En este último caso, la naturaleza de la prestación del asegurador plantea el problema de su responsabilidad por los daños y perjuicios causados al asegurado como consecuencia del acto médico cumplido. Existen autores que entienden que la compañía de seguros es responsable por los perjuicios ocurridos como consecuencia del funcionamiento defectuoso de los centros asistenciales vinculados contractualmente con ella. Cuando no es

¹³⁰⁵ TIRADO SUÁREZ, “El seguro”, p. 123; MARTÍNEZ – GIJÓN MACHUCA, *El seguro privado de asistencia sanitaria* (Madrid, Mapfre, 2002), p. 11; DEL CAÑO ESCUDERO, ob. cit., p. 471; VEIGA COPO, *Tratado...*, p. 826.

¹³⁰⁶ MARTÍNEZ – GIJÓN MACHUCA, ob. cit., p. 43; SÁNCHEZ CALERO, “Seguro de enfermedad y de asistencia sanitaria. Prestaciones del asegurador en estos seguros”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones* 4ª ed. revisada y puesta al día (Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2010), p. 2695.

¹³⁰⁷ MARTÍNEZ – GIJÓN MACHUCA, ob. cit., p. 11.

así, esto es, cuando se trata de personal médico contratado por el propio asegurado, la responsabilidad recaerá exclusivamente en el personal sanitario elegido.

La Ley de Contrato de Seguro española contempla estas dos formas de prestación del asegurador en el artículo 105. La Ley de Seguros argentina y el Código de Comercio uruguayo no contienen normas sobre seguros de enfermedad.

A. El riesgo en el seguro de enfermedad

El riesgo contemplado en este contrato no es la enfermedad en sí misma (esto es, la perturbación del estado de salud del tomador o del asegurado que se traduce en una situación anormal del cuerpo o del espíritu¹³⁰⁸), sino los daños que ésta pueda causar al tomador o al asegurado¹³⁰⁹.

Se trata de una especie asegurativa con un objeto muy amplio en la medida en que comprende tanto el resarcimiento de los daños producidos por el mal en sí mismo (los costes de la asistencia sanitaria, incluidas las intervenciones quirúrgicas, la hospitalización y los medicamentos), como la pérdida de los ingresos del asegurado durante su convalecencia¹³¹⁰.

Generalmente quedan excluidas de cobertura las denominadas enfermedades catastróficas, es decir, aquellas dolencias cuyos tratamientos son demasiados costosos, sea porque requieren intervenciones muy gravosas (caso de los trasplantes y cirugías muy complejas), sea porque exigen cuidados repetitivos y prolongados (como sucede en el cáncer, síndrome de inmuno deficiencia adquirida, enfermedades mentales y otras patologías crónicas que aparecen con la vejez).

¹³⁰⁸ GARRIGUES, *Contrato...*, p. 565. En contra, MARTÍNEZ – GIJÓN MACHUCA, ob. cit., pp. 11 y 41.

¹³⁰⁹ SÁNCHEZ CALERO, “Seguro de enfermedad y de asistencia sanitaria. Prestaciones del asegurador en estos seguros”, p. 2694; TIRADO SUÁREZ, “El seguro”, p. 205

¹³¹⁰ SÁNCHEZ CALERO, “Seguro de enfermedad y de asistencia sanitaria. Prestaciones del asegurador en estos seguros”, pp. 2693 y 2694; MARTÍNEZ – GIJÓN MACHUCA, ob. cit., p. 11.

Jurídicamente, la práctica de la exclusión de garantía en estos supuestos plantea el problema de la discriminación. Obsérvese que se trata de individuos que demandan los servicios sanitarios en un porcentaje mucho mayor que el común denominador de las personas, con el agravante que, a diferencia de otros casos, la mayoría de las veces son fácilmente detectables¹³¹¹.

B. Declaraciones particulares del seguro de enfermedad

Existe cierta confusión entre las declaraciones del seguro de enfermedad y las correspondientes al seguro de vida. No obstante, la zona de influencia del seguro de vida es bien distinta de aquella relativa al seguro de enfermedad porque la muerte, consecuencia fatal de un padecimiento, escapa al seguro que ahora nos ocupa¹³¹².

De igual forma, la vinculación del seguro de enfermedad con el de accidentes es una circunstancia reconocida por la doctrina y ratificada por legislaciones modernas como la española, norma que en su artículo 106 remite al régimen del seguro de accidentes en todo aquello que sea compatible.

1. Estado de salud

Como sucede en todo seguro de personas, en el seguro de enfermedad cobra vital importancia el acto de declaración del estado de salud. Así, sólo quedarán comprendidos en el seguro los daños derivados de enfermedades contraídas con posterioridad a la fecha de celebración del contrato¹³¹³.

¹³¹¹ MARTÍNEZ – GIJÓN MACHUCA, ob. cit., p. 109; COLINA, *Propuestas para un sistema de cobertura de enfermedades catastróficas en Argentina*, (Madrid, Mapfre, 2008), pp. 1, 2, 11 y 12.

¹³¹² MAGEE, ob. cit., p. 171.

¹³¹³ MARTÍNEZ – GIJÓN MACHUCA, ob. cit., p. 110.

Las afecciones diagnosticadas antes de esa fecha, conocidas por el tomador o el asegurado, que no hayan sido declaradas al asegurador, no deben considerarse habida cuenta de la irregularidad en la declaración¹³¹⁴. Claro está que, además de lo dicho, las circunstancias omitidas habrán de ser relevantes, en un todo de acuerdo con el régimen general¹³¹⁵.

En algunos casos, puede ser sumamente difícil distinguir una enfermedad nueva de la secuela de otra no sorteada con éxito¹³¹⁶.

Para mayor garantía del asegurador, en este seguro suele establecerse un período de carencia de forma de dilatar la efectiva cobertura del riesgo asegurado o la delimitación de la cobertura, a determinadas prestaciones asistenciales¹³¹⁷.

2. Existencia de otros seguros

Por su afinidad con el seguro de accidentes, en el seguro de enfermedad y asistencia sanitaria también han de declararse la

¹³¹⁴ VEIGA COPO, *Tratado...*, p. 856.

¹³¹⁵ La Audiencia Provincial de Málaga desestimó el recurso de apelación del asegurador, fundado en que la inexactitud y ocultación de información de la asegurada no era relevante. En el caso, la información omitida refería a una operación de hernia discal y la operación para la cual se solicitaba la cobertura del seguro de asistencia sanitaria correspondía a una extirpación de un mioma uterino. Además, pese a la omisión de la asegurada, se probó que el asegurador tuvo conocimiento de la inexactitud de las declaraciones de la actora cuando ésta le entregó el informe del ginecólogo tratante para solicitar la operación a cargo de la póliza. También, se tuvo por probado que el mediador del asegurador le indicó a la actora que los antecedentes omitidos – ligadura y hernia discal – no eran relevantes para el cuestionario debido al tiempo transcurrido. La Audiencia consideró que la información omitida no guardaba ninguna relación con el mioma del que fuera intervenida la asegurada, razón por la cual entendió que la omisión no influyó en la valoración del riesgo (SAP de Málaga de 22 de febrero de 2001, [JUR 2001/176344]).

¹³¹⁶ TIRADO SUÁREZ, “El seguro”, p. 207.

¹³¹⁷ SÁNCHEZ CALERO, “Seguro de enfermedad y de asistencia sanitaria. Prestaciones del asegurador en estos seguros”, p. 2697; TIRADO SUÁREZ, “El seguro”, p. 208.

existencia de otros contratos de la misma naturaleza. Ello es de rigor en el Derecho español desde que las normas del seguro de accidentes se aplican a los seguros de asistencia sanitaria por expresa disposición del artículo 106 de la Ley de Contrato de Seguro.

Se dirá que la posibilidad de multiplicidad de seguros de enfermedad es poco probable, pues no es viable que una persona reciba dos tratamientos al mismo tiempo. A pesar de ello, puede suceder que se realicen procedimientos complementarios, sucesivos o alternativos, que deben declararse. Asimismo, es bastante habitual que el paciente consulte a más de un profesional. Ello debe advertirse al asegurador¹³¹⁸.

3. Edad

La edad del asegurado es básica para que el asegurador pueda establecer una prima que se ajuste al riesgo que asume pues, como es obvio, las posibilidades de que el individuo enferme aumentan con la edad¹³¹⁹. De hecho, los aseguradores suelen establecer una edad límite para contratar estos seguros que se alcanza al cumplir los 60 años.

¹³¹⁸ SÁNCHEZ CALERO, “Seguro de enfermedad y de asistencia sanitaria. Aplicación de las normas del seguro de accidentes”, p. 2715.

¹³¹⁹ MARTÍNEZ – GIJÓN MACHUCA, ob. cit., p. 113.

Conclusiones

Significado del riesgo en el seguro y sentido de su declaración

En nuestra opinión el riesgo es el presupuesto de existencia del seguro comprendido en su totalidad, esto es, en su estructura jurídica, económica y técnica. Es la posibilidad actual, real y cierta de que se produzca el hecho dañoso, distinto sustancialmente al siniestro en tanto lo antecede y lo explica. De ello se deriva que el riesgo sea la condición necesaria para que el asegurador pueda exigir el pago de la prima y que el siniestro sea la condición necesaria para que el asegurado pueda reclamar la prestación del asegurador.

Desde el punto de vista jurídico el riesgo es un elemento esencial para la validez del contrato. En nuestro concepto no es el objeto del contrato de seguro puesto que el riesgo no es un bien sobre el cual el tomador pueda tener un interés asegurable, ni siquiera entendiendo posible su traslación al asegurador, y esto por cuanto el riesgo siempre permanece en la realidad del asegurado. En cambio, nos inclinamos por considerar que el riesgo integra la causa del contrato, junto con el interés asegurable, en una suerte de singularidad causal que explica el seguro.

En tanto fenómeno económico el riesgo es el punto sobre el cual gira todo el proceso actuarial de su producción, desde la creación de la mutualidad hasta el pago de la prestación, pasando por la determinación de la prima concreta. De modo que existe, aquí también, una correlación recíproca de elementos, concretamente entre el riesgo y la prima, que se refleja en la prestación del asegurador.

En nuestra opinión, el acto de declaración de los riesgos es el acto más importante en la concertación del seguro en la medida en que de su exacto cumplimiento depende la justicia del contrato y el éxito de la relación jurídica entre el tomador y el asegurador. Es así como se constituye en el presupuesto necesario para la homogeneización actuarial de la cartera de riesgos asegurables y tarificación de las primas y también en el principal presupuesto

jurídico de cumplimiento de la prestación del asegurador, en la medida en que su garantía se limita a los riesgos declarados.

Los principios de buena fe y de proporcionalidad entre el riesgo y la prima. Significado y función en el seguro

Muchas de las normas que componen la legislación sobre seguros, sobre todo las que recibimos de larga data, responden a los intereses de los aseguradores. El deber de declaración de los riesgos en forma exacta, de acuerdo al parámetro de la buena fe no es la excepción. Y ello se explica, en nuestra opinión, no tanto en cuestiones de orden moral, sino en la necesidad que tiene el asegurador de aliviar la asimetría informativa y evitar la selección adversa de riesgos en su cartera.

El legislador del seguro intenta eliminar el riesgo moral del asegurador imponiendo al asegurado el deber de informar los riesgos de acuerdo a la buena fe, parámetro al que la doctrina ha otorgado un valor superlativo.

Cumplir con la carga de hacer conocer los riesgos lealmente supone anteponer el interés del asegurador al del propio declarante, quien ha de informar la entidad real del riesgo, sin omisiones y sin inexactitudes, aunque de ello se derive el pago de una prima más onerosa o el rechazo de su solicitud.

En tanto la declaración de los riesgos conforma la materia prima fundamental para la celebración del contrato, cuando existen omisiones o declaraciones de naturaleza dolosa y ello determina que lo declarado no se ajuste a la realidad, corresponde el límite correctivo de la buena fe, anulando el contrato.

El principio de proporcionalidad opera en un plano diferente; gobierna la estructura económica y jurídica en todos los seguros, incluso en aquellos a los que se les aplica el principio de la universalidad del riesgo y lo hace en todas las etapas del seguro, desde su celebración y durante su vigencia. Esta es la razón por la cual la prima debe ser ajustada a las modificaciones que se producen en el riesgo y consecuentemente, que el asegurado deba informar las variaciones del riesgo, en tanto afecten el mencionado principio.

En nuestra opinión, este principio excede su enunciado teórico y se devela en su verdadero sentido cuando opera como correctivo en todos aquellos casos en que, debido a las declaraciones de riesgos desajustadas a la realidad, sea por omisiones o inexactitudes, siempre involuntarias o de buena fe, la prima calculada por el asegurador no resulta ser una justa compensación por la garantía prestada.

La determinación del riesgo asegurable y el abuso del derecho del asegurador

La determinación de la cobertura en el seguro se logra mediante la descripción de los hechos cuya producción hace nacer la obligación del asegurador de responder y el derecho del asegurado a reclamar la prestación. Es un derecho del futuro tomador y del asegurador y supone la previsión en la póliza de las cláusulas delimitadoras del riesgo.

En nuestra opinión los límites de la garantía responden a necesidades fundamentalmente actuariales del asegurador, como ser la integración del riesgo a un colectivo homogéneo y numeroso ya formado, la existencia de cierta siniestralidad, entre otras, necesidades que, de regla, no contemplan la situación del asegurado en tanto sujeto aislado de la mutualidad. Esta circunstancia, sumada al hecho de que el seguro es un contrato de adhesión, eventualmente puede ser fuente de abusos.

Entendemos que el asegurador abusa de su derecho a delimitar el riesgo cuando la cláusula de exclusión de cobertura no tiene explicación lógica, sea jurídica o actuarial, y esto en razón de que, a nuestro juicio, los riesgos deben excluirse porque el ordenamiento jurídico prohíbe amparar conductas dolosas o gravemente culposas, o porque son actuarialmente insoportables, o porque la reparación de los bienes es claramente dificultosa. Pero, lo que no puede suceder es que se desnaturalice el contrato excluyendo riesgos que resultan consustanciales a la modalidad elegida, como cuando el asegurador rechaza reparar los daños causados por la oxidación de los metales, habiendo dado cobertura por los daños causados por el agua, pues ello implica quitarle virtualidad al contrato de seguro.

Por otra parte, si las exclusiones no surgen prístinas del contrato, absolutamente claras para el entendimiento de una persona común, no pueden admitirse. Como tampoco creemos que pueda admitirse trasladar las exclusiones de cobertura de los condicionados generales a los particulares. Tales extensiones analógicas no corresponden en atención a que las cláusulas de exclusión suponen una situación de ausencia de seguro que deben interpretarse restrictivamente.

En España, el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro distingue, además, las *cláusulas limitativas de los derechos del asegurado*. Éstas restringen, condicionan o modifican un derecho ya adquirido por el asegurado, razón por la cual el legislador reclama que sean destacadas de modo particular, además de ser previamente consentidas por escrito. Ciertamente esta norma ha causado una gran cantidad de litigios en este país, fundamentalmente originados en la dificultad de distinguir cuándo la cláusula de una póliza delimita el riesgo y cuándo limita los derechos de los asegurados.

Creemos que estas dificultades se han sorteado gracias a criterios de firmeza sentados por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. No obstante, existen actualmente en estudio dos documentos de reforma de la legislación de seguros. En el artículo 4.4 del Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro, de 8 de abril de 2011, se agregan las cláusulas de exclusión de cobertura a la nómina de cláusulas que deben figurar de forma destacada y comprensible, además de ser específicamente aceptadas por escrito. Contrariamente, en el texto de la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (artículo 591-3), de 17 de junio de 2013, se propone eliminar toda distinción entre tales cláusulas, permaneciendo la referencia a las cláusulas calificadas como abusivas por la Ley o los jueces o Tribunales, que serán nulas, sin perjuicio de la eficacia del resto de las condiciones válidas del contrato.

La naturaleza del deber de declaración de los riesgos

Tradicionalmente la doctrina ha debatido respecto de si la declaración de los riesgos constituye una obligación o una carga para el proponente del seguro.

En nuestra opinión no sería una obligación en la medida en que en ninguno de los ordenamientos considerados existen normas tendientes a exigir su cumplimiento forzado o a obtener la reparación de los daños y perjuicios causados al asegurador. Se trata, en cambio, de una carga, un mandato del propio interés de cuya observancia se hace depender la prestación del asegurador, con la particularidad de que se soporta incluso cuando el contrato no llegue a concluirse.

En tanto carga, entendemos que el deber de declaración de los riesgos se estipula principalmente en beneficio del asegurador para compensar su deficiencia cognitiva. Ello es natural si nos atenemos al hecho de que el asegurador desconoce los riesgos y que, en mayor o menor medida, debe aplicar el principio de la proporcionalidad entre el riesgo y la prima en función de las declaraciones del proponente.

No obstante lo dicho, creemos que también el proponente está interesado en el cumplimiento de esta carga puesto que de la exacta declaración del riesgo dependerá el pago de la prima, el alcance de la cobertura del seguro y la prestación del asegurado en caso de siniestro.

Como corolario de lo anterior, la declaración del riesgo no puede ser, sino una declaración de ciencia o de conocimiento, dirigida al asegurador de modo de permitirle realizar el cálculo de la prima de seguro y que, en todo caso, deberá evaluarse en función de la veracidad o falsedad de su contenido.

No puede ser una declaración de voluntad puesto que no tiene por función concluir el contrato.

El momento de la declaración de los riesgos

El acto de declaración del riesgo acompaña la solicitud de seguro en tanto invitación a contratar.

Cuando la solicitud la realiza el interesado en asegurarse se trata de un estímulo a ofertar en función de la denuncia de unos riesgos más o menos determinados. Cuando la compañía de seguros toma la iniciativa y llega a la persona a través de folletos y mensajes publicitarios en los que exhibe sus productos se trata de una invitación indeterminada a considerar una futura oferta. De una u otra forma, la solicitud nunca llega a ser una oferta porque no es completa, ni es vinculante.

Así como la declaración del riesgo tiene su génesis remota en una etapa anterior a la proposición de seguro, del mismo modo, no se agota en la conclusión del contrato. Es necesario que el tomador mantenga al asegurador actualizado respecto del riesgo original, de forma de ajustar la prima. Ello es así debido a la invariabilidad de los riesgos. En esta declaración el tomador también habrá de conducirse con la mayor lealtad.

Lo anterior permite distinguir la declaración inicial de los riesgos, de la declaración posterior. La primera constituye un deber de naturaleza precontractual, justificado en la necesidad de ajustar la prima al riesgo presente y a veces verificado por el asegurador. La declaración posterior, en cambio, implica un deber contractual, elemental para mantener el equilibrio de las prestaciones de las partes. Así, fuera de los casos de modificaciones del riesgo debidas a circunstancias predecibles como el envejecimiento de las cosas o de las personas, el asegurador deberá ser notificado de las variaciones del riesgo que tengan el poder de distorsionar el estado del riesgo en función del cual se calculó la prima, de modo de establecer si continúa con el contrato o no y en caso de hacerlo, en qué condiciones contractuales.

Entendemos que la valoración de las circunstancias que rodean el riesgo durante la ejecución del contrato ha de efectuarse a la vista de las que se tuvieron en cuenta por el asegurador en oportunidad de su conclusión. Para determinarlo bastará analizar

el cuestionario presentado por el asegurador oportunamente. Si el asegurador niega su prestación alegando el incumplimiento del deber de comunicación de agravaciones no previstas en el cuestionario, entendemos que habrá obrado en forma abusiva.

Responsabilidad del tomador por la declaración de los riesgos efectuada por el asegurado

El deber de declaración del riesgo recae sobre quien solicita el seguro y de ordinario quien debe cumplir este deber coincide con quien padece el riesgo, esto es, el asegurado. Cuando se contrata el seguro por cuenta ajena, cosa usual en el seguro de vida, esta coincidencia no se produce. En estas circunstancias aparece el problema de la responsabilidad del tomador del seguro por las declaraciones de esta tercera persona que, al no ser parte, nada espera de la relación contractual.

En el Derecho español correspondería que se aplicara el artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro en tanto lo permitiría el artículo 7.2 de la misma norma. A pesar de que este artículo refiere a que el asegurado puede suplir al tomador en el cumplimiento de sus obligaciones y deberes *contractuales*, entendemos que si el asegurado ha declarado el riesgo, deber de naturaleza precontractual, igual habrá satisfecho al asegurador y cumplido con la Ley. En caso de inobservancia del precepto habrán de aplicarse las consecuencias allí dispuestas. Todo ello salvo que en sus Condiciones el asegurador haya liberado expresamente al tomador de responsabilidad por la declaración de riesgos efectuada por el asegurado, reproduciendo la práctica de los seguros de vida de grupo.

El tomador del seguro en el Derecho argentino eventualmente puede ser responsable por las declaraciones omisas, falsas e inexactas del asegurado en tanto el artículo 5 de la Ley de Contrato de Seguro de ese país debe analizarse en conjunto con el artículo 10 y con el artículo 129, normas que estipulan que a los efectos de la reticencia se debe tener en cuenta su conocimiento de los hechos y su conducta.

El Código de Comercio uruguayo no contiene disposiciones similares a las relacionadas. No existe ningún obstáculo en que el

asegurador libere de responsabilidad al tomador por las declaraciones del asegurado. Si así no hiciere, entendemos que al tomador del seguro se le podrá imponer la sanción de la retención en tanto el asegurador pueda demostrar el cumplimiento de los requisitos que la configuran a su respecto. Si bien el contrato siempre será nulo, la buena o mala fe del tomador, con las consecuencias que de ello se derivan (artículos 666 y 667), estará dada, precisamente, por conocer o desconocer la relevancia de las circunstancias que el tercero omitió o declaró de forma inexacta.

El contenido del deber de declaración de los riesgos en los seguros de personas. Cuestiones que plantea el conocimiento del genoma humano

Los factores de riesgo que mejor contribuyen a la explicación y pronóstico de la habitualidad de los siniestros en los seguros de personas son la edad, la ocupación, el sexo y fundamentalmente el estado de salud de las personas. Se trata de factores objetivos y abstractos, datos que por definición son los que permiten los cálculos matemáticos y estadísticos. Sin ellos el asegurador no puede establecer la prima de riesgo.

Uruguay mantiene la tendencia de unificar las reglas de capacidad en materia de contratación comercial y por ello no existen disposiciones específicas, como las hay en la legislación española y argentina, para concertar un seguro. Consecuentemente, tampoco hay solución legal para el caso en que la edad declarada sea inferior a la real. A pesar de ello, convencionalmente los aseguradores uruguayos compensan el incremento del riesgo aumentando las primas de modo de ajustar la tarifa a la edad real y reservan la resolución del contrato para el caso en que la edad declarada escape a los niveles de asegurabilidad requeridos. No es un aspecto que despierte mayor interés en la doctrina ni que ocasione un gran número de litigios. No obstante, entendemos que debería ser un aspecto a legislar si el país se resuelve a modernizar la normativa en materia de seguros.

En nuestra opinión el asegurador necesita conocer la salud actual, la superación de enfermedades, las intervenciones quirúrgicas realizadas y las dolencias temporales en tanto tengan el potencial de convertirse en crónicas porque éstas suponen gran mortalidad. Pero el interrogatorio sobre el estado de salud de las personas en estos seguros, e incluso sobre su sexo, en la actualidad debe realizarse con extremo cuidado en tanto existe legislación e instrumentos internacionales que protegen a las personas de la desigualdad sexual y las prácticas discriminatorias. A ello debe agregarse, además, todo un complejo normativo que obliga a las aseguradoras a guardar reserva de la información que reciben de los solicitantes de los seguros y a tratar de forma particularmente diligente los datos que utilizan para establecer las primas de riesgo.

El cuestionario de salud en el seguro de personas tiene la finalidad de seleccionar el riesgo de modo de evitar la selección adversa al asegurador. Este proceso es, en sí mismo, discriminatorio desde que supone eliminar de la garantía del asegurador ciertos individuos que escapan a los márgenes de asegurabilidad rentables.

El conocimiento del genoma humano lleva el proceso de selección al extremo y enfrenta al asegurador y al solicitante del seguro en el ejercicio de sus legítimos derechos: el derecho a conocer el riesgo del primero y el derecho a ignorarlo y a no ser discriminado por su patrimonio genético, del segundo.

Entendemos que el asegurador español no puede solicitar la realización de pruebas genéticas, ni debería plantear preguntas dirigidas a conocer la predisposición personal a padecer ciertas enfermedades, por cuanto se lo impiden el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la Biología y la Medicina y también la Constitución en tanto reconoce la igualdad entre todos los españoles. El asegurador argentino tampoco podría hacerlo, puesto que ese país ha reconocido como propios los principios incorporados en los instrumentos emanados de la UNESCO que protegen el patrimonio genético de las personas, además de las soluciones

particulares para las provincias de Buenos Aires, Córdoba y Catamarca y sin olvidar lo dispuesto en la Constitución que consagra la igualdad entre todos los habitantes. En Uruguay, pese a no haber compromiso alguno con la UNESCO en lo referente a los documentos relacionados con el genoma humano, tampoco podría interrogarse al solicitante del seguro sobre su carga genética con fundamento en la Constitución nacional y ciertos instrumentos internacionales que tratan sobre los derechos humanos fundamentales que también reconocen el derecho a la igualdad.

Mucho más difícil de resolver es el problema de si el proponente del seguro tiene derecho a ocultar al asegurador sus antecedentes genéticos. Nos inclinamos por entender que debe primar el derecho a la reserva de esta información privilegiada por encima de los intereses del asegurador, aunque reconocemos que la cuestión es opinable. Es cierto que el solicitante del seguro no puede agravarse en daño alguno por el hecho de comunicar al asegurador el resultado de una prueba que ya conoce y que no hacerlo, en cambio, supone incumplir su deber de declaración honesta del riesgo. Sin embargo, la cuestión estriba en que, fuera de otros argumentos que suelen defenderse, en última instancia el asegurador utiliza esa información para la tarificación de la prima, circunstancia que no sería objetable si no fuera por el hecho de que la sola predisposición a sufrir ciertas enfermedades no significa que efectivamente se desarrollen. Quiere decir que el asegurador no estaría incorporando a sus cálculos actuariales información objetiva sobre el riesgo, como sí hace cuando analiza los hábitos, las enfermedades padecidas o la edad, sino una mera especulación.

El contenido del deber de declaración de los riesgos en los seguros de daños. Complejidad de la declaración en las pólizas multirriesgo

El contenido del deber de declaración de los riesgos en los seguros de daños está fundamentalmente dirigido a conocer el detalle de los bienes objeto del interés asegurable y la relación que el solicitante tiene con ellos.

Se percibe una mayor complejidad en los seguros multirriesgo de daños y ello por cuanto esta póliza conjuga riesgos principales y heterogéneos, todos ellos con sus propias declaraciones, que pueden discriminarse en declaraciones sobre el continente y sobre el contenido, que también serán diferentes en función de que el seguro se contrate para el comercio, la fábrica o para el hogar. Agréguese que estas pólizas contienen cobertura de responsabilidad civil extracontractual y en función de ello el proponente deberá dar detalles sobre su condición de profesional, comerciante, propietario, inquilino, deportista, jefe de hogar o la condición que se ajuste al seguro multirriesgo que pretenda.

La complejidad anotada queda de manifiesto al momento de apreciar las consecuencias de las declaraciones reticentes, inexactas y falsas debido a la reiteración de preguntas, o cuando el asegurador conoce la irregularidad en la declaración de uno de los riesgos debido a la ocurrencia de un siniestro contemplado en la misma póliza. En nuestra opinión se trata de dos situaciones distintas que han de ser claramente separadas.

En la primera situación, cuando el asegurador conoce el riesgo gracias a las declaraciones realizadas en otro apartado, dentro de la misma póliza, entendemos que no existen omisiones ni tampoco inexactitudes en tanto el asegurador es informado del riesgo y la finalidad de la norma que establece la carga de declarar el riesgo se habrá cumplido.

En la segunda situación, cuando el asegurador conoce el riesgo en virtud de la ocurrencia de otro siniestro contemplado en la póliza, ciertamente la omisión no se suple con información del propio solicitante y por ello la tarea es más dificultosa.

Ni el Código de Comercio uruguayo, ni la Ley de Contrato de Seguro española requieren la existencia de un nexo causal entre la omisión y el siniestro para que se produzcan las consecuencias jurídicas de la reticencia. Entendemos que debe seguirse la misma línea y por tanto en este seguro tal requisito es un hecho intrascendente en la medida en que lo que ha atendido el legislador es a la relación de causalidad entre la declaración del riesgo y la omisión, inexactitud o falsedad, en tanto sean relevantes y conocidas para el asegurado. De ello concluimos que no puede establecerse que todos los contratos involucrados en el seguro multirriesgo se vean afectados por la declaración reticente realizada en una de las garantías. En nuestro concepto ello sucederá cuando la declaración omisa, inexacta o falsa contagie a todos los demás riesgos, si se cumple, además, con los presupuestos de relevancia y conocimiento, de orden en el régimen de reticencia.

La declaración de otros seguros y las consecuencias de su inobservancia

El asegurador puede estar interesado en conocer la existencia de otros contratos de seguros por distintas circunstancias que entendemos prudente deslindar.

Por una parte, la legislación española, argentina y uruguayana ponen de cargo del solicitante del seguro el deber de declarar la existencia de otros contratos de seguros en los casos de seguros múltiples. Se trata de un deber legal de información que no integra el deber precontractual de declaración del riesgo y que por tanto resulta ajeno a las consecuencias de las declaraciones reticentes, inexactas y falsas. En cambio, se trata de un régimen particular del que se derivan unas consecuencias específicas que se explican en el principio indemnizatorio y en la necesidad de evitar el sobreseguro y que adquiere gran relevancia en los seguros marítimos, aéreos y de transporte.

Se percibe una gran diferencia entre la Ley de Contrato de Seguro española y el Código de Comercio uruguayo en este aspecto y ello en tanto la Ley española no libera al asegurador de cumplir con su obligación, ni siquiera cuando el solicitante de un seguro omite informar la existencia de otro seguro, aunque lo

haga con la intención de defraudar al asegurador. Sólo lo libera si se configura, además, una situación de sobreseguro.

En el Código de Comercio uruguayo la sanción es siempre la nulidad del segundo y de los posteriores contratos. La conducta del solicitante del seguro no se tiene en cuenta más que para aliviar el perjuicio económico y en este sentido, el régimen del seguro múltiple en el Derecho uruguayo es más severo que el establecido en la reticencia debido a que el asegurador tiene derecho a retener el medio por ciento del valor asegurado, a modo de indemnización. Entendemos que esto debe corregirse en la próxima reforma de Derecho de seguros que realice el país, puesto que el tomador de buena fe no debe indemnización alguna al asegurador.

En otra categoría distinta se encuentra la declaración de otros contratos de seguros, información que integra el deber precontractual de declaración del riesgo y cuya inobservancia en los seguros de daños desencadena las consecuencias previstas en el artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro española y en el artículo 640 del Código de Comercio uruguayo.

La información sobre otros seguros contratados, solicitados o hasta rechazados adquiere especial relevancia en los seguros de transporte, en los de crédito y en los de caución.

En los seguros de vida, en cambio, la declaración de otros seguros en nuestra opinión integra la categoría de circunstancias subjetivas del riesgo, y que en tanto tales no desencadenan las consecuencias de las declaraciones reticentes, inexactas y falsas, debido a que una persona puede contratar tantos seguros de vida como desee. Sin embargo, para la contratación del seguro se trata de información relevante en la medida en que alivia la asimetría informativa que padece naturalmente el asegurador y que debe tenerse en cuenta al momento de juzgar la conducta del solicitante del seguro.

El método de la declaración del riesgo

El método espontáneo deja librada la regulación del deber de declaración del riesgo a las partes, creando, deliberadamente, un marco amplio, de contornos poco definidos. Consecuentemente, habrán de ser los Tribunales quienes decidirán si en el caso concreto el asegurado ha incumplido el deber de declaración del riesgo con las consecuencias jurídicas que ello implica.

El método de la declaración utilizando formularios pretende limitar el ámbito de aplicación de los supuestos de incumplimiento del deber de declaración del riesgo en la medida en que se consideran su contenido y su continente. No obstante, doctrinaria y jurisprudencialmente se viene admitiendo cierta flexibilidad interpretativa por la vía de liberar de tales contornos los supuestos de dolo del solicitante.

La Ley de Contrato de Seguro española establece que la declaración de los riesgos debe realizarse mediante el llenado de un cuestionario que debe proporcionar el asegurador.

La Ley de Seguros argentina y el Código de Comercio uruguayo, en cambio, no establecen cómo debe declararse el riesgo pero los aseguradores de ambos países utilizan formularios. Por consiguiente, los hechos demuestran que la técnica del seguro requiere cuestionarios para la declaración de los riesgos y en todo caso lo que debe hacerse es ajustar los intereses actuariales del asegurador al Derecho, especialmente a las normas de protección de los consumidores y usuarios que reclaman el cumplimiento de ciertas normas en la redacción de las fórmulas.

El asegurador será diligente cuando presente al solicitante un cuestionario claro y razonablemente completo, aunque no exhaustivo, en tanto con ello demuestra su preocupación en el conocimiento del estado del riesgo. Para obtener este resultado deberá indagar apropiadamente sobre las circunstancias fundamentalmente objetivas y hacerlo, además, en forma concreta, clara y sencilla. Contrariamente, será negligente si presenta un listado de unas pocas preguntas generales, redactadas

en términos ambiguos, vacíos de contenido, con el único objetivo de cumplir una formalidad o satisfacer al legislador.

Los problemas más significativos derivados de la utilización de cuestionarios en el Derecho español

Cuando el asegurador no presenta cuestionario al solicitante del seguro o le presenta una fórmula insuficiente, el Tribunal Supremo tiene decidido que las omisiones e inexactitudes cometidas deben ser toleradas en la medida en que el asegurador lo ha exonerado de su deber de declarar el riesgo. De modo que el cuestionario constituye el límite del deber de declaración del riesgo y al solicitante le cabe un deber de respuesta a un cuestionario, más que un deber de declaración del riesgo. No obstante, fundados en el principio de buena fe, autorizada jurisprudencia y doctrina matizan ese carácter limitador de los cuestionarios, habilitando las consecuencias de la infracción al deber de declaración cuando el solicitante obra con dolo.

En nuestra opinión, a la luz de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro, parece difícil evadir el carácter necesario y limitador de los cuestionarios en tanto son una carga para el asegurador, pero fundamentalmente son un derecho del asegurado.

Sin perjuicio de comprender la inquietud por alcanzar en el régimen de la reticencia a las declaraciones dolosas, parece claro que el legislador español, ante la disyuntiva de tutelar al asegurador o al asegurado, en esta instancia se ha inclinado por proteger al asegurado.

La predilección por el asegurado queda de manifiesto en la atención que presta el Tribunal Supremo a la forma cómo el asegurador ha interrogado al solicitante y ello en tanto predomina el criterio de juzgar la relevancia de lo omitido en función de las preguntas contenidas en el cuestionario. Así, cuando el asegurador plantea un cuestionario con preguntas genéricas o parcas y como resultado obtiene silencios o respuestas ambiguas o poco descriptivas, suele rechazar sus motivos en el entendido de que corresponde al asegurador confeccionar los cuestionarios de forma de obtener respuestas apropiadas. Se observa el mismo

razonamiento cuando el solicitante del seguro se limita a firmar un cuestionario completado en su mayor parte por un mediador del asegurador.

El deber del asegurador de verificar el riesgo

El deber del asegurador de verificar el riesgo ha dividido a la doctrina, sobre todo en el caso del seguro de vida en lo que respecta a la declaración del estado de salud del asegurado.

El motivo de la controversia se centra fundamentalmente en el parámetro de diligencia que corresponde al asegurador y en la existencia de una presunta carga de conocer el riesgo del solicitante del seguro.

El problema expuesto no puede resolverse mediante el establecimiento de fórmulas generales. Sin embargo, creemos que pueden formularse dos premisas básicas: a) el proponente del seguro debe declarar exacta y honradamente el riesgo conocido; b) al asegurador le corresponde un parámetro de diligencia superior al del buen padre de familia.

Declarar en forma exacta quiere decir declarar lo que se sabe, sin errores. Hacerlo en forma honrada significa informar al asegurador las circunstancias de hecho, sin tergiversar la realidad.

Luego, entendemos que el asegurador tiene medios para verificar las declaraciones efectuadas por el solicitante de un seguro y debe utilizar estos medios en tanto debe exigírsele una diligencia superior al promedio. En este aspecto hay que obrar con prudencia. No es legítimo hacer depender la suerte del contrato del cumplimiento de cargas que la ley no exige, pero tampoco corresponde exonerar al asegurador de la responsabilidad de su ignorancia cuando la misma es inexcusable en tanto debe actuar con la diligencia del comerciante ordenado.

El fundamento jurídico del deber de declaración de los riesgos

En nuestra opinión las legislaciones que disciplinan el deber de declaración de los riesgos en el contrato de seguro lo hacen con el objetivo de evitar el error en el asegurador y por ello creemos que con ajustes, pues las críticas son atendibles, el deber

referido puede acomodarse al régimen general que disciplina este vicio del consentimiento.

Para que haya error el solicitante del seguro debe haber provocado el error sobre algún aspecto de la valoración del riesgo, de apreciación objetiva, del cual resulte que de acuerdo a los cálculos actuariales o no habría consentido el contrato o lo habría celebrado a cambio de una prima más onerosa.

La reticencia y la inexactitud de buena fe no sobrepasan los límites del error. Cuestión distinta es encontrar el fundamento jurídico a la sanción de la reticencia de mala fe y ello por cuanto el solicitante del seguro que provoca el error dolosamente, jurídicamente confunde dolo y error.

En el Código de Comercio uruguayo, lo que justifica la sanción de nulidad en la reticencia es el dolo como fuente de error y no el error por sí solo y ello por cuanto el dolo supone una conducta antijurídica y el error no.

Los defectos en la declaración del riesgo

Los principales problemas que se constatan en la declaración del riesgo se relacionan con la reticencia, la inexactitud y la falsa declaración.

En nuestro concepto la reticencia en el contrato de seguro es un silencio calificado por las importantes consecuencias jurídicas que el legislador ha dispuesto, aspecto que se pone particularmente de manifiesto cuando el solicitante del seguro obra con dolo. No se trata de callar un defecto pequeño o exagerar la bondad de la cosa, situaciones que el Derecho tolera en el entendido de que las partes han de asumir ciertos riesgos de la contratación.

La reticencia en el seguro implica omisión, esto es, la persona silencia una circunstancia que debe declarar en función de que otra persona tiene el derecho de conocer. De modo que no se trata de un hecho cualquiera; debe ser relevante para la apreciación del riesgo y además el asegurador tiene derecho a recibir esa información porque le resulta imprescindible para

establecer las bases de la relación contractual, fundamentalmente para calcular la prima de riesgo.

En la omisión referida pueden distinguirse dos niveles: la involuntaria, también denominada reserva o reticencia de buena fe, y la omisión intencionada, asimismo llamada ocultación o reticencia de mala fe. En cualquiera de sus dos modalidades la reticencia puede ser total o parcial e incluso puede no existir omisión, pero la declaración resultar igualmente inútil para el asegurador por lo confusa o equívoca.

La inexactitud sugiere acción. Hay declaración, pero errónea. El error puede alcanzar a todo lo preguntado o sólo involucrar determinados aspectos. Incluso se puede responder exactamente lo cuestionado y la declaración acabar siendo igualmente inexacta por una equivocada percepción del riesgo.

Al igual que la reticencia puede ubicarse en dos grados: declaraciones inexactas originadas en la mera culpa y declaraciones inexactas fundadas en la mala fe.

La Ley de Contrato de Seguro española refiere a la reticencia y a la declaración inexacta.

El Código de Comercio uruguayo regula la reticencia y la declaración falsa. No prevé la declaración inexacta lo cual plantea el problema de su ubicación. Puede considerársele una reticencia o puede incluirse en la categoría de la declaración falsa. Las dos opciones encuentran obstáculos.

Incluir la declaración inexacta en la reticencia se contradice con el concepto de reticencia por cuanto la reticencia es una omisión. Ubicarla en el ámbito de las declaraciones falsas tampoco es inobjetable en la medida que no toda inexactitud implica una mentira.

Entendemos que el problema se circunscribe a la declaración inexacta de buena fe. De haber mala fe lo razonable es incluir la declaración inexacta en la categoría de la declaración falsa. Si hay buena fe, dado el tenor del artículo 640 del Código de Comercio uruguayo, sólo queda considerarla comprendida en la categoría de la reticencia involuntaria.

La reticencia. Momento de su análisis y requisitos estructurales

Existen declaraciones de riesgos que se realizan antes de la celebración del contrato y otras que se realizan durante la vigencia del contrato. En cualquiera de los dos momentos el individuo puede cometer omisiones, inexactitudes o falsas declaraciones. Sin embargo, la reticencia es un problema propio de las declaraciones de riesgos efectuadas antes de la celebración del contrato y nunca superviniente al período contractual. Una vez concluido el contrato, ya no habrá reticencia. Habrá, sí, un incumplimiento al deber contractual de notificar las agravaciones del riesgo.

La diferencia de régimen es clara en el Derecho español desde que el artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro establece un deber precontractual de declaración de los riesgos. No es clara en el Derecho uruguayo, en cambio, en donde el Código de Comercio no regula tal deber.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro española, en el artículo 5 de la Ley de Seguro argentina y en el artículo 640 del Código de Comercio uruguayo, para que exista reticencia los hechos que la configuran habrán de reunir las siguientes condiciones en forma conjunta: habrán de ser relevantes para la apreciación del riesgo y habrán de ser conocidas por el tomador.

Fuera de lo dicho, se ha entendido necesario que el hecho callado o inexactamente declarado haya sido la causa directa del siniestro de tal suerte que si no lo está, aun siendo relevante, el asegurador no podría alegar reticencia alguna.

En nuestra opinión, aunque el siniestro tenga por causa una circunstancia distinta de la que fue silenciada o mal declarada, el asegurador puede igualmente oponer la violación del deber de informar del asegurado, porque nos parece claro que la relación de causalidad debe darse entre la omisión y el deber de declaración y no entre la omisión y el siniestro. Lo único que debe cuidar es que la circunstancia silenciada o inexactamente

declarada haya sido relevante para la apreciación del riesgo y haya sido conocida para el solicitante del seguro.

El proponente del seguro que actúa con dolo al declarar el riesgo incurre en una clara violación al principio de buena fe, sin importar la oportunidad o la razón por la cual sea descubierto. No parecería razonable proteger al contratante que se condujo con dolo en la declaración, por la sola circunstancia de haber tenido la mala fortuna de que el verdadero estado de su riesgo haya sido descubierto al ocurrir un siniestro cualquiera. No obstante, creemos que el problema debe centrarse en la relevancia de la información omitida y no en la oportunidad de su descubrimiento, pues toda reticencia implica que lo callado sea determinante para el asegurador.

La reticencia y la exclusión de cobertura

No es infrecuente que los aseguradores uruguayos pretendan exonerarse de la responsabilidad de cumplir con su obligación haciendo valer la reticencia del asegurado cuando, en realidad, lo que corresponde en muchos de los casos es atacar el contrato por la vía de la exclusión de cobertura.

Sin perjuicio del error de estrategia, lo verdaderamente importante es pretender aplicar las consecuencias de la reticencia a una situación en la que no hay seguro. Si no hay seguro, circunstancia que ocurre en la exclusión de cobertura, a nuestro entender no pueden existir obligaciones para ninguna de las dos partes. De ello se deduce que el proponente no tiene el deber de declarar el riesgo, ni el asegurador tiene la carga de presentar cuestionario para facilitar esta tarea.

La función de los peritos en el juicio de reticencia en el Derecho uruguayo y argentino

El artículo 640 del Código de Comercio uruguayo y el artículo 5 de la Ley de Seguros argentina establecen que en todo juicio en el que el asegurador pretenda exonerarse de su obligación, la declaración falsa o la reticencia del solicitante de un seguro debe ser sometida al juicio de peritos.

Las normas no establecen nada más. No refieren al número, ni al carácter de este juicio. Mucho se ha debatido en la doctrina uruguaya y argentina respecto a su obligatoriedad, su competencia y el alcance de la labor que en todo caso deben realizar.

La participación obligatoria y sin mayor examen de los peritos en el sistema de reticencia supone contrariar principios básicos del orden procesal. Basta pensar en lo difícil que es considerar que el fallo de los peritos obligue al Juez, como se pretende. Sin embargo, debe entenderse que en el sistema de reticencia uruguayo y argentino no hay forma de eludir el juicio de los peritos pues la Ley ordena su participación obligatoriamente, en tanto y en cuanto se den los presupuestos para ello.

Debe haber una forma de matizar su actuación. Proponemos la siguiente interpretación:

En primer lugar, debe asumirse que la prueba constitutiva de los hechos que configuran la reticencia es independiente y sustancialmente distinta de la prueba de la relevancia de la omisión de esos hechos sobre la decisión del asegurador. Entendemos que sólo esta última queda reservada a los peritos, en la medida en que sólo respecto de ésta tiene sentido que el juez sea auxiliado. Y ello con mayor razón si, como pretende la mayoría de la doctrina y jurisprudencia en Uruguay y en la Argentina, este juicio pericial obliga al juez privándolo de su habitual facultad de apreciación de las pruebas.

En segundo lugar, entendemos que los peritos han de concentrarse en el análisis de los aspectos actuariales de la declaración reticente. Su función habrá de limitarse a resolver si la compañía aseguradora hubiera celebrado el contrato en los mismos términos en que lo hizo si le hubieran proporcionado la información que ahora, gracias al juicio, se le develan. Todos los demás aspectos deberán ser analizados y resueltos por el juez, quien habrá de atender la diligencia demostrada por el asegurado al momento de celebrar el contrato y el fundamento del asegurador para negarse a cumplir con su obligación, dado que su

razón de ser es, precisamente, asumir las consecuencias desfavorables del siniestro a cambio de una prima.

Dicho en otros términos, el juez no necesita auxilio para fallar si el declarante infringió o no el deber precontractual de declaración del riesgo en el seguro, pues se trata de una cuestión jurídica para la que está perfectamente capacitado. En cambio, los peritos pueden estar más capacitados que el juez para determinar si un asegurador hubiera concertado el seguro de haber conocido la verdadera entidad del riesgo o no, o lo hubiera hecho en los mismos términos.

La cláusula de indisputabilidad como solución a las declaraciones reticentes, inexactas y falsas

La cláusula de indisputabilidad es una disposición contractual mediante la cual el asegurador renuncia, en determinadas circunstancias y por determinado tiempo, a su derecho a hacer valer las consecuencias de las declaraciones reticentes, inexactas o falsas.

El pacto opera como un período de prueba respecto de las declaraciones efectuadas por el asegurado. Si transcurre el plazo previsto y el asegurador no ha detectado defectos en la proposición del riesgo, constata la honestidad del contratante.

En el Uruguay la cláusula no está prevista legalmente pero tampoco está prohibida y por tanto entendemos que las partes pueden pactarla legítimamente en cualquier modalidad de contrato de seguro, en tanto pueden disponer de sus derechos sin que ello signifique contravención al orden público debido a que la norma declinada, esto es el artículo 640 del Código de Comercio, no es de orden público. Por otra parte, su desconocimiento no sólo no lesiona los derechos de los asegurados, sino que, por el contrario, los beneficia.

Claro está que el reconocimiento respecto de su licitud se realiza en el entendido del respeto a ciertos límites. La renuncia no ha de ser eterna, ni tampoco válida en cualquier circunstancia.

Respecto del plazo, en el Derecho uruguayo y a falta de previsión legal deberá atenderse a lo dispuesto en los contratos

que, en general, disponen dos años. El asegurador puede computar el plazo desde las etapas precontractuales de proposición y declaración del riesgo, o puede contarlo a partir del momento de perfeccionamiento del contrato (cuando se suscribe y entrega la póliza), o puede hacerlo desde el momento en que empiece a soportar los riesgos. Cualquiera sea la oportunidad elegida el punto de partida debe quedar claramente establecido en la póliza.

Creemos que no es lícita la cláusula que prohíje el dolo del asegurado puesto que ello desnaturaliza la función del contrato de seguro. Debe tenerse presente que el dolo en el seguro tiene ciertas particularidades con respecto al dolo en la teoría general del contrato, razón por la cual debe interpretarse en su sentido más amplio y comprensivo de toda declaración deshonesta, aunque no implique las maquinaciones del dolo vicio del consentimiento. Por tanto, basta la mala fe, comprendida como la conciencia y voluntad de la ilicitud, aunque no se cause un perjuicio efectivo, para que se inhabilite la cláusula dispuesta.

Sobre la edad del individuo asegurado, en el Derecho uruguayo no habría inconveniente en que se excluyera de los límites de admisibilidad de la cláusula. Sin embargo, la edad es el dato fundamental para realizar los cálculos actuariales que permiten la contratación del seguro, de modo que, en los hechos, vemos difícil que el asegurador renuncie a su derecho a disputar el contrato en los casos que sospeche que la edad verdadera escapa al límite de asegurabilidad recomendado por sus cálculos actuariales.

Las consecuencias civiles de las declaraciones reticentes, inexactas y falsas

Las consecuencias de la infracción al deber de declaración exacta de los riesgos dependen del sistema jurídico en consideración. La tendencia de las legislaciones recientes, por lo menos para los casos de ausencia de mala fe del tomador, parece ser la revisión de los términos contractuales una vez que el asegurador conoce el verdadero estado del riesgo. Prevalece, en estos casos, el principio de proporcionalidad entre el riesgo y la

prima, razonamiento de corte netamente técnico. Se trata de ordenamientos jurídicos de carácter subjetivo o mixto, entre los que se encuentra el español y el argentino.

No obstante lo dicho todavía quedan sistemas que disponen la nulidad del contrato en cualquier circunstancia, esto es, haya el proponente obrado con mala o con buena fe al declarar sus riesgos. Tal es el caso del Código de Comercio uruguayo, régimen claramente objetivo, sin perjuicio de lo cual la conducta del proponente del seguro es valorada y tenida en cuenta a los efectos de matizar las consecuencias patrimoniales de la reticencia involuntaria.

De lo expresado en el párrafo anterior puede concluirse que en términos generales el paradigma ha cambiado. Hoy el legislador prefiere conservar el negocio jurídico. La anulabilidad del contrato se reserva para los casos en que se constata dolo en el proponente del seguro en razón de que las declaraciones reticentes, inexactas o falsas del solicitante provocan el error del asegurador, en tanto le ha sido propuesto un riesgo distinto al real.

Esta aplicación del principio de conservación del contrato, a nuestro criterio, debe igualmente servir para solucionar los problemas con las declaraciones reticentes e inexactas en los seguros multirriesgo, de modo tal que las pólizas que componen el seguro se conserven en tanto no resulten afectadas por las omisiones del proponente.

Consecuencias penales de las declaraciones defectuosas

El desarrollo del mercado de los seguros devela el gran número de fraudes que se cometen contra el asegurador. En algunas especies asegurativas, caso del seguro de automóviles, los engaños son tan comunes que inciden en los costes de producción del asegurador encareciendo las primas notablemente. Sin embargo, ni en la legislación española, ni en la uruguayana, ni en la argentina existe una figura penal específica que criminalice el *fraude de seguro*, según ha sido reclamado por el sector asegurador desde largo tiempo. Este hecho no deja de llamar la atención.

En nuestra opinión la reticencia de mala fe se acomoda perfectamente de la estafa legislado en los países que estamos considerando y ello por cuanto se trata de un *delito de comisión por omisión* que completa los elementos objetivos y subjetivos del tipo estafa.

En la omisión existe una actitud consciente de provocar el error de modo de causar un perjuicio efectivo al asegurador, perjuicio que repercute inmediatamente en la formación de las reservas patrimoniales y en los cálculos actuariales de tarificación de las primas de riesgos afectando a toda la comunidad de asegurados.

En la medida en que todos los asegurados están interesados en preservar la integridad del patrimonio del asegurador, pues de ello dependen las prestaciones, cada proponente garantiza al asegurador y a toda la mutualidad la exactitud de las declaraciones de los riesgos.

La ley o el contrato permiten al solicitante la oportunidad de evitar el error del asegurador y al mismo tiempo le imponen el deber de declaración exacta del riesgo, tal como se requiere para la conformación de los delitos omisivos.

Ahora bien, la víctima de la estafa de seguro no es cualquier persona de modo que los criterios de adecuación de la acción habrán de ponderarse teniendo presente su especial situación. Lo que en términos generales supone la imposibilidad de fundamentar el elemento objetivo de la estafa en engaños burdos o cuantitativamente irrelevantes o insuficientes, cuando se trata de un asegurador se concreta en aplicar un criterio más severo para medir su responsabilidad. Con esto queremos significar que el asegurador no puede denunciar una estafa basado en un engaño que, sin ser grosero, debería haber sido percibido con relativa facilidad empleando la diligencia de un profesional responsable, lo que supone adoptar ciertas precauciones como la confección de los cuestionarios lo más exhaustivos posible, la justificación documental de los extremos relevantes y la realización de inspecciones.

En suma, la punibilidad del tipo debe restringirse a los supuestos en que la conducta del autor vence e inutiliza los mecanismos de protección de la víctima.

Jurisprudencia consultada y citada

Jurisprudencia del Tribunal Supremo español

2013

STS de 25 de noviembre de 2013 (R.O.J. 5633)

STS de 9 de julio de 2013 (R.O.J. 4497)

STS de 27 de junio de 2013 (R.O.J. 4094)

STS de 12 de junio de 2013 (R.O.J. 3444)

STS de 7 de junio de 2013 (R.O.J. 2927)

STS de 24 de mayo de 2013 (R.O.J. 2603)

STS de 12 de marzo de 2013 (R.O.J. 1151)

2012

STS de 19 de julio de 2012 (R.J. 8999)

STS de 18 de julio de 2012 (R.O.J. 5989)

STS de 17 de julio de 2012 (R.O.J. 5990)

STS de 9 de julio de 2012 (R.J. 5766)

STS de 5 de abril del 2012 (R.J. 4997)

STS de 30 de marzo de 2012 (R.O.J. 2536)

STS de 27 de marzo de 2012 (R.O.J. 1928)

STS de 5 de marzo de 2012 (R.O.J. 1577)

STS de 16 de enero de 2012 (R.O.J. 279)

2011

STS de 23 de diciembre de 2011 (R.O.J. 9283)

STS de 15 de diciembre de 2011 (R.O.J. 9176)

STS de 5 diciembre de 2011 (R.J. 2012/294)

STS de 30 de noviembre de 2011 (R.O.J. 9281)

STS de 30 de noviembre de 2011 (R.O.J. 9344)

STS de 18 de noviembre de 2011 (R.O.J. 7747)

STS de 28 de noviembre de 2011 (R.O.J. 9337)
STS de 25 de octubre de 2011 (R.O.J. 6692)
STS de 20 de julio de 2011 (R.J. 6128)
STS de 11 de julio de 2011 (R.J. 5011)
STS de 7 de junio de 2011 (R.O.J. 4913)
STS del 1 de junio de 2011 (R.O.J. 3146)
STS de 20 de mayo de 2011 (R.O.J. 2897)
STS de 13 de mayo de 2011 (R.O.J. 2500)
STS de 10 de mayo de 2011 (R.O.J. 2902)
STS de 12 de abril de 2011 (R.O.J. 2059)
STS de 20 de abril de 2011 (R.J. 3595)
STS de 9 de marzo de 2011 (R.O.J. 2692)
STS de 14 de febrero de 2011 (R.O.J. 538)
STS de 16 de febrero de 2011 (R.O.J. 543)
STS de 20 de enero de 2011 (R.O.J. 229)

2010

STS de 30 de diciembre de 2010 (R.O.J. 773)
STS de 5 de noviembre de 2010 (R.O.J. 5876)
STS de 1 de octubre de 2010 (R.O.J. 5535)
STS de 8 de septiembre de 2010 (R.J. 6963)
STS de 20 de julio de 2010 (R.J. 6564)
STS de 23 de febrero de 2010 (R.O.J. 988)

2009

STS de 21 de noviembre de 2009 (R.J. 143)
STS de 12 de noviembre de 2009 (R.J. 738)
STS de 3 de julio de 2009 (R.O.J. 4152)
STS de 30 de junio de 2009 (R.O.J. 4412)

STS de 18 de mayo de 2009 (R.J. 316)
STS de 7 de mayo de 2009 (R.J. 321)
STS de 29 de abril de 2009 (R.J. 3355)
STS de 23 de abril de 2009 (R.J. 3164)
STS de 20 de abril de 2009 (R.J. 1768)
STS de 2 de abril de 2009 (R.J. 1754)
STS de 25 de marzo de 2009 (R.J. 1744)
STS de 4 de marzo de 2009 (R.J. 2937/2008)
STS de 12 de febrero de 2009 (R.J. 1290)
STS de 11 de febrero de 2009 (R.J. 77/2010)

2008

STS de 22 de diciembre de 2008 (R.O.J. 7348)
STS de 4 de diciembre de 2008 (R.J. 6948)
STS de 1 de diciembre de 2008 (R.O.J. 6678)
STS de 20 de noviembre de 2008 (R.J. 282/2009)
STS de 13 de noviembre de 2008 (R.J. 1095)
STS de 15 de julio de 2008 (R.J. 4376)
STS de 3 de junio de 2008 (R.J. 4171)
STS de 8 de mayo de 2008 (R.J. 2829)
STS de 29 de abril del 2008 (R.J. 1989)
STS de 21 de febrero de 2008 (R.O.J. 2188)
STS de 4 de enero de 2008 (R.J. 2923)

2007

STS de 15 de noviembre de 2007 (R.O.J. 7181)
STS de 8 de noviembre de 2007 (R.J. 8104)
STS de 17 de octubre de 2007 (R.J. 7079)
STS de 10 de septiembre de 2007 (R.O.J. 5673)

STS de 18 de julio de 2007 (R.J. 5300)
STS de 17 de julio de 2007 (R.J. 5138)
STS de 29 de junio de 2007 (R.O.J. 4472)
STS de 19 de junio de 2007 (R.J. 5570)
STS de 14 de junio de 2007 (R.J. 3520)
STS de 11 de mayo del 2007 (R.J. 2134)
STS de 4 de abril de 2007 (R.J. 1608)
STS de 1 de marzo de 2007 (R.O.J. 1031)
STS de 30 de enero de 2007 (R.J. 725)

2006

STS de 12 de diciembre de 2006 (R.J. 9602)
STS de 24 de noviembre del 2006 (R.J. 7895)
STS de 8 de noviembre de 2006 (R.O.J. 6610)
STS de 2 de octubre de 2006 (R.O.J. 5892)
STS de 11 de septiembre de 2006 (R.J. 6576)
STS de 7 de julio de 2006 (R.O.J. 5884)
STS de 14 de junio de 2006 (R.J. 3132)
STS de 2 de junio de 2006 (R.J. 3064)
STS de 1 de junio de 2006 (R.J. 3063)
STS de 8 de mayo de 2006 (R.J. 2343)
STS de 3 de mayo de 2006 (R.J. 4070)
STS de 27 de abril de 2006 (R.J. 4595)
STS de 29 de marzo del 2006 (R.J. 2127)
STS de 24 de marzo de 2006 (R.O.J. 1684)
STS de 17 de marzo de 2006 (R.J. 5639)
STS de 13 de marzo de 2006 (R.O.J. 1370)
STS de 2 de marzo del 2006 (R.J. 918)

STS de 3 de enero del 2006 (R.J. 164)

2005

STS de 21 de diciembre de 2005 (R.J. 284)

STS de 13 de diciembre de 2005 (R.J. 197)

STS de 23 de noviembre del 2005 (R.O.J. 7060)

STS de 21 de octubre de 2005 (R.O.J. 6400)

STS del 15 de julio de 2005 (R.J. 623)

2004

STS de 31 de diciembre de 2003 (R.J. 366/2004)

STS de 10 de diciembre de 2007 (R.J. 8914)

STS de 7 de diciembre de 2004 (R.J. 7915/2005)

STS de 11 de noviembre de 2004 (R.J. 1060)

STS de 29 de octubre de 2004 (R.J. 7216)

STS de 22 de octubre de 2004 (R.J. 6349)

STS de 31 de mayo de 2004 (R.J. 3554)

STS de 14 de mayo de 2004 (R.J. 2742)

STS de 12 de abril de 2004 (R.J. 2612)

STS de 19 de febrero de 2004 (R.J. 1803)

2003

STS de 31 de diciembre de 2003 (R.J. 366)

STS de 27 de noviembre de 2003 (R.J. 8358)

STS de 11 de noviembre de 2003 (R.O.J. 7060)

STS de 15 de octubre de 2003 (R.J. 6843)

STS de 8 de octubre de 2003 (R.J. 7225)

STS de 3 de octubre de 2003 (R.J. 6496)

STS de 8 de septiembre de 2003 (R.J. 6064)

STS de 15 de julio de 2003 (R.J. 4637)

STS de 27 de febrero de 2003 (R.O.J. 1336)

STS de 21 de febrero de 2003 (R.J. 2132)

2002

STS de 23 de octubre de 2002 (R.J. 8971)

STS de 26 de julio de 2002 (R.J. 8550)

STS de 18 de julio de 2002 (R.O.J. 5462)

STS de de 8 de julio de 2002 (R.O.J. 5047)

STS de 14 de junio de 2002 (R.O.J. 4373)

STS del 29 de abril del 2002 (R.J. 4036)

STS de 11 de marzo de 2002 (R.J. 3205)

STS del 11 de febrero de 2002 (R.J. 3108)

STS de 8 de febrero de 2002 (R.J. 4201)

2001

STS de 27 de diciembre de 2001 (R.O.J. 10357)

STS de 5 de junio de 2001 (R.O.J. 4748)

STS de 6 de abril de 2001 (R.J. 4784)

STS de 2 de marzo de 2001 (R.O.J. 1245)

STS del 22 de febrero de 2001 (R.O.J. 1266)

STS de 7 de febrero de 2001 (R.J. 1164)

STS de 6 de febrero de 2001 (R.O.J. 723)

STS de 2 de febrero de 2001 (R.J. 3959)

Años anteriores

STS de 23 de septiembre de 2000 (R.J. 7028)

STS de 23 de julio de 1998 (R.J.6200)

STS de 29 de junio de 1998 (R.J. 5021)

STS de 31 de mayo de 1997 (R.J. 4147)

STS de 23 de septiembre de 1997 (R.J. 6822)

STS de 11 de noviembre de 1997 (R.J. 7870)
STS de 2 de diciembre de 1997 (R.J. 8773)
STS de 23 de enero de 1996 (R.J. 638)
STS de 20 de febrero de 1995 (R.J. 883)
STS de 8 de mayo de 1995 (R.J. 3935)
STS de 16 de febrero de 1994 (R.J. 1617)
STS de, 4 de marzo de 1993 (R.J. 1670)
STS de 18 de mayo de 1993 (R.O.J. 3130)
STS de 18 de mayo de 1993 (R.O.J. 17.810)
STS de 23 de junio de 1993 (R.J. 4781)
STS del 12 de julio de 1993 (R.O.J. 5199)
STS de 22 de junio de 1992 (R.J. 5463)
STS de 25 de noviembre de 1993 (R.O.J. 8047)
STS de 30 de diciembre de 1993 (R J. 9899)
STS de 22 de diciembre de 1992 (R.J. 10.683)
STS de 1 de febrero de 1991 (R.O.J. 559)
STS de 22 de abril de 1991 (R.J. 3018)
STS de 27 de noviembre de 1991 (R.J. 8496)
STS de 9 de noviembre de 1990 (R.J. 8535)
STS de 13 de octubre de 1989 (R.O.J. 9.262)
STS de 19 de octubre de 1989 (R.J. 6939)
STS de 15 de diciembre de 1989 (R.J. 8831)
STS de 30 de mayo de 1987 (R J. 3851)
STS de 12 de noviembre de 1987 (R.J. 8376)
STS de 24 de abril de 1986 (R.O.J. 8033)
STS de 28 de enero de 1985 (R.J. 202)

***Jurisprudencia argentina de la Cámara Nacional de
Apelaciones en lo Comercial y en lo Civil***

- SCNCom de 30 julio de 2013 (VLEX. 459990318)
- SCNC de 4 de diciembre de 2012 (TSEG. 237)
- SCNCom de 19 de marzo de 2011 (INFOJUS FA 1130185)
- SCNCom de 2 de agosto de 2011 (VLEX. 339584974)
- SCNCom de 31 de julio de 2008 (INFOJUS. FA 08070047)
- SCNCom de 21 de abril del 2009 (LL. D, 552)
- SCNCom de 28 de abril del 2009 (LL. B, 2009)
- SCNCom de 3 de junio de 2009 (LL. D, 656)
- SCCC de 1 de marzo del 2007(LL. SE, 2007)
- SCNC de 18 de abril del 2007 (LL. K, 2007)
- SCNCom de 13 de julio de 2007 (LL. D, 2007)
- SCNCom de 26 de julio de 2007 (INFOJUS. FA 07080144)
- SCNCom de 29 de junio de 2005 (LL. A, 2005)
- SCNC de 16 de junio de 2005 (LL. D, 193)
- SCNCom de 31 de agosto de 2006 (VLEX. 31-34769494)
- SCNCom de 3 de octubre de 2006 (VLEX 03-34770015)
- SCNCom de 18 de agosto de 2005 (LL. 2006, 646)
- SCNCom de 2 de septiembre de 2005 (LL. 2006,675)
- SCCC de 12 de febrero de 2004 (LL. II, 2004)
- SCNCom de 11 de abril del 2003 (LL. C, 2003)
- SCNCom de 4 de noviembre de 2003 (LL. 2004-C, 601)
- SCNCom de 6 de diciembre de 2003 (LL. B, 2003)
- SCNCom de 10 de diciembre de 2003 (LL. 2004, 1077)
- SCNCom de 11 de septiembre del 2002 (LL. 2003, B, 937)
- SCNCom de 6 de diciembre de 2002 (RDCO. 36, 2003)

SCNCom de 30 de diciembre de 2002 (LL. B, 2002)
SCNCom de 28 de febrero de 2001 (LL. 2001, D, 209)
SCNC de 26 de agosto de 1998 (LL. C, 1999-A)
SCNCom de 15 de julio de 1997 (LL. C, 1997)
SCNCom de 20 de febrero de 1995 (LL. B, 1995)
SCNCom de 24 de noviembre de 1992 (LL. E, 1992)
SCNCom de 2 de julio de 1990 (JA. 2, 331)
SCNCom de 25 de julio de 1986 (JA. 1, 566)
SCNC de 1 de marzo de 1985 (LL. 1985-C, 530)
SCNCom de 14 de noviembre de 1979 (LL. 1980-B, 160)
SCNCom de 4 de marzo de 1965 (LL. 1965, II, 207)
SCNCom de 8 de febrero de 1963 (LL. 110,837)
SCNCom de 2 de julio de 1959 (LL. 97, 349)

Jurisprudencia uruguaya

Suprema Corte de Justicia

SSCJ de 5 de noviembre de 2012 (BJN. 896/20122)
SSCJ de 19 de mayo de 2010 (BJN. 99/2010)
SSCJ de 14 de septiembre de 2009 (LJUY/JUR/421/2010)
SSCJ de 5 de octubre de 2009 (BJN. 684/2009)
SSCJ de 29 de noviembre de 2009 (BJN. 436/2009)
SSCJ de 27 de junio de 2008 (LJU UY/JUR/978/2008)
SSCJ de 26 de diciembre de 2005 (LJU UY/JUR/202/2005)
SSCJ del 20 de diciembre del 2004 (RDS. 2006, p. 83)
SSCJ de 20 de agosto de 1999 (LJU, 121, 13.872)
SSCJ de 12 de marzo de 1999 (LJU. UY/JUR/199/1999)

Tribunales de Apelaciones en lo Civil

- STAC de 27 de junio de 2012 (BJN. 167/2012)
- STAC de 30 de marzo de 2011 (BJN. 71/2011)
- STAC de 14 de abril de 2010 (BJN. 61/2010)
- STAC de 22 de junio de 2009 (BJN. 80/2009)
- STAC de 19 de febrero de 2008 (LJU. UY/JUR/1672/2008)
- STAC de 19 de noviembre de 2008 (BJN. 348/2008)
- STAC de 16 de marzo de 2005 (LJU. UY/JUR/434/2005)
- STAC de 31 de marzo de 2004 (LJU. UY/JUR/285/2004)
- STAC de 10 de noviembre de 2003 (RDS. 1, 2006 pp. 83)
- STAC de 18 de febrero de 2002 (LJU. UY/JUR/8/2002)
- STAC de 16 de octubre de 2002 (LJU. UY/JUR/146/2002)
- STAC de 4 de diciembre de 2002 (LJU. UY/JUR/195/2002)
- STAC de 6 de septiembre de 2000 (LJUUY/JUR/111/2000)
- STAC de 27 de noviembre de 2000 (LJUUY/JUR/159/2000)
- STAC de 17 de abril de 1997 (RDCE. 65-66, pp. 127)

Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Civil

- SJLC de 31 de mayo de 2004 (RDS. 1, 2006, pp. 75)
- SJLC de 11 de noviembre del 2002 (RDS. 1, 2006, pp. 83)
- SJLC de 27 de septiembre de 1996 (RDCE. 66, pp. 127)

Bibliografía consultada y citada

- AGUILERA, J. “Fraude en automóviles”, en: *El fraude en el seguro de automóviles. Visión global y bases para una actuación sectorial*, pp. 65 y ss. Madrid, Centro de Estudios del Seguro, 1992.
- AGUIRRE, F.F. “El juez ante el “juicio de peritos” en la reticencia y agravación del riesgo”, *Derecho comercial y de las obligaciones. Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*, enero/febrero, pp. 237 y ss. Buenos Aires, Lexis Nexis, 2008.
- ALARCÓN FIDALGO, J. “Gerencia y análisis de riesgos de responsabilidad civil: Algunos aspectos prácticos”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, pp. 573 y ss. Madrid, Musini, 1994.
- ALBANELL MAC COLL, E. “Seguros de vida”, en: ROCCA, M.U., *Seguros y letras de cambio*, pp. 106 y ss. Montevideo, Facultad de Derecho, 1975.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. “Protección de los consumidores y Derecho de los contratos”, *Anuario de Derecho civil*, v. 47, n° 2, pp. 305 y ss. Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1994.
- ALMAJANO PABLOS, L.M. “Información genética y artículo 89 de la Ley de Contrato de Seguro”, en: *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, v. III, pp. 59 y ss. Bilbao, Fundación BBV, 1994.
- ALONSO SOTO, R. “Lección 42. Los contratos de seguro”, en: MENÉNDEZ, A. y ROJO, A., *Lecciones de Derecho Mercantil*, v. II, 11 ed., pp. 317 y ss. Cizur Menor-Navarra, Civitas-Thomson Reuters, 2013.
- *El seguro de la culpa*. Madrid, Montecorvo, 1977.
- ALTAVILLA, E. “Errore, reticenza, falsità e malafede. Chiarificazioni giuridico-psicologiche di nomenclature in rapporto al contratto assicurativo”, *Assicurazioni*, año

- XIX-XX, p. I, pp. 145 y ss. Roma, Istituto Nazionale delle Assicurazioni, 1941.
- , “Caso fortuito e forza maggiore in rapporto al contratto di assicurazione”, *Assicurazioni*, año IV, p. I, pp. 618 y ss. Roma, Istituto Nazionale delle Assicurazioni, 1937.
- AREAL LUDEÑA, S. *El seguro aeronáutico: especial referencia a la responsabilidad del fabricante de productos defectuosos*. Madrid, Colex, 1998.
- ARRANZ, Á. y BARRILERO, E. “La Ley de sociedades anónimas y su repercusión en el seguro. La responsabilidad civil de consejeros y altos cargos”, *Boletín de Estudios Económicos*, n° 142, pp. 5 y ss. Bilbao, Universidad Comercial de Deusto, 1991.
- ANTONUCCI, A. *L'assicurazione fra impresa e contratto*, 4ª ed. Bari, Cacucci Editore, 2000.
- ASCARELLI. “Sul concetto unitario del contratto di assicurazione”, *Saggi giuridici*. Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1949.
- BADIA, A. *El seguro de las mercancías en el transporte*. Barcelona, Marge Books, 2009.
- BAILLO Y MORALES-ARCE, J. *La acción directa en el seguro obligatorio de responsabilidad civil automovilística*. Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 2000.
- BALDI, G.M. “Appunti per una introduzione alla storia dell'assistenza e della previdenza sociale”, en: *Studi in onore di Antígono Donati*, v. II, pp. 47 y ss. Roma, Edizioni della Rivista Assicurazioni, 1970.
- BALLESTEROS GARRIDO, “Cláusulas lesivas, limitativas y delimitadoras del riesgo en el contrato de seguro. Jurisprudencia y expectativas razonables del asegurado”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 256, pp. 501 y ss. Madrid, Gráficas Aguirre, 2005.
- BARACCHINI, C. *Modeli multistato per assicurazioni di persona*. Roma, Arcane Editrice, 2007.

- BARBATO, N.H. “La declaración veraz del riesgo: ¿Carga precontractual o requisito del consentimiento?”, *Derecho y Empresa*, nº 7 y 8, pp. 13 y ss. Rosario, Universidad Austral, 1997.
- . *Culpa grave y dolo en el Derecho de seguros*, 1ª reimp. Buenos Aires, Hammurabi-José Luis Depalma, 1994.
- BARRÉS BENLLOCH, M.P. *El régimen jurídico del seguro de caución*. Pamplona, Aranzadi, 1996.
- BARRÓN DE BENITO, J.L. *Condiciones generales de la contratación y contrato de seguro (Adaptado a la Ley 7/1998 de 13 de abril y al R.D 2486/1998 de 20 de noviembre)*. Madrid, Dykinson, 1999.
- BASOZABAL ARRUE, X. “En torno a las obligaciones precontractuales de información”, *Anuario de Derecho Civil*, t. LXII, f. II, abril-junio, pp. 647 y ss. Madrid, Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, 2009.
- BASTIN, J. “El desarrollo histórico y las tendencias actuales de seguro de crédito”, en: *Las tendencias actuales de los contratos de garantía*, pp. 95 y ss. Barcelona, Atelier, 2005.
- . *El seguro de crédito. Protección contra el incumplimiento de pago (La défaillance de paiement et sa protection, l'assurance-credit)*, trad. de GUTIÉRREZ VICEN, C. Madrid, Mapfre, 1993.
- . *El seguro de crédito en el mundo contemporáneo*. Madrid, Mapfre, 1980.
- BATALLER GRAU, J, LATORRE CHINER, N y OLAVARRÍA IGLESIA, J. *Derecho de los seguros privados*. Madrid - Barcelona, Marcial Pons, 2007.
- BATALLER GRAU, J. “La reforma de la Ley de Contrato de Seguro”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 279, pp. 205 y ss. Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2011.

- . “El seguro multirriesgo hogar”, en: BERCOVITZ, A. (Dir.), *Contratos Mercantiles*, v. II, 3ª ed, pp. 1883 y ss. Cizur Menor – Navarra, Thomson Aranzadi, 2007.
- . “El estatuto jurídico del mediador de seguros”, en: CUÑAT EDO, V. y BATALLER GRAU, J. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados*, pp. 121 y ss. Cizur Menor-Navarra, Thomson Civitas, 2007.
- . “Artículo 32.- Seguro múltiple”, en: BOQUERA, J., BATALLER GRAU, J. y OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, pp. 404 y ss. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.
- . *El seguro múltiple*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 1998.
- . *El deber de declaración del riesgo*. Madrid, Tecnos, 1997.
- BAUTISTA, Á. *Conocimientos generales del seguro de transportes*. Madrid, Editorial Pezyba, 1993.
- BÉDARRIDE, J. *Traité du dol et de la fraude en matière civile & commerciale*, t. I, 4ª ed. rev. par RIVIÈRE, H.F. Paris, Chevalier-Marescq & Cie., Editeurs, 1887.
- BENÍTEZ DE LUGO Y REYMUNDO, L. *Tratado de seguros*, v. I. Madrid, Instituto Editorial Reus, 1955.
- BERBERICH, K. “¿Ampliación de la selección de riesgos en el seguro de vida en relación con las pruebas genéticas?”, en: *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, v. III, pp. 75 y ss. Bilbao, Fundación BBV, 1994.
- BERLINER, B. *Límites de la asegurabilidad de riesgos*. Madrid, Mapfre, 1982.
- BESSON, A. “Jurisprudence française”, *Revue Générale des Assurances Terrestres*, t. 12, p. 395. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1941.
- BETTI, E. *Teoría general de negocio jurídico*, trad. y conc. de MARTÍN PÉREZ, A. Granada, Comares, 2000.
- BIANCHI D’ESPINOSA, L. “La clausola d’incontestabilità e la malafede dell’assicurato”, *Assicurazioni*, año XXV, n° 3 y

- 4, pp. 107 y ss. Roma, Istituto Nazionale delle Assicurazioni, 1958.
- BIGOT, J. “Notion générales”, en: BIGOT (Dir.), *Traité de Droit des assurances*, t. 3, pp. 667 y ss. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2002.
- BIN, M. “Informazione e contratto di assicurazione”, *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, n° 3, año XLVII, pp. 727 y ss. Milano, Dott. A. Giuffrè, 1993.
- BLANCO GIRALDO, F. *La Ley del contrato de seguro en la jurisprudencia y en la doctrina judicial*. Madrid, Revista de Derecho de los Seguros Privados, 1996.
- BOMPIANI, A. “Informazioni genetiche, test genetici predittivi ed assicurazioni”, *Assicurazioni*, año LXIX, n° 1, pp. 45 y ss. Roma, Editoriale Generali, 2002.
- BOSELLI, “Alea”, en: AZARA, A. Y EULA, E., (Dir.), *Novissimo digesto italiano*, t. 1, p. 472. Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1957.
- “Rischio, alea ed alea normale del contratto”, *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, t. II, pp. 769 y ss. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1948.
- BOQUERA MATARREDONA, J. *El contrato de seguro de transporte de mercancías por carretera*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.
- BREBBIA, R. *Responsabilidad precontractual*. Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1987.
- BRENES CORTES, J. “Régimen jurídico de la solicitud y la proposición en el contrato de seguro. La formación del contrato de seguro”, *Revista de Derecho Patrimonial*, n° 12, pp. 49 y ss. Navarra, Aranzadi, 2004.
- “Algunas cuestiones relevantes que sigue suscitando el deber precontractual de declaración del riesgo”, *La Ley*, n° 4, pp. 1779 y ss. Las Rozas, Madrid, La Ley, 2003.
- BROSETA PONT, M. *Manual de Derecho mercantil*, v. II., 20 ed., a cargo de MARTÍNEZ SANZ, F. Madrid, Tecnos, 2013.

BRUNETTI, A. “Rilevanza giuridica della reticenza”, *Assicurazioni*, año VIII, p. II, pp. 93 y ss. Roma, Istituto Nazionale delle Assicurazioni, 1941.

-----“Le dichiarazioni dell’assicurato particolarmente nell’assicurazione marittima”, *Assicurazioni*, año IV, p. I, pp. 585 y ss. Roma, Istituto Nazionale delle Assicurazioni, 1937.

BUSQUETS ROCA, F. *Teoría general del seguro*. Barcelona, Vicens-Vives, 1988.

BUTTARO, L. “In tema di dolo e di colpa grave nella descrizione precontrattuale del rischio assicurato”, *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, año XVI, pp. 730 y ss. Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1962.

-----“Contratto di assicurazione”, en: CALASSO, F. (Dir.), *Enciclopedia del Diritto*, t. III, pp. 455 y ss. Varese, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1958.

-----“Assicurazione sulla vita”, en: CALASSO, F. (Dir.), *Enciclopedia del Diritto*, t. III pp. 608 y ss. Varese, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1958.

----- *L’interesse nell’assicurazione*. Milano, Dott. Anontino Giuffrè-Editore, 1954.

-----“Inizio e decorso del periodo di contestabilità nelle polizze di assicurazione vita”, *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, año VII, pp. 953 y ss. Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1953.

CABALLERO SÁNCHEZ, E. *El consumidor de seguros: protección y defensa*. Madrid, Mapfre, 1997.

CABANILLAS MÚGICA, S. “Infarto de miocardio y seguro de accidentes en la Jurisprudencia Civil”, *Aranzadi Civil*, v. III, pp. 1 y ss. Pamplona, Editorial Aranzadi, 1999 (Westlaw.es, BIB 1999\1608).

CABANILLAS SÁNCHEZ, A. *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y en el mercantil*. Madrid, Montecorvo, 1988.

- CABEZAS ARES, A.M. *Los seguros de responsabilidad civil medioambiental en la industria*. León, Universidad de León, 2003.
- CACCAVIELLO, C. y PERCUOLO, A. *Diritto delle assicurazioni private*, 4º ed. Nápoli, Edizioni Simone, 1995.
- CAIROLI MARTÍNEZ, M. *Curso de Derecho Penal uruguayo*, t. III. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1989.
- CALBACHO LOSADA, F., RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, L. y BARRIOLA URRUTICOECHEA, L. “El deber de declaración del riesgo”, *Revista de Derecho mercantil*, nº 185 y 186, pp. 141 y ss. Madrid, Gráficas Aguirre, 1987.
- CALZADA CONDE, M.Á. *El seguro de responsabilidad civil*. Cizur Menor-Navarra, Aranzadi, 2005.
- “El deber precontractual de declaración del riesgo”, *Poder Judicial*, segunda época, nº 16, pp. 159 y ss. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1989.
- *El seguro voluntario de responsabilidad civil*. Madrid, Montecorvo, 1983.
- CAMACHO CLAVIJO, S. “Tráfico jurídico electrónico y contrato de seguro”, *Revista española de seguros*, nº 127, pp. 433 y ss. Madrid, Editorial Española de Seguros, 2006.
- CAMACHO DE LOS RÍOS, J. *El seguro de caución. Estudio crítico*. Madrid, Mapfre, 1994.
- CAMPINS VARGAS, A. “Seguro de responsabilidad civil de administradores y altos cargos. Especial referencia al ámbito de cobertura del seguro”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 249, pp. 981 y ss. Madrid, Gráficas Aguirre, 2003.
- CAMPUZANO TOMÉ, H. “El cumplimiento del deber de declaración del riesgo. Especial problemática derivada de los seguros vinculados a contratos de préstamo”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 21-2, pp. 105 y ss. Pamplona, Thomson Aranzadi, 2008.

- CANDELARIO MACÍAS, M.I. *Gestión de riesgos: impacto de la Ley Concursal en la compañía aseguradora y el seguro de crédito*. Madrid, La Ley-Grupo Wolters Kluwer, 2009.
- . *Seguro de crédito y práctica concursal*. Madrid, Dykinson S.L, 1999.
- CANDIAN, A.D. *Responsabilità civile e assicurazione*. Milano, Edizioni Giuridiche Economiche Aziendali Dell'Università Bocconi e Giuffè Editori S.p.A, 1993.
- CAPOTOSTI, L. “L’informativa a favore degli assicurati sulla vita”, *Assicurazioni*, p. II, n° 2, pp. 88 y ss. Roma, Editoriale Generali, 2002.
- CAPRON, A.M. “Seguros y genética: un análisis lleno de significado”, en: *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, v. III, pp. 17 y ss. Bilbao, Fundación BBV, 1994.
- CARRANZA, J.A. *El dolo en el Derecho Civil y Comercial. Estudio doctrinario y jurisprudencial*, Colección Ensayos jurídicos, n° 10. Buenos Aires, Astrea, 1973.
- CARRASCO PERERA, Á. *Derecho de contratos*. Cizur Menor-Navarra, Aranzadi- Thomson Reuters, 2010.
- . “Seguro de caución: Producción del siniestro por la sola reclamación de pago. Diferencias entre seguro y fianza. Interpretación de los contratos. Garantía a primer requerimiento”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n° 29, pp. 465 y ss. Madrid, Civitas, 1992.
- CARRESI, F. “Osservazioni sulla causa dell’assicurazione”, *Assicurazioni*, año XXVII, n° 2, p. I, pp. 120 y ss. Roma, Istituto Nazionale delle Assicurazioni, 1960.
- . “Qualificazione giuridica del ‘terzo’ sulla cui vita è stipulato el contratto d’assicurazione”, *Assicurazioni*, año XXVI, n° 1, p. I, pp. 33 y ss. Roma, Istituto Nazionale delle Assicurazioni, 1958.

- CARRETERO SÁNCHEZ, J. *La responsabilidad del abogado en la sociedad profesional*. Madrid, Ediciones Jurídicas DIJUSA, 2008.
- CARRIÓN, I. y MERLINSKI, R. “Sobre la reticencia en el contrato de seguro”, *Anuario de Derecho comercial*, t. 9, pp. 107 y ss. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2001.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral*, t. 3, 9ª ed. Madrid, Reus, 1958.
- CASTELLANO, G. *Le assicurazioni private*. Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1970.
- CASTELLANO, V. “Dalla ‘uguaglianza’ dei primitivi alla ‘ugualianza rispetto ai rischi sociali’”. Appunti per una sociología della libertà”, en: *Studi in onore di Antígono Donati*, v. III, pp. 267 y ss. Roma, Edizioni della Rivista Assicurazioni, 1970.
- CASTILLO, R. *Curso de Derecho Comercial*, t. IV, 4ª ed. corr. Buenos Aires, Talleres Gráficos “Ariel”, 1942.
- CATALA, P. “La déclaration du risque en Droit française et anglais comparé”, *Revue Générale des Assurances Terrestres*, n° 4, pp. 449 y ss. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1966.
- CAZAUX, C. *Approche globale de l’assurance de groupe. Prévoyance – Épargne – Retraite - Crédit*. París, L’Argus, 1993.
- CERRUTI AICARDI, H.J. “Falsa declaración y reticencia en la descripción del riesgo en el contrato de seguro de vida”, en: *Estudios jurídicos en memoria de Juan José Amézaga*, pp. 96 y ss. Montevideo, Martín Bianchi Altuna, 1958.
- CESÀRO, V. “Profili della proposta del contratto di assicurazione”, en: *Studi in onore di Antígono Donati*, v. II, pp. 147 y ss. Roma, Edizioni della Rivista Assicurazioni, 1970.
- CHARBONNIER, J. *Risques et assurances des PME-PMI*. París, L’Argus & Dunod, 1990.

- CHAUMET, F. *Les assurances de responsabilité de l'entreprise*, 3ª ed. París, L'Argus de L'Assurance, 2001.
- CHOUA, G., MALATO, F. y AGÜERO, J.L. "Discriminación y el Proyecto Genoma Humano", *Revista Electrónica de Derecho Informático*, n° 50, septiembre 2002. (Vlex.com).
- CIRILLO, F.M. "La progressiva conoscenza del genoma umano: tutela della persona e problemi giuridici connessi con la protezione dei dati genetici", *Rivista di Diritto civile*, n° 3, año XLVIII, pp. 399 y ss. Padova, Dott. Antonio Milano, 2002.
- COLINA, J. *Propuestas para un sistema de cobertura de enfermedades catastróficas en Argentina*. Madrid, Mapfre, 2008.
- COLOMBO, C. "Il dolo nei contratti: idoneità del mezzo fraudolento e rilevanza della condotta del deceptus", *Rivista del Diritto commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*, año XCI, n° 5-6, pp. 347 a 398. Padova, Piccin Nuova Libreria S.P.A., Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, 1993.
- CORBELLINI, H. "Fraude en el seguro", en: *Seguros, IIª Jornadas de Derecho de los seguros*, pp. 63 y ss. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1997.
- CORTÉS, L.J. *Póliza flotante y seguro en abono*. Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1984.
- COUTEAU, É. *Traité des assurances sur la vie*, t. II. París, Librairie de la Cour de cassation, Marchal, Billard & Cie-Librairie des assurances, Armand Anger, 1881.
- COVIELLO, N. *Manuale de Diritto civile italiano*, parte generale, 3º ed. (riv. dal Prof. Leonardo Coviello). Milano, Società Editrice Libreria, 1924.
- CRACOGNA, F. "Seguro de crédito y seguro de caución", B, 611. *La Ley Online*, 2009.

- CRESPO MORA, *La responsabilidad del abogado en el Derecho Civil*. Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2005.
- CRISCUOLI, G. “Comportamento ingannevole e misura della responsabilità delle parti nella stipula del contratto d’assicurazione”, *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, año XLVIII, pp. 1.179 y ss. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1994.
- CUÑAT EDO, V. “Las líneas rectoras de la reforma”, en: CUÑAT EDO, V. y BATALLER GRAU, J. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados*, pp. 85 y ss. Cizur Menor- Navarra, Thomson Civitas, 2007.
- “Disposiciones generales referidas al seguro de daños”, en: VERDERA Y TUELL, E. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, v. I, pp. 515 y ss. Madrid, Colegio Universitario de Estudios Financieros, 1982.
- “La función de la proposición del seguro”, *Revista española de seguros*, n° 6, pp. 101 y ss. Madrid, Editorial Española de Seguros, 1976.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. “Lealtad en el período precontractual (La conducta de las partes en las negociaciones preliminares, según proyectos de Derecho contractual europeo y conforme a otros trabajos prelegislativos)”, *Anuario de Derecho Civil*, t. LXIII, f. II, pp. 575 y ss. Madrid, Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, 2010.
- DE GREGORIO, A. y FANELLI, G. *Diritto delle assicurazioni*, v. II. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1987.
- DE GREGORIO, A. “Le conseguenze dell’errore nella valutazione del rischio secondo le clausole di polizza e l’art. 429 Cod. comm.”, *Assicurazioni*, año I, n° 12 - 13, p. II, pp. 65 y ss. Roma, Istituto Nazionale delle Assicurazioni, 1934.
- DE JUIRAZAR, D. “La ocultación de las enfermedades al contratar los seguros de vida”, *Jurisprudencia Argentina*, t. 27, pp. 597 y ss. Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, 1928.

DE LA MAZA GAZMURI, I. “Casos realmente difíciles: los deberes precontractuales de información y las consideraciones de eficiencia”, *Anuario de Derecho Civil*, t. LXIII, n° IV, octubre-diciembre, pp. 1.683 y ss. Madrid, Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones) y Boletín Oficial del Estado, 2010.

DE LOS MOZOS, J.L. “La buena fe contractual”, 295, *La Ley Online*, 2008.

-----. *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español*. Barcelona, Bosch, 1965.

DE MIGUEL PERALES, C. “La responsabilidad civil por daños al medio ambiente”, en: *Estudios sobre la responsabilidad civil medioambiental y su aseguramiento*, pp. 63 y ss. Madrid, Mapfre, 1997.

DE PAZ COBO, S. *La transferencia alternativa de riesgos*. Cizur Menor-Navarra, Thomson-Civitas, 2005.

DESCHANEL, J.P y LEMOINE, L. *L'assurance crédit*. Paris, Presses Universitaires de France, 1996.

DE STROBEL, D. *L'assicurazione di responsabilità civile*, 4ª ed. Milano, Giuffrè Editore, 1998.

DEL CAÑO ESCUDERO, F. *Derecho español de seguros. Contesta al programa de oposiciones para ingreso en el Cuerpo Técnico de Inspección de Seguro y Ahorro*, t. II, 3ª ed. Madrid, Sáez, 1983.

DÍAZ BRAVO, A. “La responsabilidad civil por contaminación del entorno y su aseguramiento”, en: *Estudios sobre la responsabilidad civil medioambiental y su aseguramiento*, pp. 15 y ss. Madrid, Mapfre, 1997.

DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, v. V. Madrid, Civitas, 2011.

-----. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, v. I, 6ª ed. Madrid, Civitas, 2007.

-----. “El genoma humano y la identificación de la persona como problema jurídico”, en: *El Derecho ante el Proyecto*

- Genoma Humano*, v. IV, pp. 103 y ss. Madrid, Fundación BBV Documento, 1994.
- DI LORETO, D. “Il fenomeno della frode nell’esperienza assicurativa”, *Assicurazioni*, año LXXI, n° 4, p. I, pp. 549 y ss. Roma, Editoriale Generali, 2004.
- DI MAJO, J.A. “La buena fe en la ejecución de los contratos”, *La Ley Online*, n° 3.
- DINI, B. “L’economia del Basso Medioevo e le origini e gli sviluppi delle assicurazioni”, *Assicurazioni*, año XLIV, p. I, pp. 22 y ss. Roma, Istituto Nazionale delle Assicurazioni, 1977.
- DONATI, A. *Tratatto del diritto delle assicurazioni private*, v. III. Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1956.
- *Tratatto del diritto delle assicurazioni private*, v. II. Milano, Dott. Antonino Giuffrè-Editore, 1954.
- *Tratatto del diritto delle assicurazioni private*, v. I. Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1952.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P. “Información y asunción del riesgo en la práctica del esquí”, *Aranzadi Civil*, n° 10, pp. 1 y ss. Pamplona, Editorial Aranzadi, 2010. (Westlaw.Es).
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F. “Seguros de incendios, contra el robo, de transportes terrestres y lucro cesante (Arts. 45 a 67)”, en: VERDERA Y TUELL, E. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, v. I, pp. 753 y ss. Madrid, Colegio Universitario de Estudios Financieros, 1982.
- DRUCAROFF AGUIAR, A. “Buena fe, lesión y equidad”, *La Ley Online*, A, 342, 2009.
- DURÁN Y LAGUNA, P. *Una aproximación al análisis económico del Derecho*. Granada, Comares, 1992.
- DURANTE, A. *L’assicurazione contro il furto*. Milano, Giuffrè Editore, 1984.

- . “La buona fede e il contratto di assicurazione”, *Assicurazioni*, año XLVI, p. I, pp. 222 y ss. Roma, Istituto Nazionale delle Assicurazioni, 1979.
- . “Recesso e risoluzione nell’ assicurazione”, *Assicurazioni*, año XXXIX, n°, 2, p. I, pp. 128 y ss. Roma, Istituto Nazionale delle Assicurazioni, 1972.
- . “El alea y el contrato de seguros contra los daños”, *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle obbligazioni*, año XLIV, p. I, pp. 569 y ss. Milano, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1946.
- ELGUERO Y MERINO, J.M. *El contrato de seguro*. Madrid, Mapfre, 2004.
- . “La estafa de seguros”, *Revista española de seguros*, n° 54, pp. 41 y ss. Madrid, Editorial Española de Seguros, 1988.
- EMBID IRUJO, J.M. “Problemas actuales del seguro de caución”, *Revista española de seguros*, n° 121, pp. 7 y ss. Madrid, Editorial Española de Seguros, 2005.
- . “Problemas actuales del seguro de caución”, en: *Las tendencias actuales de los contratos de garantía*, pp. 39 y ss. Barcelona, Atelier, 2005.
- . “Definición de contrato de seguro” en: BOQUERA MATARREDONA, J., BATALLER GRAU, J. y OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios a la Ley de contrato de seguro*, pp. 49 y ss. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.
- . “Nulidad del contrato de seguro por inexistencia de riesgo”, en: BOQUERA MATARREDONA, J., BATALLER GRAU, J. y OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios a la Ley de contrato de seguro*, pp. 87 y ss. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.
- . “El seguro de caución”, en: ALONSO UREBA, A y MARTÍNEZ-SIMACAS Y SÁNCHEZ, *Derecho del mercado financiero*, t. 2, v. 2, pp. 294 y ss. Madrid, Universidad Complutense de Madrid y Banco Central Hispano, 1994.
- . *Seguro de caución: ¿garantía personal o modalidad aseguradora?* Madrid, Tecnos, 1993.

- “Contrato de seguro de caución. En garantía de ejecución de contrato de obra. Naturaleza jurídica. Distinción de la fianza. Prescripción”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n° 29, pp. 639 y ss. Madrid, Civitas, 1992.
- “El seguro de caución como garantía”, en: ALONSO UREBA, A, BONARDELL LENZANO, R. y GARCÍA VILLAVERDE, R., *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, pp. 697 y ss. Madrid, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, 1990.
- “El seguro de caución: régimen jurídico convencional y naturaleza jurídica”, *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n° 2, año, pp. 1064 y ss. La Ley – Actualidad – laley.net, 1996.

FANELLI, G. *Le assicurazioni*, t. I. Milano, Dott. a. Giuffrè Editore, 1973.

- “Considerazioni sul concetto giuridico di rischio nell’assicurazione”, en: *Saggi di Diritto delle assicurazioni*, pp. 171 y ss. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1971
- “Gli ausiliari nell’assicurazione”, *Assicurazioni*, año XXXIX, n° 6, p. I, pp. 445 y ss. Roma, Istituto Nazionale delle Assicurazioni, 1972.
- “Il contratto di assicurazione sulla vita (Profilo Giuridico)”, en: *Saggi di Diritto delle assicurazioni*, pp. 315 y ss. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1971.
- “Considerazioni sugli onere nell’assicurazione”, *Rivista del Diritto commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*, parte I, v. XLIII, pp. 160 y ss. Milano, Casa Editrice Francesco Vallardi, 1945.

FARINA, J.M. “El seguro y el lenguaje jurídico”, *Revista del Derecho comercial y de las obligaciones*, n° 76 y 77, pp. 532 y ss. Buenos Aires, Depalma, 1980.

- FAVRE ROCHEX, A y COURTIEU, G. *Le Droit du contrat d'assurance terrestre*. París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1998.
- FERNÁNDEZ, R.L. “De los seguros”, en: *Código de Comercio de la República Argentina comentado*, t. II, 2ª reimpr., pp. 491 y ss. Buenos Aires, Talleres Gráficos A. Wolter, 1950.
- FERNÁNDEZ-QUIROS y LÓPEZ QUIROGA. “El contrato de seguro marítimo en la propuesta de anteproyecto de Ley general de la navegación marítima”, en: *Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento*, n° extraordinario, pp. 113 y ss. (Vlex.com).
- FERRARINI, S. *Le assicurazioni marittime*, 3ª ed. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1991.
- FERRI, G. FERRI, *Manuale di Diritto commerciale*, 12 ed. Torino, Unione Tipografica Editrice Torinese Giuridica, 2007.
- “L'impresa nella struttura del contratto di assicurazione”, *Assicurazioni*, parte I, pp. 321 y ss. Roma, Istituto Nazionale delle Assicurazioni, 1963.
- FIorentino, A. “La descrizione del rischio nella assicurazioni secondo el Codice Civile”, *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, v. XLII, p. I, pp. 136 y ss. Milano, Francesco Vallardi, 1944.
- “La descrizione del rischio nell'assicurazione”, *Assicurazioni*, año XIX-XX, p. I, pp. 50 y ss. Roma, Istituto Nazionale delle Assicurazioni, 1941.
- FONTANARROSA, R.O. “La declaración del riesgo en el contrato de seguro. Reticencia y falsa declaración”, *Revista del Colegio de abogados de Rosario*, t. XIII, pp. 99 y ss. Rosario, Colegio de Abogados, 1942.
- FRANGIAPINI, A.U. *Seguros de vida*. Buenos Aires, Prometeo, 1956.
- FREDDI, A. *Lezioni di teoria del rischio*. Roma, Aracne Editrice, 2006.

- GALGANO, F. “Libertad contractual y la justicia del contrato”, Ponencia presentada en el Congreso de Messina del 28 al 30 de septiembre de 2005 sobre ‘El ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa’, trad. de DE LA COLINA, M., *La Ley Online*, B, 977, 2008.
- “Il negozio giurídico”, en: CICU, A., MESSINEO, F., y MENGONI, L., *Trattato di Diritto civile e commerciale*, p. 1 y ss. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2002.
- GÁLVEZ OCHOA, ARROYO y SUSAEETA ERBURU, “Estudio sobre el fraude en el seguro de automóviles” en: *El fraude en el seguro de automóviles. Visión global y bases para una actuación sectorial*, pp. 11 y ss. Madrid, Centro de Estudios del Seguro, 1992.
- GAMARRA, J. *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. XI, 3ª ed., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1988.
- *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. XII, v. 5, 3ª ed. Montevideo, Martín Bianchi Altuna, 1979.
- GAMBINO, A. “Finalità e tendenze attuali delle assicurazioni sulla vita (Le polizze vita come prodotti finanziari)”, *Rivista di Diritto commerciale*, año LXXXIII, n° 5 - 8, pp. 105 y ss. Roma, Dott. Francesco Vallaldi, 1985.
- GARCÍA MOSQUERA, M. *La estafa de seguro*. Madrid, La Ley, 2006.
- GARCÍA RIVAS, N. “Estructura jurisprudencial del delito de estafa (Una revisión crítica de sus elementos objetivos), en: BOIX REIG, JAVIER. *Estafas y falsedades (Análisis jurisprudencial)*. Madrid, iustel, 2005.
- GARCÍA VILLAVERDE, R. “Contenido de la notificación de las alteraciones del riesgo”, en: VERDERA Y TUELLS (Dir.), *Comentarios a la Ley de contrato de seguros*, v. I, pp. 1017 y ss. Madrid, Colegio Universitario de Estudios Financieros, 1982.

GARRIDO CORDOBERA, L.M.R. “El poder en la negociación contractual y las desigualdades negociales”, *La Ley Online*, parte I, n° 3, p. 3, 2009.

GARRIDO Y COMAS, J.J. *Tratado general de seguros*, t. I, vol. I. Barcelona, Consejo General de los Colegios de Agentes y Corredores de Seguros de España, 1986.

-----. “La reticencia del asegurado y sus efectos en el contrato de seguro”, *Revista jurídica de Cataluña*, n° 1, pp. 23 y ss. Barcelona, Advocats de Barcelona, 1952.

GARRIGUES, J. *Contrato de seguro terrestre*, 2ª ed., revisada y puesta al día conforme a la Ley de 8 de octubre de 1980. Madrid, Aguirre Torre, 1982.

-----. “Estudios sobre el contrato de seguro”, *Revista de Derecho mercantil*, n° 105 – 106, pp. 13 y ss. Madrid, Gráficas Aguirre, 1967.

-----. *Instituciones de Derecho mercantil*, 5ª ed. Madrid, Aguirre Torre, 1953

GASPERONI, N. *Assicurazioni private*. Padova, CEDAM-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1972.

-----. “Appunti sulla clausola di incontestabilità”, *Assicurazioni*, año XXXIII, n° 2, pp. 123 y ss. Roma, Istituto Nazionale delle Assicurazioni, 1966.

-----. “La rilevanza giuridica delle dichiarazioni inesatte e delle reticenze del terzo non contraente”, *Assicurazioni*, año XXIX, p. I, pp. 83 y ss. Roma, Istituto Nazionale delle Assicurazioni, 1962.

-----. “Assicurazione sulla vita”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año VI, pp. 506 y ss. Milano, Dott. A. Giuffrè – Editore, 1952.

-----. “La clausola di incontestabilità inserita nelle polizze di assicurazione in relazione alla nuova disciplina legislativa delle dichiarazioni inesatte o reticenti del contraente”, *Assicurazioni*, p. II, pp. 98 y ss. Roma, Istituto Nazionale delle Assicurazioni, 1944.

- . “La causa dell’evento di assicurazione”, *Assicurazioni*, año V, p. I, pp. 23 y ss. Roma, Istituto Nazionale delle Assicurazioni, 1938.
- GIRAL SILIÓ, J. “Seguro multirriesgo”, en: GARRIDO Y COMAS (DIR.), *Tratado General de Seguros. Teoría y Práctica de los Seguros Privados*, t. III, v. II, pp. 11 y ss. Madrid, Consejo General de Agentes y Corredores de Seguros de España, 1989.
- GIRGADO PERANDONES, P. *El principio indemnizatorio en los seguros de daños: una aproximación a su significado*. Granada, Comares, 2005.
- GIUDICE, G. “L’art. 429 cod. Comm. E un patto di polizza d’assicurazione sulla vita”, *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle obbligazioni*, v. XXVI, p. II, pp. 187 y ss. Milano, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1928.
- GODSTEIN, R. “Voz Estafa”, *Diccionario de Derecho Penal*. Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1926.
- GÓMEZ CALERO, J. “El concepto de ‘robo’ en la Ley de Contrato de Seguro”, *Revista española de seguros*, n° 28, pp. 425 y ss. Madrid, Editorial Española de Seguros, 1981.
- GÓMEZ CALLE, E. “El Derecho civil ante las nuevas técnicas de investigación genética. En particular, las pruebas de detección genética”, en: *II Jornadas Luso – Españolas “Derecho y Genética: un reto de la sociedad del siglo XXI”*, pp. 154 y ss. (Vlex.com).
- GRATTON, J. *Esquema de una historia del seguro*. Buenos Aires, Arayú, 1955.
- GREGORINI CLUSELLAS, E.L. “El seguro y la relación de consumo”, *La Ley Online*, A, 1130, 2009.
- GRÍGOLI, M. “Riflessi assicurativi del trasporto marittimo mediante “containers””, *Assicurazioni*, año XLII, p. I, pp. 495 y ss. Roma, Istituto Nazionale delle Assicurazioni, 1975.

- GRIMA LIZANDRA, V. “La conducta típica del delito de estafa: reflexiones a la luz de la jurisprudencia”, en BOIX REIG, J., *Estafas y falsedades (Análisis jurisprudencial)*. Madrid, iustel, 2005
- GROS ESPIELL, H. “Panorama del tema relativo al genoma humano en Uruguay”, en: VALADÉS, D. y SAADA, A., (Coord.), *Panorama sobre la legislación en materia de genoma humano en América Latina y el Caribe*, pp. 377 y ss. México, Universidad Nacional Autónoma de México – Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética de la UNESCO, 2006.
- GUARDIOLA LOZANO, A. *El servicio a la sociedad, permanente razón de ser del seguro privado*. Salamanca, Universidad Pontificia, 2005.
- GUERRERO LEBRÓN, M.J. *El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos*. Madrid, La Ley, 2004.
- GUILLÉN ESTANY, M., et alt. *El seguro de automóviles: estado actual y perspectiva de la técnica actuarial*. Madrid, Fundación Mapfre, 2005.
- GUILLOT, M.A. “Cuestiones en impugnaciones de deuda: seguro de caución y debido proceso”, *La Ley Online*, A, 325, 1996.
- GUISASOLA PAREDES, “Las condiciones generales de la contratación y el contrato de seguro”, *Vlex*, enero de 2000.
- HALPERIN, I. *Seguros. Exposición crítica de las leyes 17.418, 20.091 y 22.400*, 3ª ed., act. por BARBATO, N. Buenos Aires, Abeledo Perrot On Line, 2001.
- *Seguros. Exposición crítica de la Ley 17.418*. Buenos Aires, Depalma, 1972.
- “El Juez y la aplicación del contrato de seguro”, *Revista de Derecho comercial y de las obligaciones*, n° 13 a 18, año 3, pp. 1 y ss. Buenos Aires, Depalma, 1970.

- . “Importancia del hecho falseado u ocultado al asegurador. Retención como causa de nulidad del seguro”, *La Ley*, t. 6, pp. 726 y ss. Buenos Aires, La Ley, 1937.
- HAYMANN, F. “La prestazione dell’assicuratore”, *Assicurazioni*, año V, p. I, pp. 49 y ss. Roma, Istituto Nazionale delle Assicurazioni, 1938.
- . “La colpa nella conclusione del contratto in diritto assicurativo” trad. a cura del Dott. Tullio Muzzarini, *Assicurazioni*, año III, n° XIV y XV, p. I, pp. 156 y ss. Roma, Istituto Nazionale delle Assicurazioni, 1936.
- . “Le disposizioni generali sui vizi di volontà in rapporto all’obbligo di denuncia precontrattuale da parte dell’assicurando”, *Assicurazioni*, año I, p. I, pp. 332 y ss. Roma, Istituto Nazionale delle Assicurazioni, 1934.
- HEBRERO ÁLVAREZ, J.I. *El aseguramiento de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente*. Madrid, Dykinson, 2002.
- . “Prevención y seguro de responsabilidad civil por daños al medio ambiente”, en: *Estudios sobre la responsabilidad civil medioambiental y su aseguramiento*, pp. 285 y ss. Madrid, Mapfre, 1997.
- HERBAULT, P. *Traité des assurances sur la vie*, rev. par DE FOLLEVILLE, D. Paris, A. Marescq Aîné, Libraire-Éditeur, 1887.
- HERNÁNDEZ YZAL, S. y VICENSI MATAS, M. *El régimen del transporte multimodal*, 2ª ed. Barcelona, Cámara Oficial de Comercio Industria y Navegación de Barcelona, 1982.
- HILSENRAD, A. *Las obligaciones precontractuales*, trad. de MENÉNDEZ PIDAL, F. Pamplona, Navarra, Analecta Editorial, 2005.
- HUIDOBRO, F. “La responsabilidad por daños al Medioambiente y su personificación en la figura de los Administradores de la Sociedad”, en: *Estudios sobre la responsabilidad civil medioambiental y su aseguramiento*, pp. 99 y ss. Madrid, Mapfre, 1997.

- IFRÁN, G. “Consideraciones sobre la reticencia en el derecho uruguayo”, *Revista Ibero-Latinoamericana de seguros*, n° 26, pp. 225 y ss. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana de Colombia - Facultad de Ciencias Jurídicas, 2007.
- ILARDI, S. «La ‘causa’ nella clausola d’incontestabilità del contratto d’assicurazione sulla vita», *Il foro italiano*, v. LIX, p. I, pp. 1.200 y ss. Roma, Società Editrice del «Foro Italiano», 1934.
- . «Malafede e reticenza nella clausola di incontestabilità del contratti di assicurazione sulla vita», *Il foro italiano*, p. I, pp. 1446 y ss. Roma, Società Editrice del «Foro Italiano», 1933.
- IRIBARREN BLANCO, M. “Artículo 11. Deber de declaración del tomador del seguro”, *Revista española de seguros*, n° 143-144, pp. 563 y ss. Madrid, Editorial Española de Seguros, 2010.
- . “Artículo 12. Deber del tomador del seguro o del asegurado de comunicar las circunstancias que agraven el riesgo”, *Revista española de seguros*, n° 143-144, pp. 569 y ss. Madrid, Editorial Española de Seguros, 2010.
- . “Artículo 13. Modificación o resolución del contrato de seguro por agravación del riesgo”, *Revista española de seguros*, n° 143-144, pp. 571 y ss. Madrid, Editorial Española de Seguros, 2010.
- . “Artículo 14. “Modificación o resolución del contrato de seguro por disminución del riesgo”, *Revista española de seguros*, n° 143-14, pp. 575 y ss. Madrid, Editorial Española de Seguros, 2010.
- . *El seguro de responsabilidad civil de los administradores de sociedades de capital*. Cizur Menor - Navarra, Thomson-Civitas, 2005.
- ISRAILEVICH, J. “El seguro de caución”, *La Ley Online*, 359, 2000.

- IVANUS, N. *De la réticence dans les contrats*. París, Jouve & Cie, Éditeurs, 1924.
- JACOB, N. *Les assurances*, 2º ed. París, Dalloz, 1979.
- JIMÉNEZ CLAR, A.J. “El sistema de seguros de la Ley de Ordenación de la Edificación”, *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 6, pp. 19 y ss. Cizur Menor-Navarra, Aranzadi, 2001.
- KHAN, R. *La notion de l'aléa dans les contrats*. París, Jouve Et Cie. Éditeurs, 1924.
- KULLMAN, J. “La déclaration de risque”, en: BIGOT (Dir.) *Traité de Droit des assurances*, t. 3, pp. 667 y ss. París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2002.
- LAMBERT-FAIVRE, Y. *Droit des assurances*, 9ª ed. París, Précis Dalloz, 1992.
- LAMBERT FAIVRE y LEVENEUR, L. *Droit des assurances*, 13ª ed. París, Précis Dalloz, 2011.
- LANDINI, S. “Informativa precontrattuale e trasparenza nell'assicurazione vita”, *Assicurazioni*, año LXXIV, nº 2, p. I, pp. 227 y ss. Roma, Fondazione Assicurazioni Generali, 2007.
- LANGLE Y RUBIO, E. *Manual de Derecho mercantil español*, t. III. Barcelona, Bosch, 1959.
- LA TORRE, A. *L'assicurazione nella storia delle idee. La risposta giuridica al bisogno di sicurezza economica: ieri e oggi*, 2º ed. Milano, Giuffrè, 2000.
- LATORRE CHINER, N. “Los deberes de información y asesoramiento del mediador de seguros”, en: CUÑAT EDO, V. y BATALLER GRAU, J. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados*, pp. 221 y ss. Cizur Menor, Navarra, Thomson Civitas, 2007.

- “Artículo 89.- El riesgo en el seguro de vida”, en: BOQUERA, J., BATALLER GRAU, J. y OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, pp. 1057 y ss. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.
- “Artículo 90.- Indicación inexacta de la edad del asegurado”, en: BOQUERA, J., BATALLER GRAU, J. y OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, pp. 1061 y ss. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.
- “El deber de declaración del riesgo”, en: BOQUERA MATARREDONA, J., BATALLER GRAU, J. y OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios a la Ley de contrato de seguro*, pp. 163 y ss. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.
- “La agravación del riesgo”, en: BOQUERA MATARREDONA, J., BATALLER GRAU, J. y OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios a la Ley de contrato de seguro*, pp. 173 y ss. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.
- *La agravación del riesgo en el derecho de seguros*. Albonote - Granada, Comares, 2000.
- “El deber de declaración del riesgo”, en: BATALLER GRAU, J., BOQUERA MATARREDONA, J. y OLAVARRÍA IGLESIA, J., *El contrato de seguro en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español*, pp. 105 y ss. Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999.
- LEFORT, J. *Nouveau traité de l'assurance sur la vie*, t. I. París, Marcel Rivière et Cie., 1920.
- *Traité théorique et pratique du contrat d'assurance sur la vie*, t. II. Paris, Albert Fontemoing, 1897.
- LLEDÓ YAGÜE, F. “La identificación de la persona mediante pruebas genéticas y sus implicaciones jurídicas”, en: *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, v. IV, pp. 13 y ss. Madrid, Fundación BBV Documenta, 1994.
- LONGO, G. “La dichiarazione del rischio all'origine ed in corso di contratto: conseguenze e sanzioni”, *Assicurazioni*, año

- XLV, p. I, pp. 26 y ss. Roma, Istituto Nazionale delle Assicurazioni, 1978.
- LÓPEZ FIDANZA, A.J. “El principio de la buena fe”, *La Ley Online*, 1, 2004.
- LÓPEZ SAAVEDRA, D.M. *Ley de Seguros comentada y anotada*. Buenos Aires, La Ley, 2007.
- “Pluralidad de seguros y doble seguro”, *La Ley Online*, D, 893, 1997.
- “Seguro de vida: reticencia y culpa grave del asegurado”, *La Ley*, año 2000 - E, pp. 704 y ss. Buenos Aires, La Ley, 2000.
- “Seguros marítimos: la reticencia en el Derecho argentino y la “Marine Insurance Act 1906”, *La Ley*, t. C, pp. 710 y ss. Buenos Aires, La Ley, 1993.
- LORDI, L. “Il termine per l’incontestabilità della polizza vita”, en: *Assicurazioni*, año III, n° XIV-XV, p. II, pp. 14 y ss. Roma, Istituto Nazionale delle Assicurazioni, 1936.
- MAESTRO, M. *El seguro al alcance de todos*. Barcelona, Multinacional Aseguradora, 1994.
- MAESTRO, J.L. *Garantías técnico-financieras de las entidades aseguradoras*. Barcelona, Centre Universitari E.A.E. Winterthur, 2000.
- MAGEE, J. *El seguro de vida*, 3ª ed., trad. de GUASCH RUBIO. Mexico, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, 1964.
- MALAGARRIGA, C.C. *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, t. III. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1952.
- MANES, A. *Tratado de seguros: teoría general del seguro*. 4ª ed. trad. por SOTO, F. Madrid, Logos, 1930.
- MANGIALARDI, E, PANTANAU, N.J y QUINTANA, E.J. “La influencia de los avances tecnológicos y científicos en el seguro de personas”, *Revista Ibero-Latinoamericana de*

seguros, n° 26, pp. 11 y ss. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana de Colombia - Facultad de Ciencias Jurídicas, 2007.

MANGHETTI, G. “Le frodi assicurative a partire dalla r.c. auto: che fare?”, *Assicurazioni*, año XXIV, n° 4, p. I, pp. 611 y ss. Roma, Fondazione Assicurazione Generali, 2007.

----- “Etica e assicurazione: quali comportamenti”, *Assicurazioni*, año LXIX, n° 1, p. I, pp. 3 y ss. Roma, Editoriale Generali, 2002.

MARCO ARCALÁ, L.A. *Seguros de personas. Aspectos generales*. Cizur Menor, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2006.

MARCO COS, J.M. “Seguro contra robo y exclusión de hurto: una cláusula (y una práctica) abusiva”, Westlaw.Es, BIB 2003\1112.

----- “Seguro de accidentes e infarto de miocardio”, *Repertorio de Jurisprudencia*, Comentario n° 7. Pamplona, Aranzadi, 2004. (Westlaw.Es).

MARGEAT H. y LANDEL J. Nota a la Sentencia de la *Cour de cassation* francesa, 1re. Ch. civ., de 3 de enero de 1996, *Revue Générale du Droit des Assurances*, n° 1, pp. 74 y ss. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1996.

MARTÍ SÁNCHEZ, J.N. “Actividad aseguradora y contrato de seguro”, en: *Cuadernos de Derecho judicial. Derecho de seguros II*, pp. 13 y ss. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996.

MARTÍNEZ – GIJÓN MACHUCA, P. *El seguro privado de asistencia sanitaria*. Madrid, Mapfre, 2002.

MARTÍNEZ RUIZ R. “Distinción entre acto nulo y acto inoponible”, *Revista de Jurisprudencia Argentina*, t. IV, pp. 335 y ss. Buenos Aires, Revista de Jurisprudencia Argentina, 1943.

MARTANO, M. y MARIOTTI, P. “Quando il rischio reale non corresponde al rischio assicurato”, *Responsabilità civile e*

- previdenza*, nov-dic, pp. 944 y ss. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1990.
- MAYAUX, L. “Le risque assurable”, en: BIGOT (Dir.), *Traité de Droit des assurances*, t. 3, pp. 763 y ss. Paris, Librairie Gènèrale du Droit et de Jurisprudence, 2002.
- MAZA MARTÍN, J.M. “El fraude en el seguro de responsabilidad civil”, en: SOTO NIETO, F. (Dir.), *El nuevo Código penal y el contrato de seguro*, pp. 132 y ss. Las Rozas - Madrid, Editorial Española de Seguros, 1998.
- MAZZINGHI, J.A. “La reserva mental como supuesto de dolo”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. 140, pp. 713 y ss. Buenos Aires, La Ley, 1971.
- MEDINA, G. “Sida y seguros”, *Jurisprudencia argentina*, t. III, pp. 756 y ss. Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, 1994.
- MEILIJ, G.R. *Manual de seguros*. Buenos Aires, Depalma, 1987.
- MENDELEWICZ, C. “La interpretación en el contrato de seguro”, *La Ley Online*, 799, 2005.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. “El código genético y el contrato de seguro”, en: *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, v. III, pp. 29 y ss. Bilbao, Fundación BBV, 1994.
- “Preliminar. Artículos 1 a 4”, en: VERDERA Y TUELL, E. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, v. I, pp. 83 y ss. Madrid, Colegio Universitario de Estudios Financieros, 1982.
- MEZZERA ÁLVAREZ, R. *Curso de Derecho comercial*, t. III, 4ª ed. act. por RIPPE, S. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1997.
- “Seguros. Generalidades”, en: ROCCA, M.U., *Seguros y letras de cambio*, pp. 5 y ss. Montevideo, Facultad de Derecho, 1975.

- MILLER ARTOLA, A. “La reticencia del asegurado y la obligación de informarse del asegurador”, *La Justicia Uruguaya*, t. 130, pp. 75 y ss. Montevideo, La Justicia Uruguaya, 2004.
- MOLINA QUIROGA, E. “Exigencias de la buena fe en los contratos informáticos”, *La Ley Online*, C, 1062, 2008.
- MONGE GIL, A.L. *El transporte terrestre de cosas*, Vlex.com, 57564066.
- MOLINA, I.E. *Ruina y seguro de responsabilidad decenal. Las coberturas aseguradoras de la responsabilidad decenal (Diseño normativo y praxis aseguradora)*. Granada, Comares, 1998.
- MONETTE, F., DE VILLE, A. y ANDRÉ, R. *Traité des assurances terrestres*, 3ª ed, t. I, p. I. Bruxelles, Établissements Èmile Bruylant y París, Librairie Du Recueil Sirey, 1949.
- MONTÉS, V. “Observaciones sobre la aleatoriedad del contrato de seguro”, en: VERDERA Y TUELLS, E., (Dir.), *Comentarios a la Ley de contrato de seguros*, v. I, pp. 157 y ss. Madrid, Colegio Universitario de Estudios Financieros, 1982.
- MORA LIMA, P. “Las pruebas genéticas en los contratos de seguro”, en: DE ANGULO RODRÍGUEZ, L y CAMACHO DE LOS RÍOS, J. (Coords), *Cuestiones actuales del derecho de seguros*, pp. 177 y ss. Barcelona, Atelier, 2002.
- MORAGLIA, G.B. “L’art. 429 del cod. di commercio”, *Assicurazioni*, año IV, p. I, pp. 40 y ss. Roma, Istituto Nazionale delle Assicurazioni, 1937.
- MORALES MORENO, A.M. “El dolo como criterio de imputación de responsabilidad”, *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXV, pp. 591 y ss. Madrid, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones científicas, 1982.
- MORANDI, J.C.F. “Il principio della buona fede nell’assicurazione e nella riassicurazione”, *Assicurazioni*, t. I, pp. 403 y ss. Roma, Istituto Nazionale delle Assicurazioni, 1987.

- . *El riesgo en el contrato de seguro. Régimen de las modificaciones que lo agravan*. Buenos Aires, Astrea, 1974.
- . *Estudios de Derecho de seguros*. Buenos Aires, Pannedille, 1971.
- MORENO RUÍZ, R. *Matemática de los seguros de vida*. Madrid, Pirámide, 2005.
- . *Mutualidades, cooperativas, seguro y previsión social*. Madrid, Consejo Económico y social, 2000.
- MORENO VELAZCO, V. “La configuración del deber de declaración del riesgo en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, Artículos 10 y 89”, *La Ley*, nº 2, pp. 1.811 y ss. Las Rozas, Madrid, La Ley, 2005.
- MORILLAS JARILLO, M.J. *El seguro de automóvil: el aseguramiento obligatorio de la responsabilidad civil automovilística*. Barcelona, José María Bosch, 1992.
- MORRAL SOLDEVILLA, R. *El seguro de crédito*. Madrid, Civitas, 2002.
- . “Algunas consideraciones sobre el seguro de responsabilidad civil de los administradores de sociedades mercantiles”, *Revista española de seguros*, nº 115, pp. 311 y ss. Madrid, Editorial Española de Seguros, 2003.
- MOSSA, L. L’incontestabilità e la prescrizione dell’azione per dolo nell’assicurazione sulla vita”, *Rivista del Diritto commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*, pp. 20 y ss. Milano, Dottor Francesco Vallardi, 1933.
- MOTTA, A. “Sono valide le clausole di incontestabilità contenute nelle polizze dei contratti di assicurazione?”, *Rivista del Diritto commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*, p. II, pp. 81 y ss. Milano, Dr. Francesco Vallardi, 1960.
- MOYA JIMÉNEZ, A. *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, 7ª ed. Barcelona, Bosch, 2011.

MUÑOZ PAREDES, M.L. “Problemas de aplicación de la regla proporcional y de la equidad en el seguro multirriesgo”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 283, pp. 77 y ss. Las Rozas- Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2012.

-----. “La agravación del riesgo en el seguro de vida”, *Revista española de seguros*, n° 141, pp. 21 y ss. Madrid, Editorial Española de Seguros, 2010.

-----. “Sobre la relación causal entre la circunstancia omitida y el siniestro en los seguros de personas con especial referencia al de vida”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 261, pp. 996 y ss. Madrid, Gráficas Aguirre, 2006.

NICOLAS, V. *Essai d'une nouvelle. Analyse du contrat d'assurance*. París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1996.

NOGUÉRO, D. “Sélection des risques. Discrimination, assurance et protection des personnes vulnérables”, *Revue Générale des Assurances*, n°3, pp. 631 y ss. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2010.

OLIVENCIA RUÍZ, M. “Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro (Arts. 68 a 79 de la Ley)”, en: VERDERA Y TUELLS, E. (Dir.), *Comentarios a la Ley de contrato de seguros*, v. I, pp. 865 y ss. Madrid, Colegio Universitario de Estudios Financieros, 1982.

OLMOS PILDÁIN, A. “Artículo 9. Ámbito material”, en: DE ANGULO RODRÍGUEZ, L y CAMACHO DE LOS RÍOS, J. (DIRS.), *Comentario al Reglamento sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (Aprobado por RD 7/2001, de 12 de enero)*, pp. 157 y ss. Barcelona, Atelier, 2001.

ORDOQUI CASTILLA, G. “El contrato del año 2000: La protección del consentimiento y el deber de información”, *La Justicia uruguaya*, t. III, pp. 245 y ss. Montevideo, La Justicia Uruguay, 1995.

- OTAZU SERRANO, M.J. “Artículo 98. Comunicación de otros seguros de accidentes”, *Revista española de seguros*, n° 143-144, pp. 927 y ss. Madrid, Editorial Española de Seguros, 2010.
- PACHECO JIMÉNEZ, M.N. “Las cláusulas lesivas del artículo 3 LCS”, *Westlaw*, BIB 288, 2009.
- . *Los seguros en el proceso de edificación*. Las Rozas - Madrid, La Ley, 2008.
- PARDESSUS, J.M. *Cours de Droit commercial*, 4ª ed., t. I. Paris, Nève, Librairie de la Cour de Cassation, 1831.
- PARELLA, A. “Dichiarazione false, erronee o reticenti dell’assicurato nella nuova disciplina delle assicurazioni”, *Assicurazioni*, n° XIX y XX, p. I, pp. 168 y ss. Roma, Istituto Nazionale delle Assicurazioni, 1941.
- .“Riflessioni sul tema della reticenza nelle assicurazioni sulla vita”, *Assicurazioni*, n° XII y XIII, p. I, pp. 194 y ss. Roma, Istituto Nazionale delle Assicurazioni, 1934.
- . “La reticencia en los negocios jurídicos”, *Revista Crítica de Jurisprudencia*, año I, n° 10, pp. 221 y ss. Buenos Aires, La Ley, 1932.
- . “La reticenza nel contratto di assicurazione”, *Rivista di Diritto commerciale*, n° 28, p. I, pp. 755 y ss. Roma, Dott. Francesco Vallaldi, 1930.
- PASANISI, E. “I diritti del terzo verso l’assicuratore”, *Assicurazioni*, año XXXVII, n° 3-4, p. I, pp. 189 y ss. Roma, Istituto Nazionale delle Assicurazioni, 1970.
- PATTERSON, E.W. “Le dichiarazioni dell’assicurando nel Diritto degli Stati Uniti, con particolare riguardo all’assicurazione sulla vita”, *Assicurazioni*, n° XVI-XVII, pp. 512 y ss. Roma, Istituto Nazionale delle Assicurazioni, 1938.

- PAVELEK ZAMORA, E. “Seguros obligatorios y obligación de asegurarse”, *Revista española de seguros*, n° 106, pp. 235 y ss. Madrid, Editorial Española de Seguros, 2001.
- . “La cobertura del riesgo medioambiental en las pólizas de Responsabilidad Civil General (Mención especial a los países iberoamericano)””, en: *Estudios sobre la responsabilidad civil medioambiental y su aseguramiento*, pp. 195 y ss. Madrid, Mapfre, 1997.
- . *Los seguros de responsabilidad civil y su obligatoriedad de aseguramiento*. Madrid, Mapfre, 1992.
- PEIRANO FACIO, J. *Curso de obligaciones*, t. I, Montevideo, Oficina de apuntes del Centro de Estudiantes de Derecho, 1957.
- PELAGGI, A. “Il dolo omissivo nel contratto di assicurazione”, *Assicurazioni*, año XXXIV, n° 3, pp. 219 y ss. Roma, Istituto Nazionale delle Assicurazioni, 1967.
- PERÁN ORTEGA, J. *La responsabilidad civil y su seguro*. Madrid, Tecnos, 1998.
- PERDIKAS, P. “Influenza della consuetudine commerciale sul sorgere dell’ assicurazione”, *Assicurazioni*, año XLVII, p. I, pp. 3 y ss. Roma, Istituto Nazionale delle assicurazioni, 1980.
- PERETTI GRIVA, D.R. “A proposito di dichiarazioni inesatte e reticenze in tema de assicurazione”, *Assicurazioni*, año XXVII, n° 3, pp. 264 y ss. Roma, Istituto Nazionale delle Assicurazioni, 1960.
- PÉREZ CARRILLO, H. *Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos sociales*. Madrid-Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005.
- PÉREZ IDIARTEGARAY, S.E. “El contrato de seguro: reticencia y buena fe”, en: NOGUEIRA, E. y PRESA ALONSO, J. (Coord.), *Seguros*, pp. 43 y ss. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1996.

- PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L. *La póliza y la documentación del contrato de seguro*. Granada, Comares, 2003.
- . *El contrato de seguro. Interpretación de las condiciones generales*. Granada, Comares, 1993.
- PÉREZ TORRES, J.L. “Seguros de personas”, en: GARRIDO Y COMAS (DIR.), *Tratado General de Seguros. Teoría y Práctica de los Seguros Privados*, t. II, pp. 11 y ss. Madrid, Consejo General de Agentes y Corredores de Seguros de España, 1986.
- PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F. “Cláusulas delimitadoras del riesgo, cláusulas limitativas y transparencia en el contrato de seguro”, *Revista española de seguros*, n^os 123-124, v. I, pp. 529. Madrid, Editorial Española de Seguros, 2005.
- PETIT LAVALL, M.V. “Los seguros de responsabilidad civil del transportista aéreo”, *Revista española de seguros*, n^o 135, pp. 239 y ss. Madrid, Editorial Española de Seguros, 2008.
- PICARD, M. y BESSON, A. *Traité général des assurances terrestres en droit français*, t. I. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1938.
- PINAZO OSUNA, B.M. “Seguro de suscripción obligatoria y seguro voluntario del automóvil. Obligación de asegurarse. Ámbito. Declaración amistosa. Daños materiales. Valoración de la actividad probatoria en los accidentes de circulación”, en: *Derecho de seguros*, t. III, pp. 149 y ss. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997.
- PINO, A. “Rischio e alea nel contratto di assicurazione”, *Assicurazioni*, año XXVII, n^o 3, pp. 236 y ss. Roma, Istituto Nazionale delle Assicurazioni, 1960.
- PLANIOL, M. y RIPERT, G. *Tratado práctico de Derecho civil francés*, t. XI, 2^a parte, trad. por DÍAZ CRUZ, M. La Habana, Cultural, 1940.
- . *Tratado práctico de Derecho civil francés*, t. VI, 1^a parte, trad. por DÍAZ CRUZ, M. La Habana, Cultural, 1936.

- POIRIER, V. *Les effets juridiques du silence*. Paris, Jouve & Cie, Éditeurs, 1920.
- PONS, J. “Las entidades aseguradoras y la canalización del ahorro en España. 1908 – 1940”, *Revista española de seguros*, n° 115, pp. 337 y ss. Madrid, Editorial Española de Seguros, 2003.
- POTHIER. *Tratado del contrato de aseguración o seguros*. Barcelona, J. Roger, 1845.
- POZO, J.D. “La reticencia en el contrato de seguro de vida”, *Revista de Jurisprudencia Argentina*, v. IV, pp. 466 y ss. Buenos Aires, Revista de Jurisprudencia Argentina, 1943.
- PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, v. I, 3ª ed. Barcelona, Boch, 1988.
- PUIG, F. *Función y riesgo en el seguro de caución*. Pamplona, EUNSA - Universidad de Navarra, 2005.
- PUJOL-REVERSAT, M.C. “La bonne foi, principe général du droit dans la jurisprudence communautaire”, *Revue trimestrielle de droit européen*, n° 2, pp. 201 y ss. Paris, Dalloz, 2009.
- QUIÑONERO CERVANTES, E. “El dolo omisivo”, *Revista de Derecho privado*, t. LXIII, pp. 345 y ss. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1979.
- RANGUGNI, D.E. “El seguro de caución”, *La Ley Online*, A, 1, 2000.
- REGLERO CAMPOS, F.L. “El deber de declaración exacta del riesgo por el tomador del seguro/asegurado”, en: REGLERO CAMPOS (Dir.), *Ley de contrato de seguro, jurisprudencia comentada*, pp. 198 y ss. Navarra, Thomson Aranzadi, 2007.
- “El deber de declaración del riesgo por el tomador y/o asegurado. Remisión al comentario del artículo 10”, en: REGLERO CAMPOS (Dir.), *Ley de contrato de seguro*,

- jurisprudencia comentada*, pp. 1281 y ss. Cizur Menor-Navarra, Thomson Aranzadi, 2007.
- . *Accidentes de Circulación: Responsabilidad Civil y Seguro*. Cizur Menor, Navarra, Thomson Aranzadi, 2004.
- . “Declaración del riesgo y cláusula de indisputabilidad en el seguro de vida”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n° 22, pp. 179 y ss. Madrid, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, 1997.
- . “El seguro de vida. Especial referencia a la designación del beneficiario y a la declaración del riesgo”, en: MARCO COS, J.M. (Dir.), *Cuadernos de Derecho judicial, Derecho de seguros*, pp. 35 y ss. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995.
- REZZÓNICO, J.C. “Cláusulas abusivas en condiciones contractuales generales: panorama y soluciones”, *La Ley Online*, B, 998, 1983.
- RICOTE GIL, F. *Análisis de repercusión fiscal del seguro de vida y los planes de pensiones: instrumentos de previsión social individual y empresarial*. Madrid, Mapfre, 2001.
- RIEG, A. *Le role de la volonté dans l’acte juridique en Droit civil française et allemand*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1961.
- RIEGEL, R. *Seguros generales. Principios y prácticas*. 5ª ed. México, Compañía editorial continental. 1977.
- RIPPE KAISER, S. “El fraude en el seguro”, *Anuario de Derecho Comercial*, n° 12, pp. 21 y ss. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2008.
- . “Fraude en el seguro”, en: *IV Jornadas Nacionales de Derecho de Seguros* (AIDA Sección Uruguay, 28 al 30 de abril del 2004).
- ROCCA, M.U. *Derecho Comercial*, t. v. Montevideo, Imprenta de la Facultad de Derecho, s/d.

- RODRÍGUEZ ARCAS, M.C. “Responsabilidad civil y seguro del abogado”, *Revista española de seguros*, n° 115, pp. 373 y ss. Madrid, Editorial Española de Seguros, 2003.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T. “Responsabilidad por daños medioambientales y otros posibles escenarios de responsabilidad y aseguramiento”, *Revista española de seguros*, n° 149, pp. 37 y ss. Madrid, Editorial Española de Seguros, 2012.
- RODRÍGUEZ MASCARDI, T. “El contrato de seguro y las cláusulas abusivas”, *Anuario de Derecho comercial*, t. 7, pp. 141 y ss. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1996.
- RODRÍGUEZ OLIVERA, N.E y LÓPEZ RODRÍGUEZ, C.E. *Manual de Derecho comercial uruguayo*, v. II, t. 2. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2005.
- ROMERO ALARCÓN, M. “Gestión técnica del riesgo ambiental industrial”, en: *Estudios sobre la responsabilidad civil medioambiental y su aseguramiento*, pp. 319 y ss. Madrid, Mapfre, 1997.
- RONCERO SÁNCHEZ, A. *El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima (sujetos, interés y riesgo)*. Pamplona, Aranzadi, 2002.
- RUBIO VICENTE, P.J. *El deber precontractual de declaración del riesgo en el contrato de seguro*. Madrid, Mapfre, 2003.
- RUIZ ECHAURI, J. “Artículo 86. Reticencia e inexactitud en las declaraciones de riesgo. Inimpugnabilidad”, *Revista española de seguros*, n° 143-144, pp. 897 y ss. Madrid, Editorial Española de Seguros, 2010.
- RUIZ FEGER, A. “Apuntes sobre la responsabilidad civil profesional en el sector sanitario”, *Revista española de seguros*, n° 113-114, pp. 119 y ss. Madrid, Editorial Española de Seguros, 2003.
- RUIZ MUÑOZ, M. “Deber de declaración del riesgo del tomador en el contrato de seguro y facultad rescisoria del asegurador”, *Revista española de seguros*, n° 65, pp. 13 y ss. Madrid, Editorial Española de Seguros, 1991.

- RUÍZ VADILLO, E. *El seguro. Expresión de solidaridad desde la perspectiva del Derecho*. Madrid, Mapfre, 1995.
- RUSSO, C. *Transparenza ed informazione nel contratto di assicurazione. La prospettiva dell'analisi economica del diritto*. Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2001.
- SAADA, A. "Introducción", en: VALADÉS, D. y SAADA, A., (Coord.), *Panorama sobre la legislación en materia de genoma humano en América Latina y el Caribe*, pp. XI. México, Universidad Nacional Autónoma de México – Red Latinoamericana y del Caribe de bioética de la UNESCO, 2006.
- SALANDRA, V. "Le dichiarazioni dell'assicurato secundo il nuovo codice", *Assicurazioni*, año IX, p. I, pp. 1 y ss. Roma, Istituto Nazionale delle Assicurazioni, 1942.
- ."La malafede nelle dichiarazioni dell'assicurando e l'incontestabilità della polizza", *Assicurazioni*, año III, parte I, n° XIV y XV, pp. 288 y ss. Roma, Istituto Nazionale delle Assicurazioni, 1936.
- SALELLES, J.R. "Delimitación del riesgo y limitación de los derechos de los asegurados en el contrato de seguro de responsabilidad civil profesional", *Revista de Derecho Mercantil*, n° 245, pp. 1125 y ss. Madrid, Gráficas Aguirre, 2002.
- SALEILLES, R. *De la déclaration de volonté. Contribution a l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (Art. 116 a 144)*. Paris, Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, 1929.
- SALINAS ADELANTADO, C. "Solicitud y proposición del seguro", en: BOQUERA MATARREDONA, J., BATALLER GRAU, J., y OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios a la Ley de contrato de seguro*, pp. 111 y ss. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.
- SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. *Instituciones de Derecho Mercantil*, v. II. 36 ed. Cizur Menor - Navarra, Thomson Reuters, 2013.

SÁNCHEZ CALERO, F. “Definición.”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A. J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día, pp. 5 y ss. Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2010.

----- “Solicitud y proposición.”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día, pp. 183 y ss. Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2010.

----- “Deber de declaración del riesgo.”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día, pp. 279 y ss. Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2010.

----- “Deber de comunicar la agravación del riesgo.”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día, pp. 313 y ss. Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2010.

----- “Inasegurabilidad del dolo del asegurado.”, en: SÁNCHEZ CALERO [Dir.], TIRADO SUÁREZ, TAPIA HERMIDA, y FERNÁNDEZ ROZAS, *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día, pp. 443 y ss. Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2010.

----- “Principio indemnizatorio y determinación del daño.”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y

puesta al día, pp. 607 y ss. Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2010.

- .“Infraseguro y regla proporcional”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día, pp. 665 y ss. Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2010.
- .“Sobreseguro.”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día, pp. 681 y ss. Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2010.
- .“Seguro múltiple o cumulativo.”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día, pp. 695 y ss. Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2010.
- .“Transmisión del interés asegurado.”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día, pp. 744 y ss. Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2010.
- .“Facultad de denuncia del contrato.”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día, pp. 764 y ss. Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2010.
- .“Seguro contra robo. Concepto.”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus*

modificaciones, 4ª ed. revisada y puesta al día, pp. 1115 y ss. Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2010.

- “Seguro contra robo. Extensión de la indemnización”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J. TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día, pp. 1129 y ss. Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2010.
- “Seguro contra robo. Delimitación del riesgo.”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J. TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día, pp. 1151 y ss. Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2010.
- “Seguro de responsabilidad civil. Definición”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J. TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día, pp. 1589 y ss. Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2010.
- “Seguro de Accidentes. El riesgo de accidente. Normas aplicables del seguro de vida”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día, pp. 2595 y ss. Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2010.
- “Seguro de Accidentes. Deber de comunicar el cúmulo de seguros”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día, pp. 2628 y ss. Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2010.

- . “Seguros de enfermedad y de asistencia sanitaria. Prestaciones del asegurador en estos seguros”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día, pp. 2689 y ss. Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2010.
- . “Seguro de enfermedad y de asistencia sanitaria. Aplicación de las normas del seguro de accidentes.”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día, pp. 2711 y ss. Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2010.
- . “El seguro de responsabilidad civil para administradores, directores y gerentes de las sociedades mercantiles (1)”, *Revista española de seguros*, nº 107, pp. 393 y ss. Madrid, Editorial Española de Seguros, 2001.
- . “Tomo XXIV, Ley de contrato de seguro.”, *Revista de Derecho privado. Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial dirigidos por Miguel Motos y Manuel Albaladejo*, v. I, 1ª reimp., pp. 7 y ss. Madrid, Editorial Revista de Derecho privado - Editoriales de Derecho Reunidas, 1990.
- . “Conclusión, documentación, contenido del contrato”, en: VERDERA Y TUELLS, E. (Dir.), *Comentarios a la Ley de contrato de seguros*, v. I, pp. 265 y ss. Madrid, Colegio Universitario de Estudios Financieros, 1982.
- SÁNCHEZ LÓPEZ, J.M. *Cuantificación de riesgos y análisis global de la empresa aseguradora de vida*. Madrid, Dykinson, S.L, 2001.
- SÁNCHEZ TRASANCOS, R. “De la obligación de declarar el riesgo por parte del asegurado”, *Revista de Derecho mercantil*, nº II, pp. 267 y ss. Madrid, Gráficas Aguirre, 1948.

- SANCHO DUERA, A. *El seguro de crédito: una herramienta para la gestión de riesgos comerciales: impagados, riesgos, gestión, análisis, devoluciones*. s/l, Triedro Consultores, 1998.
- SANGIOVANNI, V. “Dichiarazioni inesatte, reticenze e annullamento del contratto di assicurazione”, *Assicurazioni*, año LXXVIII, n° 2, pp. 275 y ss. Milano, IPSOA-Gruppo Wolters Kluwer, 2011.
- SARDINA VENTOSA, F. *La contratación electrónica del seguro de vida*. Madrid, Dykinson, 2000.
- SARFATTI, M. “Il particolare vizio del consenso dell’assicuratore dovuto a dichiarazioni false o erronee o a reticenza dell’assicurato in diritto comparato”, *Assicurazioni*, año II, p. I, n° XIII y XIV, pp. 312 y ss. Roma, Istituto Nazionale delle Assicurazioni, 1935.
- SERRANO-PIEDecasas, J.R. *La estafa en el contrato de seguro*. Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1991.
- SCALFI, G. *I contratti di assicurazione. L’assicurazione danni*. Torino, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1991.
- SCHIAVO, C.A. “Contrato de seguro. Reticencia y agravación del riesgo”, en: BAEZA, E., SCHIAVO, C.A; MASSOT, R.P. (Dir.), *Derecho de seguros*, v. I, pp. 9 y ss. Buenos Aires, Hammurabi-José Luis Depalma Editor, 2006.
- SCHMIDT, R. “L’influenza del comportamento dell’assicurato sulla garanzia prevista in contratto”, *Assicurazioni*, año XXXIII, n° 4 y 5, pp. 448 y ss. Roma, Istituto Nazionale delle Assicurazioni, 1966.
- SCHWARZBERG. “Disparidades judiciales. Concepto de culpa grave, montos de indemnización y oponibilidad del contrato de seguro a los terceros”, *La Ley Online*, 2009.
- SEGOVIA, L. *Explicación y crítica del nuevo Código de Comercio de la República Argentina*. Buenos Aires, La Facultad, 1933.

- SERRA RODRÍGUEZ, A. *La responsabilidad civil del abogado*. Elcano – Navarra, Aranzadi, 2000.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. “Sobre la estafa del asegurado a la compañía aseguradora” *Revista española de seguros*, n° 50, pp. 19 y ss. Madrid, Editorial Española de Seguros, 1987.
- *El delito de omisión. Concepto y sistema*. Barcelona, Bosch, 1986.
- SIMONETTO, E. “La malafede dell’assicurato nella clausola di incontestabilità. L’ art. 1892 cod. civ., 3° comma.”, *Assicurazioni*, año XXVI, n° 6, pp. 259 y ss. Roma, Istituto Nazionale delle Assicurazioni, 1959.
- SOBRINO, W. “Una norma fundamental para protección de los consumidores. El art. 56 de la ley de seguros”, *La Ley Online*, agosto, 4,2009.
- SOLER ALEU, A. *El nuevo contrato de seguro*. Buenos Aires, Astrea, 1970.
- SOLER SEGARRA, X. “Seguro de incendio”, en: GARRIDO Y COMAS (DIR.), *Tratado General de Seguros. Teoría y Práctica de los Seguros Privados*, t. III, v. I, pp. 9 y ss. Madrid, Consejo General de Agentes y Corredores de Seguros de España, 1988.
- SOLIMANDO, A. “Disciplina delle dichiarazioni precontrattuali nel contratto di assicurazione. Evoluzione della giurisprudenza”, *Assicurazioni*, n° 21 – 52, pp. 21 y ss. Roma, Editoriale Generali, 2001.
- SOTILLO MARTÍ, A. “El debate parlamentario en la Ley de contrato de seguro”, en: *Comentarios a la Ley de contrato de seguros.*, v. II, pp. 1301 y ss. Madrid, Colegio Universitario de Estudios Financieros, 1982.
- SOTO, H.M. *Contrato. Celebración, forma y prueba (con especial referencia al contrato de seguro)*. Buenos Aires, La Ley, 2001.

- . “Seguro de caución: obligación asumida por la entidad aseguradora de responder como deudor solidario y principal pagador”, *La Ley Online*, 616, 2008.
- SOTO NIETO, F. “Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas tóxicas. La responsabilidad civil y el seguro ante la originación de un resultado lesivo”, *Revista española de seguros*, n° 105, pp. 53 y ss. Madrid, Editorial Española de Seguros, 2001.
- . *Responsabilidad civil derivada del accidente automovilístico*. Madrid, La Ley, 1989.
- STEIDL, E. *Il contratto di assicurazione*. Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1961.
- STIGLITZ, R.S. “Seguro automotor obligatorio. Situación actual, El de antes, El de siempre”, *La Ley*, 128. D, pp. 1 y ss. Buenos Aires, La Ley, 2010.
- . “La inaplicabilidad del análisis de la relación causal a las exclusiones de cobertura fundadas en actos ilícitos del asegurado”, *La Ley Online*, 2010.
- . “El incumplimiento del contrato como acto ilícito y la infracción a las reglas secundarias de conducta”, *La Ley Online*, número especial en homenaje a su Director A. Alterini, 389, 2009.
- . *Derecho de seguros*, t. I y II, 5ª ed. act. y ampl. Buenos Aires, La Ley, 2008.
- STIGLITZ, R.S. - STIGLITZ, G.A. *Derecho de seguros*, t. IV, 5ª ed. act. y ampl. Buenos Aires, La Ley, 2008.
- . *Responsabilidad precontractual. Incumplimiento del deber de información*. Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1992.
- . *Seguro contra la responsabilidad civil*. Buenos Aires, A. Perrot, 1991.
- STIGLITZ, R.S. y COMPIANI, M.F. “De algunas responsabilidades profesionales y su cobertura asegurativa”, *La Ley Online*, 205, 2007.

- STOLFI, M. “Natura giuridica dell’assicurazione cauzione”, *Assicurazioni*, año XXVI, p. I, pp. 61 y ss. Roma, Istituto Nazionale delle Assicurazioni, 1958.
- . *L’assicurazione sulla vita a favore di terzi*. Milano, Dott. a. Giuffrè-Editore, 1937.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., JUDEL PRIETO, Á., y J. R., PIÑOL RODRÍGUEZ, “El dolo”, Westlaw, BIB 2011\5688.
- TAPIA HERMIDA, A. J. “El seguro de vida como instrumento de ahorro y previsión”, *Revista española de seguros*, nº 126, pp. 229 y ss. Madrid, Editorial Española de Seguros, 2006.
- TIRADO SUÁREZ, F.J. “La noción de seguro de incendios”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día, pp. 1009 y ss. Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2010.
- . “Los objetos asegurados en el seguro de incendios”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día, pp. 1028 y ss. Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2010.
- . “Seguro de incendios. Traslado de las cosas aseguradas”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día, pp. 1049 y ss. Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2010.
- . “El riesgo cubierto por el seguro de incendio”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA,

- A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día, pp. 1061 y ss. Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2010.
- “Noción de seguro de transporte terrestre”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día, pp. 1189 y ss. Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2010.
- “El seguro de transporte combinado”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día, pp. 1221 y ss. Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2010.
- “El interés en el seguro de transportes terrestres”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. [Dir.], TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día, pp. 1242 y ss. Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2010.
- “La delimitación del riesgo en el seguro de transporte terrestre”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día, pp. 1272 y ss. Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2010.
- “La modificación del riesgo en el seguro de transporte terrestre”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed.

- revisada y puesta al día, pp. 1318 y ss. Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2010.
- “Seguro de caución”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día, pp. 1457 y ss. Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2010.
- “El seguro de crédito en sentido estricto”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día, pp. 1501 y ss. Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2010.
- “Seguro de crédito. La insolvencia definitiva como riesgo asegurado”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día, pp. 1528 y ss. Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2010.
- “La indemnización en el seguro de crédito”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día, pp. 1553 y ss. Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2010.
- “Los deberes legales en el seguro de crédito”, en: SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día, pp. 1570 y ss. Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2010.
- “El riesgo en el seguro de vida”, en: SÁNCHEZ CALERO, F., TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la*

- Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed. revisada y puesta al día, pp. 2377 y ss. Cizur Menor – Navarra, Aranzadi, 2010.
- “El contrato de seguro. Los seguros de daños. Los seguros de personas”, en: JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. (coord.), *Derecho mercantil*, v. II, 14 ed. act., pp. 697 y ss. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons, 2010.
- “El seguro”, en: JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. (coord.), *Tratado de Derecho mercantil*, v. 3, *Los seguros de personas*, pp. 10 y ss. Madrid, Marcial Pons, 2006.
- “Seguro de caución. Pignoración de pólizas de seguros”, en: GARCÍA VILLAYERDE, (Dir.), *Contratos bancarios*, pp. 817 y ss. Madrid, Civitas, 1992.
- “Anotaciones al deber de declaración del riesgo en el seguro”, *Revista española de seguros. Resumen de la legislación del año 1989*, anexo al nº 61, pp. 129 y ss. Madrid, Editorial Española de Seguros, 1990.
- “Tomo XXIV, Ley de contrato de seguro”, v. III, *Revista de Derecho privado. Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial dirigidos por Miguel Motos y Manuel Albaladejo*, pp. 258 y ss. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas, 1989.
- “Principios legales que deben regir los seguros de personas”, *Revista española de seguros*, nº 29, pp. 275 y ss. Madrid, Editorial Española de Seguros, 1982.
- TORRES LÓPEZ, J. *Análisis económico del Derecho*. Madrid, Tecnos, 1987.
- TRABUCCHI, A. *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*. Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1937.
- TIFFREAU, P. “Le silence et le contrat d’assurances”, *Revue Gènèrale du Droit des Assurances Terrestres*, nº 4, pp. 761 y ss. Paris, Librairie Gènèrale du Droit et de Jurisprudence, 1989.

- TRUJILLO, A. “Acción contra el fraude”, en: *El fraude en el seguro de automóviles. Visión global y bases para una actuación sectorial*, pp. 49 y ss. Madrid, Centro de Estudios del Seguro, 1992.
- URÍA GONZÁLEZ, R. “Orientaciones modernas sobre el concepto jurídico del seguro”, *Revista de Derecho mercantil*, nº 84, pp. 263 y ss. Madrid, Gráficas Aguirre, 1962.
- . *El seguro marítimo*. Barcelona, Bosch, 1940.
- URÍA, R., MENÉNDEZ A. y ALONSO SOTO, R. “El mercado del riesgo”, en: URÍA, R. y MENÉNDEZ A., *Curso de Derecho mercantil*, t. II, 2ª ed., pp. 585 y ss. Madrid, Civitas, 2007.
- VALADÉS, D. “Problemas del Bioderecho y del Derecho Genómico”, en: VALADÉS, D. y SAADA, A., (Coord.), *Panorama sobre la legislación en materia de genoma humano en América Latina y el Caribe*, p. 383 y ss. México, Universidad Nacional Autónoma de México – Red Latinoamericana y del Caribe de bioética de la UNESCO, 2006. Descargado de <http://unesdoc.unesco.org>.
- VEIGA COPO, A.B. *Tratado del contrato de seguro*, t. II, 3ª ed. Cizur Menor - Navarra, Civitas - Thomson Reuters, 2014.
- . “La temporalidad en el contrato de seguros. Riesgo y siniestro: una ecuación interesadamente compleja”, *Revista española de seguros*, nº 142, pp. 261 y ss. Madrid, Editorial Española de Seguros, 2010.
- . *Tratado del contrato de seguro*. Cizur Menor - Navarra, Civitas - Thomson Reuters, 2009.
- . *Condiciones en el contrato de seguro*. Granada, Comares, 2005.
- . “La delimitación del riesgo en el contrato de seguro”, *Cuadernos de Derecho y comercio*, nº 42, pp. 209 y ss. Madrid, Consejo General del Notariado, 2004.

- . “La contratación electrónica del seguro”, *Revista de Derecho mercantil*, nº 244, pp. 653 y ss. Madrid, Gráficas Aguirre, 2002.
- VERDA Y BEAMONTE, J.R. “La reticencia en la formación del contrato”, *Aranzandi Civil-Mercantil*, nº III, Westlaw, BIB 1999\218.
- VERGEZ 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 nº 1373/2008 de 4 de enero”, *Revista española de seguros*, nº 142, pp. 397 y ss. Madrid, Editorial Española de Seguros, 2010.
- . “Los seguros de accidentes, de enfermedad y asistencia sanitaria (Arts. 100 a 106)”, en: VERDERA Y TUELL, E. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, v. I, pp. 1.045 y ss. Madrid, Colegio Universitario de Estudios Financieros, 1982.
- VICENT CHULIÁ, F. *Introducción al Derecho mercantil*, 24 ed. v. II. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013.
- . “Medidas de prevención y aseguramiento de la responsabilidad de los administradores sociales”, en: CALBACHO LOSADA, F. (Dir.), *Responsabilidad civil derivada de los procesos concursales*, pp. 349 y ss. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- . *Compendio crítico de Derecho mercantil*, t. II. Barcelona, Bosch, 1991.
- VIDARI, E. *Corso di Diritto commerciale*, v. V, 3ª ed. Milano, Ulrico Hoepli, 1892.
- VISINTINI, G. *La reticenza nella formazione dei contratti*. Padova, CEDAM – Casa Editrice Dot. Antonio Milani, 1972.
- . “La reticenza nel contratto di assicurazione”, *Rivista di Diritto civile*, t. I, año XVII, pp. 423 y ss. Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1971.

- VITERBO, C. “La giurisprudenza della Cassazione sulle clausole di incontestabilità nell’assicurazione vita”, *Il Foro Italiano*, v. LXII, p. I, pp. 1.564. Roma, Società Editrice del “Foro Italiano”, 1937.
- “Le dichiarazioni dell’assicurando. Commento all’art. 429 cod. comm”, *Il Foro Italiano*, nº 60, pp. 60 y ss. Roma, Foro italiano, 1935.
- VIVANTE, C. “Del contratto di assicurazione”, en: *Il Codice di commercio commentato*, v. VII, 6ª ed. riv. Torino, Unione Tipográfico-Editrice Torinese, 1936.
- “Del contrato de seguro. De la prenda – Del depósito en los almacenes generales”, v. I, Del contrato de seguro”, pp. 1 y ss., en: BOLAFFIO, L., ROCCO, A. y VIVANTE, C., *Derecho Comercial*, t. 14, trad. por SENTÍS MELEDO de *Il Codice di commercio commentato*, 6ª. ed. ref. (Torino, Unione Tipográfico-Editrice Torinese, 1935), Buenos Aires, Ediar, 1952.
- “Del contrato de seguro. De la prenda – Del depósito en los almacenes generales”, v. II, De los seguros sobre la vida”, pp. 1 y ss., en: BOLAFFIO, L., ROCCO, A. y VIVANTE, C., *Derecho Comercial*, t. 14, trad. por SENTÍS MELEDO de *Il Codice di commercio commentato*, 6ª. ed. ref. (Torino, Unione Tipográfico-Editrice Torinese, 1935). Buenos Aires, Ediar, 1952.
- “Giurisprudenza italiana”, *Rivista di Diritto Commerciale Industriale e Marittimo*, v. I, p. II, pp. 99 y ss. Milano, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1903.
- VOLPE PUTZOLU, G. *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione. Problemi giuridici*. Bologna, Il Mulino, 1992.
- *L’assicurazione privata contro gli infortuni nella teoría del contratto di assicurazione*. Milano, Dott. A. Giuffrè, 1968.
- WAISMAN, A. “El deber contractual de información”, *La Ley Online*, 1403, 2004.

WEIGMANN, R. “L’importanza del questionario per valutare le reticenze dell’assicurato”, *Giurisprudenza italiana*, año 143, pp. 1029 y ss. Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1991.

ZABALA RODRÍGUEZ, C.J. “Análisis de algunos aspectos de la ley 17.418 (seguros)”, *Jurisprudencia Argentina*, t. II, pp. 740 y ss. Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, 1968.

ZUBIRI DE SALINAS, M. *El seguro de responsabilidad civil por daños al medio ambiente*. Cizur Menor - Navarra, Aranzadi, 2005.