

XIII JORNADAS DE DERECHO DE SEGUROS AIDA URUGUAY

TEMA DEBERES Y CARGAS DE LAS PARTES EN EL CONTRATO

PONENCIA SOBRE RETICENCIA

Autor: **Antonio J. Rabosto**

Domicilio: San José 1146 esc. 402 , Tel. 2900.1902-2901.8771

Correo : arabosto@adinet.com.uy

Título : **RETICENCIA : es necesario el “juicio de peritos” para declararla, es una prueba de apreciación imperativa para el Juez.**

Resumen :

Análisis de la normativa aplicable a la reticencia en el Código de Comercio y su eventual conflicto con las normas procesales contenidas en el C.G.P. , a efectos de determinar si es necesario el dictamen de peritos para que la reticencia sea declarada y si ese dictamen es vinculante u obligatorio para el Juez.

RETICENCIA : es necesario el “juicio de peritos” para declararla, es una prueba de apreciación imperativa para el Juez.

Autor : Antonio J. Rabosto

Normativa

Para encuadrar el tema de esta ponencia, comenzaremos por citar las normas que consideramos básicamente aplicables:

-Art. 640 del Código de Comercio : “ Toda declaración falsa o toda reticencia de circunstancias conocidas del asegurado, aún hecha de buena fe, que a juicio de peritos hubiese impedido el contrato , o modificado sus condiciones, si el asegurador hubiese sido cerciorado del verdadero estado de las cosas , hace nulo el seguro”.

-Art.184 del C.G.P. : “ Los dictámenes de los peritos, salvo el caso de que las partes le hayan dado a éstos el carácter de arbitradores respecto de los hechos establecidos en sus conclusiones y se trate de derechos disponibles, serán apreciados por el tribunal de acuerdo con las reglas de la sana crítica(art. 140), debiendo consignar en el fallo los motivos que tenga para apartarse de ellos cuando así lo haga.”

Concepto

En el contrato de seguro , el asegurado se encuentra obligado a declarar al asegurador el verdadero y real estado del riesgo que quiere asegurar al tiempo de su celebración .Debe informar todo lo que sabe y conoce con respecto al estado del mismo. Su declaración fiel y exacta resulta relevante para que el asegurador analice y admita el riesgo.

Cuando el asegurado omite cumplir con dicho deber , ya sea por acción : declarando circunstancias que no se ajustan a la realidad, o por omisión : ocultando circunstancias relevantes para la suscripción del riesgo , estaría incurriendo en reticencia , y por ello se expone a la grave sanción de que se declare la nulidad del contrato de seguro.

Debemos adelantar que esta consecuencia legal cuando se constata la reticencia del asegurado en la práctica judicial no funciona exactamente así, pues más bien lo que habitualmente se resuelve y convalida judicialmente es la no cobertura del siniestro por parte del asegurador.

Análisis de las normas

Este art. 640 del viejo Código de Comercio, contiene una previsión especial que llama la atención, porque para declarar la existencia de reticencia se necesitaría la intervención de peritos, que según su juicio constate que la información falseada u omitida por el asegurado hubiera impedido al asegurador celebrar el contrato o, en su caso, realizarlo en otras condiciones.

Es una norma realmente excepcional, que estaría estableciendo dos requisitos para que se declare judicialmente la reticencia: a) la intervención de peritos, y b) que la declaración falsa o la reticencia (que en nuestro concepto comprende a la declaración falsa) a juicio de esos peritos de haber sido conocida por el asegurador hubiera impedido o modificado las condiciones del seguro.

En consecuencia de acuerdo a esta previsión legal la conducta del asegurado debería ser necesariamente analizada por peritos a fin de establecer si las circunstancias invocadas por el asegurador configurarían reticencia del asegurado, se podría decir que estamos en presencia de una prueba legal o tasada.

Es una norma que para el legislador de mediados del siglo XIX¹, por la intervención objetiva de un tercero en la categorización de la reticencia evidentemente en aquella época le resultó garantista de los derechos de los asegurados.

Pese al tiempo transcurrido y a los cambios operados en las relaciones jurídicas con un evidente mayor equilibrio de las mismas, similar norma se encuentra en la ley de seguros argentina (art. 5 Ley 17.418).

Frente a esta previsión legal del Código de Comercio tenemos una disposición procesal específica en el C.G.P. (art. 184 citado) que establece que los dictámenes de los peritos deben ser apreciados según las reglas de la sana crítica y que no son vinculantes para el Juez pudiendo apartarse por motivo fundado.

Es decir, que por un lado tenemos la disposición del Código de Comercio que establece la necesidad del dictamen de peritos para declarar la reticencia teniendo su

¹ Proviene originalmente del Código portugués de 1833 y fue recogida por Vélez Sarsfield.

opinión el carácter de prueba legal o tasada , y por otro , existe la norma procesal del CGP que dispone como deben ser apreciadas las pruebas periciales , teniendo los jueces la facultad de apartarse de la opinión de los peritos en base a las reglas de la sana crítica y por motivos fundados. Este conflicto de normas lleva a tener que plantearse y decidir cual prevalece, siendo éste el objeto de esta ponencia.

En la República Argentina, ante similares textos y situación planteada que la nuestra , destacados autores(Morandi, Halperin, Migliardi²) han sostenido que el dictamen de peritos es obligatorio para el juez por tratarse de una prueba legal , siendo una excepción al principio de la sana crítica o libre apreciación.

En cambio, otros doctrinos (Zavala Rodriguez, Rivarola, Aguirre ³) en posición opuesta, han considerado que la opinión de los peritos no es vinculante , porque si así fuera los jueces quedarían sustituidos por los peritos para decidir la validez o nulidad del seguro, coartando su legítima función jurisdiccional que consiste en decidir libremente en función de las pruebas existentes. Asimismo estos autores resultan bastante críticos con la permanencia del denominado” juicio de peritos”.

Con referencia a este aspecto y volviendo a la realidad uruguaya , debemos señalar que en el Anteproyecto de Ley de Seguros ⁴ ,no existe la necesidad del juicio de peritos para que se declare o configure la reticencia o el agravamiento del riesgo, lo cual nos parece una solución moderna, compatible y acertada.

Situación en nuestro derecho.

En nuestro país no conocemos que se haya planteado encendidamente esta discusión doctrinaria, pero es factible que judicialmente surja esta controversia , por lo cual aportaremos nuestra visión del tema.

De acuerdo a la normativa procesal vigente es valor entendido que el perito constituye una auxiliar técnico de la justicia, cuya función es informar e ilustrar al Juez en determinadas áreas especializadas del conocimiento, con relación a los hechos que son objeto del proceso y especialmente de la prueba.

² Morandi, Juan Carlos “ El riesgo en el contrato de seguro” Astrea 1974 p. 142;Halperin, Isaac “ Seguros. Exposición crítica de las Leyes 17.418,20091 y 22400” Depalma, p. 338;Migliardi, Francisco “ Seguro. Comentario a la Ley 17.418” p. 15.

³Zavala Rodriguez, Carlos “ Análisis de algunos aspectos de la Ley 17.418(Seguros) JA 1968, T. II p. 740; Rivarola, Mario “ Tratado de Derecho Comercial Argentino” T. IV p. 288;Aguirre , Felipe “ El juez ante el juicio de peritos en la reticencia y agravación del riesgo” Rev. Derecho Comercial , .2008,No 228 p. 237;

⁴ Art. 18 del texto consensuado entre el BCU y los operadores del seguro de nuestro país, a estudio del MEF desde hace tiempo.

Como lo dispone el art. 184 del CGP ⁵, salvo en el caso de que las partes le hayan dado el carácter de arbitradores a los dictámenes de los peritos, dichas opiniones técnicas serán apreciadas libremente por el Juez conforme a las reglas de la sana crítica, pudiendo apartarse de las conclusiones del peritaje en base a motivos fundados.

Asimismo el mencionado compendio procesal dispone con carácter general y amplio la admisibilidad de diversos medios de prueba, incluso de aquellos no previstos o no prohibidos por la ley (art.146 ⁶), por lo cual el asegurador que tiene a su cargo la carga de la prueba de la reticencia, se puede valer de todos los medios hábiles posibles para demostrar dicha circunstancia. Esto no es más que la aplicación de conocidos principios procesales como son el derecho al debido proceso, a la debida defensa, a la libertad en el uso de los medios probatorios, etc.

Conclusiones

Ingresando al planteo central de la ponencia, cabe preguntarse en primer término si es imprescindible el dictamen de perito ⁷ para que se declare configurada la reticencia, y en segundo lugar, si ese dictamen tiene el carácter de prueba legal, tasada o vinculante para el Juez.

En respuesta a la primer interrogante consideramos que dada la evolución normativa – especialmente procesal a partir de la aprobación del CGP- el juicio o dictamen de perito no es actualmente una prueba obligatoria o imprescindible para que se declare la reticencia, porque como establece dicho Código(art. 146 citado) son admisibles todo tipo de pruebas – no prohibidas por la ley - para demostrar los hechos objeto del proceso y de la prueba.

Consideramos que dadas las circunstancias se puede declarar la existencia de reticencia sin que se haya producido una prueba pericial al respecto, habiendo quedado superada en alguna medida la previsión del Código de Comercio.

⁵ “ Los dictámenes de los peritos, salvo el caso de que las partes le hayan dado a éstos el carácter de arbitradores respecto de los hechos establecidos en sus conclusiones y se trate de derechos disponibles, serán apreciados por el tribunal de acuerdo con las reglas de la sana crítica(art. 140), debiendo consignar en el fallo los motivos que tenga para apartarse de ellos cuando así lo haga.”

⁶ “Son medios de prueba los documentos, la declaración de parte, la de testigos, el dictamen pericial, el exámen judicial y las reproducciones de hechos. También podrán utilizarse otros medios probatorios no prohibidos por la regla de derecho, aplicando analógicamente las normas que disciplinan a los expresamente previstos por la ley”.

⁷ Deliberadamente lo mencionamos en singular, porque aunque el art. 640 del C. de Comercio habla en plural de peritos, para el CGP en principio el perito es uno solo designado por el Tribunal según el art. 178.

Esta posición - aunque sin referirse o plantear esta posible controversia - es la que ha adoptado muchas veces en la práctica nuestra jurisprudencia, cuando ha resuelto casos declarando la reticencia sin que hubiera existido dictamen pericial, en base a otras pruebas concluyentes.

En los repertorios jurisprudenciales existen por ejemplo fallos en los cuales se hace referencia a que de la historia clínica surgía claramente la causa de la enfermedad que ocasionó el fallecimiento del asegurado y que se omitió declarar al contratar el seguro, habiéndose declarado la reticencia del asegurado y la falta de cobertura del siniestro, sin que hubiera existido prueba pericial al respecto u omitiéndose su consideración por existir otras pruebas relevantes⁸.

Y en nuestro concepto entendemos que esto es correcto, porque si en base a otros medios de prueba que no sea la pericial, se puede demostrar la existencia de reticencia, corresponde que así sea declarada.

Indudablemente resulta aconsejable y conveniente para quien invoque la reticencia el solicitar la prueba pericial, pero consideramos que actualmente el juicio o dictamen de perito no es una prueba obligatoria o imprescindible para que se declare la existencia de dicha reticencia si se puede demostrar con otros medios de prueba.

Con relación a la segunda interrogante, entendemos que el dictamen pericial no tiene actualmente carácter vinculante o imperativo para el Juez, y por más que en la mayoría de los casos el juzgador seguramente compartirá las conclusiones del perito, para su valoración puede apartarse fundadamente de dichas conclusiones en base a las reglas de experiencia y de la sana crítica tal como lo habilita la normativa procesal⁹ mediante su confrontación con los restantes elementos probatorios que surjan del proceso.

Montevideo, Abril de 2014.

⁸ LJU c. 16.040, LJU suma 136.014; Anuario Derecho Comercial No. 13 c. 49 p. 272, Anuario Derecho Comercial No. 14 c. 56 p. 455.

⁹ Art. 184 CGP.