

# Las nuevas tendencias del derecho de seguros en las legislaciones más recientes de los países latinoamericanos\*

ANDRÉS E. ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ\*\*

RESUMEN: En los años recientes, varios países latinoamericanos han realizado importantes reformas a sus legislaciones relacionadas con la disciplina privada del contrato de seguro. Particularmente Chile y Perú procedieron a ello, en el primer caso, sustituyendo el capítulo correspondiente al contrato de seguro en su Código de Comercio de muy antigua vigencia, y en el segundo, expidiendo una ley específica sobre el tema. También países como México y Panamá, dentro del marco de sus normas de derecho público destinadas a regular la actividad financiera y de seguros, han expedido leyes nuevas relacionadas con la vigilancia y el control de la actividad aseguradora, que necesariamente se proyectan en mayor o menor medida sobre las relaciones particulares que surgen entre asegurados y aseguradores. El conocimiento de esas nuevas legislaciones es un elemento insustituible para la reforma que tarde o temprano deberá operarse sobre la nuestra que data ya de más de cuarenta años. Temas como la reticencia o inexactitud en la declaración del estado del riesgo, la agravación del riesgo, la imperatividad de las normas regulatorias del contrato, la identificación de las partes, la regulación de la oferta y de la etapa precontractual en el contrato de seguro, y muchas otras, son objeto de análisis y comentario en este artículo.

\* Fecha de recepción: 5 de marzo 2014. Fecha de aceptación: 31 de marzo 2014.  
Para citar el artículo: A. ORDÓÑEZ. "Las nuevas tendencias del derecho de seguros en las legislaciones más recientes de los países latinoamericanos", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 26, enero-junio de 2014, pp. 305-349.

\*\* Profesor emérito de la Universidad Externado de Colombia en Derecho de Seguros, Análisis Jurisprudencial y Derecho Comercial. Profesor de la Maestría de Derecho de Seguros de la Universidad Javeriana, Colombia. Contacto: aordonez@ordonezasesores.com.co

PALABRAS CLAVE: contrato de seguro, elementos esenciales, partes, obligaciones del asegurador, reticencia o inexactitud en la declaración del estado del riesgo, agravación del riesgo, oferta, imperatividad, consensualidad, ineficacia, revocabilidad, derecho de retracto, obligaciones y cargas.

*New trends on insurance law in Comparative Latin American Law:*

ABSTRACT: Recently a number of Latin American countries have made significant reforms to its domestic laws relating insurance contract. Particularly Chile, by a reform of the insurance contract chapter on its Code of Commerce, and Peru, by issuing a specific insurance law. Also countries like México and Panama, decided to regulate the financial and insurance sector, by issuing new laws relating the regulation and control of the insurance business, laws that necessarily project its effects on the special relationships between insured and insurers. The study of these new pieces of legislation in this matter, should contribute to discuss about the reform of insurance law in Colombia. Topics such as the reticence, reticent statements, or misrepresentation on insured's declaration of the state of risk; the increase of risk; the application of regulatory standards for contracts; the identification of the parties; the offer and acceptance on the preliminary negotiation in the insurance contract; and many others related issues are remarked on this paper.

KEYWORDS: Insurance contract, *essentialia negotia*, misrepresentation, contractual duties, insurance risk, consensualism, avoidance, right to withdraw.

## I. INTRODUCCIÓN

Varios países latinoamericanos han introducido recientemente modificaciones sustanciales a sus regulaciones legales del derecho de seguros, tanto en el plano del derecho privado como en el plano del derecho público, acogiendo tendencias muy modernas de la doctrina y de la legislación extranjera, particularmente europea, en esta materia.

Es oportuno entonces que países como Colombia, con regulaciones que datan de hace varias décadas, miren con detenimiento estos nuevos desarrollos y comiencen a plantearse la necesidad y conveniencia de hacer, por su parte, modificaciones integrales o específicas a sus propias legislaciones sobre la materia, particularmente dentro del contexto de la aspiración, tantas veces expresada, de alcanzar unas reglas uniformes de carácter regional al respecto.

Es indudable que el motivo fundamental que ha inspirado los modernos desarrollos del derecho de seguros es la voluntad manifiesta de los legisladores en el sentido de proteger al asegurado, dentro del movimiento universal de la doctrina jurídica en el campo de los contratos, en medio de los inusitados desarrollos que viene presentando el comercio global, a fin de proteger a los consumidores y, en general, al público frente a las grandes empresas, entre las cuales las aseguradoras son paradigmáticas exponentes.

Qué tan lejos se ha llegado en este empeño tratándose del contrato de seguro; si falta algo por hacer a este respecto o si se ha ido más allá de lo debido en el empeño de defender a los asegurados; si se han hecho, o por el contrario, no se han hecho, adecuadas salvedades del contrato de seguro como contrato característicamente aleatorio, quizás el único de este tipo exhaustivamente tipificado en la ley, frente por lo menos a algunas manifestaciones de esta ola incontenible del nuevo derecho de los contratos, que definitivamente ha logrado dejar a un lado los viejos paradigmas de la autonomía de la voluntad y del contrato como ley para las partes, es algo que está por ser analizado y que requiere ciertamente nuestra atención.

De las nuevas legislaciones que van a ser examinadas solo las de Chile y Perú se traducen en leyes nuevas sobre el contrato de seguro –en el primer caso con el único propósito de sustituir la regulación original de su Código de Comercio en esta materia–, que se orientan en consecuencia fundamentalmente a regular la disciplina estrictamente privada del contrato; estas son respectivamente las leyes 20667 de 2013 de Chile, que reemplaza, como se dijo, el título VIII del Libro II del Código de Comercio de ese país, y la Ley 29946 de 2012 de Perú<sup>1</sup>. Por su parte, en Panamá se produjo la Ley 12 de 2012 que reemplazó a la Ley 59 de 1996, y que es integralmente una ley de derecho público de seguros mediante la cual se “regula la actividad de seguros y dictan otras disposiciones”, muy extensa y que solo toca tangencialmente la regulación original del contrato de seguro, que todavía se encuentra en su Código de Comercio, cuyo objetivo fundamental es la organización y el funcionamiento de la vigilancia y control estatal sobre las actividad aseguradora y de los intermediarios de seguros, incluyendo un buen número de normas de protección al asegurado, dentro de las cuales se encuentran las que mayor influencia tienen en la regulación específica del contrato de seguros. Esta ley panameña, que tuvo vigencia a partir del mes de abril de 2012, se refiere específicamente al contrato de seguro y tiene influencia sobre su disciplina privada, básicamente en lo que se refiere a la regulación que hace de la mora en el pago de la prima, para privar de validez a los contratos cuya prima no sea pagada por el contratante, y para declarar la nulidad de las renovaciones de contratos de seguro en las que suceda lo mismo, estableciendo un régimen de suspensión de la cobertura durante 60 días en aquellos casos en que se haya pagado la primera fracción de la prima pero se haya incurrido en mora en los pagos subsiguientes, con la facultad del asegurador en estos casos de cancelar la cobertura. Por otra parte establece obligaciones generales para las aseguradoras y derechos básicos de los consumidores de seguros, no siendo clara en lo que se refiere a las sanciones aplicables por el incumplimiento de las primeras o la infracción de los segundos; establece

1 Por lo anterior, las referencias a la legislación chilena aluden a la numeración de los artículos insertos en su Código de Comercio, y las de la legislación peruana a las de su ley específica.

igualmente la nulidad de las estipulaciones que impliquen renuncia por parte del asegurado a los derechos que la ley le reconoce; y establece también un régimen de cláusulas abusivas de diferente tipo, a las que sanciona con nulidad absoluta unas y con nulidad relativa otras, señalando especialmente que la declaratoria de nulidad solo corresponde a la autoridad jurisdiccional y no a la entidad de control.

En México, por su parte, se ha producido igualmente una ley de derecho público, denominada "Ley Federal de Instituciones de Seguros y Fianzas" promulgada mediante el Decreto 04-04 de 2013, que entrará a regir a partir del 4 de abril de 2015 y que reemplaza la Ley Federal de Instituciones de Fianzas que venía de 1950, aunque reformada muchas veces, la última mediante Decreto 04-04-2012, pero introduce también modificaciones tangenciales a la Ley del Contrato de Seguro que data de 1935, al igual de lo que ocurre en Panamá con su legislación referente al contrato mismo.

A las leyes panameña y mexicana solo se harán referencias muy tangenciales, porque, como ya se dijo, se trata de leyes generales en materia de lo que tradicionalmente se llama derecho público de seguros. En lo que toca con el régimen del contrato, la ley mexicana se ocupa de imponer algunos deberes adicionales a las compañías de seguros, particularmente en lo que se refiere a sus deberes de información (art. 112) y al registro de sus productos ante la entidad de control, volviéndose particularmente exigente en cuanto a sus requerimientos y pudiendo llegar a entrañar, en caso de incumplimiento, la anulabilidad de contratos de seguro o de algunas de sus cláusulas a favor del asegurado. En materia de procedimientos, establece un severo y oneroso régimen de sanción por mora del asegurador en el cumplimiento de sus obligaciones (capitalización mensual de intereses moratorios, entre otros), reglamenta los seguros de caución, e introduce en el artículo 2º de sus "Disposiciones Transitorias" modificaciones y adiciones concretas a normas de la ley de contrato de seguro (oferta, facultades de interpretación de cláusulas contractuales a la Comisión Nacional para la Protección y Defensa del Consumidor, interrupción de la prescripción y seguros de personas).

El propósito fundamental de este trabajo es, en consecuencia, registrar el contenido básico de esas nuevas leyes en cuanto toca sobre todo con el contrato de seguro mismo y su contenido jurídico privado, destacar de ese contenido el que corresponde a las tendencias más modernas del mercado y de la doctrina jurídica, y tratar de establecer a grandes rasgos su contraste con la actual legislación colombiana sobre la materia. Igualmente se deben hacer algunos comentarios sobre la manera como los textos del "Proyecto de ley modelo sobre el contrato de seguro para Latinoamérica", llamado "Proyecto Morandi" en honor a su principal autor y promotor, que llamaremos en adelante "proyecto de ley uniforme", han influido o no en esos nuevos desarrollos legislativos, lo cual permitirá medir el grado de influencia que los esfuerzos de unificación han tenido en nuestro ámbito geográfico.

En lo que se refiere al derecho público de seguros, el alcance de este trabajo es muy limitado dado que, por su misma naturaleza, este tipo de regulación tiene

en general una orientación más o menos uniforme en cuanto a sus objetivos, que lo son la preservación de la solvencia de las compañías y el mantenimiento de un mínimo de armonía en las relaciones entre asegurados y aseguradoras; lo que cambia al respecto es la idiosincrasia misma de las instituciones de control de cada país y su grado tradicional de eficacia, por lo cual por este aspecto el análisis presenta menor interés para la óptica de este trabajo.

Esas nuevas regulaciones de derecho público, que también se han sucedido en Colombia en los años recientes, miran fundamentalmente el tema, de por sí complejo, de las llamadas "cláusulas abusivas", que sería suficiente para justificar un trabajo específico de gran extensión, y el de los deberes de conducta general de las aseguradoras frente a su clientela que garanticen el cumplimiento de los que antes se entendían como deberes secundarios de conducta y que son hoy verdaderas obligaciones consagradas en fuente legal, para asegurar la adecuada información a los asegurados sobre los contenidos del contrato, las cargas que pesan sobre ellos y las consecuencias que puede significar su incumplimiento durante la vigencia de la póliza, así como la manera de ejercer por su parte sus derechos derivados de la misma. Caben igualmente dentro de este orden de ideas las normas que también por vía general se consagran a fin de imponer reglas de interpretación especiales para el contrato de seguro, que vienen orientadas a un fin asociado con los anteriores.

A este respecto, quizás lo más interesante es observar la manera como la sanción que las leyes prevén para las compañías de seguro por la utilización de las cláusulas abusivas o por la violación de los diferentes deberes de información, de transparencia, de probidad y de buen servicio a su cargo, que profusamente se vienen consagrando en la ley, aparte de lo que es la disciplina propiamente privada del contrato, trascienden el campo de lo puramente administrativo y se proyectan sobre los acuerdos individualmente considerados, para influir en las relaciones individuales que nacen de ellos.

## II. LOS TEMAS Y TENDENCIAS FUNDAMENTALES DE LAS NUEVAS LEGISLACIONES

### 1. Los elementos esenciales del contrato

#### *a. La determinación de los elementos esenciales del contrato. El interés asegurable*

Se puede observar a este respecto una tendencia manifiesta a no señalar específicamente y de manera expresa los elementos esenciales del contrato, como lo hace la legislación colombiana, tanto en la nueva ley peruana como en el proyecto de ley uniforme. La ley chilena menciona, no elementos esenciales, sino requisitos esenciales del contrato, en lo que es hoy el nuevo artículo 521 CCo. de ese país, sin incluir en este caso el interés asegurable como uno de ellos.

No obstante, en el artículo 1 de la ley peruana, que corresponde a un título denominado "Ley del Contrato de Seguro", se habla del interés asegurable como

uno de los principios que rigen el contrato de seguro, y es bien evidente entonces que todas estos cuerpos de normas aluden al interés asegurable, si bien no como un elemento esencial, y admiten, contrariamente a como lo hace la ley colombiana, que el interés asegurable puede ser futuro (o contingente, como lo denomina la ley de Perú en el artículo 11) respecto del momento de la celebración del contrato, y que su presencia es requerida solamente, en consecuencia, en el momento del siniestro para que el contrato opere.

Por otra parte, de las dos legislaciones nuevas solo la chilena contempla la necesidad de hablar del interés asegurable en los seguros de personas, pero en este caso, no tratándolo –como ya se dijo– como un elemento esencial, ni atribuyéndole un alcance conceptual específico (art. 589: los seguros de personas pueden ser contratados por el propio asegurado o por cualquiera que tenga interés); puede decirse que ambas están, a este respecto, en consonancia con la mayoría de las legislaciones de otros países y con el proyecto de ley uniforme que, a diferencia del código colombiano nuevamente, como se sabe, tiene una norma expresa (art. 1137 CCo.) para señalar cuándo hay interés asegurable en los seguros de personas, dándole una conceptualización a este elemento muy diferente a la que tiene en los seguros de daños, al entenderlo, más que todo, como un factor legitimante para la contratación de seguros sobre la vida de otro y como una medida más para evitar la especulación sobre la vida de las personas.

La notoria tendencia a desplazar la idea de interés asegurable como elemento esencial en los seguros de personas, utilizando exclusivamente, como mecanismo para evitar los peligros que entraña la contratación de esta clase de seguros sobre la vida de otros, la exigencia del consentimiento escrito del asegurado, generalmente con indicación del beneficiario y de la suma asegurada (como ocurre en el caso de la nueva ley chilena) o sin ello (opción que toma la ley peruana), parece salvar las dificultades que en Colombia ha significado la adopción del interés asegurable como elemento esencial de los seguros de personas, campo en el cual la definición del mismo no puede corresponder en ningún caso a las definiciones tradicionales que se hacen de este elemento que, como se sabe, cuando es incluido exclusivamente dentro de la enumeración de elementos esenciales del contrato de seguro de daños responde básicamente a la idea de una relación de carácter económico que es extraña en el campo de los seguros de personas.

#### *b. Las consecuencias de la ausencia de elementos esenciales*

Otra nota relevante de las legislaciones chilena y peruana es la de que no parecen reconocer a este respecto la idea de la inexistencia o ineficacia de pleno de derecho del contrato de seguro ante la falta de cualquiera de los elementos esenciales del contrato, ya que en todos los casos estas nuevas legislaciones, ante la circunstancia de ausencia en general de requisitos esenciales, caso de Chile, o de riesgo asegurable específicamente, caso de Perú y del proyecto de ley uniforme,

sancionan al contrato con nulidad (sin explicitar si absoluta o relativa en el caso de la peruana) y no con una figura equivalente a la inexistencia. La ley peruana lo hace en su artículo 3 y la chilena en el artículo 521.

Al respecto creemos firmemente que existe un mejor, más razonable y coherente diseño de la ley colombiana que distingue claramente estas figuras en el plano de sus causales y en el plano muy importante de la necesidad de la declaración judicial en el caso de la nulidad, y de la no necesidad de la misma en el caso de la inexistencia.

### *c. Diferente noción de interés asegurable*

Característica notable de la legislación chilena es la de definir el interés asegurable como "aquel que tiene el asegurado en la no realización del riesgo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 589 en relación a los seguros de personas" (art. 513), sustrayéndose de esta manera a las definiciones más difundidas del interés, que es lo que, a nuestro juicio, le permite referirse a la idea de interés en los seguros de personas (art. 589), pero considerándolo simplemente como un interés de tipo general que cualquier persona puede tener en su propia vida y en la vida de otros, sin que sea necesaria una especificación determinada del mismo, como ocurre en Colombia en el artículo 1137 CCo., lo cual permite que no haya condiciones específicas de legitimación para contratar un seguro sobre la vida de otro, limitando los controles sobre la especulación indebida de este tipo de coberturas, como ya se dijo, a la exigencia del consentimiento escrito del asegurado con indicación de la suma asegurada y también del beneficiario.

La ley peruana trae una solución similar aunque prefiere simplemente omitir, cual ya se anotó, la mención del interés asegurable dentro de la regulación del seguro de personas (solo lo menciona en el capítulo correspondiente a los seguros de daños patrimoniales), al igual que ocurre en el proyecto de ley uniforme, habilitando la posibilidad de contratación de un seguro sobre la vida de otro a cualquier persona, con la sola condición del consentimiento escrito de la misma, sin necesidad de que el mismo incluya el valor asegurado ni el beneficiario.

### *d. El concepto de riesgo*

En cuanto al riesgo, es interesante observar cómo ninguna de las dos legislaciones que analizamos, ni tampoco el proyecto de ley uniforme, incluye una definición de riesgo, ni señala por vía general un inventario de riesgos inasegurables o solamente asegurables mediante convención expresa, como sí lo hace la ley colombiana. La ley peruana particularmente insiste en que cualquier riesgo es asegurable (art. 2°), y solo hace una exclusión específica para el riesgo de responsabilidad civil por dolo, señalando solo dos riesgos asegurables mediante convención expresa también en normas específicas, la culpa grave y el lucro cesante. La ley chilena

a este respecto establece también a estos últimos, más el riesgo de vicio propio, como riesgos solo asegurables mediante convención expresa.

Lo anterior deja el concepto de riesgo a su definición usual, lo que presenta en nuestro concepto el problema de que esa definición usual no deja, estrictamente hablando, por fuera del concepto de riesgo asegurable, los actos meramente potestativos o que dependen exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, o hechos como pueden ser las sanciones de carácter pecuniario penales o administrativas, en caso de delitos o contravenciones.

En cuanto al riesgo putativo, la tendencia es indudablemente a admitir su asegurabilidad en cualquier ramo de seguros bajo condición de que exista incertidumbre de ambas partes sobre la eventual realización del riesgo en el pasado. La nueva ley peruana lo estipula de esa manera en su artículo 3º, al igual que el proyecto de ley uniforme (art. 32). La ley chilena no parece traer una disposición a este respecto.

En cuanto al aseguramiento de la culpa grave, ambas legislaciones permiten ese aseguramiento en toda clase de seguros: Chile, artículo 535, Perú, artículo 91, estableciendo que en general, cuando el siniestro es causado por culpa grave, por el asegurado o por el tomador, en el caso de Chile, o por el asegurado o el beneficiario, en el caso del Perú, estará cubierto si así se hubiere pactado.

Se observa en este caso una cierta confusión en las dos legislaciones en torno a la conceptualización de los términos para denominar a los diferentes integrantes de la parte asegurada, debido a que no existe en ninguna de las dos una definición del concepto de partes que intervienen en el contrato y ninguna adopta expresamente el concepto de "tomador o suscriptor" del seguro, para diferenciarlo del asegurado mismo y, eventualmente, del beneficiario, como ocurre entre nosotros. No obstante, respecto del tema del aseguramiento de la culpa grave como riesgo asegurable, con respecto a la ley colombiana, estas soluciones presentan dos características especiales que vale la pena anotar: en primer lugar, la ya mencionada, en el sentido de permitir el aseguramiento de riesgos cuya realización esté determinada por culpa grave, cualquiera que sea la naturaleza del seguro, y, en segundo lugar, el exigir en cualquier caso que esta cobertura excepcional debe estar expresamente pactada en el contrato, con lo cual se provee a una definición sobre un punto que ha suscitado polémica en el caso colombiano, dado que la Ley 45 de 1990, al introducir la posibilidad de aseguramiento de la culpa grave en el seguro de responsabilidad civil, se abstuvo de señalar expresamente si debía considerarse este como un riesgo solo asegurable mediante convención expresa o no, lo que ha llevado a nuestra Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, a sostener hasta el momento la doctrina, errada y peligrosa en mi concepto, de que en todo contrato de seguro de responsabilidad civil debe sobrentenderse cubierto el riesgo de culpa grave del tomador, asegurado o beneficiario.

En cuanto hace al proyecto de ley uniforme, en su artículo 105 mantiene la tradicional prohibición de otorgar cobertura en cualquier ramo a pérdidas ocasio-

nadas por dolo o culpa grave del tomador, del asegurado o del beneficiario, salvo cuando sean consecuencia de actos cumplidos para evitarlo, o para disminuir los daños, o de un deber de humanidad generalmente aceptado.

*e. La transmisión del interés asegurable*

A este respecto las soluciones son variables. En la ley chilena la tendencia es hacia la conservación del contrato en caso de transferencia por causa de muerte del interés asegurable, a menos que existan causas para considerar que se trata de un contrato de seguro *intuitu personae*. Así se regula en el artículo 559 de la ley chilena. En la ley peruana, en caso de transferencia por causa de muerte el contrato continuará vigente solo si el asegurador acepta mantener la cobertura (art. 560). En caso de transferencia por acto entre vivos, la ley peruana (art. 103) prevé la posibilidad de que la cobertura continúe si a la transmisión del interés sigue la cesión del contrato de seguro con aprobación del asegurador, mientras que en la ley chilena el contrato termina al vencimiento de un periodo de 15 días posterior a la transferencia, a menos que el asegurador acepte continuar con el contrato. En el proyecto de ley uniforme (arts. 108 y 109) la transmisión del interés solo implica la carga de dar aviso dentro de cierto tiempo al asegurador, quien puede "rescindir" el contrato, y, en caso de falta de notificación al vencimiento del término, la pérdida del derecho a la indemnización. En todo caso también es notoria la tendencia a aclarar que las pólizas de seguro a la orden y al portador no terminan en absoluto dada esta circunstancia. Sin excepción, no se prevé la extinción del contrato sobre el remanente del interés asegurable que permanezca en cabeza del titular original, en casos de transferencia parcial de ese interés, como sucede en Colombia a falta de una notificación oportuna de la transferencia.

*f. La naturaleza de la prima y las consecuencias de la mora en el pago de la misma*

En los nuevos artículos 527 y 528 del Código chileno, como cuestión interesante, se estipula que la prima es devengada por el asegurador íntegramente una vez que los riesgos comienzan a correr a su cargo, salvo que se estipule la cobertura por plazo determinado; este es un enunciado contrario al de la ley colombiana que establece la regla de que la prima se devenga por el asegurador proporcionalmente al tiempo corrido del riesgo, salvo la excepción expresa establecida en el caso del seguro de transporte. En cuanto a los efectos de la mora en el pago de la prima, el Código chileno establece una consecuencia similar a la que establecía originariamente el colombiano, esto es, concede la facultad al asegurador de enviar una comunicación escrita al tomador, dando por terminado el contrato por esa causa, comunicación que tendrá efecto quince días posteriormente a su envío. No existen reglas especiales para los seguros de

personas y particularmente para los seguros de vida, lo que no deja de ser algo sorprendente. A partir de su artículo 21, la ley peruana establece la suspensión automática de la cobertura transcurridos 30 días a partir de la mora, y la terminación del contrato al vencimiento de los 90 días siguientes al vencimiento del plazo, aunque a partir del momento de la suspensión el asegurador queda en libertad de "resolver" el contrato mediante comunicación escrita que tiene efectos 30 días después de su recibo por el tomador. Pero el asegurado puede rehabilitar la póliza dentro del término en que dura la suspensión. Se trata de un sistema bastante complejo que puede presentar dificultades de interpretación, pero que morigera a su manera, al igual que lo hace la ley chilena, la rigidez del sistema colombiano de terminación automática del contrato de seguro por mora en el pago de la prima. La tendencia de proteger en este sentido al tomador en caso de mora es notorio en las nuevas legislaciones, salvo, como ya se vio, en el caso de la ley panameña.

En cuanto al proyecto de ley uniforme, a pesar de optar por la solución de la terminación automática del contrato de seguro de daños por mora en el pago de la prima, da opción para pactar soluciones más elásticas en términos de suspensión de la cobertura y previene mecanismos de preservación para el caso de los seguros de vida.

## 2. La imperatividad de las normas regulatorias del contrato de seguro

Las nuevas legislaciones que analizamos tienen en común el hecho de acoger la tendencia universal hacia la consagración de la imperatividad de las normas jurídicas regulatorias del contrato de seguro, salvo que la ley admita expresamente el acuerdo en contrario, como principio general, pero van más allá al hacer incluso relativo ese principio sobre la base de admitir pactos expresos que sean más beneficiosos para el asegurado. Lo anterior se encuentra claramente consagrado en el artículo 1 de la ley peruana y en el artículo 542 de la ley chilena.

Cuanto antecede es concordante con lo que se observa en algunas de las legislaciones nacionales europeas que, como la francesa o la española, han sido tradicionalmente modelos para la nuestra. Es una tendencia que también aparece claramente acogida por el derecho comunitario europeo y que marca la superación de lo que ya para 1971 había logrado la legislación colombiana al hacer el inventario de normas expresamente imperativas absoluta o relativamente, que aparece en nuestro actual artículo 1162 CCo.

El proyecto de ley uniforme en su artículo final expresa: "Son inmodificables las normas de este cuerpo legal que hacen a la naturaleza y esencia del contrato de seguro y a sus bases económicas y técnicas, así como aquellas que tienden a proteger los derechos de los asegurados".

El artículo 204 de la ley mexicana sobre el contrato de seguro establece igualmente que todas las disposiciones de la ley tendrán carácter imperativo a menos que admitan expresamente el pacto en contrario.

### 3. El tratamiento de la reticencia

#### *a. La obligatoriedad de la orientación por parte del asegurador*

La nueva ley chilena (art. 525) impone al asegurado la obligación de declarar sinceramente las circunstancias que solicite el asegurador para identificar el estado del riesgo. Esa solicitud por parte del asegurador es obligatoria, so pena de que el mismo quede privado de la posibilidad de alegar errores, inexactitudes o reticencia en la declaración.

Esta disposición, que no aparece ni en la nueva ley peruana ni en el proyecto de ley uniforme, en cambio recoge una disposición similar de la ley española de 1980 que excluye el deber de declaración sobre el estado del riesgo para el tomador, en caso de ausencia de cuestionario propuesto por el asegurador o en caso de cuestiones que no se encuentren incluidas en el cuestionario. Y, como se sabe, se sitúa en la misma línea de las consideraciones que ha hecho al respecto, por lo menos en un caso, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, lo cual constituye un antecedente que no debe dejar de ser observado entre nosotros, no obstante que no parece estar en consonancia con lo dispuesto por el artículo 1058 CCo.<sup>2</sup>

Personalmente, consideramos que es quizás ir más allá de lo deseable, puesto que difícilmente puede el asegurador estar en todos los casos al corriente de la variedad de las circunstancias que pueden afectar los riesgos que se proyectan sobre un determinado interés asegurable, y por lo mismo no parece razonable que, en caso de ocultamientos a sabiendas de circunstancias que en forma patente pueden afectar dichos riesgos, el tomador quede impune simplemente porque el asegurador no inquirió expresamente sobre las mismas.

#### *b. La eficacia del contrato solo se ve afectada automáticamente en caso de inexactitudes o retenciones dolosas o por culpa grave (inexcusable)*

La nueva redacción del Código chileno establece un régimen especial en el caso de "errores, retenciones o inexactitudes inexcusables" (por culpa grave, que es la expresión más cercana conceptualmente en nuestra terminología usual) que

2 Sentencia que sugiere que la falta de orientación del asegurador en el momento de recibir la declaración acerca del estado del riesgo impide al mismo alegar inexactitudes o retenciones en la declaración del estado del riesgo: sentencia de la Sala de Casación Civil de la CSJ, 19 de mayo de 1999, M.P.: JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ.

permitirán al asegurador rescindir el contrato, si se llegan a conocer antes de la ocurrencia del siniestro, o abstenerse de pagar la indemnización, si se conocen después de la ocurrencia del siniestro. Y en el artículo 539 sanciona con nulidad el suministro a sabiendas, por parte del tomador, de información sustancialmente falsa sobre el estado del riesgo.

La legislación peruana en esta materia prevé, no la posibilidad de rescisión, sino la nulidad del contrato en caso de reticencias o inexactitudes de carácter doloso o inexcusablemente culposo.

Indudablemente lo más adecuado es sancionar el contrato en este caso con la nulidad, que es la característica consecuencia de un vicio de la voluntad; la rescisión a la que se refiere la ley chilena y los términos en que puede efectuarse eventualmente no son fácilmente comprensibles para nosotros. Por otro lado, como ya se dijo, ambas legislaciones parecen ignorar las diferencias entre inexistencia del contrato o ineficacia de pleno derecho y nulidad.

*c. Inexactitudes o reticencias por culpa no grave o sin culpa, consecuencias menores*

En Chile, en caso de errores, reticencias o inexactitudes que no revistan la calidad de "inexcusables", conocidos antes de la ocurrencia del siniestro, habrá derecho del asegurador a proponer modificaciones al contrato que permitan adecuar la prima a las verdaderas condiciones del riesgo; ante el rechazo del asegurado o su silencio dentro del término de 10 días contados desde el envío de la comunicación correspondiente, el asegurador podrá rescindir el contrato con un periodo de gracia de 30 días a partir del envío del aviso; si ya ocurrido el siniestro median dichos errores, inexactitudes o reticencias no inexcusables, se prevé una reducción de la indemnización en forma similar a lo que ocurre actualmente en la legislación colombiana en el caso de errores o inexactitudes inculpables.

En la nueva ley peruana, si las inexactitudes y reticencia no obedecen a dolo o culpa inexcusable y se conocen antes de la ocurrencia del siniestro, se produce un efecto similar al visto en el caso de Chile, esto es, se permite al asegurador ofrecer, dentro del mismo plazo de 30 días, un cambio en las condiciones del contrato al asegurado, el cual debe responder dentro de los 10 días siguientes, y en caso de no hacerlo, se permite al asegurador resolver el contrato con 30 días de plazo de gracia.

Si no se conocen antes de la ocurrencia del siniestro sino después, simplemente se aplica la reducción de la indemnización a cargo del asegurador en la medida de la proporción que represente la prima pagada, respecto de la prima que ha debido pagarse.

El proyecto de ley uniforme es notablemente más conservador al respecto, previendo como sanción la nulidad del contrato aun en caso de inexactitudes o reticencias de buena fe, pero sobre circunstancias conocidas por el asegurado. Además, exige la prueba pericial para efectos de demostrar la trascendencia de la

inexactitud o reticencia. No obstante, para el proyecto de ley uniforme, cuando la inexactitud o reticencia no son dolosas, el asegurador puede, a su exclusivo arbitrio, pedir la nulidad o reajustar la prima de común acuerdo con el tomador.

Es indudable que las nuevas tendencias mostradas por Perú y Chile resultan ser las más dignas de análisis, toda vez que reflejan la intención de beneficiar sustancialmente al tomador del seguro en esta materia tan delicada, dada la tradicional dificultad que reviste la gradación de la culpa contractual que se torna siempre muy subjetiva en caso de conflicto. ¿Está suficientemente justificado este beneficio frente a una línea divisoria tan frecuentemente tenue como la que existe entre la culpa grave y la leve? ¿No se estará, dentro del marco de un contrato aleatorio en el cual la expectativa de recibir una mayor prestación económica se encuentra en cabeza del asegurado, dando a este un tratamiento similar al de los incapaces, sancionándolo solamente en caso de faltas graves a los evidentes deberes de información que le asisten en un caso como el del contrato de seguro?

Esta pregunta se vuelve aún más pertinente cuando se agrega a lo anterior el beneficio al que se refieren los siguientes apartes, en cuanto a la exigencia al asegurador de un plazo cada vez más breve para impugnar el contrato ante la conducta del tomador y la exoneración del mismo en caso de que el siniestro que se produzca no esté relacionado con la información ocultada o inexactamente suministrada.

#### *d. Plazo para impugnar el contrato*

La ley peruana da al asegurador un breve término de 30 días para invocar la nulidad; aparentemente para esos efectos basta una notificación por medio fehaciente. Si el siniestro se produce antes del vencimiento de ese plazo, se pierde el derecho a la indemnización. La facultad de solicitar modificaciones al contrato en caso de inexactitudes o reticencias no dolosas o gravemente culpables también expira al vencimiento de los 30 días siguientes al conocimiento, como ya se vio.

El proyecto de ley uniforme señala asimismo un plazo para que el asegurador pueda impugnar el contrato por esta causa, pero, a diferencia de lo que ocurre en la ley peruana, ese plazo es de tres meses y solo se interrumpe con la presentación de la acción de nulidad. Esa misma ley uniforme señala expresamente como formas de saneamiento de la nulidad, además de la expiración del plazo para impugnar, el hecho de que el asegurador haya conocido o debido conocer en el momento de la celebración del contrato el vicio de la declaración, y si ya en desarrollo del contrato y posteriormente a ese conocimiento el asegurador ejecutó sus obligaciones o dio por cumplido el deber del asegurado.

La ley chilena, al igual que la colombiana, no establece límites a la facultad de impugnación del contrato en este caso por parte del asegurador, la cual queda referida exclusivamente a los términos usuales de prescripción de las acciones y derechos que surgen del acuerdo.

*e. La vinculación causal entre los hechos inexactamente declarados o la reticencia, y el siniestro*

La ley peruana en su artículo 15 señala, como uno de los casos en los que no procede la nulidad, la revisión o la resolución del contrato, aquel en que la reticencia o la declaración inexacta no influyeron en la realización del riesgo. El proyecto de ley uniforme, en el mismo sentido, dispone que si ocurre el siniestro en el término que el asegurador tiene para impugnar el contrato se producirá para el asegurado la pérdida del derecho a la indemnización, pero solo si hay vinculación causal entre la inexactitud o reticencia y el siniestro. La ley chilena no trae esta exigencia, como tampoco la ley mexicana de 1935.

En estos dos últimos casos, al igual que ocurre actualmente con la ley colombiana, se conserva la perspectiva tradicional de considerar que, como en este caso se encuentra involucrada la consideración a un eventual vicio en la manifestación de la voluntad del asegurador, sea por error o por dolo, la nulidad del contrato procede en cualquier caso por tratarse de un defecto coetáneo a la celebración del acuerdo, y no en consideración a la manera como se producen sus desarrollos posteriores.

Las que son destacables, en resumen, como tendencias modernas en esta materia, son las siguientes:

a) La adopción definitiva del criterio de obligatoriedad para el asegurador en el sentido de orientar la declaración del tomador del seguro, so pena de quedar impedido de alegar reticencias o inexactitudes de cualquier clase respecto de ella.

b) La eliminación del efecto automático de ineficacia del contrato en el caso de reticencia o inexactitudes que no se deban a dolo o culpa inexcusable, caso en el cual, como se ha visto, tanto la legislación chilena como la peruana se limitan a disponer una reducción del valor de la indemnización si el siniestro ya ha ocurrido cuando se detectan, o a darle al asegurador la potestad de exigir modificaciones al contrato que, de no ser aceptadas dentro de ciertos términos, permiten la revocación unilateral del mismo, en caso de que no se haya producido el siniestro.

c) La limitación del término dentro del cual el asegurador puede invocar la inexactitud o reticencia, que, como se vio, en el caso de la ley peruana se reduce a 30 días, y en el caso del proyecto de ley uniforme es de 3 meses.

d) El señalamiento de las sanciones generadas por la inexactitud y reticencia: es notoria una tendencia a no ubicar este tema en el campo de los vicios de la voluntad, como los ubica tradicionalmente la ley colombiana al sancionar con nulidad relativa este tipo de circunstancias. Como se vio, la ley chilena prefiere, en el peor de los casos, darle al asegurador la posibilidad de rescindir el contrato, o de abstenerse de pagar la indemnización, sanciones ambas que no implican, la primera, un efecto automático y, la segunda, un efecto integral sobre la eficacia del contrato. En el caso de Perú, aunque sí se contempla la nulidad en principio, en el caso de dolo o error inexcusable, aun en este caso, si el siniestro ocurre dentro del

periodo que el asegurador tiene para invocar la nulidad, la consecuencia se limita a la pérdida del derecho a la indemnización y, en el caso de dolo o error inexcusable, también a un derecho de resolución del contrato por parte del asegurador.

e) A lo anterior debe agregarse sin duda la tendencia también a consagrar legalmente, a cambio de la irreductibilidad del seguro de vida que consagra nuestro artículo 1160 C.Co., la inimputabilidad o incontestabilidad del mismo, una vez transcurridos dos años de vigencia del contrato; un mecanismo que, como se sabe, otorga al asegurado un beneficio sustancialmente mayor, al hacerlo inmune a inexactitudes o reticencias culposas y no solamente a las generadas por "error inculpable", como ocurre con la simple "irreductibilidad". Lo anterior se consagra en los artículos 592 del Código chileno y 122 de la ley peruana, respectivamente, y en el artículo 122 del proyecto de ley uniforme, que en este caso se refiere a un término de 3 años.

#### **4. La teoría dualista del contrato de seguro; la conservación del carácter indemnizatorio del seguro de daños y de la subrogación**

Tanto la legislación chilena como la peruana adoptan definiciones del contrato de seguro que corresponden a la esencia de las definiciones propias de un sistema dualista y reservan tanto el carácter indemnizatorio como la subrogación exclusivamente a los seguros de daños. La ley peruana lo hace en sus artículos 99 y 100, dentro del capítulo correspondiente a normas referentes al seguro de daños, y la excluye expresamente en la regulación de los seguros de personas (art. 116); como nota particular, esta ley permite acordar la renuncia a la subrogación por parte del asegurador. La ley chilena consagra la subrogación en el artículo 534, extrañamente ubicado dentro de las normas generales, pero, exclusivamente en el aparte correspondiente al ramo de seguro de daños, consagra el carácter indemnizatorio de los mismos (art. 550). En cuanto a la subrogación, la legislación chilena establece principios similares a los que trae la ley colombiana, salvo en lo que se refiere a un mandato específico de que el recobro, una vez obtenido, se divida proporcionalmente a su respectivo interés entre el asegurador y el asegurado.

Relacionado con este tema está el tratamiento tanto de la figura del infraseguro como del sobreseguro, como también el tratamiento de la coexistencia de seguros; tenemos lo siguiente: la ley chilena, en el aspecto relacionado con el infraseguro y el sobreseguro, viene a consagrar un régimen muy similar al actualmente existente en Colombia, pero, a nuestra manera de ver, lo perfecciona en dos aspectos: a) aunque consagra la posibilidad de establecer el pacto de valor estimado o acordado, señala que cualquiera de las partes está en capacidad de impugnarlo cuando la estipulación adolezca de uno de cualquiera de los vicios del consentimiento, algo que no está expresamente previsto en la ley colombiana, salvo a favor del asegurador en caso de que el valor estimado oculte un sobreseguro y el valor asegurable exceda notoriamente el valor real del interés asegurable (caso no previsto, como se sabe,

en los seguros marítimos); y, b) establece, en caso de existencia de sobreseguro, que las partes tienen recíproco derecho: el asegurador, a pagar solamente el valor real del interés asegurado, como medida de preservación celosa del carácter indemnizatorio del seguro de daños, y el asegurado, a obtener la restitución de la prima pagada en exceso, salvo que haya existido mala fe de su parte, caso en el cual el seguro será nulo. Debe recordarse que la ley colombiana solo lo permite en caso de que el sobreseguro haya sido detectado antes de la ocurrencia del siniestro. El proyecto de ley uniforme en todo caso permite al asegurador retener la prima pagada en exceso, haya existido mala fe o no de parte del asegurador (art. 93).

Otra tendencia de las nuevas legislaciones que contrasta con la situación actual en Colombia se refiere al tratamiento de la coexistencia de seguros, al cual nos referiremos más adelante.

En cuanto al sobreseguro y el infraseguro, la ley peruana establece principios muy similares a los que rigen en Colombia, salvo que no regula ningún efecto respecto de la prima pagada en exceso por el asegurado, aunque dispone en caso de dolo la nulidad del contrato sin obligación, por parte del asegurador, de devolver la prima.

El proyecto de ley uniforme a este respecto trae igualmente una definición dualista del contrato de seguro y la exclusión expresa de la subrogación para los seguros de personas. Igualmente, trae: la posibilidad de renuncia a la subrogación por parte del asegurador, salvo el caso de dolo; y, un régimen de infraseguro y sobreseguro y de coexistencia de seguros, similar al colombiano actual, lo mismo que en el caso del tratamiento del sobreseguro, con la diferencia, ya indicada, de que para la ley uniforme el asegurador siempre gana en este caso, haya o no dolo del asegurado, la totalidad de la prima.

## 5. La consensualidad del contrato de seguro

Tanto la ley chilena como la peruana, así como el proyecto de ley uniforme, consagran el contrato de seguro como contrato consensual; las diferencias de tratamiento a este respecto se refieren al tema de la prueba.

En el caso de Chile, el artículo 515 prevé la admisibilidad de todos los medios de prueba para acreditar la existencia del contrato, siempre que exista un principio de prueba por escrito. El artículo 25 de la ley peruana consagra una norma muy ambigua, según la cual el contrato de seguro se prueba por escrito; no obstante, advierte a continuación que son admisibles todos los demás medios de prueba. El proyecto de ley uniforme (art. 25) está concebido en los mismos términos del Código chileno, que es la fórmula tradicional y ya vieja del derecho argentino.

Vale destacar a este respecto, igualmente, que, a diferencia de la nueva ley chilena, la ley peruana se ocupa de los temas relacionados con las eventuales reglas especiales que, no obstante la consensualidad del contrato admitida como regla general, se aplican a los casos de renovaciones o prórrogas, modificaciones

al contrato, diferencias entre la publicidad y la póliza y entre lo acordado y lo plasmado en la póliza.

En efecto, la legislación peruana establece en el artículo 29, para el caso de divergencias entre la oferta o propuesta, un régimen bastante severo, conforme al cual, en principio, el tomador dispone de un término de 30 días a partir del momento en que recibe la póliza para rechazar esas divergencias, transcurrido el cual se presume su aceptación de las mismas, pero siempre y cuando el asegurador le haya advertido dichas divergencias en documento separado; en caso de no haberlo hecho, las divergencias se tendrán por no escritas, salvo que sean más favorables al tomador. En cuanto a modificaciones en el curso del contrato, el asegurador puede proponerlas, pero obviamente no regirán sin la previa aprobación del asegurado, quien dispone de 30 días después de recibida la propuesta de cambio para aceptarlas; su no aceptación hace que los términos originales permanezcan. En el caso de renovaciones del contrato (art. 7) se admite la cláusula de renovación automática y, en caso de que haya cambio en las condiciones del contrato en el momento de la renovación, solo podrá hacerlo el asegurador anunciando al tomador del seguro con 45 días de anticipación al momento de la renovación; el tomador tendrá 30 días, previos al vencimiento del contrato, para aceptar o rechazar los nuevos cambios, y en caso de silencio se entenderán aceptados.

Estas disposiciones complementan convenientemente el régimen de consensualidad del contrato de seguro y están presentes normalmente en legislaciones europeas que tratan el contrato en ese carácter desde hace muchos años. Tratándose de modificaciones o prórrogas o renovaciones de las pólizas, seguramente no es necesario asumir el mismo rigor que se exige en materia de limitación probatoria para la acreditación del contrato mismo. Igualmente resulta conveniente prevenir los conflictos que pueden presentarse entre lo que fue entendido por las partes en el momento de la celebración del contrato, por cualquier medio de expresión de la voluntad, y el contenido a menudo complejo y extenso de la póliza de seguro una vez expedida. En cuanto hace a las diferencias que eventualmente puedan llegar a existir entre la publicidad y la póliza, el artículo 31 de la ley peruana establece la prevalencia de lo que sea más favorable para el tomador del seguro.

El proyecto de ley uniforme trae asimismo mecanismos que prevén estas diferentes situaciones (art. 10 para renovaciones a propuesta del tomador, que se entienden aceptadas en caso de silencio del asegurador, art. 24 para el caso de diferencias entre la propuesta y la póliza).

Uno de los aspectos quizás más complejos de la regulación del contrato de seguro tratado como contrato consensual es el tema de la oferta; es sabido que en el caso colombiano uno de los muchos aspectos que la Ley 389 de 1997 olvidó mencionar cuando hizo el tránsito de la solemnidad a la consensualidad del contrato de seguro fue precisamente este tema de la oferta, que exige precisiones legales fundamentalmente en cuanto a tres aspectos: primero, dentro de lo posible, de quién proviene la oferta, segundo, cuáles son las facultades de los intermediarios

de seguros en materia de elaboración de ofertas y aceptación de las mismas y, tercero, los efectos jurídicos de la oferta antes de ser aceptada.

Sobre estos aspectos existe poca claridad en las nuevas legislaciones peruana y chilena y, en consecuencia, muy poca experiencia podrá extraerse de las mismas. El proyecto de ley uniforme en su artículo 7 propone una norma a este respecto más afortunada: establece que la oferta no obliga al tomador antes de ser aceptada ni al asegurador hasta su aceptación, sugiriendo que en la generalidad de los casos la oferta de seguro proviene del tomador, y especificando que ella no existe mientras no reúna tanto las condiciones generales del seguro como las declaraciones del tomador.

La ley peruana se refiere en su artículo 5º a la solicitud de seguro, restándole expresamente carácter vinculante a la misma, pero especifica que debe ser suministrada por el asegurador, quien además debe poner a disposición previa del tomador las condiciones generales, particulares y especiales. En el artículo 41 menciona nuevamente el término oferta, para regular esta vez la que proviene del asegurador, de corredores o promotores de ventas, para exigir simplemente que con la misma se entregue al tomador, por escrito, información "suficientemente clara y con caracteres destacados, de su derecho de arrepentimiento", con lo cual no le da al tema mayor claridad.

La ley chilena, por su parte, es igualmente inespecífica al respecto: su mención a la "propuesta" del contrato de seguro se limita a señalar que la misma requiere la expresión de la cobertura y de los "antecedentes y circunstancias" necesarios para apreciar el estado del riesgo, lo cual automáticamente conduce a que el asegurador deba proveer previamente al tomador de toda la información relativa al contenido del contrato que se va a celebrar, implicando con ello que la propuesta deberá provenir normalmente del tomador del seguro, pero absteniéndose de establecer reglas jurídicas propias en torno a sus efectos.

Es notorio pues que en esta materia las tres preguntas básicas que hemos formulado siguen en busca de una mejor y más específica orientación legislativa.

Al mencionar algunas de las nuevas obligaciones y cargas que se imponen al asegurador, conforme a estas nuevas tendencias legislativas, se verá cómo, en el caso colombiano, la expedición a partir del año 2009 de nuevos estatutos de protección al consumidor financiero y al consumidor en general estableció también como deberes generales a cargo de los aseguradores, y no específicamente para regular el tema de la oferta, este de suministrar al tomador del seguro una información amplia y, más aún, una explicación sobre las condiciones generales del contrato.

## 6. Tratamiento de la prima y de la mora en el pago de la prima

No parecen las nuevas legislaciones admitir ninguna diferencia en cuanto a la naturaleza de la prima entre los seguros de daños y los seguros de personas, lo cual, como sabemos, difiere ampliamente de la regulación colombiana al respecto,

que trata la prima en los seguros de daños como una obligación civil propiamente dicha y la prima en los seguros de vida como una obligación natural, por lo menos en lo que se refiere a la primera prima de forma imperativa y de manera supletiva respecto de las siguientes.

La ley peruana, en sus artículos 17 y siguientes, establece respecto de la obligación del pago de la prima una solidaridad de carácter legal entre el contratante, el asegurado y el beneficiario en caso de siniestro, y una compensación automática de la prima en mora con el valor del siniestro en caso de que no haya sido pagada una vez ocurrido este; establece también que la prima es exigible desde el momento de la celebración del contrato.

En lo que se refiere a la mora, se prevé una suspensión de la cobertura una vez transcurridos 30 días a partir de la mora, siempre y cuando haya un aviso del asegurador. Solo hay extinción del contrato si después de 90 días a partir de la mora el asegurador no reclama el pago. En el periodo de suspensión la póliza puede ser rehabilitada a voluntad del asegurado, a menos que el asegurador haya expresado por escrito su decisión de resolver el contrato, decisión que tendrá efecto al vencimiento de 30 días siguientes al recibo de la comunicación correspondiente. El asegurador puede cobrar coactivamente la prima aun en los casos de seguros de personas.

La ley chilena establece que la mora en el pago de la prima dará derecho al asegurador para dar por terminado el contrato al vencimiento del término de 15 días contados desde el envío de la comunicación correspondiente. La redacción del artículo 527 es ambigua al iniciar con la frase "El asegurador gana la prima en el momento en que los riesgos comienzan a correr por su cuenta", lo cual posteriormente es contradicho para los seguros con cobertura de plazo determinado, pues en ellos la prima se devengará proporcionalmente al tiempo corrido de riesgo.

Es notorio pues que la tendencia moderna respecto a la mora en el pago de la prima es, como lo fue cuando se redactaron los textos originales de nuestro Código de Comercio, considerar que la mora en el pago de la prima no debe afectar de manera automática la eficacia del contrato y debe ser tratada con toda benevolencia frente al tomador del contrato.

Sobre este punto, y marcando un gran contraste con lo anterior, la nueva ley panameña se refiere a espacio, para condicionar la validez misma del contrato de seguro al pago de la prima o de la primera cuota de la prima cuando se ha pactado ese pago de manera fraccionada; al efecto y de manera un poco incomprensible para nosotros, decreta la nulidad absoluta, sin necesidad de declaración judicial, del contrato cuando se incurre en mora en ese pago. Extraño resulta lo anterior, en la medida que la nulidad ciertamente no es una sanción apropiada para el caso de incumplimiento de obligaciones contractuales, y extraño también porque no concebimos, por lo menos en Colombia, como ya se ha dicho, una nulidad sin necesidad de declaración judicial. En cuanto a las renovaciones, si bien ellas pueden ser expedidas antes del pago de la prima por el nuevo periodo, la mora

en el cumplimiento de esta acarrea la misma sanción de nulidad absoluta desde el mismo momento de la iniciación del periodo de renovación. Cuando se trate de mora en el pago de cuotas posteriores a la primera, la ley prevé una suspensión de la cobertura hasta por 60 días, aunque dentro de ese término el asegurador queda facultado para cancelar la póliza, enviando una comunicación escrita con 15 días de antelación; si el pago se hace dentro del periodo de gracia quedará rehabilitada la cobertura. Este régimen solo tiene excepción en el caso de las fianzas, respecto de las cuales se obliga a las aseguradoras a recibir el pago de la prima de contado, antes de la expedición de la póliza (arts. 154 ss.).

El proyecto de ley uniforme (arts. 38 ss.) sanciona con pérdida del derecho a la indemnización la mora en el pago de la prima, con la posibilidad de que se pacte en su lugar una suspensión de la garantía.

En torno a este tema, la tendencia mayoritaria indudablemente es la de que la mora en el pago de la prima no afecte de manera automática la eficacia del contrato de seguro; no obstante está demostrado, por lo menos en el caso colombiano, que darles simplemente a las aseguradoras la facultad de darlo por terminado por escrito puede llevar a problemas financieros delicados para la integridad del sistema asegurador. Por lo mismo, una solución intermedia que puede traducirse en la concesión de periodos de gracia o en simples suspensiones de cobertura con posibilidad de rehabilitación puede resultar la más conveniente.

## 7. La ineficacia del contrato

Como ya esbozó antes, en general las nuevas legislaciones peruana y chilena acusan un desarrollo no muy claro de la Teoría general del contrato aplicada al contrato de seguro en esta materia.

Ya se ha visto que ley peruana, por ejemplo, sanciona con nulidad (art. 3) la celebración de un contrato de seguro donde haya ausencia de riesgo (hechos imposibles o hechos que ya han ocurrido) como elemento esencial del contrato de seguro que es, aunque no lo defina como tal, y que la ley chilena hace lo propio al hablar de la consecuencia que en general tiene la ausencia de los elementos (requisitos) esenciales del contrato.

La ley chilena dispone también que el asegurador puede "resolver" el contrato en ciertas circunstancias, como la ya vista del caso de reticencia, o que el contrato se resuelve por ejemplo en el caso de una reclamación en la que se suministra a sabiendas información falsa (art. 539). Sin embargo no existe claridad sobre la forma que debe darse a esa "resolución" que en Colombia solo opera generalmente mediante intervención judicial.

Ya se ha visto que también la legislación peruana (art. 23) prevé la posibilidad de que el asegurador opte por la resolución del contrato en caso de mora en el pago de la prima, como una facultad que puede ser ejercida por la parte sin intervención de juez, y consagra una nulidad "de pleno derecho" referida a las cláusulas

abusivas (art. 39), que sería inentendible en el marco jurídico colombiano donde la nulidad, cualquiera que sea su clase –se reitera–, requiere de declaración judicial. En el artículo 51 confiere también a las partes la facultad de “resolver” el contrato en los casos de seguros de duración indeterminada, y de otorgar a las partes, mediante disposición contractual, también la facultad de “resolver” el contrato en el caso de los seguros de duración determinada, una situación que en Colombia se denominaría realmente “revocación” de carácter unilateral.

Otra característica particular en el caso de la ley peruana que vale la pena señalar es el establecimiento de causales de caducidad convenidas mediante cláusula contractual, pero sometidas a un régimen restrictivo en cuanto a las circunstancias en las que puede proceder esta sanción particular, característica para el caso de incumplimiento de cargas contractuales, consagradas en los artículos 59 y siguientes de la ley. A este punto muy importante nos referiremos más adelante.

En el caso de la ley chilena también se acusa una divergencia manifiesta en cuanto al tratamiento de las formas de ineficacia que se atribuyen al contrato con respecto a la ley colombiana que parece seguir una ruta más coherente a este respecto. Varias de las nuevas normas consagran la resolución o rescisión del contrato por decisión de parte, por ejemplo en el caso de la agravación del estado del riesgo o de declaraciones inexactas o reticentes por errores inexcusables, aparentemente sin que para ello haya necesidad de intervención judicial (arts. 525 y 526). Ya se ha anotado antes que sanciona con la nulidad del contrato la falta de elementos esenciales del mismo (art. 521).

El proyecto de ley uniforme también incurre en este tipo de imprecisiones, por ejemplo cuando sanciona con nulidad la ausencia de riesgo asegurable que sea coetánea a la celebración del contrato o su desaparición cuando ocurra con posterioridad a esta (art. 27), o cuando habla de resolución automática del contrato en el mismo artículo. También cuando se refiere a rescisión del contrato por cualquiera de las partes sin expresión de causa, para posibilitar pactos contractuales en ese sentido aun en los seguros de duración determinada, etc.

En su artículo 539, la ley chilena establece que una reclamación en la cual el asegurado “a sabiendas” suministre información falsa sustancialmente, implica que el contrato “se resuelve”, mientras que en ese caso la ley peruana prevé la pérdida del derecho a la indemnización, que es una sanción quizás más apropiada en este caso, y que coincide con la que dispone la ley colombiana para el mismo.

## **8. La expresión de nuevas obligaciones y cargas para el asegurador**

El artículo 529 de la ley chilena establece un listado de obligaciones del asegurador, fuera de la establecida antes, relacionada con la entrega de la póliza dentro de los 5 días siguientes a la celebración del contrato, ellas son: a) cuando se contrata en forma directa, sin intervención de intermediario, prestarle asesoría, ofrecerle las coberturas más pertinentes, ilustrarlo sobre las condiciones del contrato y asistirlo

a todo lo largo del mismo; en esas condiciones el asegurador es responsable "de las infracciones, errores y omisiones cometidos y de los perjuicios"; b) pagar el siniestro.

Por su parte, la ley peruana en su artículo 26, además de la obligación común de entregar la póliza al tomador del seguro (sin mencionar término alguno) con una larga serie de menciones obligatorias, cuya omisión se sanciona expresamente con la consecuencia de disponer que cualquier interpretación del contrato se hará a favor del asegurado, como se vio antes, obliga a entregar igualmente al tomador un resumen de la cobertura contratada con la información sobre los aspectos más relevantes del contrato, resumen cuya reglamentación deja a la entidad de control.

La ley chilena, en el artículo 519, señala igualmente la obligación del asegurador de entregar al tomador la póliza de seguro en el breve término de 5 días contados a partir de la celebración del contrato, so pena de quedar facultado para cobrar los eventuales perjuicios que se le causen con esta omisión.

La ley panameña, a este respecto, trae también una disposición sobre obligaciones de las aseguradoras (art. 241) y otra (art. 243) sobre derechos básicos de los consumidores; de estas normas se destacan: a) en cuanto a obligaciones de las aseguradoras: poner a disposición del contratante y su corredor de seguros los términos y condiciones aplicables al contrato, ser diligente en la atención de consultas y reclamos del asegurado, informar con la debida antelación las modificaciones a los términos del contrato y conceder un término prudencial para que el asegurado responda a las mismas, informar en el momento de la renovación de las pólizas de los cambios que se hayan producido en las condiciones generales y particulares de la póliza, proveer al contratante o a su corredor de un ejemplar del contrato, informar clara y verazmente al contratante sobre las características del mismo, destacar en forma expresa y visible las condiciones del pago de la prima, apegarse a la ley, a los buenos usos mercantiles y a la equidad en su trato con los contratantes, informar con una antelación de 30 días respecto de la fecha de renovación de la póliza la decisión de la aseguradora de no renovar el contrato en los mismos términos y condiciones anteriores. En cuanto a los derechos básicos de los consumidores se establecen, entre otros, los siguientes: ser debidamente informado clara y verazmente sobre las condiciones del contrato, ser atendido respecto de sus consultas y reclamos, recibir debidamente una copia del contrato de seguro o del certificado individual en el caso de los seguros colectivos, ser informado oportunamente de las modificaciones al contrato y disponer de un término prudencial para expresar sus consideraciones al respecto, recibir dentro de un término no mayor de 90 días calendario la indemnización derivada del siniestro una vez que la aseguradora acepte su responsabilidad, escoger y designar al corredor de seguros o el canal de comercialización que prefiera para celebrar el contrato, conocer con anticipación oportuna la decisión del asegurador de no renovar el contrato de seguro en los mismos términos y condiciones anteriores.

En cuanto a las normas de protección al consumidor de seguros se concede a la Superintendencia Financiera la facultad de reglamentar y fijar el sentido, alcance e interpretación de las normas regulatorias del contrato de seguro y la competencia privativa para conocer y proteger los derechos del consumidor en la vía administrativa, y se establece un listado de cláusulas que se consideran abusivas y en consecuencia absolutamente nulas del contrato, entre ellas las siguientes: las que restrinjan los derechos del asegurado; las que favorezcan excesiva o desproporcionadamente al asegurador; las que faculten a la aseguradora para rescindir unilateralmente el contrato, modificar sus condiciones, suspender su ejecución, revocar o limitar cualquier derecho del asegurado derivado del contrato, que no esté condicionada a un incumplimiento imputable al asegurado; las que obliguen al asegurado a la renuncia anticipada de cualquier derecho fundado en el contrato; las que impliquen renuncia del asegurado a las acciones procesales, los términos y modificaciones establecidas en la ley, o las que sean ilegibles.

El artículo 247 señala unas causales de nulidad relativa, por ser igualmente abusivas, de las cláusulas que: confieran a la aseguradora plazos desproporcionados o poco precisos para la aceptación por rechazo de un contrato, confieran a la aseguradora un plazo de mora desproporcionado o establezcan indemnizaciones o cláusulas penales desproporcionadas a cargo del asegurado.

El nuevo artículo 7º de la ley mexicana a este respecto obliga a las aseguradoras a hacer figurar en lo que llama el "formulario de ofertas suministrado por la empresa aseguradora las condiciones generales del seguro o, alternativamente remitirlas al proponente para que este las incluya en su oferta".

Igualmente la ley mexicana faculta a la "Comisión Nacional para la protección y defensa de los usuarios de servicios financieros" para dictaminar, a petición de los jueces, sobre la interpretación que deba darse a las cláusulas del contrato de seguro cuando exista duda sobre su contenido y cuando se trate de contrato de seguros de caución (art. 20 bis).

Impone también al asegurador la obligación de expedir, a solicitud del asegurado o del beneficiario, copia del duplicado de la póliza o de las declaraciones hechas en la oferta.

Resulta a todas luces notoria la tendencia de las nuevas legislaciones en general a insistir fundamentalmente en la obligación de que los aseguradores suministren al tomador del seguro o asegurado (como se ha dicho, en las legislaciones que no han acogido aún la terminología de la ley francesa de 1930 para distinguir al asegurado del contratante, tomador o suscriptor del contrato) una información sobre las condiciones generales del contrato, cuya extensión, precisión y naturaleza puede diferir de un país a otro, pero que de todas maneras existe, siempre que se trata de una legislación moderna. Esta exigencia, como se ha visto, es común en las nuevas legislaciones de derecho privado de seguros, pero también en los países que vienen actualizando sus legislaciones de derecho público, hasta el punto que tiende a desaparecer lo que era la situación tradicional de la contratación de seguros

en general, que se limitaba a la presentación de una solicitud de seguro por parte del asegurado (con indicación o no, o con indicación más o menos prolija, de las circunstancias que rodeaban el estado del riesgo) y al envío posterior de una póliza por parte del asegurador. Ahora se hace indispensable un proceso previo mucho más complejo que pasa por esa información anticipada y necesaria, mucho más completa, de las condiciones del contrato por parte del asegurador, más o menos exigente según las preferencias de cada país.

Colombia, como lo sabemos, ha entrado en esta corriente con la adopción reciente de nuevos estatutos del consumidor y del consumidor financiero. Ha establecido específicamente para el caso del contrato de seguro la Ley 1480 del 2011 (art. 37) que en los contratos de seguro "el asegurador hará entrega anticipada del clausulado al tomador, explicándole el contenido de la cobertura, de las exclusiones y de las garantías".

El gran problema que plantea esta nueva situación de la etapa precontractual en el seguro es la manera en que debe ser sancionado el incumplimiento de este deber de información por parte del asegurador, porque es evidente que no puede limitarse al ámbito de lo meramente administrativo de las multas o suspensiones del permiso de funcionamiento de las compañías de seguros. Tampoco sería razonable una sanción como la que establece en Colombia la mencionada Ley 1480 (la ineficacia de pleno derecho de las condiciones generales del contrato), porque, tratándose de un contrato aleatorio como el de seguros, no existiría ninguna simetría en el tratamiento para las partes respecto de las consecuencias que ello comporta. Finalmente, tampoco parece razonable que el asegurado pueda beneficiarse ilimitadamente y en términos económicos tan importantes como los que supondría impedir al asegurador en todos los casos esgrimir causales de exclusión o incumplimiento de deberes básicos de la parte asegurada.

## 9. Las cláusulas abusivas

Ya en el aparte anterior se hicieron amplias referencias a este tema, a propósito de la imposición de nuevas obligaciones a las compañías de seguro, y particularmente en el caso de las nuevas legislaciones panameña y mexicana, en especial por su evidente carácter de derecho público.

Una primera nota característica e interesante de las nuevas legislaciones que estudiamos la encontramos en el artículo I de la ley peruana, en el cual se hace alusión a los "contratos de seguro en los que el contratante o asegurado tengan la condición de consumidor o usuario", a los cuales es aplicable el Código peruano de Protección y Defensa del Consumidor, con lo cual se hace en principio una precisión importante sobre la aplicabilidad del estatuto del consumidor al contrato de seguro, un tema que merece la mayor atención.

El artículo 542 de la ley chilena, por su parte, al establecer la imperatividad como regla general de las normas regulatorias del contrato de seguro, a la que nos

referimos en otro aparte de este estudio, excluye esa imperatividad en el caso de los "seguros de daños contratados individualmente, en los que tanto el asegurado como el beneficiario sean personas jurídicas y el monto de la prima anual que se convenga sea superior a 200 unidades de fomento, y los seguros de casco y transporte marítimo y aéreo".

Estas normas señalan una primera precisión que debe hacerse a este respecto y que la ley colombiana no ha hecho, por lo menos de manera expresa, y es que debe existir una diferencia en el tratamiento, en muchos sentidos, de los llamados seguros de masa y los seguros tomados en condiciones especiales por los que pudiéramos llamar asegurados de grandes riesgos o de riesgos especiales, puesto que no es lógico que a ellos se apliquen los mismos mecanismos de protección y de limitación a la autonomía de la voluntad que son usuales en los riesgos de masa.

La ley peruana aborda a continuación el tema de las cláusulas y prácticas abusivas, desde el artículo 39 en adelante. Parte de la base de definir las cláusulas abusivas como aquellas cláusulas no negociadas (esto es, aquellas que han sido redactadas previamente y en cuyo contenido no ha influido el asegurado), que así no hayan sido observadas por la entidad de control causen, en contra de las exigencias de la máxima buena fe, perjuicio o desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes. Establece que su carácter subsiste aun cuando el asegurado las haya aprobado específicamente por escrito. Previene igualmente que estas cláusulas son nulas de pleno derecho, una expresión que no se comprende en términos del derecho colombiano, y dispone que, además, no dejan de serlo por el hecho de que haya intervenido un corredor de seguros en el proceso de contratación.

A continuación, el artículo 39 elabora una lista negra de cláusulas que deben entenderse prohibidas: las que implican renuncia a la jurisdicción o a leyes que los favorezcan; las que señalan plazos de prescripción ilegales; las que establecen restricción del derecho del asegurado de acudir a la jurisdicción, salvo convenio de arbitraje posterior al siniestro; las que ordenan sanciones por el incumplimiento de cargas que no guardan consistencia ni proporcionalidad con el siniestro; las que limitan de medios de prueba o implican inversión de la carga; las que consagran cargas difíciles o imposibles; las que determinan pérdida de derechos por violación de leyes, normas o reglamentos, a menos que se trate de delitos o hechos que hayan generado el siniestro. Por último, expresamente dispone que la Superintendencia Financiera puede agregar ítems a esa lista.

También prevé la ley peruana prácticas abusivas, que sean tendientes a obligar a contratar seguros o a obligar a contratar con determinadas compañías de seguro, o a no contratar intermediarios.

La ley chilena no se refiere estrictamente al tema de las cláusulas abusivas, seguramente para dejar el desarrollo del mismo a normas que son más de derecho público, como sucede en otros países, incluido el nuestro. Tampoco lo hace expresamente el proyecto de ley uniforme, salvo algunas alusiones indirectas en la

norma que se refiere a las reglas de interpretación del contrato, como por ejemplo en el sentido de exigir "razonabilidad" en las cargas que se imponen al asegurado en las cláusulas contractuales, de lo cual puede colegirse que sería abusiva una que impusiera una carga que pudiera calificarse de irrazonable.

En Colombia, como es sabido, tanto la Ley 1328 de 2009 como la Ley 1480 de 2011 (estatutos de protección al consumidor financiero y al consumidor en general) se ocuparon largamente del tema y establecieron listados de cláusulas que deben considerarse abusivas tanto en los contratos de consumo como en los contratos celebrados por entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, incluidas las compañías de seguro, y además concedieron facultades a la misma Superintendencia para que, por su parte, pueda eventualmente hacer adiciones a esos listados.

#### 10. Revocabilidad unilateral

Es una nota característica de la normatividad colombiana que regula el contrato de seguro la consagración en el artículo 1071 C.Co. de una facultad amplia de revocación unilateral del contrato de seguro para las dos partes que intervienen en el contrato de seguro, sin necesidad de expresión de causa, y en cualquier momento del desarrollo del contrato, principio que únicamente tiene excepción cuando se trata de algunos ramos como el de seguro de cumplimiento de contratos estatales (irrevocable por parte del asegurador por disposición legal expresa), el de cumplimiento de contratos entre particulares (por doctrina jurisprudencial generalmente aceptada), el seguro de transporte y el seguro de vida (que son irrevocables por parte del asegurador).

Esta disposición encontró una justificación para los redactores del Código en el hecho de que al contrato de seguro, por su carácter aleatorio, no le fuera aplicable la teoría de la imprevisión; sin embargo, no deja de ser una singularidad que difícilmente se encuentra en otras legislaciones con la contundencia que exhibe la nuestra.

Es así como la ley peruana en sus artículos 50 y 51 solo establece la posibilidad de pactar la revocación unilateral del contrato de seguro por cualquiera de las dos partes, salvo en los casos de seguros de vida, salud y cauciones, tanto en los de duración determinada como en los de duración indeterminada. No es una revocabilidad unilateral absoluta de carácter legal como en Colombia, pero puede convencionalmente pactarse. No obstante se advierte que no debe ejercitarse por parte del asegurador ni de mala fe, ni si es inminente el siniestro.

El artículo 537 de la ley chilena no dispone la revocabilidad unilateral del contrato, pero permite a las partes convenir que el asegurador pueda hacerlo con expresión de las causas que lo justifiquen, mientras no medie una prohibición legal expresa. En todo caso la revocación por parte del asegurador otorga, al igual que en el caso peruano, un periodo de gracia de 30 días contados desde la fecha de envío

de la correspondiente comunicación. El asegurado podrá revocar unilateralmente el contrato en cualquier momento comunicándolo al asegurador.

No se prevé en ninguna de las dos legislaciones una sanción de carácter económico para el asegurado en caso de que la revocación unilateral provenga de su parte.

Por su parte, el proyecto de ley uniforme para América Latina (art. 45) admite también la revocación unilateral (llamándola rescisión), sin necesidad de expresión de causa, por cualquiera de las partes en caso de pacto expreso en ese sentido, con consecuencias similares a las que actualmente trae el régimen colombiano en el artículo 1071 CCo. En el caso de contratos de seguro por tiempo indeterminado, debe entenderse que el proyecto prevé la posibilidad de revocación por parte del tomador en cualquier momento, y solo se permite pactar la renuncia a esa facultad en el plazo máximo de 5 años, renuncia que es inaplicable en el caso de los seguros de vida (art. 44).

### **11. El derecho de retracto**

El derecho de retracto, que no existe en Colombia, se ha revelado desde hace mucho tiempo, en el derecho comparado, como un recurso conveniente en beneficio del tomador de seguro, cuando quiera que la póliza de seguro, una vez expedida, resulta no reflejar adecuadamente la intención de las partes en el momento de contratar o, simplemente, cuando su clausulado, una vez conocido por parte del tomador (particularmente en circunstancias en que no se obliga al asegurador a poner en conocimiento con anticipación al tomador de las condiciones generales del contrato), no satisface la expectativas de este. Las nuevas legislaciones son contestes en el sentido de prever la existencia de ese derecho.

Lo prevé la ley peruana en su artículo 41, para ser ejercido por el tomador dentro de los 15 días siguientes contados a partir de la entrega de la póliza o cobertura provisional, con derecho a devolución de prima.

La ley chilena, en su artículo 538, deja esta posibilidad solamente para los seguros contratados a distancia con un plazo de 10 días respecto de la fecha de entrega de la póliza.

### **12. La prescripción**

Es suficientemente conocida la complejidad de este tema en materia de seguros, dada la dificultad que el mismo presenta frente a la gran diversidad de acciones que derivan del contrato y de las normas que lo rigen.

La ley peruana en su artículo 78 establece el término de prescripción de las "acciones fundadas en el contrato de seguro" en 10 años que se cuentan a partir de la ocurrencia del siniestro; no obstante, en los artículos siguientes establece dos excepciones: la relativa a la acción para el cobro de la prima por parte del asegurador, que se cuenta para el caso del pacto de primas fraccionadas a partir

del vencimiento de la última cuota, y la relativa al seguro de vida, caso en el cual el término comienza a contar para el beneficiario a partir del momento en que este "conoce la existencia del beneficio".

La ley chilena en el artículo 541 dispone que las acciones emanadas del contrato prescriben en 4 años contados desde el momento de la exigibilidad de la obligación. Dispone igualmente la interrupción del término respecto de la obligación del asegurador desde el momento de la denuncia del siniestro, contándose el nuevo plazo desde el momento en que el asegurador comunique su decisión al respecto. Caso especial también para el seguro de vida, en cuyo caso el término comienza a contar desde el momento del conocimiento del beneficio y máximo por 10 años desde la muerte del asegurado. En el caso del seguro de responsabilidad civil asimila expresamente el término de la acción contra el asegurador al de la acción de responsabilidad.

La dificultad y la diferencia de tratamiento de este tema radica fundamentalmente en la definición del momento de inicio de cómputo del término, y estas nuevas legislaciones señalan la tendencia a establecer a este respecto unos puntos de referencia totalmente objetivos, eliminando de esta manera las dificultades que a este respecto ofrece la legislación colombiana por su insistencia en relativizar ese momento de inicio a un estado subjetivo de conocimiento o de deber de conocimiento de un hecho, por parte de aquel contra quien corre el término de prescripción, que resulta la mayoría de las veces muy difícil de determinar.

La ley chilena a este respecto tiene el acierto de referir el inicio del cómputo al momento de la exigibilidad de la obligación adoptando la solución afortunada y de eficacia probada del Código Civil; sin embargo, en casos como el de la acción de nulidad o del seguro de responsabilidad civil se hace difícil o inapropiado acudir a ese concepto de exigibilidad. En el caso de la legislación peruana es evidente que la duración y el punto de inicio de la prescripción terminan resultando en un tiempo excesivamente largo, que no se justifica en muchos casos.

El artículo 86 del proyecto de ley uniforme establece un plazo de prescripción de 1 año, combinando, para establecer el momento a partir del cual se cuenta el término, el hecho objetivo de la exigibilidad de la obligación con el conocimiento de dicho momento por parte del titular del derecho, y con indicación de que la ignorancia debe ser excusable. Establece un régimen diferente para la acción del beneficiario en el seguro de vida, llevando el término hasta el vencimiento de un periodo de 3 años contados a partir de la ocurrencia del siniestro, o 1 año a partir del momento en que el beneficiario conoce su situación de tal (excepción que ha sido adoptada también, en cuanto a este último caso, por la ley peruana: art. 80).

En cuanto hace al tema de la interrupción de la prescripción de las acciones del asegurado contra el asegurador para el cobro de la indemnización, que es uno de los aspectos álgidos de este tema respecto del contrato de seguro, la inequívoca tendencia es a facilitar al máximo para el asegurado esa interrupción sin que tenga

necesidad de adelantar para ello una acción judicial, como ocurrió entre nosotros por lo menos hasta la muy reciente expedición del Código General del Proceso.

La tendencia es a considerar en este caso que el reconocimiento del derecho del beneficiario por parte del asegurador (vía universalmente aceptada como de "interrupción natural" del término de prescripción), pero también la simple reclamación directa (con o sin determinados requisitos) de la prestación del asegurador por parte del asegurado, es suficiente para interrumpir la prescripción, o que el mismo efecto debe darse al hecho de que este inicie o participe en los trámites de liquidación del siniestro. El proyecto de ley uniforme expresa a este propósito: "Los actos que importan la ejecución voluntaria del contrato o son el reconocimiento del derecho del asegurado o constituyen la participación en el procedimiento establecido por la ley o el contrato para la liquidación del daño o de la indemnización, interrumpen la prescripción" (art. 86).

El Código chileno, más amplio aún a este respecto, le da a la simple "denuncia" del siniestro el efecto de interrumpir la prescripción (art. 541), estableciendo que el término solo se reanuda cuando el asegurador haya tomado una decisión al respecto y se la haya comunicado al asegurado. Es la expresión máxima de protección al asegurado en este sentido, que hace casi inaplicable este medio de extinción de las obligaciones dentro del marco de este contrato.

El proyecto de ley uniforme, al señalar normas de interpretación del contrato de seguro a las cuales nos hemos referido antes, en su artículo 26, en forma sorpresiva, establece que la participación del asegurador en el procedimiento de evaluación de los daños, si bien no implica interrupción de la prescripción en beneficio del asegurado, importa su renuncia a invocar las causales de liberación conocidas con anterioridad que sean incompatibles con esa participación.

### 13. Régimen de agravación del estado del riesgo

Una vez más en lo que se refiere a este fenómeno de gran trascendencia para el contrato de seguro, se revela en las nuevas legislaciones una tendencia clara a la preservación del contrato en beneficio del asegurado, salvo casos muy extremos, lo cual nuevamente puede resultar, en nuestra opinión, injustificable desde el punto de vista de la buena fe que debe presidir la celebración del contrato.

La ley peruana regula la materia en los artículos 60 y siguientes: no otorga término para al asegurado para informar al asegurador sobre la agravación del estado del riesgo, pero sí señala uno (15 días) para que el asegurador decida, una vez recibida la información, si continúa o no con el contrato o aumenta la prima. Si decide no continuar, prevé la "resolución" del mismo a instancia del asegurador, sin especificar los términos de la misma. Si el asegurado no informa sobre la agravación pierde el derecho a la indemnización si el siniestro ocurre mientras el riesgo se encuentra agravado, a menos que no haya culpa inexcusable del asegurado, o que la agravación no haya influido en la realización del siniestro o que el asegurador no haya ejercido

su derecho de resolver el contrato o proponer su modificación en el plazo de los 15 días. Como también lo pierde si conoció la agravación por otros medios en el tiempo en que debía hacerse la denuncia. Pero podrá reducir la indemnización en la medida de la extraprima que ha podido cobrar. Caduca el derecho a resolver después de los 15 días de recibida la información, o si la agravación ha desaparecido. Las disposiciones sobre agravación no se aplican si la misma se ha debido a los esfuerzos para evitar o atenuar el siniestro, o por un deber de humanidad, legítima defensa, estado de necesidad o cumplimiento de un deber legal.

Este régimen, que no tiene excepción ni aun en el caso de una agravación intencionalmente provocada por el asegurado, puede llegar claramente a situaciones de una evidente mala fe por parte del asegurado, y se complementa, con mucha mayor intensidad, en la medida en que subsume en las circunstancias de "agravación del estado del riesgo" los cambios que pueden ocurrir en esas circunstancias, entre el momento del suministro de la información respectiva previamente a la celebración del contrato y dicha celebración; algo que riñe abiertamente con el principio tradicional de que la carga de información que el tomador del seguro tiene frente al asegurador acerca de las condiciones del riesgo se prolonga indefectiblemente hasta el momento de la celebración del contrato y no se agota con el simple diligenciamiento del formulario de asegurabilidad.

El artículo 526 de la ley chilena, a su turno, establece que la información por parte del asegurador debe darse dentro de los 5 días siguientes a su conocimiento, si el asegurador no lo ha conocido de otra manera. Si la información se produce antes de la ocurrencia del siniestro, el asegurador dentro de los 30 días siguientes deberá anunciar la rescisión u ofrecer la modificación de los términos del contrato; si el asegurado rechaza o no responde, el asegurador podrá rescindir el contrato, lo que tendrá efecto a la expiración de los 30 días siguientes al envío de la comunicación. La agravación no se aplica en el caso de los seguros de personas. Si no se declara la agravación, el asegurador no responderá respecto de las coberturas afectadas por el agravamiento, y en todo caso se reducirá la indemnización proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que ha debido pagarse. En caso de que la agravación del riesgo se haya producido con dolo del asegurado se impone además, como sanción, la posibilidad de que el asegurador retenga la prima no devengada.

El proyecto de ley uniforme regula esta situación a partir de su artículo 60, estableciendo para el asegurado la obligación de informar sobre las agravaciones dentro de términos específicos que dependen, como está previsto en la ley colombiana, de si es una agravación ajena a un hecho consciente o voluntario del asegurado, o no lo es. Recibido el informe oportunamente, el asegurador adquiere la facultad de notificar su decisión de rescindir el contrato dentro de un plazo determinado, otorgando un término de gracia al asegurado. Si el asegurador no toma su decisión dentro del plazo que la ley le concede, pierde la facultad. Si la información no se produce, la cobertura queda suspendida y el asegurador no estará

obligado a pagar el siniestro, a menos que exista: ausencia de culpa de parte del tomador o asegurado, fuerza mayor o caso fortuito, conocimiento de la agravación por parte del asegurador por otros medios, o cuando no exista relación entre el siniestro y las circunstancias que agravaron el riesgo.

Las tendencias pues, en esta materia, son: a establecer el término que tiene el asegurador para ejercer su facultad de desvincularse del contrato o modificar sus condiciones, eliminando esa facultad si no se ejerce dentro de dicho término; y a excusar el incumplimiento de la carga que tiene el asegurado de denunciar la agravación del siniestro, salvo cuando exista culpa grave y por el hecho de que la agravación del riesgo no influya en la realización del siniestro posterior.

Frente al estado actual de la legislación en Colombia, el contraste es enorme en favor del asegurado (muchísimo más en el caso peruano) y merece reparos a nuestro modo de ver, nuevamente desde la perspectiva de la aleatoriedad del contrato y el principio de la buena fe cualificada que debe presidirlo.

#### 14. Algunos aspectos relacionados con ramos especiales de seguro

##### *a. Seguro de responsabilidad civil*

Las nuevas legislaciones consagran atención a este ramo particularmente complejo del seguro, tratando fundamentalmente de precisar reglas respecto de su naturaleza y del ejercicio del derecho de defensa.

Como es ya tradicional, destacan la naturaleza del seguro como dirigido fundamentalmente al pago de la indemnización al tercero víctima del daño. La ley peruana lo hace sobre la base de entender como objetivo del contrato mantener indemne el patrimonio del asegurado y prohibir que se contrate el seguro de responsabilidad civil como un seguro de reembolso, consagrando expresamente, además, la acción directa de las víctimas contra el asegurador, y exigiendo la inclusión dentro de ella del asegurado como parte demandada (tema que en el caso colombiano se encuentra aún en discusión). Avanza también en el tema de la acción directa, al regular las excepciones oponibles por el asegurador, excluyendo la posibilidad de que este pueda oponer excepciones basadas en causales de ineficacia o resolución del contrato que sean posteriores a la ocurrencia del siniestro, caso en el cual al asegurador solo le queda el recurso de repetir contra su propio asegurado. Como nota importante, identifica la ocurrencia del riesgo expresamente con el surgimiento de la deuda de responsabilidad.

En cuanto al ejercicio del derecho de defensa, se establece que el mismo corresponde fundamentalmente al asegurado aunque este puede renunciar a él en favor del asegurador. Cualquiera que sea el caso, opera la cobertura de gastos de defensa siempre dentro del límite de valor asegurado, a diferencia de lo que dispone el Código de Comercio de nuestro país, el cual, como se sabe, a través de una norma cuyo carácter imperativo o supletivo se discute, señala que los gastos de

defensa se cubren "aún en exceso de la suma asegurada". Contempla la posibilidad de extensión de esta cobertura mediante pacto expreso, al costo de las garantías que sean necesarias para evitar embargos.

La ley chilena señala expresamente también que el asegurador en este seguro pagará la indemnización al tercero víctima del daño, y que lo hará en virtud de sentencia judicial ejecutoriada o de transacción judicial o extrajudicial celebrada con su consentimiento por el asegurado. En materia de costos de defensa la regulación es notablemente similar a la peruana en cuanto al alcance de la cobertura (hasta el límite de valor asegurado y la posibilidad de pactar cobertura por el monto de las cauciones), pero a diferencia de la ley peruana da al asegurador una prelación en cuanto al derecho de asumir la defensa judicial de su asegurado.

Es notorio que frente a estas disposiciones no se soluciona el problema fundamental que tiene el seguro de responsabilidad civil en países con economías expuestas a severos procesos inflacionarios, que consiste en el largo lapso de tiempo que puede transcurrir entre la celebración del contrato y la consolidación de una sentencia judicial ejecutoriada o de un proceso transaccional que permita claramente la exigibilidad de la obligación del asegurador, habiendo este propiciado la espera al resultado del proceso. La ley colombiana a este propósito establece un principio de exigibilidad de esa obligación que le permite claramente al asegurado poner al asegurador en mora en el cumplimiento de su obligación y, de esta manera, verse protegido, a través de sanciones moratorias, de la pérdida de poder adquisitivo del valor nominal pactado en la póliza como límite de valor asegurado.

Vale la pena mencionar que ya existe en Colombia un número preocupante de sentencias del Consejo de Estado que, sin mayores explicaciones o fundamentos, han obligado a la actualización de valores asegurados en pólizas de responsabilidad civil a favor de entidades estatales, para efectos de la condena de los aseguradores llamados en garantía dentro de los procesos de reparación directa adelantados por las víctimas contra dichas entidades estatales. Es bien discutible que mientras no exista una regulación legal a este respecto los jueces puedan proceder de esa manera, violando los términos objetivos del acuerdo contractual, y la prueba de ello es precisamente la ausencia de fundamento que acusan de manera notoria esas decisiones.

#### *b. Los seguros de crédito y caución*

Resulta interesante la presencia de normas especiales para el seguro de caución, una denominación que es tomada definitivamente del derecho español y que no utilizamos en Colombia salvo raras ocasiones, tanto en la nueva legislación peruana como en la chilena; esta última adicionalmente tiene un apartado especial para el seguro de crédito, que distingue claramente del de caución, para definirlo como aquel que cubre el riesgo de incumplimiento de obligaciones en dinero.

Ambas regulaciones parten de la base de definir como tomador del contrato al afianzado, una opción que a nuestro juicio no es la más adecuada para definir

este negocio como contrato de seguro propiamente dicho, y se ocupan, como factor de la mayor importancia, de regular lo relativo a las excepciones que son oponibles por el asegurador contra la acción del asegurado en este tipo de pólizas, restringiéndolas expresamente. La ley peruana proscribía la posibilidad de que en los seguros de caución que se expidan a favor de la "administración pública" el asegurador pueda oponer excepciones que puedan corresponderle contra el tomador-afianzado; la ley chilena, por su parte, hace ineficaces, para retener el pago de la indemnización frente al asegurado, las excepciones relativas al cumplimiento de sus obligaciones, que se puedan alegar por parte del afianzado.

### *c. Seguro de personas*

Respecto de los seguros de personas, la tendencia que muestran las nuevas legislaciones peruana y chilena es a no hacer las distinciones tradicionales que la ley colombiana adopta en lo que se refiere a la naturaleza de la prima en los seguros de vida y a las consecuencias de la mora en el pago de la misma. A este respecto estas legislaciones disponen una regulación idéntica para ambas modalidades de seguro. Lo mismo ocurre en el proyecto de ley uniforme.

Adicionalmente se observan normas especiales regulatorias del riesgo de suicidio que son muy útiles para solucionar conflictos que en Colombia son muy frecuentes al respecto, precisamente por una falta absoluta de disciplina legal y por el hecho de que tratándose del suicidio del asegurado, que es claramente voluntario, no se establece ninguna excepción a la regla de que son inasegurables los hechos que dependen exclusivamente de la voluntad del tomador, asegurado o beneficiario del seguro. En Chile existe regulación expresa del riesgo de suicidio conforme a la cual el código presume, salvo pacto en contrario, el cubrimiento del suicidio (aparentemente cualquiera que sea su calificación) después de 2 años de vigencia del contrato (art. 598). En el caso de Perú, el artículo 125 dispone de manera imperativa el cubrimiento del suicidio después de 2 años de vigencia del contrato, refiriéndose de manera expresa al "suicidio consciente y voluntario de la persona cuya vida se asegura". Por otra parte, como ya se mencionó antes, en ambas legislaciones se consagra la incontestabilidad o indisputabilidad del seguro de vida después de 2 años de vigencia, en vez de la irreductibilidad, salvo el caso de dolo (Perú, art. 122, Chile, art. 592).

## **15. Otros temas puntuales**

### *15.1. Reglas especiales sobre interpretación del contrato*

Cada vez más se observa la tendencia a establecer normas especiales de interpretación del contrato de seguro, que vienen a concretar efectos especiales a este respecto y se superponen a las reglas generales de interpretación de los contratos

y aun a las reglas especiales de interpretación de los contratos de adhesión y de consumo que suelen consagrarse modernamente en normas de carácter general, sea de derecho público o de derecho privado, o en los estatutos del consumidor.

A este respecto la nueva ley peruana es especialmente prolija en sus artículos iniciales. En primer lugar establece una presunción en el sentido de que todo contrato de seguro se entiende acordado por adhesión, excepto en las cláusulas que se hayan negociado entre las partes y difieran sustancialmente de las que están pre-redactadas, esto sin perjuicio de que el contrato haya sido acordado con la intervención de un corredor de seguros, y consagra *ab initio* el principio de que en caso de duda las estipulaciones de la póliza se interpretan a favor del asegurado.

Establece también el principio de la favorabilidad de la interpretación en beneficio del consumidor o usuario, entendiéndose, como se ha dicho, que se distinguen los seguros en los que el asegurado tiene esta condición de aquellos en que no la tiene. Dispone además una extensa enumeración de reglas de interpretación que aparece en su artículo IV, entre otras, las siguientes: la prevalencia de condiciones particulares y especiales sobre las generales y la prevalencia de las manuscritas o mecanografiadas sobre aquellas; que las cargas impuestas al asegurado deben ser razonables y, en especial, que respecto de las garantías deben tenerse en cuenta más el cumplimiento sustancial de las mismas y su eficacia efectiva que lo literal, y que no debe sancionarse el incumplimiento de aquellas cuya observancia no hubiera evitado el siniestro.

Esta alusión al tema de las garantías resulta interesante, porque como se sabe no es usual encontrar normas relacionadas con esta figura que ha sido tomada del derecho anglosajón y particularmente del seguro marítimo, y que no se encuentra regulada normalmente en países del sistema jurídico continental. A este respecto la ley chilena, si bien tiene dentro del articulado inicial de la nueva regulación un inventario de definiciones básicas, que incluye la definición del término "garantías" como aquellos "requisitos destinados a circunscribir o disminuir el riesgo, estipulados en un contrato de seguro como condiciones que deben cumplirse para que haya lugar a la indemnización en caso de siniestro", no desarrolla posteriormente ninguna norma específica relacionada con este fenómeno, lo que no deja de ser sorprendente.

El proyecto de ley uniforme en su artículo 26 trae igualmente un extenso número de reglas de interpretación específicas para el contrato de seguro, que seguramente han servido de fuente a la nueva ley peruana. Muchas de ellas, debe reconocerse, se limitan a reiterar reglas de interpretación generales conocidas hace tiempo como las relacionadas con la manera de interpretar cláusulas ambiguas, en todos los contratos, pero algunas tienen aplicación muy específica en el contrato de seguro. Entre ellas se destacan las siguientes: las cláusulas que imponen la caducidad de los derechos del tomador son de interpretación restrictiva; las cargas que se imponen convencionalmente a la parte asegurada deben ser razonables; el principio de la buena fe debe predicarse tanto del asegurador como del asegurado

en la interpretación del contrato; para juzgar la observancia de las medidas de prevención debe mirarse más el cumplimiento sustancial del objetivo perseguido que el cumplimiento literal de la conducta; la extensión del riesgo y de la cobertura así como los derechos de los beneficiarios convenidos en el contrato deben interpretarse literalmente, tanto como las restricciones a la libre actividad del asegurado; las condiciones particulares prevalecen sobre las generales específicas, y estas a su turno sobre las generales, y sobre todas ellas prevalecen las manuscritas o mecanografiadas. Ya se ha mencionado cómo de manera sorpresiva la norma también establece que la participación del asegurador en el procedimiento de evaluación de los daños, si bien no implica interrupción de la prescripción en beneficio del asegurado, importa su renuncia a invocar las causales de liberación conocidas con anterioridad que sean incompatibles con esa participación. Esta norma incluye también, debe decirse, aunque mal ubicadas, normas que se refieren más bien a la prelación de fuentes aplicables y a la imperatividad absoluta o relativa de la ley regulatoria.

En el caso colombiano es la jurisprudencia, sobre todo, la que ha señalado proverbialmente criterios especiales de interpretación del contrato de seguro, en particular en los últimos años, a propósito especialmente de las cláusulas de garantía, que han enriquecido los criterios tradicionales consagrados en el Código Civil y que, de contera, contribuyeron a integrar la visión jurisprudencial en el plano de las cláusulas abusivas<sup>3</sup>. Pero no hay duda de que las leyes 1328 de 2009, que estableció un régimen de protección al consumidor financiero, y 1480 de 2011, que adoptó un nuevo estatuto del consumidor, dan un marco más firme hoy, en Colombia, tanto en torno a los criterios que sirven para identificar cláusulas abusivas en el contrato de seguro como a las reglas especiales que deben presidir la interpretación de sus cláusulas, la principal de las cuales, consagrada en el artículo 34 de la última de las nombradas, establece: "Las condiciones generales de los contratos serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor. En caso de duda, prevalecerán las cláusulas más favorables al consumidor, sobre aquellas que no lo sean".

### 15.2. Normas sobre intermediarios y ajustadores

Un aspecto que se aborda en las nuevas legislaciones, particularmente en la ley panameña y en la ley mexicana a propósito de las normas de derecho público que deben orientar las funciones de los intermediarios y los ajustadores en materia de seguros, debe llamar la atención especialmente dentro de nuestro marco jurídico, en el cual desde hace años se echa de menos una adecuada y coherente regulación

3 Sobre cláusulas abusivas, Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, 2 de febrero de 2001, CCXXXI, p. 746. *Jurisprudencia y Doctrina*, abril de 2001, pp. 612 y 613.

de estos auxiliares muy importantes del mercado asegurador. Sobre ajustadores no existe legislación ninguna entre nosotros, y ya se ha mencionado la gran ambigüedad que ha sido tradicional en las normas que regulan la actividad de los intermediarios de diversas clases, en particular en lo que se refiere al alcance de sus facultades para representar a las compañías de seguro en la celebración de los contratos o en la emisión o aceptación de las ofertas.

La legislación peruana a este propósito revela una preocupación por establecer el alcance de las facultades del intermediario, sea que actúe por cuenta del asegurado o del asegurador, cuando en su artículo 37 previene que su designación por el primero solo implica el encargo de efectuar actos de administración pero no de disposición, y refiriendo estrictamente sus facultades a las reglas del mandato, cuando la designación proviene del segundo.

En el artículo 38, esta misma ley establece, de manera que es digna de considerar, la nulidad de cláusulas que prohíban o restrinjan el derecho del asegurado a participar en la designación de ajustador una vez ocurrido el siniestro. Con este mecanismo sería posible en muchos casos evitar lo que en la práctica es notorio ante la ausencia de una regla de este tipo, como es la tendencia indudable que existe entre los ajustadores que actúan exclusivamente por cuenta del asegurador de encontrar motivos muchas veces insuficientes, o poco fundados, para rechazar los reclamos.

En el proyecto de ley uniforme no existen mayores referencias a los intermediarios, y solamente en su artículo 17 hace referencia a una disposición que es muy tradicional en otras legislaciones no recientes, en el sentido de que, cuando el contrato es celebrado a través de un representante, para juzgar la existencia de inexactitudes o reticencias en la declaración del estado del riesgo se tendrán en cuenta las conductas y el conocimiento tanto del representante como del representado.

### *15.3. La cláusula compromisoria y al compromiso*

Las tendencias legislativas en esta materia son variables.

La ley peruana en su artículo 46, si bien admite la validez de las cláusulas compromisorias, remite a las disposiciones de la Superintendencia para efectos de la fijación de las cuantías a partir de las cuales esa validez se hace efectiva, con lo cual se insinúa que en casos de cuantías menores la misma se encuentra en entredicho. Y cuando se trata de contratos de seguro que entran dentro de la categoría de contratos con consumidores, remite a las normas pertinentes del estatuto del consumidor en este aspecto.

La ley chilena, por el contrario, prevé un recurso obligatorio al arbitramento en el artículo 543, salvo el caso de menores cuantías, supuesto en que el asegurado puede optar por la jurisdicción ordinaria. Además se establecen reglas procesales excepcionales para estos casos relacionados con el contrato de seguro, tanto para

los árbitros como para la jurisdicción ordinaria, que se traducen fundamentalmente en una particular libertad para la práctica y la apreciación de las pruebas. Se advierte que el árbitro no podrá ser designado en el contrato.

El proyecto de ley uniforme es muy claro en este sentido, al rechazar la validez de las cláusulas compromisorias en el contrato de seguro pero admitir sin ninguna limitación los acuerdos de compromiso que se celebren con posterioridad a la ocurrencia del siniestro (art. 84).

En Colombia, como es sabido, se han mirado tradicionalmente con desconfianza las cláusulas compromisorias que se incluyen en los clausulados generales del contrato de seguro. De hecho, en el artículo 43 del estatuto del consumidor (Ley 1480 de 2011) se define como cláusula abusiva la que obligue al consumidor a acudir a la justicia arbitral para la solución de conflictos, y la aplicabilidad de esta norma al contrato de seguro es discutida.

#### *15.4. El seguro por cuenta ajena*

La figura del seguro por cuenta reviste, como se sabe, una importancia capital en el derecho de seguros, y su disciplina legal debe ser lo más clara posible. El tomador por cuenta, que actúa a nombre propio pero por cuenta ajena, esto es, para asegurar el interés asegurable de otro, debe en principio revelar esa circunstancia expresamente en el contrato de seguro, ya que si no lo hace, por el principio de la relatividad de los contratos, resulta que no existirá estrictamente el interés asegurable como elemento esencial del contrato, y que el tomador no podrá acreditar una causa efectiva para cobrar la prestación a cargo del asegurador en caso de siniestro; lo anterior, a menos que se demuestre que el asegurador no podía ignorar la calidad en la que actuaba ese tomador, caso en el cual la persona por cuya cuenta actuaba podrá alegar un error de expedición de la póliza e invocar de ese modo el derecho a recibir esa prestación.

La situación del tomador mandatario, es un tanto diferente, porque en estos casos es el contrato de mandato el que explica la actuación del tomador, y su facultad de percibir la indemnización depende de las facultades que el mandato le haya conferido, teniendo en cuenta que es claro que, por lo menos en el caso del mandato con representación, que debe ser forzosamente el más frecuente, el tomador debe actuar no solo por cuenta sino a nombre del mandante, lo que no deja lugar a ninguna duda sobre los efectos del contrato.

Las normas de la ley colombiana están dirigidas, aunque no con la suficiente claridad, a ese objetivo, y por eso resulta de interés registrar las soluciones que las nuevas legislaciones traen al respecto.

La ley chilena, en su artículo 516, prevé que el tomador por cuenta puede cobrar la indemnización si está en posesión de la póliza, pero a continuación se dice que el asegurador puede exigir la prueba de la existencia de mandato o consentimiento del asegurado, o del hecho de que el tomador actúa en razón de una obligación

o interés legal. La ley peruana tiene una norma similar (art. 57), aunque prevé también la posibilidad de cobro para el contratante, si le ha sido o le es endosada la póliza. Es de destacar que en su artículo 55 esta ley se encarga de establecer expresamente la circunstancia que veíamos atrás, en el sentido de que, aun en los casos en que el tomador por cuenta no revele la calidad en que actúa, procede el pago del seguro, entendemos que al verdadero asegurado, cuando el asegurador conoce o debe conocer quién es el verdadero titular del interés asegurable.

El proyecto de ley uniforme tiene varias normas relacionadas con el seguro por cuenta, que parecen haber inspirado en gran parte las que se han relacionado de la legislación peruana, aunque denotan alguna confusión en torno al tema que se refiere a los derechos del tomador por cuenta, cuando está en posesión de la póliza. Realmente el hecho de que este tomador se encuentre en posesión de la póliza no debe implicar ningún inconveniente para que el asegurado ejerza sus derechos derivados del contrato de seguro, ya que lo contrario sería como asimilar la póliza de seguro a un título valor con la característica de "incorporación" que es privativa de esos documentos; en nuestra opinión las relaciones internas que puedan existir entre el tomador por cuenta y el asegurado son de su exclusivo resorte.

#### *15.5. Una nota importante sobre la estructuración del sistema de cargas impuestas al asegurado. El régimen de garantías*

Una característica tradicional en torno a la regulación de las obligaciones y cargas (nuestro Código colombiano solo se refiere a obligaciones y no utiliza el término "cargas") que derivan del contrato de seguro para la parte asegurada, y que está claramente presente en la ley colombiana actual, es la de contener la descripción específica de dichas obligaciones y cargas, a cumplir antes o después de la ocurrencia del siniestro, describir su naturaleza y la manera como deben ser cumplidas, y señalar en cada caso las consecuencias del incumplimiento, a través de un régimen que, según hemos considerado siempre, es de carácter imperativo.

Tanto el proyecto de ley uniforme como la nueva ley peruana optan por una estructura diferente, en la medida en que, independientemente de referirse en concreto a algunas de esas cargas, aluden de manera general al concepto de cargas y señalan un régimen general para sancionarlas, sugiriendo en consecuencia que pueda haber imposición de algunas de ellas por vía convencional, lo que no deja de ser un tanto preocupante debido al poder de imposición que a este respecto se deja a las compañías de seguro. Quizás esta estructura se explica en la medida en que, como se ha dicho antes, ni el proyecto de ley uniforme ni las nuevas legislaciones acogen el concepto de "garantías" (que son al fin y al cabo cargas) que sí adopta la ley colombiana.

Así pues, la ley peruana (arts. 59 ss.) previene que, en cuanto a las cargas impuestas al asegurado en el contrato de seguro, cuando las consecuencias de su incumplimiento no están previstas en la ley, su incumplimiento puede determinar

la caducidad de los derechos del asegurado, siempre y cuando el incumplimiento obedezca a dolo o culpa inexcusable; y, además, si el incumplimiento es anterior a la ocurrencia del siniestro, el asegurador debe alegar la caducidad dentro de los 30 días siguientes al conocimiento que tenga del mismo, so pena de que, de no hacerlo, pierda la facultad de impugnar el contrato. Si el siniestro ocurre antes de que el asegurador pueda alegar la caducidad, esta solo producirá efectos si el incumplimiento influyó en la ocurrencia del siniestro o su extensión. Si, por el contrario, se trata de cargas posteriores a la ocurrencia del siniestro, el asegurador se libera si el incumplimiento influyó en la extensión de la obligación asumida. En este caso, si la culpa es leve, se reduce proporcionalmente la indemnización.

Nuevamente aparece aquí la tendencia a señalar plazos muy cortos de extinción de los derechos del asegurador para impugnar el contrato, plazos que, de hecho, vienen a constituir una modificación sustancial de los términos usuales de prescripción de las acciones que normalmente tiene el asegurador para pedir la declaración judicial de nulidad del contrato, o del derecho que el asegurador tiene para alegar la terminación del contrato o cualquiera otra sanción automática que determine el incumplimiento de cargas que debe cumplir el asegurado, lo cual representa desde luego un cambio espectacular en el marco tradicional del tratamiento de este tipo de infracciones.

Lo anterior resulta importante porque en el proyecto de ley uniforme se observa, a partir del artículo 55, un régimen muy similar que revela una tendencia parecida.

El Código de Comercio chileno en su nuevo artículo 524 opta por establecer una enumeración taxativa de las obligaciones y cargas (las llama exclusivamente obligaciones) del asegurado, regulando algunas de ellas específicamente en cuanto a las consecuencias de su incumplimiento. En otro aparte de este estudio se vio cómo esta legislación, no obstante definir el concepto de garantía, no desarrolla a continuación en ninguno de sus artículos esta figura.

#### *15.6. Reclamación*

Tendencia también claramente identificable en las nuevas legislaciones es la de procurar darle claridad a la situación, por naturaleza confusa, que se origina en el reclamo directo de la prestación a cargo del asegurador por parte del beneficiario del seguro, sobre todo cuando se trata de los seguros de daños cuando este se ve en la necesidad de acreditar normalmente la ocurrencia y la cuantía del siniestro, en circunstancias en que ello es, en principio, algo de su exclusivo interés, y en lo cual el asegurador, por el contrario, no corre ninguna prisa, lo que da lugar a dilaciones muy considerables en la mayoría de los casos.

El artículo 531 de la ley chilena a este respecto consagra no otra cosa que la presunción de la ocurrencia del siniestro, entendido con el hecho que constituye la realización del riesgo asegurado: "El siniestro se presume ocurrido por un even-

to que hace responsable al asegurador". Esto equivale a decir que basta probar la pérdida para que se presuma que ha ocurrido un siniestro, esto es, la realización del riesgo amparado, lo cual excusa al asegurado de esta prueba y transfiere la carga de probar que no ha ocurrido el siniestro al asegurador, en el sentido de que no ha ocurrido una pérdida que se encuentre amparada por el seguro. Implica lo anterior un beneficio apreciable para el asegurado. Otro beneficio importante en el mismo plano se traduce en la disposición según la cual, existiendo varias causas concurrentes que determinan el siniestro, el hecho de que alguna de ellas constituya riesgo amparado por la póliza hace responsable al asegurador.

La ley peruana, en cambio, establece el principio de "causa adecuada", en el artículo II, solución diferente pero que revela una preocupación similar respecto del mismo tema.

La misma ley peruana, por su parte, en el artículo 74, consagra el concepto de "consentimiento" del siniestro por parte del asegurador, como punto de partida para el inicio de un plazo de 30 días que concede a este para efectuar el pago de la indemnización. Se entiende consentido el siniestro cuando la asegurador aprueba o no ha rechazado el convenio de ajuste firmado por el asegurado en un plazo de 10 días contados desde su notificación al asegurador. Si no está de acuerdo con el convenio de ajuste puede exigir un nuevo ajuste en un plazo no mayor de 30 días (no se entiende bien contado a partir de cuándo, ni si basta que lo exija dentro de ese término o es necesario que el nuevo ajuste se lleve a cabo dentro de él), y una vez efectuado este, podrá consentirlo o rechazarlo en forma definitiva, proponiendo una cifra diferente o proponiendo acudir a una solución judicial o arbitral. Ya se dijo que, dentro de este contexto, la intervención del ajustador debe ser acordada por ambas partes.

Si no hay convenio de ajuste, sea porque se ha considerado innecesaria la designación de un ajustador o porque este no ha concluido su trabajo, se entiende consentido el siniestro si el asegurador guarda silencio dentro de los 30 días siguientes a la presentación del reclamo acompañado de los comprobantes exigidos por la póliza. Se entiende que si objeto ese reclamo el asegurado deberá acudir a la vía judicial o arbitral.

Este régimen solo admite la variante de que, sea el ajustador, para terminar la elaboración de su informe, o sea la aseguradora, para hacer una investigación más a fondo sobre la realización o las causas del siniestro o la cuantía del mismo, soliciten a la Superintendencia, dentro de los términos anteriormente reseñados, una ampliación limitada del mismo, exigiéndose además que la Superintendencia se pronuncie sobre dichas solicitudes igualmente dentro de un plazo perentorio.

Se trata pues de un régimen estricto dentro del que se pretende limitar al máximo posible los términos con los que cuenta el asegurador para definir un reclamo, abogando por que dentro de lo posible exista primordialmente un convenio de ajuste al que debe llagarse lo más pronto posible; no obstante, sigue existiendo el problema eterno, cuándo no lo hay, de establecer el momento en que el reclamo

se perfecciona, porque, como es bien sabido, aludir a los comprobantes exigidos por la póliza no es, a este respecto, una solución adecuada siendo que las pólizas de seguro, en particular cuando se trata de seguros de daños y es necesario acreditar la cuantía de una pérdida, no están generalmente en capacidad de señalar de manera taxativa cuáles son esos documentos, y cuando hay ajustador, queda pendiente todavía la determinación del plazo inicial con el que cuenta este para llegar al convenio de ajuste, que es prácticamente imposible de determinar, en la medida en que el acuerdo requiere consentimiento del asegurado.

La nueva regulación del Código chileno en materia de seguros no se ocupa prácticamente del tema del reclamo, pero el proyecto de ley uniforme sí lo hace en extenso (art. 78). No obstante, el tratamiento de este asunto deja mucho que desear. En primer lugar el proyecto establece la noción de "razonabilidad" en torno a los derechos que el asegurador tiene de exigir informaciones al asegurado sobre la ocurrencia del siniestro y su cuantía, y en torno a las obligaciones que el asegurado tiene de proporcionárselas, razonabilidad que depende, en cada caso, de la naturaleza del seguro, las condiciones personales del asegurado y las circunstancias del siniestro, lo cual introduce desde el comienzo un elemento de gran subjetividad que tendrá que ser definido finalmente por el juez del conflicto. También obliga al asegurador, de otra parte, a ser diligente en el requerimiento de información al asegurado en el momento del reclamo, so pena de incurrir en mora, y al asegurado a no omitir su deber de información, so pena de que se consideren interrumpidos los plazos que el asegurador tiene para pagar.

A partir de estas precisiones, el asegurador dispone de un plazo de 30 días contados a partir del momento en que sea entregada la información, considerada suficiente dentro del contexto de esa razonabilidad y diligencia recíprocas, para pagar el siniestro, so pena de mora, en el entendimiento de que si guarda silencio en ese término ello comporta "aceptación del derecho, sin perjuicio de la liquidación de los daños", una solución similar a la consagrada en la ley peruana.

Esta última situación descrita marca una nueva tendencia: el silencio del asegurador frente al reclamo dentro de un término establecido a partir de la presentación del mismo implica una renuncia virtual del asegurador a objetar ese reclamo y el nacimiento consecuencial de la obligación de pago. Ya sabemos que en la ley colombiana esta situación solamente conduce a que la póliza de seguro adquiera mérito ejecutivo (art. 1053 CCo.).

#### *15.7. El aviso de siniestro y los gastos para evitar la extensión o propagación del siniestro o para evitarlo*

Respecto del aviso de siniestro, como carga que generalmente se impone al asegurado, vale la pena mencionar que la nueva ley peruana prevé la posibilidad de que la mora en su cumplimiento pueda dar lugar a la pérdida del derecho a la indemnización en caso de dolo, siempre, o en caso de culpa grave, salvo que en

este caso el incumplimiento haya influido en la verificación o determinación del siniestro; en los demás casos, como sucede en Colombia, no habrá lugar sino a la disminución del valor de la indemnización en la medida de los perjuicios que puedan haberse causado al asegurador.

La ley peruana prevé igualmente la carga para el asegurado de evitar la extensión o propagación del siniestro (art. 92), no siendo claro si los gastos en que incurra el asegurado con ese propósito se cubren aun en exceso de la suma asegurada, cuestión que resulta conveniente que sea regulada de manera expresa.

Por lo demás, se mencionan dos puntos que aparecen también dentro de las preocupaciones recientes de la doctrina en esta etapa del contrato, mismas que se relacionan con los gastos que se hacen para evitar el siniestro y con los gastos de verificación y liquidación del mismo, a los cuales no hace hasta ahora ninguna mención la ley colombiana, entendiéndose tradicionalmente que están a cargo exclusivamente del asegurado, sin que sean corrientes, por lo menos en nuestro conocimiento, acuerdos en contrario en las cláusulas contractuales. En cuanto a los gastos de verificación y liquidación del siniestro, el artículo 97 de la ley peruana no solo los coloca a cargo del asegurador, sino que establece que "no son parte de la suma asegurada"; en cuanto a los primeros, si bien no hace mención propiamente de los "gastos" realizados para evitar el siniestro, en los artículos 91 y 96 se refiere a los "actos realizados para evitar el siniestro o atenuar sus consecuencias", de una manera poco clara y dentro del contexto de la prohibición que el asegurado tiene de hacer abandono de las cosas aseguradas, o del siniestro provocado dolosamente o por culpa grave por el mismo asegurado, para excluirlos en los dos eventos.

Ley chilena en su artículo 524, al señalar las obligaciones del asegurado, se refiere expresamente a realizar los gastos que sean necesarios para prevenir el siniestro, y a continuación señala que debe el asegurador reembolsarlos en los casos de "siniestro inminente". En esta norma se prevé también la obligación del asegurado de tomar las providencias que sean necesarias para salvar las cosas aseguradas o conservar sus restos, pero en ambos casos advierte expresamente que el reembolso por parte del asegurador no podrá exceder la suma asegurada.

El proyecto de ley uniforme, a este respecto, a partir de su artículo 116 establece también la obligación del asegurado de llevar a cabo todos los esfuerzos razonables para evitar el siniestro inminente y para proceder a evitar la extensión y propagación del siniestro ya ocurrido y la del asegurador de reembolsar esos gastos, en este caso aun en exceso de la suma asegurada, eximiéndolo tan solo de aquellos que hayan sido "manifiestamente desacertados". Al igual que lo hace la ley peruana, establece que el reembolso de gastos, habiendo infraseguro, se hará también en forma proporcional, al igual que ocurre con la indemnización. En cuanto a los gastos de verificación del siniestro y liquidación del daño, también el proyecto los coloca a cargo del asegurador, sin expresar que sean en exceso de la suma asegurada (art. 77).

#### *15.8. La coexistencia de seguros*

Los efectos que en materia de seguros de daños puede tener la coexistencia de seguros, una de cuyas modalidades es precisamente el coaseguro, se traducen fundamentalmente en mecanismos que preserven el carácter indemnizatorio del seguro de daños para impedir que, en caso de siniestro, el asegurado pueda percibir indemnizaciones acumuladas en exceso del valor real de la pérdida sufrida a consecuencia del mismo. En el caso colombiano, esos mecanismos, tratándose de una coexistencia de seguros a iniciativa del asegurado, toman la forma de cargas de información que el asegurado debe proveer a los distintos aseguradores antes y después de la ocurrencia misma de los siniestros, pero en conjunto puede decirse que esas cargas están consagradas de manera muy desafortunada y confusa, y que no proveen una solución adecuada para el caso más frecuente que es el de coexistencia de seguros, misma que no es advertida por error o inadvertencia del asegurado que dispone de varias pólizas de seguro complejas que pueden repetirse respecto de determinados riesgos.

La tendencia de las nuevas legislaciones es, en general, no siendo conflictivo el caso del coaseguro, característicamente por iniciativa de los aseguradores, cuando solamente debe contarse con la aceptación o consentimiento del tomador del seguro, la de abstenerse de imponer cargas al asegurado cuando la coexistencia de seguros depende de su iniciativa, sino simplemente regular los efectos de esa coexistencia, en el entendimiento, posiblemente más sencillo, de que si el asegurado pretende beneficiarse ilícitamente con la coexistencia de seguros, o efectivamente lo hace, se trata de un caso de fraude que debe ser sancionado mediante leyes penales, o que por lo menos deja al asegurador en capacidad de proponer una acción de nulidad del contrato de seguro.

Resulta interesante registrar que la ley chilena consagra un efecto muy especial de la coexistencia de seguros, distinto al del caso colombiano en su artículo 556, que consiste en la práctica en hacer solidarias a las aseguradoras coexistentes, de tal manera que el asegurado puede dirigirse contra cualquiera o varias de ellas y, simplemente, todas en conjunto quedan con la facultad de pedir al asegurado lo que le hayan pagado de más, y cada una con la de exigir a las otras aseguradoras lo que eventualmente hubiere pagado en exceso de su propia obligación que se circunscribe, en todo caso a la larga, a la proporción que a cada una corresponda de la indemnización en caso de siniestro, según el valor asegurado en cada póliza. En el caso del coaseguro, es claro que sí hay responsabilidad proporcional.

El proyecto de ley uniforme, a partir de su artículo 98, regula lo que llama "seguro múltiple", dentro de la línea de imponer al asegurado la obligación de notificar a los distintos aseguradores sobre los seguros coexistentes, pero sin dar un término específico para el efecto, sancionando con nulidad los contratos que se hayan celebrado con intención de fraude dentro de esta perspectiva. Los aseguradores no avisados quedan sustraídos a su obligación de pagar en caso de

siniestro, pudiendo retener la prima devengada por el periodo que corre hasta el momento en que se enteran de la coexistencia. Se conserva el principio de que en caso de coexistencia los aseguradores no responden sino proporcionalmente a los valores asegurados en cada póliza, pero permitiendo la posibilidad de pactar la solidaridad con los demás coaseguradores. Adicionalmente permite que la relación entre coaseguradores se rija por relaciones de mandato que permitan al asegurador "piloto" actuar a nombre de los demás para efectos de cobro de la prima, ejercicio de la acción en subrogación y demás.

#### *15.9. Alternatividad de la obligación del asegurador*

Ese carácter especial que la ley atribuye a la obligación del asegurador y que ha sido ciertamente discutido —de ser una obligación alternativa, en la medida que puede pagar la prestación a su cargo, sea en dinero o mediante la reposición, reconstrucción o reparación de los bienes a los cuales se encuentra asociado el interés asegurable, lo que no sucede en realidad de verdad sino en los casos de seguros de daños reales— no se observa consagrado de esta manera general e imperativa, por lo demás, en las nuevas legislaciones.

La ley peruana no dice nada al respecto. La ley chilena simplemente establece, dentro del aparte correspondiente a los seguros de daños, que el asegurador debe indemnizar al asegurado en dinero, "a menos que se haya estipulado que pueda hacerlo mediante la reposición o reparación de la cosa asegurada".

El artículo 81 del proyecto de ley uniforme deja igualmente en libertad a las partes para pactar la forma de pago de la indemnización, en una norma que, a pesar de estar ubicada en la parte general de la regulación, parece solo aplicable al caso de los seguros de daños.

## CONCLUSIÓN

Son pues muchos y muy variados los temas de la disciplina del contrato, dentro de los cuales las legislaciones recientes sugieren nuevas tendencias regulatorias, dignas de ser analizadas, dentro del propósito plausible de preservar una relación, lo más pacífica posible, entre aseguradores y asegurados, así como de aminorar de esta manera la litigiosidad muy frecuente que actualmente se presenta entre ellos.

No obstante, es un hecho que no toda tendencia por ser nueva es de suyo conveniente y deseable. De manera particular en Colombia, hemos experimentado en los últimos años un serie numerosa de reformas legislativas en materias puntuales de derecho de seguros, que se han revelado apresuradas y superficiales y que, adoptadas sin un estudio previo profundo y motivadas por un interés transitorio y ocasional, han carecido de estructura y tendido a generar más problemas que los que pretenden solucionar.

Ello ha sucedido en Colombia con temas tan trascendentales como el de la acción directa y el aseguramiento de la culpa grave en el seguro de responsabilidad civil, la consensualidad del contrato de seguro, la mora en el pago de la prima, la interrupción de la prescripción, etc., en el marco de los cuales son muchas las imprecisiones, las contradicciones y los errores en que se ha incurrido.

Por lo mismo, más que nunca, la observación a profundidad y el debate sobre las alternativas que se acaban de analizar, y sobre otras que pueden identificarse más adelante, resultan necesarios particularmente a nivel de la subregión a la que pertenecemos, la cual, más que en cualquier otro tema jurídico y económico, se inscribe en el conjunto del comercio y el derecho mundiales.