

REVISTA
CILA | Comité
Ibero-Latinoamericano
de AIDA

1/2015 (enero-marzo)



REVISTA CILA (Comité Ibero-Latinoamericano de AIDA)
COORDINADOR:
Félix Benito Osma
Profesor de Derecho Mercantil U. Carlos III de Madrid.
Abogado.
Secretario General p.t. SEAIDA (Sección Española de AIDA).

SUMARIO

I. PRESENTACIÓN	1
II. ESTUDIOS DOCTRINALES.....	2
EL CONTRATO DE SEGURO A LA LUZ DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO	2
Por María Fabiana Compiani, Argentina. (Vicepresidente AIDA ARGENTINA).	
NECESIDAD DE REFORMAR LA LEY DE SEGUROS ARGENTINA	11
Por Rubén S. Stiglitz, Argentina. (Abogado).	
III. ESTUDIOS PRÁCTICOS.....	19
EL ASEGURAMIENTO DEL ROBO Y SUS MODALIDADES	19
Por Francisco Sánchez-Gamborino, España. (Abogado especialista en transporte y sus seguros, Presidente del Grupo de Trabajo "Seguro de Transporte", en SEAIDA y Vicepresidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Unión Internacional de los Transportes por Carretera [IRU, Ginebra, Suiza]).	
DE LOS ARBITRAJES EN SEGUROS	27
Por Alonso Núñez del Prado Simons, Perú. (Abogado. Presidente de AIDA PERÚ).	
IV. CONGRESOS Y JORNADAS	29
CONGRESO NACIONAL DE SEAIDA, 7 Y 8 DE MAYO, CÓRDOBA (ESPAÑA).....	29
"El contrato de seguro entre el 35 aniversario de la Ley y el Anteproyecto de Código Mercantil"	
JORNADA XIV JORNADAS DE DERECHO DE SEGUROS, LOS DÍAS 23 Y 24 DE ABRIL, MONTE-VIDEO (URUGUAY).....	35
V. LEGISLACIÓN EUROPEA DE SEGUROS	36
LEY DE SEGUROS 2015 DEL REINO UNIDO (THEINSURANCEACT 2015)	36
REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2015/35 DE LA COMISIÓN, DE 10 DE OCTUBRE DE 2014, POR EL QUE SE COMPLETA LA DIRECTIVA 2009/138/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO SOBRE EL ACCESO A LA ACTIVIDAD DE SEGURO Y DE REASEGURO Y SU EJERCICIO (SOLVENCIA II)- DOUE L 12, DE 17 DE ENERO 2015	39
Por Félix Benito Osma Profesor de Derecho Mercantil U. Carlos III de Madrid. Abogado. Secretario General p.t. SEAIDA (Sección Española de AIDA).	
VI. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA.....	44
Por Félix Benito Osma Profesor de Derecho Mercantil U. Carlos III de Madrid. Abogado. Secretario General p.t. SEAIDA (Sección Española de AIDA).	
I. RESPONSABILIDAD CIVIL.....	44
<i>Caída entre los huecos de los vagones de metro. Transporte de riesgo y omisión de medidas de seguridad destinadas a evitar la caída por el transportista.</i>	44
II. SEGURO DEL AUTOMOVIL.....	45
1. <i>La cláusula de exclusión cobertura de daños y perjuicios causados por conductor no autorizado expresamente menor de 26 años despliega sólo efectos fuera del ámbito del seguro obligatorio. La repetición del asegurador se limita a las causas previstas en la Ley y no a las previstas en el contrato.</i>	45
2. <i>Acción de repetición: el "días a quo" será el de la sentencia que reconozca la existencia de la causa.</i>	45
3. <i>Acción de repetición del asegurador: procedencia en el seguro voluntario y complementario del obligatorio cuando se excluye y acepta por el tomador la cobertura por embriaguez del conductor.</i>	46
III. SEGURO DE VIDA	47
1. <i>Producto estructurado de inversión instrumentado en un seguro de vida unit linked: nulidad por incumplimiento del deber de información adecuada y exigible sobre la naturaleza del producto y los riesgos asociados con condena solidaria a las entidades bancaria y aseguradora perteneciente al grupo.</i>	47
2. <i>Cuestionario de salud: inexistencia de dolo o culpa grave del tomador que omite la incapacidad rellenado por el empleado de banco y cuya existencia era evidente a simple vista.</i>	47

I. PRESENTACIÓN

BIENVENIDOS !!!

Con gran entusiasmo, estamos iniciando una nueva gestión en CILA y una nueva edición de su Boletín, el cual seguramente servirá para comunicarnos mejor.

En dicha gestión, esperamos poder llevar adelante desafiantes planes que sigan impulsando al Comité, como un ámbito académico de referencia, y a la vez fraterno, así como un medio profesional que ofrezca un retorno positivo para todas las secciones que lo integran. Por sobretodo, esperamos sea un ambiente favorable al desarrollo profesional y humano de las valiosas personas que lo componen.

Tenemos cuatro años por delante y procuraremos en ese período impulsar a nuestro estimado CILA hacia la profesionalización y la concreción de proyectos, algunos de los cuales ya fueron iniciados por los distinguidos profesores que me han precedido en la Presidencia del CILA y para cuya instrumentación contamos con atentos colaboradores a quienes corresponde agradecer desde ya su esmerada dedicación.

En este contexto, invito a los miembros de las secciones nacionales y a todos los interesados en el Derecho de Seguros a integrarse con entusiasmo a la labor del CILA, a sus proyectos, a sus grupos de trabajo, a sus congresos internacionales, a los eventos de las secciones nacionales, a la actividad académica en general impulsada por AIDA y por CILA.

Asimismo, les recuerdo que los proyectos de CILA no son de su Presidente. Este puede idearlos, proponerlos e impulsar su cumplimiento, pero es necesario contar con la cooperación y el compromiso de las distintas secciones, de las valiosas personas que las integran, para su positivo avance.

Los animo, pues, a acompañarnos en estos años de gestión, y a perseverar junto al CILA en sus esfuerzos por lograr una Ibero-Latinoamérica cada vez más unida y pujante, en procura del constante desarrollo del Derecho de Seguros y de la fraterna hermandad ibero-latinoamericana.

Dra. Andrea Signorino Barbat

Presidenta de CILA

Período 2014-2018

II. ESTUDIOS DOCTRINALES

EL CONTRATO DE SEGURO A LA LUZ DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO

Por María Fabiana Compiani, Argentina. (Vicepresidente AIDA ARGENTINA).

Sumario: a) Preliminar. b) El nuevo Código Civil y Comercial y las leyes especiales existentes. Interpretación y diálogo de fuentes. c) La clasificación de los contratos en el nuevo Código. d) El contrato de seguro como contrato por adhesión. e) El contrato de seguro como contrato de consumo. f) La tutela del consumidor en el nuevo Código y su aplicación al contrato de seguro de consumo. g) Conclusiones con relación al contrato de seguro a la luz del nuevo Código Civil y Comercial.

a) Preliminar:

La Comisión de Reformas de los Códigos Civil y Comercial de la República Argentina integrada por los Doctores Ricardo Luis Lorenzetti (como Presidente), Elena Highton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci, designada por el decreto presidencial 191/2011, presentó al Poder Ejecutivo Nacional el 27 de marzo de 2012, el “Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación” y sus Fundamentos, en los que se detalló tanto el método como los principios que inspiraron ese trabajo.

Se abrió a partir de dicho momento un compás de espera impuesto por su estudio por parte del Poder Ejecutivo Nacional a los fines de su presentación al Congreso Nacional, lo que se concretó el 8 de junio de 2012, con importantes reformas introducidas por el Poder Ejecutivo Nacional.

A partir del mes de agosto de 2012, comenzó su tratamiento por la Comisión bilateral designada por el Honorable Congreso de la Nación y la realización de numerosas audiencias públicas en buena parte del territorio nacional, alcanzando la aprobación por el Senado con nuevas modificaciones el 28 de noviembre del 2013.

Finalmente, en la sorpresiva sesión del 1º de octubre de 2014 fue sancionado por la Excma. Cámara de Diputados de la Nación y el pasado 7 de octubre fue promulgado por el Poder Ejecutivo Nacional con el número de Ley 26.994. La norma disponía su vigencia a partir del 1º de enero de 2016 como Código Civil y Comercial de la República Argentina. Sin embargo, los compases políticos determinaron que la Ley 27.077 adelantara su vigencia para el 1º de agosto de 2015.¹

Trazaremos, algunos lineamientos sobre su influencia en el contrato de seguro y en la nueva normativa consumerista de aplicación a éste, sin pretender agotar la cuestión, lo que excedería lógicamente el espacio de este comentario.

b) El nuevo Código Civil y Comercial y las leyes especiales existentes. Interpretación y diálogo de fuentes:

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

¹ ARTÍCULO 1º — Sustitúyase el artículo 7º de la ley 26.994 por el siguiente: Artículo 7º: La presente ley entrará en vigencia el 1º de agosto de 2015.

Ello constituye sin duda un criterio interpretativo valioso.² En este sentido, la finalidad de la nueva normativa general es respetar los sistemas normativos especiales, como el seguro.³

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

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

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

c) La clasificación de los contratos en el nuevo Código:

En materia contractual, el Proyecto distingue diversos tipos de contratos y los regula de forma diferente. Por una parte, desarrolla los contratos discrecionales, celebrados entre iguales, en los que el contenido contractual es fruto de la negociación de las partes. En ellos rige plenamente la autonomía privada con el único límite impuesto por el orden público, la moral y las buenas costumbres.

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

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

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

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

³ ARTÍCULO 963.- Prelación normativa. Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código.

d) El contrato de seguro como contrato por adhesión:

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

El supuesto regulado no es un tipo general del contrato, sino una modalidad del consentimiento. Docentemente, se explica en los fundamentos que en este caso “*hay una gradación menor de la aplicación de la autonomía de la voluntad y de la libertad de fijación del contenido en atención a la desigualdad de quien no tiene otra posibilidad de adherir a condiciones generales*”.

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

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

Conciérne a la aceptación, por tanto no debe ser confundida con la predisposición, ya que en el contrato predispuesto el oferente tiene un plan o programa de contratación, en tanto la adhesión es un modo de aceptar la propuesta; aquello es objetivo y esto subjetivo.⁴

La libertad contractual del adherente se limita a la autodecisión (facultad de contratar o no contratar) y si se trata de bienes imprescindibles, ni siquiera aquélla existe. La autorregulación, como facultad de concertar las cláusulas del contrato, desaparece en lo absoluto. La igualdad y libertad económicas se encuentran desequilibradas. Ello determina la necesidad de examinar desde afuera el contenido contractual para asegurarse de la inexistencia de vicios invalidantes en el consentimiento residualmente prestado, o la existencia de cláusulas abusivas.⁵

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

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

Lo propio disponían los anteriores intentos modificatorios de la legislación de fondo: el Proyecto de Unificación de 1987, el de Diputados y del Poder Ejecutivo de 1993⁶, así como el de 1998.⁷

Se fija un criterio general amplio en materia de cláusulas abusivas que comprende no sólo a los contratos por adhesión, sino también a aquéllos cuyo contenido es predispuesto.⁸ Se elude de esta forma un elenco

4 ALTERINI, Atilio A, *Contratos Civiles, Comerciales, de Consumo, Teoría General*, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1998, n° 12, p. 134.

5 STIGLITZ, Rubén S., *Contratos Civiles y Comerciales, Parte General*, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1998, n° 219, p. 253.

6 STIGLITZ, Rubén S.-STIGLITZ, Gabriel A., *Reformas al Código Civil, Contratos*, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1993, n° 39, p. 149.

7 Arts. 899, incisos c) y d), 905, 906, 965, sección segunda (arts. 968/970), 10032 y 1033 del Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el Código de Comercio, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, págs. 320 y sgtes.

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

de cláusulas abusivas y la problemáticas que ello acarrea en cuanto a su desactualización y adecuación a las contrataciones específicas.

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

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

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

e) El contrato de seguro como contrato de consumo:

El estado actual de las relaciones entre la Ley de Seguros y la de la Defensa de los Consumidores y Usuarios en Argentina fue especialmente evaluado en el nuevo Código Civil y Comercial. En sus fundamentos se destaca que *“En la jurisprudencia, el principal problema es que se terminan aplicando principios protectorios propios de la tutela del consumidor a los contratos de empresas, con deterioro de la seguridad jurídica. En la doctrina, hay muchos debates derivados de la falta de una división clara en la legislación. Los autores más proclives al principio protectorio hacen críticas teniendo en mente al contrato de consumo que pretenden generalizar, mientras que aquellos inclinados a la autonomía de la voluntad, principalmente en materia comercial, ven una afectación de la seguridad jurídica. El problema es que hablan de objetos diferentes”*.

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

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

En materia de interpretación y prelación normativa, se establece el carácter preeminente de la regulación del contrato de consumo.⁹ En los fundamentos se lee que *“...ninguna ley especial en aspectos similares puede derogar esos mínimos...”*.

A ello se agrega que *“...es considerable el beneficio en cuanto a la coherencia del sistema, porque hay reglas generales sobre prescripción, caducidad, responsabilidad civil, contratos, del Código Civil que complementan la legislación especial”*.

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

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

⁹ ARTICULO 1094.- Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.

f) La tutela del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial y su aplicación al seguro de consumo:

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

La noción amplia, que recepta a quien está expuesto a una relación de consumo, se limita a prácticas abusivas lo que aparece como absolutamente razonable (art.1096).¹⁰

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

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

A tono con lo expuesto, se restringía la noción de consumidor conforme la Directiva de la Comunidad Europea (es la persona que actúa fuera de su actividad profesional) y española (es el destinatario final de bienes o servicios, entendiéndose por tal aquel que no los inserta en un proceso económico en el que él se encuentra inmerso).¹¹

Al desaparecer del concepto de consumidor¹² el segundo requisito: la ausencia de vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, algunos interpretarán que al omitir la exigencia de la no profesionalidad, subsistirá el conflicto interpretativo acerca si el profesional deberá ser considerado consumidor o no. Por el contrario, la respuesta seguirá siendo que solo podría ser considerado como tal si consume sin relación a su actividad profesional, porque igualmente se exige el destino final de consumo.

Se mantuvo, en cambio, la exclusión del bystander del concepto general de consumidor y se lo mantiene, exclusivamente, para ampliar la legitimación en materia de prácticas abusivas.

Asimismo, se modifica la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios (en el señalado art. 1 que determina el concepto de relación de consumo, como en el relativo a prescripción).¹³

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

11 DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, Ponente General, *Las condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas*, Fundación BBV-Ed. Civitas, Madrid 1996, p. 37.

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

13 Artículo 50.- Prescripción. “Las sanciones emergentes de la presente ley prescriben en el término de TRES (3) años. La prescripción se interrumpe por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas.”

Ello sin duda pondrá fin a una de las materias de mayor litigiosidad en materia de seguros.

En el Anteproyecto se modificaban los arts. 40 bis y 52 bis (receptoras de las regulaciones de los daños directos y punitivos, respectivamente). En cambio, el nuevo Código Civil y Comercial ahora reforma la primera norma de forma tal que recoge buena parte de las críticas que ambas disposiciones habían merecido en nuestra doctrina. Sin embargo, respecto a la introducción de los daños punitivos en materia de consumo deja subsistentes buena parte de las críticas que formula doctrina nacional sobre los requisitos de su procedencia y el destino de la multa.

En materia de daños directos, se los restringe a los daños materiales con expresa exclusión de los daños a la persona del consumidor, no se establece límite económico y se intenta salvar las inconstitucionalidades del régimen vigente, denunciadas por la doctrina.¹⁴

En cuanto a los daños punitivos,¹⁵ la nueva redacción del Anteproyecto superaba las fundadas críticas a las que se somete hoy la figura incluida por la Ley 26.361, en la medida que su destino será fijado por el juez conforme resolución fundada y sólo podrá ser impuesta a pedido de parte y ante la existencia de una conducta que configure un grave menosprecio a los derechos del consumidor. Por otra parte, su cuantía se encontraba adecuadamente objetivada por la referencia a media docena de estándares de ponderación.

También aquí la supresión de esa modificación en el ámbito del Senado de la Nación no puede considerarse valiosa, merced a las muy justas críticas que mereciera la Institución defectuosamente recibida en la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Con respecto estrictamente al régimen de responsabilidad civil y con decisiva influencia en los contratos que se celebren sobre este riesgo, corresponde considerar que la redacción original del Anteproyecto incluía una Sección sobre los daños a los derechos de incidencia colectiva, que ha sido suprimida por el Poder Ejecutivo Nacional (art. 1745/1748).

Asimismo, la observación formulada por el Poder Ejecutivo declara inaplicable la normativa del Código a la responsabilidad del Estado (directa o subsidiaria, lícita o ilícita) o de los funcionarios públicos (arts. 1764/1766). En el mismo sentido, consagra la inaplicabilidad de las astreintes a las autoridades públicas (art. 804).

14 Artículo 40 bis.- *“Los organismos de aplicación pueden fijar las indemnizaciones para reparar los daños materiales sufridos por el consumidor en los bienes objeto de la relación de consumo. Esta facultad sólo puede ser ejercida por organismos de la administración que reúnan los siguientes requisitos:*

a) la ley de creación les ha concedido facultades para resolver conflictos entre particulares y la razonabilidad del objetivo económico tenido en cuenta por el legislador para otorgarles esa facultad es manifiesta;

b) están dotados de especialización técnica, independencia e imparcialidad indubitadas;c) conforme con la ley de creación, sus decisiones gozan de autoridad de cosa juzgada y son susceptibles de cumplimiento forzoso según las reglas relativas a la ejecución de sentencias;

d) sus decisiones están sujetas a control judicial amplio y suficiente.

Este artículo no se aplica a las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos del consumidor, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas, las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida ni, en general, a las consecuencias no patrimoniales.”

15 Artículo 52 bis.- *“Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho, provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en este artículo. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.”*

Por último, en materia de obligaciones de dar moneda extranjera *“se vuelve al sistema del Código Civil, anterior a la ley de convertibilidad (art. 765) al dar oportunidad al deudor de liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal”*.

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

En el contrato de consumo, el control de las cláusulas abusivas no se limita al contenido contractual, sino también a la incorporación de las cláusulas contractuales. Por esta razón, podrá ser declarada abusiva una cláusula aún cuando el consumidor la apruebe: *“Esta regla se aplica aunque el contrato de consumo sea de adhesión o no, porque la adhesión (que es un problema de incorporación de la cláusula) es indiferente; lo que importa es que sea de consumo”*.¹⁶

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

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

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

Finalmente, se establecen las facultades judiciales sobre cláusulas abusivas.¹⁷

Se consagra una obligación general de información, que hace a la transparencia informativa en los contratos de consumo. Preceptúa la norma que los proveedores deben poner en conocimiento del consumidor, en la medida de sus conocimientos, las características esenciales del bien o del servicio y toda otra circunstancia relevante para la celebración del contrato.¹⁸

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

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

En materia del deber de información, enfocado en la vulnerabilidad técnica derivada del medio utilizado,

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

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

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

se establece que la oferta que se expone en estos medios estará vigente durante el tiempo en que permanezca accesible, y el oferente debe comunicar la recepción de la aceptación.

Se prevé el derecho a la revocación y se fija el plazo de su ejercicio en 10 días.

En cuanto al lugar de cumplimiento del contrato, se establece que es aquél en que el consumidor hubiera recibido la prestación, lo que fija a su vez la jurisdicción aplicable. Estas normas completan las existentes en los arts 32, 33, 34 de la ley especial (Ley 24.240 modificada por la Ley 26.361).

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

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

Si bien en materia de contrato de seguro de consumo, resulta de aplicación preeminente la normativa consumerista y la interpretación debe hacerse conforme el principio de protección al consumidor, al modificarse el art. 50 de la Ley 24.240 y resultar éste solo aplicable a las sanciones administrativas, y si bien el plazo de prescripción genérico del contrato de consumo que será el de 5 años, éste solo será aplicable si no existe un plazo especial (arts. 2532), como en el caso, el de la Ley de Seguros, es el de un año previsto en el art. 58 de la Ley de Seguros.¹⁹

El escaso plazo prescriptivo justifica la modificación de la Ley de Seguros.

g) Conclusiones con relación al contrato de seguro a la luz del nuevo Código Civil y Comercial:

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

En primer lugar, se destaca el respeto que evidencia por la aplicación de la normativa técnica propia del contrato de seguro, con el solo límite que bajo amparo de la aplicación estricta de tal sistema, no podrían violentarse los derechos garantidos por la Constitución Nacional.²⁰

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

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

La reserva de la figura del bystander, ampliando la noción del consumidor, sólo en materia de prácticas abusivas, coincide con el reclamo de la doctrina y la interpretación de la figura en el derecho comparado, aventando el peligro de interpretaciones que desborden la figura.²¹

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

20 LORENZETTI, Ricardo L., "Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", LL 23.04.12, p. 1.

21 COMPIANI, María Fabiana, "Seguro obligatorio y voluntario", LL 2012-B, 1119.

El nuevo Código, indudablemente, pondrá fin a confusiones conceptuales e interpretaciones difusas, que tanta inseguridad jurídica han generado, contribuyendo a la consagración de la necesaria armonización de nuestro derecho privado.

La disparidad de criterios en doctrina y jurisprudencia acerca de la aplicación de la ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios al contrato de seguro, con la consiguiente mengua del principio de seguridad jurídica, torna conveniente transitar el camino que permita la armonización de ambas normativas.

En ese sentido, se debe comenzar por reconocer que el contrato de seguro constituye un contrato de consumo cuando se celebra a título oneroso, entre un consumidor final y una persona jurídica, que actuando profesionalmente, se obliga mediante el pago de una prima, a prestar un servicio cual es la asunción del riesgo previsto en la cobertura asegurativa. En consecuencia, resulta aplicable al contrato de seguro celebrado con destino final de consumo, en cuanto resulte pertinente, las disposiciones de la ley de protección al consumidor.

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

Sin perjuicio de ello, el asegurado en este caso no queda desprotegido ya que cuenta con la tutela propia de las normas que rigen el contrato de seguro y la actividad aseguradora, así como aquellas que rigen los contratos por adhesión.

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

Por hipótesis, no podrá sostenerse que la eximición de responsabilidad del asegurador por la culpa grave o dolo del asegurado (art. 70 y 114 de la LS, los que resultan obligatorios conforme el art. 118 de Ley de Seguros) no sea invocable por el asegurador, pero sí podrá juzgarse conforme la norma de defensa de los consumidores y usuarios (art. 37) que resulta abusiva la cláusula que extiende la eximente a los casos por culpa grave de quien no es el asegurado, porque amplía los derechos del predisponente y restringe el derecho del asegurado en perjuicio de éste.

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

Por otra parte, la exclusión del sujeto expuesto a la relación del consumo del concepto general de consumidor, contribuirá sin duda a encauzar los debates y el juzgamiento de los seguros de responsabilidad civil, aún en caso que su contratación sea dispuesta obligatoriamente por la ley.

En este sendero, compartimos las soluciones que aporta el nuevo Código Civil y Comercial, el que, a pesar de las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo Nacional y en el Senado, en materia de contrato de seguro permitirá poner fin a confusiones conceptuales e interpretaciones difusas, que tanta inseguridad jurídica han generado, contribuyendo a la consagración de la necesaria armonización de nuestro derecho privado, encauzando las relaciones entre el derecho de seguros y el de consumo.

NECESIDAD DE REFORMAR LA LEY DE SEGUROS ARGENTINA

Por Rubén S. Stiglitz, Argentina. (Abogado).

Sumario: 1. Antecedentes de la Ley de Seguros argentina. 2. Dos primeras conclusiones. 3. Régimen sancionatorio. Diferencias entre el Anteproyecto Halperin y la Ley de Seguros: I. Reticencia. II. Caducidad. III. Agravación del riesgo. IV. Denuncia del siniestro. 4. Conclusiones.

1.- ANTECEDENTES DE LA LEY DE SEGUROS

En el año 1958, el Poder Ejecutivo Nacional encomendó al Dr. Isaac Halperin la elaboración de un anteproyecto de Ley de Seguros el que fue presentado al Poder Ejecutivo el 9 de junio de 1959.

El 6 de mayo de 1959, el Poder Ejecutivo dictó el decreto 5495 por el que se constituyó una “Comisión Asesora, Consultiva y Revisora” que quedó integrada por “distintos sectores interesados en la reforma”, entre los que se podían contar la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires (Michelson) y de Córdoba (Cámara), el Poder Judicial (Duncan Parodi); la Federación Argentina de Colegios de Abogados (Yadarola); la Superintendencia de Seguros de la Nación, el Instituto Nacional de Reaseguros, la Asociación Argentina de Compañías de Seguro, la Asociación de Aseguradores Extranjeros, la Asociación Argentina de Cooperativas y Mutualidades de Seguros y la Federación Argentina de Colegios de Abogados.

La Comisión se reunió por primera vez el 23 de junio de 1959 y su primera decisión consistió en fijar un plazo prudencial para “efectuar un estudio general del anteproyecto Halperin”. Relata el Dr. Morandi, secretario de la “Comisión”, que los trabajos eran lentos, por lo que se optó por “modificar el sistema de trabajo” que consistió en “designar una subcomisión”. La misma estuvo integrada por el propio Morandi en representación de la Superintendencia de Seguros; por el Dr. Halperin en su carácter de autor del anteproyecto “en observación”; por un representante de la Asociación Argentina de Compañías de Seguros (Mackinlay Zapiola) y por otro de la Asociación de Aseguradores Extranjeros en la Argentina (Oneto). Como se advierte, quedaron excluidos los Profesores Héctor Cámara; Horacio Duncan Parodi, Guillermo Michelson y Mauricio Yadarola, precisamente aquellos que constituían un primer nivel en el Derecho Comercial de Argentina.

La “Comisión” elevó el anteproyecto al Poder Ejecutivo el 10 de mayo de 1961 el que, desde entonces, y hasta el año 1967 no fue objeto de consideración por las autoridades nacionales.

En este último año, el Ministro de Justicia, Dr. Conrado Etchebarne (h) anunció que era su propósito encarar un plan general de reformas a toda la legislación vigente. A los fines de considerar el anteproyecto de “Ley de Seguros” designó una Comisión integrada por los Dres. Gervasio Colombres, Rodolfo Fontanarrosa y Guillermo Michelson cuya decisión inicial, consistió en tomar como base el Anteproyecto de Comisión elevado al Poder Ejecutivo el 10 de mayo de 1961 y no el “Anteproyecto Halperin”.

Dicho criterio fue aceptado por el Poder Ejecutivo tal como fue propuesto. De esa manera se sancionó el 30 de agosto de 1967 la “Ley de Seguros” actualmente vigente, que lleva el nro. 17.418 y que comenzó a regir el 1 de julio de 1968.

2.- DOS PRIMERAS CONCLUSIONES

Una primer conclusión está relacionada con la circunstancia que la “Subcomisión” a que quedó reducida la “Comisión” creada por decreto 5495/59, se hallaba integrada por el autor del anteproyecto; por un representante de la Superintendencia de Seguros de la Nación, y por dos representantes de las entidades que agrupaban a las aseguradoras nacionales, por una parte y extranjeras, por la otra. No medió representación académica.

O dicho de otro modo, la integración de la Comisión quedó acotada en lo que hace a la representación empresaria, a un miembro de la Asociación Argentina de Compañías de Seguros y por otro de la Asociación de Aseguradores Extranjeros en la Argentina.

Y una segunda conclusión, conexas con la anterior, es que aconteció lo previsible: prevaleció la opinión mayoritaria, la del sector asegurador y, con ello, el abandono y reemplazo de normas esenciales del “Anteproyecto Halperin”.

Lo real (lo acontecido), consistió, al cabo, en la supresión de disposiciones contenidas en el “Anteproyecto Halperin”, establecidas con un criterio que tenía, inequívocamente, como propósito, la preservación del equilibrio contractual y de la vida del vínculo y reemplazadas por disposiciones que favorecían (favorecen) la posición contractual del asegurador o menguaban indistintamente el contrato o el derecho del asegurado. Todo ello, predominantemente, en el régimen sancionatorio.

3.- RÉGIMEN SANCIONATORIO. DIFERENCIAS ENTRE EL ANTEPROYECTO HALPERIN Y LA LEY DE SEGUROS

I.- RETICENCIA

El anteproyecto Halperin de 1959 (artículo 5) sólo sancionaba con la anulabilidad del contrato, la reticencia o falsa declaración cometida con dolo o culpa grave.

La Comisión se apartó del anteproyecto Halperin, logrando que la Ley de Seguros estableciera que la sanción de anulabilidad sea aplicable a todo tipo de reticencia, aún la cometida de buena fe, con culpa.

Ello constituye un error de apreciación y de técnica legislativa ya que, así como se justifica que el efecto sancionatorio que conlleva la reticencia o falsa declaración dolosa sea la anulación del acto, la obrada simplemente con culpa, conceptualmente supone la inexistencia de malicia, por lo que no es justificada la asimilación de las consecuencias.

De allí que en el anteproyecto que nos pertenece, hallamos propuesto las siguientes normas:

Reticencia.

Reticencia dolosa. Concepto.

Artículo 10. Toda reticencia o falsa declaración de circunstancias conocidas o que debían ser conocidas por el asegurado, que hubiese impedido el contrato o modificado sus condiciones si el asegurador hubiese sido informado del verdadero estado del riesgo, hace nulo el contrato si media dolo o culpa grave del asegurado, aún cuando las circunstancias omitidas o falseadas no hayan influido en la producción de siniestros.

Plazo para deducir la anulabilidad.

Artículo 11. La anulación del contrato podrá ser deducida como pretensión, excepción o reconvención, dentro del plazo de prescripción correspondiente a las acciones que nacen del contrato de seguro.

Plazo para pronunciarse.

Artículo 12. Como presupuesto de admisibilidad de la pretensión o excepción de anulación del contrato, el asegurador dispone de un plazo de treinta días para pronunciarse adversamente acerca del derecho del asegurado. A esos fines, el pronunciamiento del asegurador deberá ser notificado por medio fehaciente.

Carga de la prueba.

Artículo 13. La carga de la prueba de la reticencia o falsa declaración incumbe al asegurador quien, a esos fines, podrá valerse de todos los medios de prueba, incluso el de presunciones cuando, razonablemente, pueda presumirse que el asegurador no habría celebrado el contrato o lo habría concluido en condiciones más gravosas.

Falta de dolo.

Efectos sobre las primas y sobre los siniestros.

Artículo 14. Si la reticencia no obedece a dolo o culpa grave del asegurado y es constatada antes de que se produzca el siniestro, el asegurador deberá ofrecer al asegurado la revisión del contrato en un plazo de treinta días computados desde aquélla constatación. El ofrecimiento contendrá un ajuste en las primas y/o en la cobertura y un plazo de diez días para que el asegurado se pronuncie por la aceptación o el rechazo.

Revisión aceptada.

Artículo 15. Si la revisión es aceptada, el reajuste de la prima deberá pagarse dentro de los treinta días. En los seguros de vida el reajuste puede ser impuesto al asegurador cuando la nulidad fuere perjudicial para el asegurado, si el contrato fuere reajutable a juicio de peritos y se hubiera celebrado de acuerdo a la práctica comercial del asegurador.

Si el contrato incluye varias personas o intereses, se aplica el artículo 91.

Reticencia no dolosa (cont.). Revisión no aceptada. Efecto sobre las primas y las indemnizaciones en caso de siniestros.

Artículo 16. En defecto de aceptación, el asegurador podrá rescindir el contrato mediante declaración recepticia dirigida al asegurado en el plazo de treinta días computados desde el vencimiento del plazo de diez días fijado en el artículo anterior. Corresponden al asegurador las primas correspondientes al período en curso al momento en que efectúe la declaración.

Si la constatación es posterior a la producción de un siniestro, la indemnización debida, se reduce en proporción a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la real entidad del riesgo.

Reajuste del seguro de vida después del siniestro.

Artículo 17. En los seguros de vida, cuando el asegurado fuese de buena fe y la reticencia se alegase en el plazo del artículo 5, después de ocurrido el siniestro, la prestación debida se reducirá si el contrato fuese reajutable conforme al artículo 6.

Dolo o mala fe.

Artículo 18. Si la reticencia fuese dolosa o de mala fe, el asegurador tiene derecho a las primas de los períodos transcurridos y del período en cuyo transcurso invoque la reticencia o falsa declaración.

Siniestro en el plazo para impugnar.

Artículo 19. En todos los casos, si el siniestro ocurre durante el plazo para impugnar, el asegurador no adeuda prestación alguna, salvo el valor de rescate que corresponda en los seguros de vida.

II.- CADUCIDAD

El anteproyecto Halperin (artículo 32) establecía la caducidad de los derechos del asegurado cuando el incumplimiento obedecía a su dolo o culpa grave para todos aquellos supuestos de inobservancia de cargas convencionales.

La Comisión se apartó del citado anteproyecto logrando que la Ley de Seguros (artículo 36 inc. b), establezca la caducidad de los derechos del asegurado por el incumplimiento de las cargas posteriores al siniestro (por ejemplo, denuncia del siniestro), sin formular distinción alguna, por lo que son aplicables aún cuando obedezcan a buena fe del asegurado, bastando que el incumplimiento haya influido en la extensión de la obligación asumida.

La Comisión no dudó en frustrar el derecho del asegurado que obró de buena fe.

De allí que en el anteproyecto hallamos incorporado las siguientes disposiciones:

Caducidad.

Caducidad convencional.

Artículo 76. Cuando por esta ley no se ha determinado el efecto del incumplimiento de una carga impuesta al asegurado, las partes pueden convenir la caducidad de los derechos del asegurado si el incumplimiento obedece a su dolo o culpa grave, de acuerdo al siguiente régimen:

Cargas anteriores al siniestro.

Artículo 77. Si la carga debe cumplirse antes del siniestro, el asegurador deberá alegar la caducidad dentro del mes de conocido el incumplimiento.

Cuando el siniestro ocurre antes de que el asegurador alegue la caducidad, se libera del pago de su prestación si el incumplimiento influyó en el acaecimiento del siniestro o en la extensión de su obligación.

Cargas posteriores al siniestro.

Artículo 78. Si la carga debe ejecutarse después del siniestro, el asegurador se libera por el incumplimiento si el mismo influyó en la extensión de la obligación asumida.

Incumplimiento de cargas por culpa o negligencia.

Artículo 79. Si el incumplimiento por el asegurado de cargas, anteriores o posteriores al siniestro, obedece a culpa o negligencia y de ello resulte un perjuicio para el asegurador, éste tiene derecho a reducir la indemnización hasta la concurrencia del perjuicio sufrido.

Efectos sobre la prima.

Artículo 80. En caso de caducidad, corresponde al asegurador la prima por el período en curso al tiempo en que conoció el incumplimiento de la carga.

III.- AGRAVACION DEL RIESGO

El anteproyecto Halperin (artículo 33), establecía que *“la agravación del riesgo asumido por el asegurador se tomará en consideración sólo si es importante...”*

Se establecía que la agravación del riesgo debía ser denunciada al asegurador y su omisión motivaba su liberación si la inobservancia de la carga informativa no generaba daño al asegurador.

La Comisión se apartó del mencionado anteproyecto y logró que la Ley de Seguros (art. 37), sancione con rescisión la agravación del riesgo, sin consideración ni a (a) su importancia ni a (b) su influencia sobre la medida de la prestación a cargo del asegurador.

Fue por ello que en el anteproyecto incluimos el siguiente régimen:

Agravación y disminución del riesgo.

Agravación del riesgo. Concepto y rescisión.

Artículo 81. Toda agravación importante del riesgo asumido que, si hubiese existido al tiempo de la celebración, hubiera impedido el contrato o modificado sus condiciones, es causa especial de rescisión del mismo.

Denuncia.

Artículo 82. El tomador debe denunciar al asegurador las agravaciones causadas por un hecho suyo, antes de que se produzcan, y las debidas a un hecho ajeno, inmediatamente después de conocerlas.

En el seguro por cuenta ajena, la denuncia también recae sobre el asegurado que conozca las circunstancias que agraven el riesgo.

Efectos: agravación provocada por el tomador.

Artículo 83. Cuando la agravación se deba a un hecho del tomador, la cobertura queda suspendida. El asegurador, en el término de siete días podrá notificarle su decisión de rescindir o proponerle una modificación del contrato con efecto retroactivo a la fecha de la agravación. En tal caso, el tomador dispone de quince días para aceptarla, computados desde la recepción de la propuesta.

Efectos: agravación por hecho ajeno al tomador.

Artículo 84. Cuando la agravación resulte de un hecho ajeno al tomador, o si éste debió permitirlo o provocarlo por razones ajenas a su voluntad, el asegurador podrá notificarle su decisión de rescindir dentro del término de un mes y con un preaviso de siete días o, en este mismo plazo, proponerle una modificación del contrato con efecto retroactivo a la fecha de la agravación.

En tal caso, el tomador dispone de quince días para aceptarla, computados desde la recepción de la propuesta.

Efectos en caso de siniestro.

Artículo 85. Si el tomador o, en su caso el asegurado, omite denunciar la agravación, el asegurador se halla liberado de su prestación si el siniestro se produce mientras subsista la agravación del riesgo, excepto que:

- a) El tomador o, en su caso, el asegurado, haya incurrido en la omisión o demora sin culpa o negligencia;
- b) Si la agravación del riesgo no influyó en la producción del siniestro ni sobre la medida de la prestación a cargo del asegurador;
- c) Si no ejerció el derecho de rescindir o de proponer la modificación del contrato en los plazos previstos por los artículos 83 y 84;

d) Hubiera conocido la agravación, al tiempo en que debía hacerse la denuncia.

Efectos sobre la prima reajustada por agravación.

Artículo 86. En los casos de agravación en que corresponda el reajuste, la diferencia deberá pagarse dentro del mes de comunicada fehacientemente al asegurado.

Efectos de la rescisión.

Artículo 87. La rescisión del contrato da derecho al asegurador:

e) Si la agravación del riesgo le fue comunicada oportunamente, a percibir la prima proporcional al tiempo transcurrido;

f) Si no le fue comunicada oportunamente, a percibir la prima por el período de seguro en curso.

Extinción del derecho a rescindir.

Artículo 88. El derecho a rescindir se extingue si no se ejerce en los plazos previstos, o si la agravación ha desaparecido.

Agravación excusada.

Artículo 89. Las disposiciones sobre agravación del riesgo no se aplican en los supuestos en que se provoque para precaver el siniestro o atenuar sus consecuencias o por un deber de humanidad generalmente aceptado.

Agravación entre la propuesta y la aceptación.

Artículo 90. Las disposiciones de esta sección son también aplicables a la agravación producida entre la presentación y la aceptación de la propuesta de seguro que no fuere conocida por el asegurador al tiempo de su aceptación.

Pluralidad de intereses o personas.

Artículo 91. Cuando el contrato comprende pluralidad de intereses o de personas y la agravación sólo afecta parte de ellos, el asegurador puede rescindir todo el contrato si no lo hubiese celebrado en las mismas condiciones respecto de los intereses o personas no afectados. Si el asegurador ejercita su derecho de rescindir el contrato respecto de una parte de los intereses, el tomador puede rescindirlo en lo restante con aplicación del artículo 41, en cuanto a la prima. La misma regla es aplicable cuando el asegurador se libera por esta causa.

Disminución del riesgo. Efectos sobre la prima.

Artículo 92. Cuando el asegurado ha declarado un riesgo más grave al real o cuando en el curso de ejecución del contrato, la posibilidad de producción de siniestros ha disminuido de una manera importante y duradera, al punto que el asegurador lo habría concluido en condiciones más favorables al asegurado, aquél se halla obligado a disminuir la prima hasta la concurrencia de la disminución del riesgo, desde la fecha de su denuncia.

IV.- LA CARGA DE DENUNCIA DEL SINIESTRO

El anteproyecto Halperin (artículo 41), establecía que *“cuando el asegurado o el derechohabiente viole culposamente la obligación de denunciar el siniestro, el asegurador puede reducir la indemnización en*

la medida en que se reduciría si hubiera sido notificado oportunamente”.

La única caducidad (artículo 41) que preveía el anteproyecto Halperin operaba sólo en el caso en que *“el asegurado o el derechohabiente (infrinja) esta carga con la intención (dolo) de impedir que el asegurador pueda verificar oportunamente las circunstancias en que ocurrió el siniestro”.*

La Comisión se apartó del aludido anteproyecto y logró que la Ley de Seguros establezca una caducidad de fuente legal (artículo 47) que se aplica por el mero incumplimiento en efectuar la denuncia del siniestro en el plazo de tres días de conocerlo, sin consideración a si la demora, haya provocado perjuicios al asegurador.

Es de tal injusticia la solución de la ley de seguros argentina, que ello motivó la necesidad de proponer otro sistema:

Denuncia.

Artículo 93. El tomador, el asegurado, el beneficiario en su caso, o un tercero interesado, deben comunicar al asegurador el acaecimiento del siniestro dentro de los cinco días de conocerlo.

Si el beneficiario toma conocimiento de la existencia de la póliza con posterioridad al siniestro, el plazo se computará desde entonces.

El asegurador no podrá alegar el retardo o la omisión si intervino, en el mismo plazo, en las operaciones de salvamento o de comprobación del siniestro o del daño.

Informaciones.

Artículo 94. Además, el tomador, el asegurado o el beneficiario, deberá suministrar al asegurador, a su pedido, la información veraz, razonable, necesaria y conducente para verificar el siniestro o la extensión de la prestación a su cargo y a permitirle las indagaciones necesarias a tales fines. El asegurador debe actuar con agilidad en el requerimiento de esa información.

Deberá asimismo instrumentar el requerimiento de las informaciones que solicite. Dicho requerimiento deberá efectuarse dentro de los treinta (30) días de la denuncia del siniestro, y deberá ser contestado por el interesado dentro de los treinta (30) días siguientes a la recepción del requerimiento.

Documentos. Exigencias prohibidas.

Artículo 95. El asegurador puede requerir prueba instrumental en cuanto sea razonable que la suministre el tomador, el asegurado o el beneficiario.

Se tendrán por no convenidos los pactos que tengan por objeto o por efecto la limitación de los medios de prueba, o que subordinen la prestación del asegurador a un reconocimiento, transacción o sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones legales sobre cuestiones prejudiciales.

Facultad del asegurador.

Artículo 96. El asegurador puede examinar las actuaciones administrativas o judiciales motivadas o relacionadas con la investigación del siniestro o constituirse en parte civil en la causa criminal.

Incumplimiento. Sanción.

Artículo 97. Cuando el asegurado o el beneficiario incurran en incumplimiento culposo de la carga contenida en el primer párrafo del artículo 94, y de ello resulte un perjuicio para el asegurador, éste tiene el derecho de reducir la indemnización hasta la concurrencia del perjuicio que ha sufrido.

Subsistencia de la garantía.

Artículo 98. Subsiste la garantía del asegurador, si el asegurado o beneficiario acredita su falta de culpa o que en el incumplimiento medió caso fortuito, fuerza mayor o imposibilidad de hecho sin culpa o negligencia.

Caducidad.

Artículo 99. Si el incumplimiento obedece a culpa grave o dolo del sujeto gravado con la carga, éste pierde el derecho a ser indemnizado.

Incumplimiento malicioso del artículo 94, párrafo 2do.

Artículo 100. El asegurado pierde el derecho a ser indemnizado si deja de cumplir maliciosamente las cargas previstas en el párrafo 2do. del artículo 94, o exagera fraudulentamente los daños o emplea pruebas falsas para acreditar los daños.

4. CONCLUSIONES

A esta altura podemos afirmar que para avanzar en la regulación del contrato de seguro bastaría con retroarnos al anteproyecto Halperín, al tiempo en que en el año 1959, presentó al Poder Ejecutivo de la Nación su Anteproyecto de Ley de Seguros.

Y empleo deliberadamente la expresión avanzar porque la posibilidad de modificar la Ley de Seguros hoy, se halla en pleno debate, aunque cerrado en el seno de la Superintendencia de Seguros de la Nación, Ministerio de Economía de la Nación, Poder Ejecutivo Nacional.

De allí que la posibilidad de adaptarse a los tiempos que corren y a las exigencias de cambio no puede sustentarse en la letanía, ya que el progreso legislativo no debe depender de súplicas a un Parlamento que como el nuestro, se halla recortado en sus funciones por un Poder Ejecutivo que solo admite la consideración de Proyectos de su exclusivo interés político.

A su turno, los intereses políticos, reciben la impronta de intereses que ponen en evidencia la existencia de puntos nodales: en este caso la interferencia que, a la justicia contractual, le provoca el interés estólido, el sustraído de otra razón o criterio que no sea la maximización de utilidades.

Es entonces que el escenario que describimos se halla poblado de tensiones entre la dogmática justificadora del estado de cosas y la intolerable desigualdad.

A esta altura, parece ripio afirmar la necesidad de mejorar la ley.

A pesar de ello, creo que debemos permanecer fieles a nuestras firmes convicciones y a un razonable y ponderado tratamiento resguardando con equilibrio e independencia de criterio los intereses a tutelar.

Entiendo que es deber del jurista de nuestro tiempo que se precie de cabal, trasladar su responsabilidad docente a la comunidad como ingeniero social, armonizando los valores de la paz social con justicia.

III. ESTUDIOS PRÁCTICOS

El aseguramiento del robo y sus modalidades

Por Francisco Sánchez-Gamborino, España.

(Abogado especialista en transporte y sus seguros, Presidente del Grupo de Trabajo “Seguro de Transporte”, en SEAIDA y Vicepresidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Unión Internacional de los Transportes por Carretera [IRU, Ginebra, Suiza]).

1.-Mercancías más robadas y métodos más frecuentes

Comenzó la intervención con algunos datos sobre clase de mercancías más robadas –o, dicho en forma más general, sustraídas-, lugares y métodos más habituales (y más sofisticados) para hacerlo.

Las mercancías robadas son generalmente –como cabe esperar- las de alto valor y fácil salida en mercados paralelos (ropa de marca, material informático, aparatos electrónicos, gafas Ray-Ban), etc. aunque también se roba de los camiones: gasóleo, baterías, neumáticos, etc., produciendo en él los correspondientes destrozos; y encontrándose muchas veces el transportista ante la incompreensión de su cargador, que ante tal hecho, y aunque el transportista no haya tenido culpa alguna del mismo, rescinde el contrato de transporte (de duración continuada) o no confía nuevos servicios a este transportista –por lo que se podría hablar de un “doble robo”-.

Cuándo y dónde: 70 % de los robos se cometen de noche y en fines de semana. Las zonas preferidas de los ladrones: polígonos industriales de las grandes ciudades y en áreas de servicio de autopistas. Tradicionalmente la mayor parte (más de la mitad) de robos de mercancías transportadas se venían cometiendo en Italia (el robo “clásico”) -sobre todo, en la zona de Milán y todo el Norte en general: Valle de Aosta, Florencia, Génova...-, por eso las aseguradoras solían exigir el pago de una sobreprima para cubrir su territorio. Hoy también se roba en países del Este, y en realidad, por doquier. Por orden de valor conjunto de las mercancías robadas: Reino Unido, Holanda, Luxemburgo, Bélgica, Francia (eje París-Lyon-Marsella), y desde luego en España, que ocupa el séptimo lugar europeo en este lamentable “ranking”.

Quiénes los cometen: desde bandas organizadas –“profesionales” (verdaderas mafias), que utilizan los métodos técnicamente más sofisticados, hasta el “aficionado” que roba para subsistir y simplemente sigue a una furgoneta de reparto esperando que en una parada para descargar paquetes el conductor olvide cerrar la puerta (esto más en ámbitos urbanos) “ayudándole” entonces él a descargar el vehículo...

En cuanto a métodos, por lo dicho habría que hablar más ampliamente de “sustracción” -comprende robo (violencia en personas y fuerza en cosas) y hurto-. Se abre el vehículo –con/sin roturas- y se extrae la mercancía o se lleva el vehículo entero cargado, apareciendo vacío uno o dos días después. Por fortuna son menos frecuentes los robos con agresión física al conductor. Según IRU, desde 2000, 17% de los conductores ha sufrido algún ataque y de éstos, el 30% en más de una ocasión.

Según la Policía Nacional y la Guardia Civil, los robos se cometen en áreas de servicio rompiendo las cerraduras de los vehículos y rasgando sus lonas, pero también de maneras poco previsibles y evitables. Así obligando al conductor a parar en ruta (ladrones disfrazados de agentes, en un falso control; o petición de ayuda simulando haber ocurrido un accidente); o sin parada (un turismo se pone delante del camión obligándole a bajar su velocidad, detrás del camión coloca una furgoneta, desde la furgoneta un individuo trepa al camión y arroja a la furgoneta cajas de mercancía; terminada la operación el turismo huye y la furgoneta queda muy atrás); desviación de destino (una llamada falsa ordena al conductor cambiar de ruta para enviarle directamente al lugar donde le esperan los ladrones); suplantación de personalidad (el ladrón, provisto de documentación falsa, se hace pasar por el conductor y se lleva el camión cargado); falsas empresas de transporte (a las que los cargadores de buena fe entregan sus mercancías); arrojando gases somníferos o explosivos a la cabina del conductor; el llamado

“caballo de Troya” (la propia banda criminal factura un contenedor con los ladrones dentro que salen del contenedor cuando el vehículo está en marcha y roban la mercancía “desde dentro”); y un tan largo y triste etcétera.

2.-Diferencias entre el contrato de transporte y el contrato de seguro de transporte

A continuación, se recordó la diferencia entre ambos contratos, suscritos entre distintas partes –el transportista no es parte en el contrato de seguro que contrata el cargador con su asegurador, ni el cargador del que suscribe el transportista con el suyo- y además, regidos por normativa diferente (el de transporte, por el Convenio CMR de 19 Mayo 1956 para internacional, y por Ley 15/2009 de 11 Noviembre para nacional en España; el de seguro, por Ley 50/1980 de 8 Octubre). Incluso el de seguro presenta peculiaridades ausentes en el de transporte, como pueden ser: la necesidad de póliza escrita, las figuras de tomador, asegurado y beneficiario, la existencia de listas cerradas de casos indemnizables (riesgos cubiertos) o no (riesgos excluidos), franquicias a cargo del asegurado, plazo de prescripción bianual, competencia jurisdiccional correspondiente al domicilio del asegurado, etc. Con todo, lo peor es la falta de cualquier coordinación de estos dos contratos entre sí.

En todo caso, se recordaron varias ideas básicas. Primera, al transportista vincula sólo: el contrato de transporte, con su cliente (el cargador) y el contrato de seguro, con su asegurador propio; igual que paralelamente al cargador vincula sólo: el contrato de transporte, con su proveedor (el transportista) y el contrato de seguro, con su asegurador propio. Segunda, tener o no seguro no exime al transportista de su responsabilidad ante su cliente, puesto que está regida por el contrato de transporte; igual que, paralelamente, y por el mismo motivo, a efectos de responsabilidad del transportista exigible por el cargador resulta indiferente que éste tenga o no contratado un seguro.

La presencia del asegurador del cargador servirá para que éste indemnice a su asegurado y después, subrogado en sus derechos (art. 43 LCS) reclame contra el transportista, considerándole culpable de la pérdida o del daño. De hecho, éste es el pleito típico: la mayoría de reclamaciones contra el transportista no vienen de su cliente (cargador) sino del asegurador de su cliente, tras indemnizar a éste –felizmente para los transportistas, a quienes no gustaría mucho enfrentarse en juicio directamente a sus clientes-. Estas reclamaciones se dilucidarán conforme al régimen del contrato de transporte: normativa, y datos y condiciones (cláusulas) del contrato concreto (viaje).

3.-El robo en el contrato de transporte

El ponente resumió entonces el régimen de responsabilidad del transportista ante su cliente: tanto en transporte nacional (Ley 15/2009) como en internacional (Convenio CMR de 1956), así como el tratamiento jurisprudencial de la pérdida de la mercancía por causa de robo-.

El robo y el hurto, han sido calificados por los Tribunales de muy distinta manera (dolo/no dolo), según las circunstancias de cada caso. En cambio, su tratamiento por Tribunales españoles es igual si el robo fue cometido en transporte nacional o internacional: se aplican siempre criterios nacionales -CMR art. 29 remite a legislación de cada país-. Siendo ello una lamentable excepción respecto a otros convenios modales, que sí definen esa conducta. Tampoco se diferencia entre cargas completas y paquetería.

Criterio general, para el transportista:

- a) Exoneración de responsabilidad – no indemnización
Si hay violencia o intimidación a la persona (vida o integridad física) del conductor.
Infrecuente.
- b) Consideración de dolo o culpa equivalente - indemnización valor íntegro de la mercancía.
Si es el transportista/su conductor quien ha incurrido en actitud temeraria, desleal, cometido falsificación, etc.

c) En los demás casos, se valora el grado de diligencia en la actitud del transportista (de su conductor) al adoptar o no precauciones –uso de medidas de seguridad, vigilancia-, de una manera casuista.

Circunstancias habitualmente tenidas en cuenta para califica un robo –u otro hecho causante de pérdida- como exoneratorio de responsabilidad, como culposo o como doloso/gravemente culposo:

- Instrucción por el cargador no atendida (evitar determinado itinerario peligroso; urgencia del viaje, mercancía especialmente valiosa, condiciones de seguridad del camión);
- Existencia de un cercano aparcamiento vigilado, no utilizado;
- Comentarios confidenciales indebidamente hechos por el conductor a otros colegas sobre el alto precio de la mercancía transportada, o acciones extrañas del conductor vistas por éstos;
- Medidas de seguridad para camiones o para instalaciones, no instaladas;
- Noticia en medios sobre banda de ladrones de camiones en zona, no evitada;
- Historial de numerosas incidencias por robo en la empresa transportista concreta;
- Tiempo y motivo en que se dejó el vehículo sin vigilancia (el imprescindible para algo necesario, o mucho más para algo innecesario), horario (diurno, nocturno), condiciones de ese lugar (cerrado, iluminado, transitado, vigilado –por policía o seguridad privada-, o no);
- Diligencia en denunciar (si tardía, dificultó mucho localizar la mercancía) etc.

El gran problema es la inseguridad / imprevisibilidad en la decisión judicial. Que una vez más revela cómo el Derecho nunca es una “ciencia exacta”. No pocas veces un hecho parecería como exoneratorio y los Tribunales lo califican de culposo, o parece culposo y lo califican de doloso o de culpabilidad equiparable. Aunque algunas veces ello puede llegar a extremos escandalosos: un mismo supuesto ha sido calificado de manera distinta por dos Tribunales. Ello sucede por la falta de un modelo o baremo: solo “diligencia del buen profesional” (que no deja de ser una vaguedad).

Y desde luego, por la dificultad de definir el concepto de “culpa equivalente a dolo”, al menos conforme a la legislación española –como excepción a la normativa reguladora de otros modos de transporte, el Convenio CMR para carretera en su art. 29 no lo define, sino que remite a la normativa nacional de cada país –de aquel cuyo Tribunal esté conociendo el caso a debate-.

La realidad es que culpa supone descuido y dolo, intención, sin que haya un tercer género intermedio –desde luego por intención debe entenderse no de causar el daño (dolo penal), sino de realizar la conducta incumplidora de un contrato (dolo civil)-. En cualquier caso, el concepto de culpa grave no existe en el Código Civil español (regulación general obligaciones y contratos) ni en nuestro Código de Comercio. La Ley 16/1987 de 30 Julio sobre Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT) en su art. 23, y el Reglamento de dicha ley aprobado por Real Decreto 1211/1990 de 28 Septiembre (ROTT) en su art. 4, hablaban sólo de “dolo”. La vigente Ley 15/2009 sobre el contrato de transporte terrestre de mercancías, de ámbito nacional, en su art. 62 describe las características del dolo: intencionalidad (consciencia).

A efectos de seguro, el art. 19 LCS impide el seguro cuando hay “mala fe” por el asegurado –en caso de robo o en cualquier otro-. Lo que equivaldría al dolo en otros contratos, como el de transporte, no a la “culpa” en ninguno de sus grados. La mala fe de que habla el precepto equivale únicamente a dolo, no a “culpa grave” (BADILLO ARIAS, J.A.: “El dolo y la culpa grave en el contrato de seguro”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro* nº 33, 1er. trimestre de 2010; p. 27). El hecho doloso del asegurado no impide reclamar la indemnización a su asegurador (BADILLO ARIAS, J.A.: *ibidem*; pp. 9 y 30).

Por eso parece una aberración: exigir al transportista que indemnice al cargador (valor íntegro de la mercancía robada) para indemnizarle, y después no hacerlo alegando que con esta indemnización el transportista reconoció que había incurrido en culpa equivalente a dolo. Supondría no pagar nunca.

4.-El robo en el contrato de seguro de transporte

Al hablar de seguro de transporte hay que distinguir entre seguro de daños a la mercancía transportada y seguro de RC contractual del transportista, pues en una y otra clases de seguro el tratamiento del robo de dicha mercancía es diferente.

Las pólizas de seguro de responsabilidad civil contractual del transportista vienen a transcribir, de manera más o menos adaptada, la normativa aplicable al contrato de transporte –ya referida- de la cual deriva su responsabilidad, que es lo que tratan de cubrir, además de añadir la –digamos- parte general de la Ley del Contrato de Seguro. Se basan en los arts. 73-76 de la Ley del Contrato de Seguro.

Corresponden al “ramo” que el R. D. Legis. 6/2004 de Oct. en su art. 6, apdo. 1, a). 10 llama seguro de Responsabilidad Civil del transportista. No incluyen por tanto: causas exoneratorias de dicha responsabilidad (fuerza mayor, etc.) ni límites superiores al máximo legal

Parecen en principio las pólizas que más podrían interesar al transportista. ¿Para qué va a pagar (prima) por algo (eventos) de que él no responde? Al menos, con carácter general; en caso de que un siniestro –por ejemplo, un robo- suceda en la mercancía de un cliente “especialísimo”, ya satisfaría a éste el transportista “de su propio bolsillo”.

En cambio, las pólizas de daños a la mercancía transportada beben directamente de dicha Ley 50/1980, cuyos arts. 54-62 transcriben (a veces, literalmente) incorporando asimismo la parte general de la Ley y sus previsiones sobre seguros de daños en general.

Según la LCS, el de transporte es un seguro “de daños”. Aparece dentro de su Título II (“Seguro contra daños”) y según su art. 54: “...el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos por la ley y en el contrato, a indemnizar los daños materiales...”. Corresponde al “ramo” que en el R. D. Legis. 6/2004 de 29 Oct.: art. 6, apdo. 1, a).7, se denomina Mercancías transportadas. Es un seguro de cobertura muy amplia, incluso por hechos de “fuerza mayor” (la póliza UNESPA menciona varios ejemplos). Es, pues, la clase de seguro que en principio parece que más interesa al cargador.

En las Condiciones Generales de estas pólizas de daños se observan importantes diferencias entre:

a) las pólizas basadas en el condicionado de UNESPA aprobado en 1983 (que, como es sabido, adolece de algunos defectos, y presenta dos listas –una de riesgos cubiertos y otra de riesgos excluidos, en realidad hay una tercera de riesgos excluidos salvo que expresamente sean incluidos; en todo caso no exhaustivas).

Estas pólizas cubren sólo el robo realizado en cuadrilla (grupo) y –además- a mano armada. Muy infrecuente.

b) las pólizas que aplican las cláusulas inglesas ICC-versión A, o sea, las aprobadas por el Instituto de Aseguradores (equivalente a nuestra UNESPA) de Londres en 1982, revisadas en 2009.

Estas pólizas presentan una sola y única lista: de riesgos excluidos; y consideran todo lo demás, cubierto. Como el robo no figura en esa lista, hay que entenderlo incluido en todas sus formas.

También cabe toda exclusión de cobertura del hurto y de la apropiación indebida, hecha expresamente en la póliza.

En cualquier caso, hay que decir que el transportista puede exigir a su asegurador la indemnización aunque él no haya previamente pagado al cargador. Esto está muy claro en los seguros de transporte de RC, en que esa consecuencia indemnizatoria procede simplemente porque el transportista ha incurrido en responsabilidad (ése es el riesgo cubierto). Incluso habiendo dolo (porque cargador es un

“tercero”) –o sea, en tal caso no se aplica el art. 19 de la LCS-. Pero también en los seguros de transporte de daños, si –como es frecuente- la póliza exige del asegurado sólo que aporte la reclamación del cargador (en forma de carta, o incluso de factura de cargo).

5.-Las cláusulas “de robo” o “de debida vigilancia”

Como es sabido, las Condiciones Particulares o Especiales suponen la adaptación de la póliza a las necesidades concretas de cada asegurado como un verdadero “traje a la medida” según gráficamente se las ha llamado. En ellas aparece la identidad de las partes contratantes del seguro (más la del mediador que en su caso haya intervenido), duración del seguro (plazo, fecha de su renovación), efecto y vencimiento (día, hora), suma asegurada (por viaje/por siniestro), vehículos (matriculas), países, y clase de mercancías a que se extiende su acción, cláusulas específicas para transporte bajo temperatura controlada (por ejemplo, de paralización del aparato frigorífico, o de su mal funcionamiento al arrojar calor en vez de frío), cuantía de la prima (por ejemplo, como porcentaje de la facturación de la empresa asegurada) y su forma de pago (anual, trimestral, mensual), en su caso cuantía de la franquicia, jurisdicción competente (por ejemplo distinta de la inglesa si se trata de una póliza ICC), etc.

Pues bien, es en ellas también donde se concreta el tratamiento del robo, mediante cláusulas *ad hoc*.

En la ponencia se estudiaron –incluso con su lectura íntegra- varias de las cláusulas ofrecidas al respecto por varias compañías aseguradoras (sin citar sus nombres), pero sí la literalidad de sus cláusulas y palabras concretas que en los párrafos siguientes transcribimos entrecomilladas.

De una parte, las cláusulas denominadas “de robo”, que condicionan la indemnización a la concurrencia de ciertos requisitos como fractura, violencia o forzamiento (la “fuerza en las cosas” a que se refiere al Código Penal en sus arts. 237 y sgtes.): de puertas, lunas o ventanillas, de cerraduras, dispositivos de cierre y bloqueo u otros accesos al interior del vehículo; también exigen haber hecho una denuncia a la Policía, etc.

A veces se configura como obligación del asegurado el adoptar el mayor número de medidas encaminadas a evitar que se produzcan robos, especialmente:

- Si durante el viaje hay paradas necesarias, con ausencia del conductor, por breve que sea, las puertas deben quedar cerradas con llave, los cristales de las ventanillas totalmente subidos, las lonas bien fijadas y cualquier otro acceso, bloqueado. Vemos cierta indefinición cuando además estas cláusulas prevén que si el vehículo dispone de “antirrobo”, debe éste haber sido activado, no tanto por la imprecisión de la palabra antirrobo cuando existen tantos modelos en el mercado con grados de seguridad y fiabilidad tan distintos entre sí, sino sobre todo por la propia condición con que se formula la obligación: “si dispone de...”, que permite fácilmente no cumplir medida alguna con simplemente *olvidarse* de usar antirrobo alguno, castigando así al transportista prudente –el que sí lo posee-.
- Si son imprescindibles “aparcamientos” (“*sic*) nocturnos, el camión debe permanecer en recinto cerrado y/o “convenientemente” –nueva imprecisión- vigilado, o si no hay tal, permanentemente vigilado.
- En viaje internacional (Europa), se impone el uso de dispositivo antirrobo “adecuado” –nueva vaguedad-, instalado por un profesional, de acuerdo con las instrucciones del fabricante.

Por otro lado, el riesgo de robo se contempla en las cláusulas denominadas “de debida vigilancia” que prevén una actuación en el vehículo o unas condiciones en el entorno. Es decir, no se cubre el robo si el camión ha sido voluntariamente estacionado sin debida vigilancia, entendiendo por tal:

a) Paradas hasta 3 horas (sea cual sea el periodo del día en que la parada acaese):

- Que el vehículo quede cerrado, y en él “activados” / “conectados” / “echados” (*sic*) todos dispositivos de cierre, alarma y bloqueo –antirrobo- “de que disponga” –*vid* nuestra observación anterior: en realidad no se está obligado al transportista a que disponga de ellos; y además
- Que el vehículo quede en “aparcamientos” –no se concreta si públicos o privados-, no en calles o zonas solitarias.

b) Paradas de más de 3 horas (*idem*) / o para pernoctar:

- Que el vehículo quede cerrado y activados sus posibles antirrobo –como en el caso a).
- Que el vehículo quede en “aparcamientos” –no se concreta si públicos o privados- “con vigilancia permanente -¿se refiere a áreas de servicio, a gasolineras, a restaurantes?-. A veces se exige dejarlo en garaje cerrado o aparcamiento vallado en su perímetro, con vigilancia permanente. Y también se considera que existe debida vigilancia cuando el conductor se encuentra en la cabina –aunque su grado de vigilancia puede ser discutible, p. ej. Si está durmiendo y los ladrones actúan silenciosamente). A veces se exige que “fuera del horario laboral” –bastante flexible durante el tiempo de viaje- y durante los festivos – ¿del lugar donde se encuentre el camión, del de destino?- se pernocte en “área de servicio o descanso habilitada”. Echamos de menos una referencia a las restricciones de tráfico (p. ej. en todo el Estado español, en Cataluña, en el País Vasco, en Francia durante los fines de semana, etc.) que puede ser una causa imperativa para tener que dejar el vehículo parado durante un tiempo. Otras veces se requiere que conductor permanezca a bordo –no se dice si se puede ausentar siquiera pocos minutos para una necesidad-, y además, su vehículo se encuentre en lugar iluminado, junto a otros camiones y en zonas colindantes a “lugares (*sic*) abiertos 24 horas al día tales como hoteles, moteles o estaciones de servicio”.

Otras cláusulas optan por un criterio de horario –hay horario más seguro (el día) y más peligroso (la noche y en general los fines de semana)- independientemente de la duración de la parada, excluyendo de cobertura el robo de la mercancía si quedó el “vehículo desatendido” -(entendiendo por tal):

a) Entre 21:00h y 06:00h. laborables y las 24 horas los sábados, domingos y festivos si vehículo no quedó aparcado en “edificio completamente cerrado o recinto de construcción sólida y cerrado con llave (*sic*) –es dudoso si esta cerradura se refiere al recinto o al vehículo- o bajo vigilancia permanente”. Curiosamente nada se dice de la existencia de medios antirrobo y su activación.

b) Fuera de ese horario, y fuera de garaje, salvo que las puertas y el maletero hayan sido cerrados con llave, las ventanas y “otras formas de acceso “al vehículo porteador hayan quedado bien cerradas y todos los dispositivos de seguridad especificados en la póliza (*sic*) hayan sido activados -esta redacción lleva a la necesidad de esa concreción, en forma de lista cerrada (¿si ninguno fue especificado hay que entender que bastarían los dispositivos de uso habitual?)

Además de las comentadas y en parte transcritas, hemos visto otras cláusulas alusivas a la cobertura de robo, que sujetan a requisitos como:

- “Debe existir un mantenimiento adecuado (*sic*) de cerraduras y dispositivos de seguridad”. Nos preguntamos qué mantenimiento pueden necesitar una cerradura o un candado, incluso encontrándose a la intemperie.
- Equivale a cierre con llave (además de los accesos a la cabina), en los vehículos provistos

de lona, la circunstancia de que ésta se encuentre fijada “sin roturas” –lo que parece obvio- y en buen estado y la puerta trasera cerrada con candado.

En fin, según las compañías aseguradoras, suele quedar cubierto el robo parcial en los bultos o su falta de entrega, bajo algunas de, o todas acumulativamente, las siguientes condiciones:

- Cuando los envases o embalajes son nuevos o en buen estado, adecuados a cada mercancía, con flejes, precintos, y marcas de identificación –no hemos visto alusión expresa a los “pallets” (cerrados), de uso tan habitual; por lo que entendemos tendrán el mismo tratamiento-.
- Cuando los envases o embalajes se presentan sin señas exteriores de haber sido violentados o rotos –misma indicación que antes respecto a los pallets”-;
- Cuando al llegar la mercancía a su destino se inscribió una reserva (por faltas) en la carta de porte, “ratificada” (*sic*) mediante reclamación al transportista. Observación: a efectos del contrato de transporte las funciones de la reserva y de la reclamación son completamente distintas, como sus respectivos plazos, requisitos; la reserva, para ser válida, no necesita ser “ratificada”; en pérdidas o daños ni siquiera es preclusiva: puede haber reclamación aunque no se haya hecho reserva o ésta fuera tardía (simplemente, deja de existir presunción de que la pérdida ocurrió durante la estancia de la mercancía en poder del transportista).

Estas cláusulas de robo y de debida vigilancia, según el ponente, no son cláusulas delimitadoras o definitorias del riesgo cubierto –en este caso, el robo de las mercancías transportadas- sino “limitativas de derechos del asegurado” –puesto que se indemniza sólo en determinados casos (si se cumplen determinados requisitos o circunstancias), con lo que, para su validez y aplicabilidad tendrían previamente que aceptarse de manera expresa por el asegurado conforme al art. 3, párrafo primero *in fine*, de la Ley 50/1980.

Cuya oscuridad y vaguedad nunca pueden favorecer a la parte que las ha redactado –el asegurador-: principio *contra proferentem* -art.

Y que desde luego son opcionales, y pueden ser excluidas del contrato de seguro, en cuyo caso, suprimida por ese acuerdo la limitación, el riesgo de robo quedaría ampliamente cubierto.

6.-Consejos prácticos

La ponencia terminó con unas recomendaciones prácticas: para intentar evitar los robos (antes de la salida del vehículo y durante el viaje) y para una vez acaecido el siniestro, minimizar sus consecuencias y garantizar la indemnización. Sobre todo, dirigidas a los transportistas.

La idea de base es que, si bien los ladrones (“profesionales”) siempre son más astutos que las medidas de prevención más sofisticadas, al menos “no debemos ponérselo fácil”. Así pues, unas medidas recomendables serían las siguientes:

a) Antes de la salida

- Confiar el transporte sólo a conductores de confianza (teniendo especial cuidado al contratar a los nuevos: informarse de antecedentes laborales, situación económica, etc.).
- Cada conductor llevará un teléfono móvil; en cuya agenda incluirá los números de la Policía (de los países a recorrer), de empresa (y del resto de sus colegas, si es que varios camiones de mismo transportista viajan juntos –cosa recomendable-).
- Usar vehículos cerrados –no “lonas”- provistos de dispositivos de seguridad (hoy existe en el mercado gran variedad de medios antirrobo: bloqueo de dirección, de paso de corriente

eléctrica, de carburante; alarmas sonoras, con simultáneo encendido de todas las luces; candados, etc.), igual que en las instalaciones del transportista (y del cargador).

- Si el precio del transporte lo permite, poner a dos conductores por vehículo. Así mientras uno duerme –o se ausenta por una necesidad-, el otro queda vigilando el camión y su carga.
- Llevar consigo mapa de aparcamientos vigilados del itinerario.
- Toda la documentación del vehículo y viaje, debe ir contenida en un sobre único, que el conductor llevará siempre consigo.
- En mercancías valiosas, mejor pocas indicaciones exteriores (puede usarse p. ej. un código de barras).

b) Durante el viaje (a indicar al conductor antes de salir)

- El conductor guardará secreto sobre las circunstancias de su viaje: horas de salida, itinerarios, especialmente clase de mercancía que transporta y su valor.
- Detenerse sólo lo imprescindible, mejor durante el día, no en fines de semana; nunca en lugar desierto (no es garantía absoluta –también hay robos en marcha pero con menos frecuencia-).
- Activar todos los dispositivos de seguridad, incluso en las detenciones más breves (llaves de contacto nunca puestas, ventanillas siempre subidas, puertas siempre cerradas con llave).
- Parar sólo en aparcamientos vigilados, siempre que sea posible (si los hay; procurar usar las rutas donde los haya);
- Tomar el alimento en locales cuyo ambiente se conozca, y en lugar (mesa, barra) desde donde se vea el camión permanentemente.
- Si más de un vehículo de una misma empresa van a un mismo destino, viajar en caravana (si el robo es en marcha, el conductor robado es avisado por otro compañero; en las pausas, uno de los conductores se queda vigilando el conjunto de vehículos).
- No admitir autoestopistas, ni siquiera con aspecto inofensivo.
- No ser demasiado confiado al decidir parar (p. ej. si desde un turismo se avisa al conductor de una supuesta anomalía en su camión y le recomienda parar, ídem por alguien que le hace señas desde el arcén, etc.).

c) Tras el robo:

- Identificar a posibles testigos (cuantos más, mejor), tomar nota de sus datos y teléfono de contacto.
- Comunicar de inmediato por teléfono móvil a la empresa transportista, que dará instrucciones.
- Avisar por teléfono móvil a la Policía, dando a conocer la posición propia.
- Denunciar ante la Policía lo antes posible (hacer mención a cualquier violencia o intimidación, forzamiento de cerraduras / candados, rotura de lunas) -muestra diligencia y facilita localizar la mercancía, considerar el hecho inevitable o al menos no gravemente culposo-.
- Cuando aparezca el vehículo, aunque vacío, proceder a una nueva comparecencia ante la Policía, haciendo constar en el acta una referencia a la denuncia del robo (su lugar y fecha) y a los daños con que aparezca (forzamiento de cerraduras / candados, rotura de lunas), por la razón apuntada.

En **conclusión**: dada la deplorable e incesante realidad del robo de las mercancías transportadas, pese a las medidas de seguridad, y la redacción no siempre clara y precisa de las pólizas de seguro que tienden a garantizar como cubierto este riesgo, conviene que todos los afectados sigan aunando esfuerzos para procurar las vías de solución más adecuadas y satisfactorias para todos... excepto para los ladrones.

DE LOS ARBITRAJES EN SEGUROS

Por Alonso Núñez del Prado Simons, Perú. (Abogado. Presidente de AIDA PERÚ).¹

Si tiene Ud., como muchos, un siniestro o reclamo injustamente rechazado por una compañía de seguros y está pensando en recurrir al arbitraje, le recomiendo pensarlo con detenimiento, porque por desgracia ya no se puede confiar del todo en este mecanismo de solución de conflictos, ya que las aseguradoras han creado un mercado de arbitraje en que los árbitros difícilmente se atreven a fallar en su contra. ¿Por qué? Porque pende sobre sus cabezas una especie de espada de Damocles en la que nada tiene que decirse, porque se sobreentiende que si el laudo no los favorece, no volverán a ser nombrados árbitros no sólo por esa compañía, sino por ninguna otra e incluso tampoco por las empresas vinculadas, que en el Perú son muchas, ya que las aseguradoras, por lo menos las más grandes, son parte de los conglomerados financieros más importantes. Asimismo, se ha creado la singularidad –entre los estudios de abogados de ‘especialistas en arbitraje’– de ‘aceptar’ que sus miembros sean nombrados como árbitros con cargo a sacar adelante el caso, en otras palabras estos ‘árbitros’ no actúan como tales, sino como abogados de las compañías al interior del Tribunal Arbitral. El problema es que estos ‘especialistas en arbitraje’ no saben de Derecho de seguros, pero están dispuestos a usar sus conocimientos para manipular el ‘Derecho’ en beneficio de su cliente. Esto incluye lograr que el Presidente del Tribunal –que tiene que ser elegido por los árbitros de los litigantes– sea también parte de ese círculo de los que se pueden ‘amedrentar’ implícitamente.

A continuación me permito hacer algunas sugerencias:

1. Recuerde que conforme a la nueva Ley de contrato de seguro (29946) el arbitraje recién se puede pactar una vez ocurrido el siniestro. Las cláusulas arbitrales en las pólizas son nulas es decir que se tienen por inexistentes.
2. Si opta por el arbitraje, trate de acordar un plazo. Ni a Ud. ni a la aseguradora le interesa un litigio de larga duración.
3. También debería establecerse una entidad que resuelva el nombramiento del Presidente si los árbitros de las partes no se ponen de acuerdo. Evite que sea alguna vinculada a los aseguradores o en la que éstos tengan influencia. Sea inflexible al respecto.
4. Escoja a un abogado y a un árbitro que conozcan de Derecho de seguros, mejor si han trabajado dentro del sistema. Desafortunadamente, hay muy pocos en el país. Tenga especial cuidado al hacerlo, ya que hay supuestos y publicitados ‘expertos’ que no saben nada o muy poco del tema. Algunos de los más afamados pueden llegar a sostener barbaridades y lo peor es que sin darse cuenta.
5. Luego de que Ud. o la empresa que representa ha designado su árbitro y la aseguradora nombre al suyo, no tenga ningún reparo en recusar al último si no es un experto en el tema o si él o los miembros de su Estudio han sido nombrados árbitros por esa aseguradora o son conocidos por haber laudado de manera poco convincente a favor de ésta u otras. Las aseguradoras nombran como sus árbitros a los abogados que están en sus círculos, aunque no sepan del tema, siempre que sean susceptibles a la presión tácita de no recibir nuevos nombramientos.
6. Recomiende a su árbitro que al elegir al Presidente tenga en cuenta lo que acabo de exponer y que de preferencia escoja a un académico experto en Derecho de seguros que no esté comprometido, ni sea parte de los grandes estudios y que, en consecuencia, sea garantía de imparcialidad. Por supuesto que su honestidad debe también estar por encima de toda duda, ya que en este ámbito funciona el ‘hoy por tí, mañana por mí’, ‘te nombro Presidente y tú me devuelves el favor en la primera oportunidad’. Ésta será una labor difícil, porque el árbitro de la compañía de seguros abogará por lo contrario.

¹ Abogado especialista en seguros (Daly, Otero, Flórez y Núñez del Prado, Abogados). Master of Business Administration (MBA). Es fundador y Presidente de la ‘Asociación Peruana de Derecho de Seguros’, Capítulo de AIDA (Association Internationale de Droit des Assurances) en el Perú.

Las aseguradoras y sus árbitros están ‘matando’ al arbitraje de seguros al que dicen defender al manipularlo groseramente, logrando laudos que dan vergüenza ajena. Desde esta perspectiva es una pena que éstos no sean públicos, ya que serían analizados y ‘destrozados’ en las aulas y en los congresos de la especialidad. De alguna manera la ‘confidencialidad’ del arbitraje aboga en algunos casos por la impunidad. **La prohibición de incluir cláusulas arbitrales ha sido el resultado de los abusos cometidos durante largo tiempo** en que se incluían en todas las pólizas, hasta en las de automóviles. Si siguen por este camino lo que conseguirán es sustraer los casos de seguros al arbitraje. Más tarde o más temprano el Congreso tendrá que aceptar la presión de sus electores y pueden crearse tribunales administrativos y procesos judiciales de corta duración para los litigios de seguros y también preparar a los juzgados comerciales para que estén en capacidad de resolver los conflictos de seguros con solvencia. **Los fallos del INDECOPI deben también leerse como una reacción a los abusos y no como una entidad que se está inmiscuyendo en lo que no le corresponde como pretenden algunas aseguradoras.** Es una lástima que el gremio asegurador en el Perú sea bastante miope y no se dé cuenta que a largo plazo los abusos terminarán por explotarles en la cara. Algo parecido ocurre con los árbitros que creen que pueden manipular ‘eficientemente’ el Derecho *ad eternum* en beneficio de sus clientes y de los honorarios que les cobran, olvidando que a la corta o a la larga las cosas se terminan sabiendo y están matando a la gallina de los huevos de oro.

He tenido la oportunidad de ver de cerca algunos casos cuyos laudos son aberrantes y van contra todo principio de Derecho de seguros, pero que han sido firmados por conocidos abogados que creen que se puede ‘maniobrar’ impunemente, alegando que esa es su opinión, para que les sigan llegando encargos y arbitrajes en el futuro. Parece que se gana, pero con el tiempo se pierde. Al final todo se sabe y siempre hay una gota que hace que el agua del vaso se derrame. Los ‘pecados’ se pagan, aunque a veces tome tiempo y no nos enteremos.

San Isidro, 27 de enero de 2015

* Abogado- MBA

IV. CONGRESOS Y JORNADAS

Congreso Nacional de SEAIDA, 7 y 8 de mayo, Córdoba (España).

“El contrato de seguro entre el 35 aniversario de la Ley y el Anteproyecto de Código Mercantil”

ORGANIZA: SEAIDA y Universidad de Córdoba.

CODIRECCIÓN:

D. Luis Miranda Serrano, Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad de Córdoba, Presidente de SEAIDA Andalucía.

D. Enrique Montero Fuentes-Guerra, Abogado.

COORDINACIÓN: D. Félix Benito Osma, Secretario General p.t. SEAIDA.

COMITÉ CIENTÍFICO:

D. Rafael Illescas Ortiz, Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad Carlos III de Madrid. Presidente de SEAIDA.

D. Vicente Cuñat, Presidente de SEAIDA Comunidad Valenciana.

Dña. Isabel Martínez, Presidente de SEAIDA Cataluña.

D. Ricardo de Ángel, Presidente de SEAIDA País Vasco.

D. José María Muñoz Paredes, Presidente de SEAIDA Asturias.

D. José Luis García-Pita, Presidente de SEAIDA Galicia.

FECHA: 7 y 8 de mayo de 2015.

LUGAR: Real Círculo de la Amistad (Salón Liceo).

DIRECCIÓN: C/ Alfonso XIII, 14. CÓRDOBA (España).

PRESENTACIÓN

La Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (SEAIDA) se dispone a celebrar por primera vez en su historia un Congreso Nacional de Derecho de Seguros. La intención de la Asociación es iniciar una serie dotada de continuidad y que conduzca a la celebración de un Congreso cada dos años durante la primavera. En sus más de 50 años de historia una iniciativa regular de este género no se ha adoptado nunca.

Creemos que la periodicidad elegida es la apropiada, permitiendo alternar la convocatoria española con la europea –en el mismo año–, la Ibero Latinoamericana del CILA y la global de AIDA.

La idea básica es que cada uno de los Congresos nacionales se dedique a la consideración de un tema monográfico: difícil será, en efecto, que un periodo de dos años no ofrezca uno o varios temas que merezcan una reunión de dos días de duración y que concite la participación de los más caracterizados exponentes españoles en la materia.

En esta ocasión inaugural se cruzan dos acontecimientos dignos de consideración: de una parte la celebración del 35 aniversario de la Ley del Contrato de Seguro, la más antigua de las leyes mercantiles en la actualidad vigentes, ciertamente que con amplio beneplácito; de otra la culminación de los trabajos pre legislativos de la tercera codificación mercantil en nuestra Historia, en cuyo resultado –un

nuevo Código Mercantil- habrá de encontrar reubicación la disciplina española del contrato de seguro.

El cruce de estas dos circunstancias ofrece una excelente oportunidad para reflexionar en común sobre la evolución y cambios que el Derecho de los seguros privados ha venido experimentando en las últimas décadas así como las convenientes modificaciones legislativas que habrían de introducirse en su seno con ocasión de la recodificación mercantil. Así estaríamos en condiciones de poder presentar cuanto menos un régimen jurídico del contrato valedero para los próximos 35 años cuanto menos. Al efecto, SEAIDA convoca en la Ciudad de Córdoba y en el marco de su espléndida primavera a abogados, aseguradores, mediadores, gerentes de riesgos, actuarios, profesores y en general al público interesado en el seguro privado para conmemorar la promulgación, ya remota, de la Ley 50/1980 y proyectar las normas a incluir en el futuro Código Mercantil.

En el curso de su Primer Congreso Nacional, junto a un programa social digno del lugar y momento de celebración, la Asociación desplegará sus recursos intelectuales al servicio del programa científico: serán sus actuales responsables nacionales y autonómicos, catedráticos de Derecho Mercantil y Civil de diversas Universidades españolas, quienes en esta primera edición del Congreso se hagan cargo de las respectivas ponencias. Una publicación ulterior de las mismas tendrá lugar más adelante.

Esperamos encontrarnos en la espléndida primavera cordobesa.

PROGRAMA

Jueves 7 de mayo de 2015

08:30h: Entrega de acreditaciones.

09:00h: Inauguración del Congreso.

Ponentes: D. Rafael Illescas Ortiz

Presidente de SEAIDA.

D. Luis Miranda Serrano

Codirector del Congreso.

Dña. Pilar González de Frutos

Presidenta de UNESPA.

09:30h: Primera ponencia.

“El proceso de codificación mercantil en el S. XXI”.

Ponentes: D. Alberto Bercovitz

Presidente de la Sección Segunda de Derecho Mercantil
de la Comisión General de Codificación.

10:30h: Segunda ponencia.

“Los rasgos característicos del contrato de seguro en el futuro Código Mercantil”.

Caracteres generales del nuevo régimen: principales modificaciones del nuevo CM.
Aspectos generales que inciden sobre la nueva regulación del contrato de seguro.

Ponentes: D. Rafael Illescas Ortiz

Catedrático de Derecho Mercantil,

Universidad Carlos III de Madrid.

Presidente de SEAIDA.

11:30h: Pausa. Cata de ACEITE DE LA TIERRA, organizada junto a OLEOESTEPA (Patio del Real Círculo de la Amistad).

12:00h: Tercera ponencia.

“Formación, perfeccionamiento y eficacia del contrato”.

La perfección y eficacia del contrato: soporte papel o electrónico, principio de equivalencia funcional, principio espiritualista y la regla de la con sensualidad; inicio y mantenimiento de la cobertura condicionados por el pago de la prima, duración y prórroga del contrato.

Ponentes: D. José Luis García-Pita

Catedrático de Derecho Mercantil,

Universidad de A Coruña.

Presidente de SEAIDA Galicia.

13:00h: Coloquio.

Moderador: D. Enrique Montero Fuentes-Guerra

Abogado.

Codirector del Congreso.

14:00h: Lunch. Recepción de la Presidenta de la Diputación Provincial de Córdoba.

16:00h: Cuarta ponencia.

“Condiciones generales del seguro: nuevo régimen”.

La superación de la conflictividad producida por la regulación actual y su incardinación en las normas de protección de consumidores y de la general de condiciones de la contratación.

Ponentes: D. Luis Miranda

Catedrático de Derecho Mercantil,
Universidad de Córdoba.

Presidente de la Delegación de SEAIDA Andalucía.

D. Javier Pagador

Profesor Titular de Derecho Mercantil,
Universidad de Córdoba.

17:00h: Quinta ponencia.

“Comunicaciones entre partes, salvamento, liquidación del siniestro y pago de la indemnización”.

El siniestro: la comunicación y los nuevos deberes de tomador, consecuencias de su incumplimiento. Salvamento: tratamiento del deber, calificación y límite de los gastos. Liquidación pericial del siniestro. El pago de la indemnización y de los intereses punitivos.

Ponentes: D. José María Muñoz Paredes

Catedrático de Derecho Mercantil,
Universidad de Oviedo.

Presidente de SEAIDA Asturias.

18:00h: Coloquio.

Moderador: D. Antonio Albanés

Abogado.

18:30h: Cierre del día.

Dña. Flavia Rodríguez-Ponga Salamanca

Directora General de Seguros y Fondos de Pensiones.

21:30h: Recepción del Alcalde en las Caballerizas Reales, con inclusión de visita a los jardines del Alcázar de los Reyes Cristianos.

Noche: Asistencia al espectáculo de luz y sonido en los jardines del Alcázar de los Reyes Cristianos. Visita a los distintos patios engalanados del Barrio de San Basilio (próximo al Alcázar de los Reyes Cristianos).

PROGRAMA
Viernes 8 de mayo de 2015

10:00h: Sexta ponencia.

“El seguro de responsabilidad civil: objeto, siniestro, defensa jurídica, seguros obligatorios y la acción directa”.

La noción del seguro de responsabilidad civil: concepto de siniestro, el hecho previsto en el contrato y su producción durante la vigencia de la póliza, el siniestro en serie o unidad de siniestro, la delimitación temporal de la cobertura. Los gastos de defensa jurídica. Los seguros obligatorios y su rango legal. La acción directa.

Ponentes: Dña. Isabel Martínez
Catedrática de Derecho Mercantil,
Universidad Autónoma Barcelona.
Presidenta de SEAIDA Cataluña.

D. Ricardo de Ángel
Catedrático Emérito de Derecho Civil,
Universidad de Deusto.
Presidente SEAIDA País Vasco.

11:00h: **Pausa.** Patio del Real Círculo de la Amistad.

11:30h: Séptima ponencia.

“El seguro de personas ante la longevidad: nuevos tipos, prórroga del contrato, dependencia, seguros colectivos”.

Los seguros de personas: modificaciones en Vida y Enfermedad. El concepto de recepción. La asunción directa del coste. El seguro de grupo. Nueva regulación del seguro de decesos y de dependencia: derechos de los herederos legales, concurrencia de seguros, facultad de oposición a la prórroga, situación de dependencia.

Ponentes: D. Vicente Cuñat
Catedrático de Derecho Mercantil,
Universidad de Valencia.
Presidente de SEAIDA Valencia.

D. Juan Bataller Grau
Catedrático de Derecho Mercantil,
Universidad Politécnica de Valencia.

12:30h: **Coloquio.**

Moderador: D. Félix Benito Osma
Profesor de Derecho Mercantil,
Universidad Carlos III de Madrid.
Secretario General p.t. SEAIDA.

13:30h: **Clausura del Congreso.**

Ponentes: D. Manuel Izquierdo Carrasco
Decano de la Facultad de Derecho de Córdoba.
D. Enrique Montero Fuentes-Guerra
Abogado. Codirector del Congreso.
D. Rafael Illescas Ortiz
Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad Carlos III de Madrid.
Presidente de SEAIDA.

14:30h: **Lunch.** Patio del Real Círculo de la Amistad.

Noche: **Cena de clausura en Bodegas Campos** (C/ Lineros, 32 · 14002 Córdoba).

COMUNICACIONES

Los congresistas inscritos podrán presentar comunicaciones antes del día 30 de abril de 2015, en relación con alguno de los temas objeto de las diferentes ponencias.

El comité científico del Congreso evaluará los méritos de cada una de las comunicaciones y procurará que sean presentadas por sus respectivos autores antes de la clausura del Congreso.

Las comunicaciones serán objeto de publicación junto con las ponencias en el libro del congreso que recoja todas ellas.

Patrocina: UNESPA

Colaboran: Ayuntamiento de Córdoba

Diputación de Córdoba

Universidad de Córdoba

Proyecto de investigación de Excelencia del MICINN "Contratación mercantil y competencia empresarial: nuevas tendencias reguladoras y propuestas de conexiones normativas" (Referencia DER2013-43674-P), del que son Investigadores Principales los Profs. Dres. Luis M^a Miranda Serrano y Javier Pagador López.

Revista Española de Seguros

Fundación MAPFRE

Mutua Pelayo

Albanés & Asociados Abogados

COVAP

Oleoestepa

SEAIDA no se hace responsable de las modificaciones que en el programa hubieran de introducirse, como consecuencia de imponderables ajenos a su voluntad de última hora y a partir del día 25 de abril de 2015ddddddd

JORNADA XIV Jornadas de Derecho de Seguros, los días 23 y 24 de abril, Montevideo (Uruguay).

Los temas serán:

- Nuevas tecnologías y seguros
- Seguros agrícolas
- Liquidación de siniestros
- Seguros en actividades portuarias
- Fraude en el seguro

V. LEGISLACIÓN EUROPEA DE SEGUROS

Ley de Seguros 2015 del Reino Unido (TheInsuranceAct 2015)

Por Rodrigo HaywardBosoni^{1/2}

El 12 de Febrero de 2015 el proyecto de Ley de Seguros (TheInsurance Bill 2014) recibió la aprobación real (royal assent) pasando a convertirse en Ley (TheInsuranceAct 2015), en lo que sigue Ley de Seguros 2015 o la Ley. Esta reforma representa una modificación de magnitud a la regulación de seguros en el Reino Unido, constituida por una combinación del commonlaw y los preceptos recogidos en la Marine InsuranceAct 1906, en adelante MIA 1906.

La Ley de Seguros 2015 busca dar efecto, con algunas modificaciones, a las recomendaciones contenidas en el Reporte de LawCommission and TheScottishLawCommission titulado “InsuranceContractLaw. Business Disclosure; Warranties; Insurers’ Remedies forFraudulentClaims; and Late Payment” (LawCom No 353; ScotLawCom No 238), en lo que sigue nos referiremos a este como el Reporte de la Comisión o el Reporte, el cual hace eco de recomendaciones contenidas en reportes anteriores de la misma comisión. El Reporte trata las siguientes materias:

Deber de declaración y representaciones en seguros de negocio y otros tipos de seguros no-de-consumo.

Garantías

Remedios del asegurador por reclamos fraudulentos

Tanto las recomendaciones de la Comisión como el contenido de la Ley deben ser entendidos en el contexto de una modernización del derecho inglés de seguros. Modernización a la que se dio inicio con la dictación de la Ley de Seguros de Consumo 2012, ConsumerInsurance (Disclosure and Representations) Act 2012 o CIDRA por sus siglas en inglés, la cual como su nombre lo indica afecta sólo a los seguros de consumo. La Ley no alcanza, sin embargo, otras áreas que son generalmente aceptadas como terreno fértil para una intromisión estatutaria. En este sentido, resulta interesante destacar que la recomendación contenida en el proyecto de Ley de Seguros en relación con la procedencia de daños por el pago tardío de la indemnización correspondiente, Clausula 11, no fue incluida en la Ley y por tanto es aun correcto sostener la improcedencia de estos, e.g. Sprung v Royal Insurance (UK) Ltd. [1997] C.L.C 70.

En general, la Ley está concebida para tener efecto por igual en todo el Reino Unido, salvo por la Cláusula 19 (4) cuya aplicación no se extiende a Irlanda del Norte y la Cláusula 19 (5) que sólo se extiende a Irlanda del Norte, ambas Clausulas regulan materias específicas de aplicación en uno u otro ámbito territorial. La Ley contempla un periodo de adecuación para su implementación, de conformidad con lo dispuesto en la Cláusula 21 (2), en base al cual la gran mayoría de las preceptos de esta entrarán en efecto una vez transcurridos 18 meses desde la fecha de la aprobación real.

Atendido la relevancia de cada una de las modificaciones introducidas, la intención de estas cortas líneas es ocuparse tan solo de los cambios relativos a la primera de estas, esto es, al “deber de declaración y representaciones en seguros de negocio y otros tipos de seguros no-de-consumo”.

Esta materia se encontraba regulada en las secciones 17, 18, 19 y 20 de MIA 1906, disposiciones que, en general, no hacían sino reconocer y recoger las reglas del Common law. En esta materia imperaba una premisa doble de que, antes de la conclusión del contrato, por un lado, el asegurado se encontraba obligado a declarar al asegurador todas aquellas circunstancias materiales que se obraban en su conocimiento, donde una circunstancia es material cuando puede influenciar la mente del prudente asegurador en fijar la prima o en aceptar el riesgo y el asegurado se entiende conocer todas aquellas circunstancias que en

1 Master of Laws in Financial Services Law and Postgraduate in Laws in Insurance Law (University of London by UCL and Queen Mary), Magister en Derecho de la Empresa © (Pontificia Universidad Católica de Chile), Abogado (Universidad Marítima de Chile), Abogado Senior en Zurich Insurance Group (Chile).

2 Las opiniones expresadas en este artículo pertenecen solamente al autor y no representan necesariamente la opinión de Zurich Insurance Group o cualquiera de sus filiales.

el curso ordinario de los negocios este debiera saber, y por el otro, todas las representaciones materiales que este realice al asegurador deben ser verdaderas, sean de un hecho, expectativa o creencia, esto es, debe abstenerse de realizar representaciones no verdaderas, a su turno, en caso de incumplimiento, la sección 17 de MIA 1906, ungiendo al contrato de seguros como un contrato de máxima buena fe, establecía el remedio único de nulidad y la sección 19 extendía el deber de declaración y de abstención de representaciones no verdaderas al agente o corredor del asegurado. La dureza evidenciada en estas disposiciones obedece a su época. El derecho de seguros inglés alcanzo su máximo nivel de desarrollo en durante los siglos XVIII y XIX donde las vicisitudes de la época, e.g. la burbuja de los mares del sur, hacían necesario establecer reglas estrictas para asegurar la sobrevivencia de la industria del seguro. La dinámica de las interacciones en el siglo XXI, donde la rapidez de las comunicaciones garantiza inmediatez, llama a reconsiderar el status quo.

De esta forma, la Cláusula 3 (1) de la Ley reemplaza la regla de declaración y representaciones por un deber de realizar una “justa presentación del riesgo” (fairpresentation of therisk) antes de la conclusión del contrato, derogando las secciones 18, 19 y 20 de MIA 1906. Este deber aplica tanto en la celebración del contrato como a su renovación y a la variación de sus términos. La Cláusula 3 (3) establece tres elementos que informan la presentación justa del riesgo, a saber:

Modo de cumplimiento alternativo del deber de presentación.

De conformidad con la Cláusula 3 (4) (a), que el asegurado presente de manera justa el riesgo al asegurador debiendo declarar toda circunstancia relevante que obre en su conocimiento. Esta regla replica en esencia la sección 18 de MIA 1906 en relación con la materialidad de las circunstancias y el conocimiento atribuido al asegurado incorporando algunas precisiones desarrolladas por la jurisprudencia, así, la Cláusula 4 (2) establece a su vez que un asegurado que es un individuo, i.e. persona natural, se entiende conocer tanto aquello que le es atribuible a este como individuo como aquello que es conocido por aquellas personas responsables de obtener el seguro en su representación, e.g. corredores de seguros. Por otro lado, la Cláusula 4 (3) establece que el asegurado que no es un individuo, i.e. persona jurídica, se entiende conocer todo aquello que es conocido de uno o más individuos cumplen un rol de administración de la misma (seniormanagement) como así también todo aquello que resulta conocido a aquellas personas responsables de obtener el seguro en su representación, e.g. corredores de seguros o su propio departamento de seguros.

De conformidad con la Cláusula 3 (4) (b), de manera subsidiaria al deber contenido en la letra (a) el deber se entiende cumplido mediante la entrega al asegurador de antecedentes suficientes que pongan a este en noticia de que necesita realizar mayores preguntas al asegurado antes de tomar una decisión respecto al riesgo.

Forma de entrega de la información.

La Cláusula 3 (3) (b) requiere que la declaración de información sea realizada de una manera razonablemente clara y accesible para el “prudente asegurador” (prudentinsurer reteniendo la nomenclatura utilizada en MIA 1906).

Deber de abstenerse de realizar representaciones no verdaderas.

Este deber se encuentra incluido en la Cláusula 3 (3) (c) y replica la regla contenida en la sección 20 de MIA 1906.

Al igual que MIA 1906, la Cláusula 3 (5) establece una serie de excepciones al deber de presentación. Estas excepciones solo resultan aplicables a la declaración prestada de conformidad con la Cláusula 3 (4) (a), i.e. que el asegurado presente de manera justa el riesgo al asegurador debiendo declarar toda circunstancia relevante que obre en su conocimiento, mas no afectan al deber de entregar la información de manera accesible ni al deber de abstenerse de realizar representaciones no verdaderas.

En cuanto a los remedios por incumplimiento, la Cláusula 13 deroga cualquier regla que permita a las partes anular un contrato de seguros por infracción del deber de buena fe. Recordemos que este remedio se encontraba contenido en la sección 17 de MIA 1906 y constituía el único remedio disponible por infracción de las secciones 18, 19 y 20 de la misma, condicionando la facultad del asegurador de solicitar remedio al incumplimiento de acuerdo con las circunstancias indicadas en la Cláusula 8 (Remedies forBreach) y solo haciendo uso de los remedios indicados en el Schedule 1 (Insurers´RemediesforQualifyingBreaches).

La Cláusula 8 (Remedies for Breach) establece en el número (1) el principio que el asegurador solo tendrá derecho a remedio si es que puede demostrar que, si no fuera por el incumplimiento, no habría contratado o lo habría hecho en términos distintos. Si un incumplimiento cumple con este requisito entonces se le considera un “incumplimiento calificado” (qualifying breach), facultando al asegurador a buscar remedio de acuerdo con alguna de las formas establecidas en el Schedule 1 de la Ley.

El Schedule 1 por su parte, diferencia entre “incumplimientos calificados” (qualifying breaches) realizados de manera deliberada o con culpa grave (Deliberate or Reckless Breaches) y otros incumplimientos (Other Breaches).

Si un incumplimiento calificado es realizado con dolo o con culpa grave (aunque el concepto inglés de recklessness no coincide de manera exacta con el concepto civil de culpa grave) el asegurador puede anular el contrato y retener la prima. Decimos anular y no solicitar la nulidad porque recordemos que en derecho inglés la nulidad es constatada por el tribunal y no declarada.

Por el contrario, si no existe dolo ni culpa grave, el remedio depende de la actitud que habría tomado el asegurador en ausencia del incumplimiento calificado. De acuerdo al párrafo 4, si el asegurador hubiera declinado el riesgo, le está permitido anular el contrato, debiendo en todo caso devolver la prima. Por el contrario, de acuerdo con los párrafos 4 y 5, si el asegurador hubiera tan solo contratado en términos distintos, se debe distinguir si estos se refieren a la prima o tratan otras materias. Si los términos distintos se refieren a materias distintas de la prima cobrada, e.g. deducible, exclusiones, etc, el asegurador está facultado para tratar el contrato como si se hubiera celebrado incluyendo tales términos. En tanto que si el término distinto se refiere a la prima cobrada, el párrafo 6 faculta al asegurador para reducir cualquier pago de indemnización de manera proporcional, esto es, solo estará obligado a pagar un X% de indemnización donde X es igual a la prima original dividida por la prima mayor multiplicada por 100.

Por último, en aquellos caso en que hubiere correspondiendo la introducción tanto de términos distintos en relación con la prima como con otras materias, el asegurador esta facultado para aplicar ambas alternativas, es decir, reducir de manera proporcional la indemnización correspondiente e introducir términos distintos al contrato.

REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2015/35 DE LA COMISIÓN, de 10 de octubre de 2014, por el que se completa la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II)- DOUE L 12, de 17 de enero 2015

Por Félix Benito Osma

Profesor de Derecho Mercantil U. Carlos III de Madrid. Abogado. Secretario General p.t. SEAIDA (Sección Española de AIDA).

1. Introducción

Esta norma de ejecución que ha entrado en vigor el 18 de enero 2015 desarrolla el pilar I (valoración y capital obligatorio basado en el riesgo), el pilar II (mejora de la gobernanza) y el Pilar III (mayor transparencia). Entre otras cosas: el requerimiento de provisiones, normas de valoración de activos y pasivos, incluyendo las llamadas “medidas de garantías a largo plazo”; cómo establecer el nivel de capital de las clases de activos en los que una aseguradora puede invertir; la elegibilidad de los elementos de los fondos propios de las compañías para cubrir los requerimientos de capital; la metodología y calibración del MCR (Minimum Capital Requirement), la fórmula para calcular el SCR (Solvency Capital Requirement), el modelo interno, el sistema de gobernanza y de gestión de riesgos; la publicación y divulgación de la situación financiera y de solvencia en términos cuantitativos y cualitativos; la información periódica a efectos de supervisión; los modelos internos y cálculos de solvencia a los grupos de seguros; las evaluaciones de equivalencia de los regímenes de solvencia de terceros países.

2. Valoración de activos y cálculo de provisiones técnicas

Las empresas de seguros y reaseguros han de disponer de una calificación crediticia propia conforme al principio de proporcionalidad, en lo que atañe a sus exposiciones más complejas o importantes. Las autoridades de supervisión deben garantizar que tales empresas gocen de modelos internos que cubran el riesgo de crédito cuando sus exposiciones sean significativas. A tal efecto, adoptarán un enfoque armonizado de qué constituyen exposiciones significativas en términos absolutos y un gran número de contrapartes significativas.

Las empresas de seguros y reaseguros deben valorar los activos y pasivos partiendo de la hipótesis de continuidad de la explotación de la empresa. Dicha valoración se hará con arreglo a las normas internacionales de contabilidad adoptadas de conformidad con el Reglamento (CE) nº 1606/2012. Utilizarán los precios de cotización en mercados activos o pasivos, siendo éste el método de valoración por defecto. No valorarán los activos o pasivos financieros a su coste o coste amortizado. Reconocerán y valorarán los impuestos diferidos correspondientes a todos los activos y pasivos que se reconozcan a efectos fiscales o de solvencia.

La valoración de las obligaciones de seguro y de reaseguro debe incluir las obligaciones correspondientes a la actividad de seguro y reaseguro existente. Cuando los contratos de seguro y reaseguro ofrezcan al tomador del seguro opciones en cuanto al establecimiento, renovación, prórroga, ampliación o reanudación de la cobertura de seguro o reaseguro, u opciones a la empresa en cuanto a la cancelación del contrato o la modificación de las primas o prestaciones, deben definirse límites contractuales que aclaren si la cobertura adicional que se derive de tales opciones se considera una actividad existente o futura.

El cálculo de las provisiones técnicas no debe estar sujeto a valores de rescate mínimos. El cálculo de mejor estimación debe tener en cuenta la futura evolución de los ámbitos demográficos, jurídicos, médicos, tecnológicos, sociales, medioambientales y económicos que afectarán los flujos de caja entrantes y salientes necesarios para liquidar las obligaciones. La elección del método de cálculo para lograr la mejor estimación debe ser proporcionada a la naturaleza, el volumen y la complejidad de los riesgos soportados por la empresa de seguros y reaseguros. Se incluyen técnicas de simulación, deterministas y analíticas. Los métodos de cálculo de simulación serán los más apropiados para determinados contratos de seguro de vida, en particular cuando den lugar a prestaciones que dependan del rendimiento de inversiones. Cuando los contratos de seguro y reaseguro incluyan opciones y garantías financieras, los métodos

utilizados para calcular la mejor estimación deben tener en cuenta esas relaciones de dependencia. La definición de prestaciones discrecionales futuras deben comprender las prestaciones de los contratos de seguro y reaseguro que se paguen de forma adicional a las prestaciones garantizadas y que sean fruto de la participación del tomador del seguro en los beneficios. Han de determinar por separado el valor de las futuras prestaciones discrecionales. No debe tener en cuenta prestaciones vinculadas a índices o fondos de inversión.

La mejor estimación de las obligaciones de seguro distinto del seguro de vida se calculará por separado respecto de las provisiones para primas y las provisiones para siniestros pendientes.

El cálculo del margen de riesgo debe basarse en la hipótesis de que el conjunto de la cartera de obligaciones de seguro y reaseguro se transfiera a otra empresa de seguros o reaseguros. En particular, el cálculo debe tener en cuenta la diversificación del conjunto de la cartera.

El cálculo del margen de riesgo debe basarse en una proyección del capital de solvencia obligatorio que tenga en cuenta la reducción del riesgo que comportan los contratos de reaseguro y las entidades con contenido especial. No deben estipularse cálculos separados del margen de riesgo.

Los tipos de interés sin riesgo básico se obtendrán sobre la base de los tipos de las permutas de los tipos de interés de la moneda en cuestión, ajustados en función del riesgo de crédito. Este ajuste debe hacerse de un modo transparente, prudente, fiable, objetivo y coherente con el tiempo. Se determinará a partir de la diferencia entre los tipos que incorporen el riesgo de crédito reflejado en el tipo variable de las permutas de tipos de interés y el tipo de permutas de índices a un día del mismo vencimiento, cuando ambos tipos estén disponibles en mercados financieros profundos, líquidos y transparentes.

Cuando no pueda obtenerse un diferencial de crédito fiables a partir de estadísticas de impago, como en el caso de las exposiciones a deuda soberana, el diferencial fundamental para calcular el ajuste por casamiento y el ajuste por volatilidad será igual al porcentaje de la media a lo largo plazo del diferencial con respecto al tipo de interés sin riesgo. Por lo que atañe a las exposiciones frente a las administraciones y los bancos centrales de los Estados miembros, la clase de activo debe tener en cuenta la diferencia entre Estados miembros individuales. A fin de garantizar la transparencia en la determinación del tipo de interés sin riesgo, la AESPJ debe publicar la metodología, las hipótesis y la identificación de los datos que utilice para calcular el ajuste de los tipos de las permutas por riesgo de crédito, el ajuste por volatilidad y el diferencial fundamental para el ajuste por casamiento, como parte de la información técnica que debe publicarse en virtud del artículo 77 sexies apartado 1º de la Directiva 2009/138/CE.

El incremento en las tasas de mortalidad sólo se aplicará a las pólizas de seguro con respecto a las cuales un incremento en las tasas de mortalidad dé lugar a un incremento de las provisiones técnicas según determinadas condiciones.

La segmentación de las obligaciones de seguro y reaseguro en líneas de negocio y grupos de riesgo homogéneos debe reflejar la naturaleza de los riesgos subyacentes a la obligación. La naturaleza de los riesgos subyacentes puede justificar una segmentación. Con respecto al ajuste por casamiento se debe permitir que las empresas consideren diferentes productos de seguro admisibles como una sola cartera, siempre que las condiciones de aprobación se cumplan de forma continua y ningún impedimento legal se oponga a que la actividad se organice y administre por separado respecto al resto de las actividades de la empresa que forman parte de la misma cartera.

La aprobación de los fondos propios complementarios que vayan a utilizarse para alcanzar el capital de solvencia obligatorio de una empresa de seguros o reaseguros debe basarse en una evaluación de los criterios pertinentes efectuadas por las autoridades de supervisión. Las autoridades de supervisión deben considerar el fundamento económico y la exigibilidad jurídica del elemento de los fondos propios complementarios para el que se solicite la aprobación.

Debe establecerse la lista completa de elementos de los fondos propios de cada nivel, de forma que quede claro para qué elementos deben obtener las empresas de seguros y reaseguros la aprobación de las autoridades de supervisión para la clasificación. Es posible que las actividades de seguro y reaseguro puedan dar lugar a fondos de disponibilidad limitada.

Los fondos propios básicos han de ser minorados de su importe por cualquier participación en entidades de crédito y financieras superior al 10% de los elementos de los fondos propios nivel 1 que no estén

sujetos a ningún límite.

3. Capital de solvencia obligatorio

Se establece la fórmula estándar del capital de solvencia obligatorio y el cálculo simplificado frente al riesgo de prima y de reserva en el seguro distinto del seguro de vida, frente al riesgo de mortalidad en el seguro de vida, frente al riesgo de longevidad en el seguro de vida, riesgo de discapacidad y morbilidad en el seguro de vida, riesgo de gastos en el seguro de vida, frente a los cambios permanentes en las tasas de caídas, frente al riesgo de catástrofe en el seguro de vida, frente al riesgo de mortalidad en el seguro de enfermedad, frente al riesgo de longevidad en el seguro de enfermedad, frente al riesgo de discapacidad y morbilidad en el seguro de gastos médicos, frente al riesgo de discapacidad y morbilidad en el seguro de protección de ingresos, frente al riesgo de gastos en el seguro de enfermedad, frente al riesgo de caída en el seguro de enfermedad SLT, frente al riesgo de interés, riesgo de diferencial de los bonos y préstamos, riesgo de los cacueros de reaseguros o titulaciones, riesgo de los acuerdos de reaseguros proporcionales, agrupaciones de correaseguro, riesgo de suscripción del seguro distinto del de vida, el riesgo de suscripción del seguro de vida y el riesgo de suscripción del seguro de enfermedad.

Por otro lado, determina el capital mínimo obligatorio.

4. Modelo interno y sistema de gobernanza

Las empresas de seguro y reaseguro deben garantizar un modelo interno. Desempeña una función importante en el sistema de gobernanza. Igualmente, deben evaluar la cobertura de todos los riesgos significativos.

Disciplina los elementos del sistema de gobernanza de las entidades aseguradoras y reaseguradoras: rendición de cuentas y comunicación de información; procedimientos de toma de decisiones, competencia, cualificación, aptitud y experiencia profesional de los miembros del órgano de administración, dirección o supervisión necesarias para el desempeño de sus tareas encomendadas; sistemas de información completa, fiable, clara, coherente, etc.; política escrita de remuneraciones. Además, controlarán y evaluarán, regularmente, la adecuación y eficacia de su sistema de gobernanza y tomarán las medidas adecuadas para subsanar cualquier deficiencia. Ese sistema se basará en una asignación apropiada y transparente de las responsabilidades de supervisión y gestión con el fin de establecer un sistema de toma de decisiones eficiente, de evitar conflictos de intereses y garantizar una gestión eficaz de la empresa.

Las empresas de seguros y reaseguros mantendrán un sistema de gestión de riesgos, de control interno y auditoría interna. El sistema de gestión de riesgos contempla una política escrita que garantice la definición y categorización de los riesgos. El sistema de control interno garantizará el cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas vigentes, así como la disponibilidad de información financiera.

Dentro de la estructura organizativa incorporarán las funciones de rendición de cuentas, gestión de riesgos, verificación de cumplimiento, auditoría interna, actuarial, aptitud y honorabilidad. En el caso de que externalicen funciones o actividades de seguro o reaseguro a un proveedor de servicios deberán establecer una política escrita de externalización que tenga en cuenta la incidencia de la externalización en sus actividades, así como los sistemas de información y seguimiento que deberán instrumentarse. Regula el contenido del contrato escrito entre la empresa de seguros o reaseguros con el proveedor de servicios y sobre la verificación continua que aquella debe llevar a cabo respecto a este último.

Enumera los principios a los que debe ajustarse la política y práctica de remuneración.

5. Adiciones de capital

Pueden imponerse en determinadas circunstancias adiciones de capital y métodos de cálculo con vistas a garantizar que aquéllas constituyan una herramienta de supervisión eficaz y viable para proteger a los tomadores y beneficiarios de seguro en atención al cálculo de un capital de solvencia obligatorio que refleje adecuadamente el perfil de riesgo global de la empresa. Los importes de adición de capital tienen un valor numéricamente positivo.

6. Publicación de la información de situación financiera y de solvencia

Las empresas de seguros y reaseguros han de publicar una información descriptiva sobre su situación financiera y de solvencia en términos cuantitativos y cualitativos. Incluirá un resumen claro, conciso y comprensible para los tomadores y beneficiarios de seguros. Contendrá información sobre la actividad, resultados, sistema de gobernanza, política en materia de aptitud y honorabilidad, perfil de riesgo, gestión de riesgos, valoración de los activos a efectos de solvencia, fondos propios de la empresa.

La información debe divulgarse por medios apropiados para garantizar condiciones de mercado equivalentes y el buen funcionamiento, así como facilitar la integración efectiva del mercado de seguros y reaseguros en toda la UE. Cuando dispongan y mantengan un sitio web relacionado con su actividad se divulgará en dicho sitio web. Este informe se presentará a las autoridades de supervisión en formato electrónico.

7. Información periódica a efectos de supervisión

Las empresas de seguros y reaseguros deben notificar periódicamente a las autoridades de supervisión información que incluya el informe sobre la situación financiera y de solvencia. Además, deben presentar un informe periódico de supervisión que incluya la información necesaria a efectos de supervisión, adicional a la contenida en el informe sobre la situación financiera y de solvencia. Estos dos informes deben tener la misma estructura.

La información cuantitativa y cualitativa debe divulgarse o presentarse periódicamente a la autoridad de supervisión a través de un informe escrito y plantillas cuantitativas.

El informe periódico de supervisión debe presentarse al menos cada tres años. Las autoridades de supervisión pueden exigir a las empresas de seguros y reaseguros que presenten un informe periódico de supervisión al cierre de cualquier ejercicio de la empresa. Cuando no se exija presentar un informe periódico de supervisión en relación con un ejercicio en concreto, las empresas presentarán, no obstante, a su autoridad de supervisión un informe que recoja cualquier cambio significativo que se haya producido en la actividad y los resultados.

La presentación de la información será electrónica.

8. Transparencia y rendición de cuentas de las autoridades de supervisión

La información confidencial que las autoridades de supervisión reciban en el desempeño de sus funciones no podrá divulgarse, salvo en forma resumida o agregada, de manera que no sea posible identificar a grupos o empresas individuales.

La divulgación de datos estadísticos agregados está destinada a facilitar información general sobre los sectores de seguros nacionales y sobre las actividades importantes de las propias autoridades de supervisión. La información pertinente debe incluir datos correspondientes a requisitos tanto cuantitativos como cualitativos, junto con datos nacionales agregados notificados de forma comparable a lo largo del tiempo. A este fin, debe existir una lista específica de los aspectos clave de la aplicación de las normas prudenciales que recoja los datos agregados mínimos que deben divulgarse las autoridades de supervisión.

9. Entidades con cometido especial

La exposición de una entidad con cometido especial debe ser limitada para garantizar que sus activos sean iguales o superiores a su exposición al riesgo máximo agregado. La autorización de una entidad con cometido especial por parte de la autoridad de supervisión en cuyo Estado dicha entidad pretenda establecerse se supedita al cumplimiento de una serie de condiciones. Así cuando una entidad con cometido especial asuma riesgos de más de una empresa de seguros y reaseguros, dicha entidad debe estar siempre protegida frente a los procedimientos de liquidación de cualquiera de las otras empresas de seguros y reaseguros que le transfieran riesgos. Al evaluar las exigencias de aptitud y honorabilidad de los accionistas o socios que posean una participación cualificada en la entidad con cometido especial y de las personas que dirijan esta de manera efectiva, deben tenerse en cuenta, cuando proceda, las exigencias similares que se apliquen a las empresas de seguros y reaseguros.

La transferencia de riesgo de la empresa de seguro o reaseguros a la entidad con cometido especial debe ser efectiva en toda circunstancia; que esté definido su alcance con claridad y esté libre de

cualquier operación conexas que pueda ir en detrimento de la transferencia efectiva del riesgo, como por ejemplo, derechos contractuales de compensación o acuerdos conexos destinados a reducir las pérdidas potenciales o reales contraídas como resultado de la transferencia de riesgo a los proveedores de deuda o financiación por la entidad con cometido especial.

El sistema de gobernanza de tales entidades comprenderá controles internos eficaces que garanticen el cumplimiento continuo de las condiciones contractuales obligatorias; un sistema de gestión de riesgos eficaz que incluya los procesos y procedimientos de información necesarios para identificar, medir, vigilar, gestionar y notificar, de forma continua, los riesgos a los que pueda resultar expuesta la entidad. Igualmente, la autoridad de supervisión puede solicitarla información necesaria a efectos de supervisión. Deben cumplir unos requisitos de solvencia y de inversión (arts. 326 y 327).

10. Grupos de seguros

El cálculo de la solvencia a nivel de grupo debe realizarse según el método basado en la consolidación contable (método 1), salvo que su aplicación exclusiva sea inapropiada. Al evaluar si debe utilizarse el método de deducción y agregación (método 2) en lugar del anterior o junto con este último, el supervisor de grupo debe examinar una serie de condiciones pertinentes armonizadas. En concreto, si el uso del método 1 resultaría excesivamente gravosa y si la naturaleza, el volumen y la complejidad de los riesgos del grupo son tales que la utilización método 2 no afectaría significativamente a los resultados del cálculo de la solvencia de grupo.

Los grupos pueden solicitar la utilización de dos tipos de modelos internos para calcular su capital de solvencia obligatorio de grupo consolidado. Igualmente, deben solicitar autorización para utilizar un modelo interno parcial a efectos de calcular el capital de solvencia obligatorio de grupo consolidado cuando solo algunas de las empresas vinculadas estén incluidas en el ámbito de aplicación del modelo interno de grupo, o en relación con el ámbito limitado o en relación con una combinación de esos factores.

Con el fin de garantizar el funcionamiento del colegio de supervisores es necesario establecer criterios para determinar cuándo una sucursal se considera significativa a efectos de que sus autoridades de supervisión participen en el colegio. De este modo, es imprescindible que se armonicen las exigencias aplicables a la coordinación de la supervisión de grupos de seguros y reaseguros, a fin de promover la convergencia de las prácticas de supervisión. Las autoridades de supervisión del colegio intercambiarán sistemáticamente información.

11. Equivalencia de terceros países

La evaluación de si el régimen prudencial o de solvencia de un tercer país es equivalente al establecido en la Directiva debe llevarse a cabo basándose en los criterios de este Reglamento. Y, por otra parte, la determinación de si se cumplen tales criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de evaluar la equivalencia de un tercer país debe basarse en la sustancia de la legislación u otras disposiciones reglamentarias del régimen prudencial o de solvencia de dicho tercer país, así como en la forma en que se implementan y aplican esa legislación y esas disposiciones en las prácticas de las autoridades de supervisión de dicho tercer país. También, en qué medida las autoridades de supervisión del tercer país aplican el principio de proporcionalidad previsto en la Directiva.

VI. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Por Félix Benito Osma

Profesor de Derecho Mercantil U. Carlos III de Madrid. Abogado. Secretario General p.t. SEAIDA (Sección Española de AIDA).

I. RESPONSABILIDAD CIVIL

Caída entre los huecos de los vagones de metro. Transporte de riesgo y omisión de medidas de seguridad destinadas a evitar la caída por el transportista.

Artículo/Norma: 1104, 1902 CC.

TS, Sala 1ª. S. 5 de noviembre de 2014.

El accidentado se apeó de un vagón del metro de Madrid, al darse cuenta que se había equivocado de estación se giró a su izquierda para volver a subir dando unos pasos sin encontrar la puerta de ningún vagón, sino el hueco existente entre los dos vagones cayéndose a las vías y fue arrollado por el tren. A consecuencia de ello, perdió ambas piernas.

El JPI estima la demanda presentada por el lesionado al existir una relación causal directa entre el daño sufrido y la conducta negligente de la transportista por no haber adoptado las medidas necesarias para prevenir y evitar daños previsibles.

La AP estima en parte el recurso de la transportista, si bien ésta no había adoptado medidas que son utilizadas en alguna ciudad europea: la instalación de mamparas a lo largo del andén. Además señala, con valor de causas concurrentes en la producción del resultado, el hecho de que hubiera hueco entre los vagones y la circunstancia de que la estación fuera curva.

La Sala TS desestima el recurso de casación con base a los siguientes razonamientos:

1. Es un medio de transporte que genera el riesgo de estrechamiento de algunos andenes.
2. El riesgo de caída a las vías existe cuando los vagones en vez de estar unidos entre sí están unidos por un sistema que deja un hueco que admite la posibilidad de caída.
3. El riesgo alto de caída pone en peligro la indemnidad de la persona y sus vidas.
4. La previsibilidad del riesgo.
5. El elevado riesgo del sistema de transporte exige a los viajeros actuar con la máxima prudencia, y a la empresa transportista adoptar las medidas de seguridad generales y específicas adecuadas para evitarlo.
6. La omisión de la transportista de toda medida de seguridad destinada a evitar la caída a las vías por el hueco entre vagones debe ser mantenida. Era un riesgo cualificado, previsible y evitable.

II. SEGURO DEL AUTOMOVIL

1. La cláusula de exclusión cobertura de daños y perjuicios causados por conductor no autorizado expresamente menor de 26 años despliega sólo efectos fuera del ámbito del seguro obligatorio. La repetición del asegurador se limita a las causas previstas en la Ley y no a las previstas en el contrato.

Artículo/Norma: arts. 10 LRCSVM, 10 bis LGDCU

TS, Sala 1ª. S. de 20 de noviembre de 2014

Se aborda la legalidad de la cláusula contractual incorporada a un contrato de seguro de responsabilidad civil automovilístico que excluía de cobertura los daños y perjuicios causados por conductor no autorizado expresamente siendo este además menor de veintiséis años. Esta cláusula permitía a la aseguradora la acción de repetición -reclamación al asegurado- una vez había satisfecho las indemnizaciones oportunas a los perjudicados. Se examina este asunto a la luz de la reforma de 2007, que limita las posibilidades de repetición de la indemnización satisfecha por el asegurador frente al tomador o asegurado a las causas previstas en la Ley. Así, se impide dicha reclamación en base a las causas previstas en el propio contrato de seguro. La aseguradora interpone demanda frente al tomador del seguro en reclamación del importe de la indemnización satisfecha al perjudicado por el accidente de circulación del conductor menor de 26 años.

El JPI desestima la pretensión al considerar nula la referida estipulación contractual por ser abusiva conforme a lo dispuesto en el art. 10 bis de Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

La AP estima el recurso de apelación revocando la sentencia. Condena al demandado a satisfacer a la aseguradora el importe reclamado. La AP considera que es una cláusula meridianamente clara y expresiva de la intención de los contratantes, puesto que la exclusión de cobertura a los conductores de menor edad que la estipulada -26 años-, no declarados por el asegurado, puede obedecer a diversas motivaciones o finalidades subjetivas queridas y aceptadas por las partes al contratar. Aunque la estipulación se considere como cláusula limitativa de los derechos del asegurado, en vez de delimitadora del riesgo, está convenientemente destacada en la póliza, por lo que cumple los requisitos del art. 3 LCS.

El TS estima el recurso extraordinario por infracción procesal precisando lo siguiente: “Se limita la posibilidad de pacto sobre repetición al supuesto de conducción del vehículo por quien carezca de permiso de conducir, de modo que fuera de tal caso sólo cabe la repetición en los supuestos previstos por la ley, no alcanzando los supuestos legalmente previstos al caso de conducción por persona no autorizada según el contrato que sea menor de 26 años. En definitiva, dicha exclusión de cobertura- que era aceptada y conocida por el tomador- únicamente podrá desplegar sus efectos fuera del ámbito del seguro obligatorio, alcanzando por ello en el caso presente a la indemnización por los daños causados al vehículo asegurado”.

2. Acción de repetición: el “dies a quo” será el de la sentencia que reconozca la existencia de la causa.

Artículo/Norma: art. 1973 CC y art. 10 TRLRCSVM.

TS, Sala 1ª. S. 17 de diciembre de 2014.

El JPI admite la excepción de prescripción de la acción de repetición al entender que el plazo de un año previsto en el artículo 10 TRLRCSVM había transcurrido.

La AP desestima el recurso pues el plazo del art. 10 computa a partir de la fecha en que se hizo el pago al perjudicado sin exigir la existencia de sentencia penal condenatoria del asegurado para que la aseguradora pueda ejercer la acción de repetición contra él.

La SALA estima los motivos. Para que exista la repetición, además del pago al perjudicado en sentido estricto, se requiere que, previamente, haya habido una declaración de que el conductor circulaba bajo la influencia de bebidas alcohólicas, que un tercero haya sido declarado responsable de los daños o que, por ejemplo, se haya decretado la nulidad o inexistencia de un contrato de seguro. El “dies a quo” será el

de la sentencia que reconozca la existencia de la causa de repetición, ya que no tendría sentido privar del derecho al asegurador por haber transcurrido el plazo, sin que haya tenido la oportunidad de ejercitar su derecho de repetición por no haberse aún declarado la existencia del presupuesto de tal derecho.

3. Acción de repetición del asegurador: procedencia en el seguro voluntario y complementario del obligatorio cuando se excluye y acepta por el tomador la cobertura por embriaguez del conductor.

Artículo/Norma: art. 23 LCS y art. 10 TRLRCSVM.

TS, Sala 1ª. S. 17 de diciembre de 2014.

La aseguradora interpone demanda frente a su asegurado por la indemnización satisfecha por ella a los perjudicados del siniestro causado cuando conducía aquél bajo la influencia de bebidas alcohólicas. El demandado se opuso con base al transcurso de un año previsto para ejercer la acción de repetición.

El JPI estima la excepción de prescripción, por entender que la acción de repetición del asegurador prescribe por el transcurso de un año, contado a partir de la fecha en que se hizo el pago, siendo este el aplicable y no el de dos años previsto en el art. 23 LCS, toda vez que el previsto en aquel precepto es de especial aplicación para las acciones de repetición. Se interpone recurso de apelación alegando que la acción de repetición que se ejercita es de naturaleza contractual, siendo un hecho no controvertido que las partes suscribieron una póliza de seguro de responsabilidad civil, obligatoria y voluntaria, en la que quedaba excluida la cobertura de los daños causados hallándose en estado de embriaguez.

La AP estima el recurso. Entiende que la acción de repetición no había prescrito por tratarse de una acción contractual ejercida en virtud del contrato que une a las partes, rigiendo en consecuencia el art. 23 LCS cuyo plazo es de 2 años. Se interpone recurso de casación. La previsión legal del plazo de un año para ejercitar la acción de repetición tiene un carácter imperativo siendo intrascendente si la causa de exclusión tiene previsión contractual. La causa petendi es coincidente con el contenido del art. 10 LRCSCVM.

La SALA casa la sentencia y desestima el recurso de apelación. Menciona que se ha dado respuesta en las sentencias de 29 de enero, 12 de febrero y 5 de marzo de 2009, así como en las de 5 de noviembre de 2010 y 15 de diciembre de 2011, entre otras atribuyendo la procedencia de la acción de repetición de las aseguradoras a dos supuestos: a) cuando el aseguramiento de la rc se circunscriba en exclusiva al ámbito del seguro obligatorio. b) cuando pactado el aseguramiento voluntario y complementario de aquél tanto cuantitativa como cualitativamente el tomador acepta de manera expresa y válida la exclusión de cobertura por la embriaguez del conductor, que es el supuesto que aquí se enjuicia. Si las partes no hubiesen pactado la exclusión en el seguro voluntario que complementa el obligatorio, la aseguradora no tendría dicha facultad de repetición contra el asegurado. Por contra si en virtud de este mismo principio se ha excluido el complemento del seguro obligatorio para siniestros que tengan origen en la conducción bajo las influencias de bebidas alcohólicas, se debe circunscribir a las previsiones del seguro obligatorio con todas sus consecuencias.

III. SEGURO DE VIDA

1. Producto estructurado de inversión instrumentado en un seguro de vida unit linked: nulidad por incumplimiento del deber de información adecuada y exigible sobre la naturaleza del producto y los riesgos asociados con condena solidaria a las entidades bancaria y aseguradora perteneciente al grupo.

Artículo/Norma: arts. 79 LMV, 1101 CC.

TS, Sala 1ª. S. Pleno de 10 de septiembre de 2014.

La entidad bancaria propuso a los clientes inversiones en productos estructurados “Beslink Inversión Estructurada Seguro”- sin mención del emisor- a través de seguros de vida de la modalidad “unit linked” con la aseguradora del grupo financiero. Fue aceptada la propuesta por los clientes quienes suscribieron la solicitud de seguro y el pago de prima, con cargo a la cuenta corriente, entregándose la póliza de seguro.

La entidad bancaria enviaba a sus clientes información sobre la evolución de las inversiones realizadas mediante el seguro de vida concertado hasta que un día reciben información de que el emisor es Lehman Brothers y que el valor de dicha inversión es cero euros.

Los clientes interpusieron demanda de nulidad de todos y cada uno de los contratos de seguro concertados como consecuencia de los contratos de inversión por defectuosa información sobre la naturaleza del producto y de sus riesgos junto con la indemnización de daños y perjuicios por deficiente asesoramiento en la inversión con sus correspondientes intereses.

El JPI estimó parcialmente la demanda declarando nulos los contratos.

La AP estima el recurso de apelación de las entidades demandadas, desestimado la demanda. Consideró al igual que el JPI que no se trataba de un contrato de seguro sino un contrato de inversión en el que se debía proporcionar previamente el correspondiente asesoramiento. El desconocimiento de la existencia del emisor y que el riesgo iba ligado a la solvencia del mismo no suponía un error sustancial en el momento de la formación del contrato. Tampoco existió un deficiente asesoramiento que supusiera el incumplimiento de sus obligaciones de asesoramiento, diligencia y transparencia.

La Sala TS considera que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento adecuado del producto estructurado y de los concretos riesgos asociados al mismo. La entidad bancaria incumplió la norma aplicable a las entidades que operan en el mercado de valores y que aparece resumida en la S. Pleno nº 244/2013. No informó adecuadamente sobre la naturaleza de los productos y de la naturaleza exacta de los riesgos asociados a tales productos.

VOTO PARTICULAR. Para apreciar el error en el consentimiento, en cuanto al deber de información del mediador del seguro en la colocación del producto es necesario acudir al art. 60 TRLOSSP. A la vista de la documentación suscrita – condiciones particulares y póliza-: “la inversión en este producto de seguro supone la asunción por parte del tomador de un alto nivel de riesgo, en la medida en que----“. La insolvencia de la entidad emisora tampoco debe ser imputable a las sociedades de servicios de inversión.

2. Cuestionario de salud: inexistencia de dolo o culpa grave del tomador que omite la incapacidad rellena por el empleado de banco y cuya existencia era evidente a simple vista.

Artículo/Norma: art. 10 y 89 LCS.

TS, Sala 1ª. S. 2 de diciembre de 2014.

El tomador adquirió una vivienda subrogándose en un préstamo hipotecario otorgado por una Caja de Ahorros. Padecía una invalidez permanente absoluta declarada por dolencias asociadas a deformaciones físicas y a limitaciones funcionales de movilidad que eran evidentes y apreciables a simple vista. Suscribió un seguro de vida de amortización.

El tomador debía rellenar un impreso de condiciones particulares, conjuntamente emitido por la aseguradora y prestamista. Fue cumplimentado en la sede de ésta, durante la entrevista de aquél y los empleados de la Caja de Ahorros, sin presencia de representante o empleado de la aseguradora. Las respuestas a los cuestionarios eran de impresión mecánica, no manuscritas. Esas condiciones particulares incluyen también una declaración de estado de salud que al igual que los restantes datos fue cumplimentado mecánicamente por la Caja de Ahorros, y no de forma manuscrita por el tomador. El tomador falleció un año después a consecuencia de un cáncer de pulmón. Esta enfermedad sobrevino con posterioridad a la celebración del contrato de seguro. Los hijos del fallecido interpusieron demanda frente a la aseguradora en la que solicitaban la suma asegurada del seguro de vida.

El JPI desestima la demanda. Entiende que el tomador ocultó sus antecedentes médicos al suscribir la póliza, por lo que actuó con dolo o culpa grave, liberando al asegurador de su deber de pago.

Por su parte, la AP considera que no existió dolo o culpa grave por parte del tomador del seguro cuando no manifestó la enfermedad que padecía en el momento de cumplimentar el cuestionario, pues tanto la Caja que fue quien rellenó el cuestionario con el conocimiento de la aseguradora, como esta última, quienes han de asumir las consecuencias de esa inexactitud consciente y voluntariamente aceptada. Además, justifica la no aplicación del art. 10 LCS pues la falsedad o la omisión de los datos no encuentran relación con la naturaleza del siniestro. La causa del fallecimiento fue el cáncer de pulmón detectado con posterioridad a la celebración del contrato. Condena a la aseguradora al pago de la suma asegurada en virtud de la póliza con entrega al prestamista del saldo pendiente de amortización del préstamo a la fecha del fallecimiento y el remanente que reste a los demandantes.

La aseguradora interpone recurso de casación por infracción del art. 10 LCS, en cuanto qué debe entenderse como dolo o culpa grave para que la aseguradora pueda quedar liberada del pago de la prestación. Y, por otra parte, la omisión en el cuestionario constituye un factor de valoración del riesgo que debería haberse puesto de manifiesto conforme a lo dispuesto en los arts. 89 y 10 LCS. Resulta, pues, que producida aquélla deberá reducirse la indemnización y en el caso de dolo o culpa grave, la liberación del pago.

La SALA considera que el art. 10 LCS ha acotado el deber abstracto del tomador de declarar todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. Responde a un deber de contestación al cuestionario que le somete el asegurador. Por tanto, no es un deber espontáneo e independiente del tomador. Se entiende infringido el deber de declaración del riesgo cuando la discordancia entre el descrito del real sea relevante, porque las circunstancias en las que se basó la valoración del riesgo hubieran influido en las condiciones en que se contrató y en la decisión del asegurador de aceptar la contratación. Fue la aseguradora quien obvió las evidentes dolencias y admitió que no aparecieran reflejadas en la declaración de salud, por las razones que fueran, pero con el efecto de divergencia entre lo declarado y el riesgo real al tiempo de su contratación, que no puede ser entendida como una conducta dolosa o culpable del tomador del seguro. Para que el asegurador quede liberado es necesario que el siniestro se produzca antes de que aquél haya hecho la declaración de denuncia del contrato y la conducta del tomador empleando dolo o culpa grave al tiempo de realizar la declaración de salud, entendiéndose como una “reticencia en la omisión de hechos, incluyentes y determinantes para la conclusión del contrato” (sentencias 1200/2007, de 15 de noviembre, 1190/2008, de 4 de diciembre 2008). Ninguno de los dos requisitos se cumple. No existe dolo o culpa grave. Tampoco el asegurador opta por su resolución, al entender irrelevante la declaración inexacta, siendo consciente de la misma.