

Recepción: 06/06/2015
Aceptación: 18/08/2015

Raúl José Vega Cardona, Ediltrudis Panadero de la Cruz y
Jorge Luís Ordellín Font✉

La agravación y disminución del riesgo en el contrato de seguro en Cuba: ¿acaso un supuesto de revisión judicial ante el acaecimiento de hechos imprevistos?

Aggravation and decreased risk in the insurance contract in Cuba: does a case of judicial review before the occurrence of unforeseen events?

Resumen: *En todo contrato las personas en su calidad de partes podrán instar al órgano judicial para revisar el negocio jurídico pactado cuando las prestaciones se vuelven excesivamente onerosas para alguno de los contratantes en virtud del acaecimiento de hechos imprevistos, extraordinarios, inevitables y ajenos a la voluntad de estas. Empero, algunos códigos civiles niegan la posibilidad de aplicación de esta teoría a determinados tipos contractuales, entre estos a los contratos aleatorios, y particularmente el de seguro. En este sentido un sector de la doctrina también ha apoyado este planteamiento partiendo del análisis de que sería impropio hablar de imprevisión en un tipo contractual que se configura exactamente por la presencia de elementos imprevistos que van a determinar el resultado final del contrato. Pero negar esta posibilidad sería ir en contra de la buena fe como principio general del Derecho, que en sede de con-*

✉ Raúl José Vega Cardona: Especialista en Derecho Civil y de Familia por la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente. Máster en Derecho Civil por la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Profesor Asistente de Derecho Civil y de Familia. Facultad de Derecho. Universidad de Oriente. Juez.

✉ rvega@fd.uo.edu.cu

✉ Ediltrudis Panadero de la Cruz: Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora Titular de Derecho Civil y de Familia. Facultad de Derecho, Universidad de Oriente. Vice presidenta de la Sociedad Cubana de Derecho Civil y de Familia de la Unión Nacional de Juristas de Cuba.

✉ edilpan@fd.uo.edu.cu

✉ Jorge Luís Ordellín Font: Especialista en Derecho Civil y de Familia por la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente. Máster en Derecho Civil por la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Profesor Asistente de Derecho Civil y de Familia. Facultad de Derecho. Universidad de Oriente. Notario.

✉ jlordelin@fd.uo.edu.cu

tratos adquiere especial relevancia. Ante este imperativo, el presente artículo discurre sobre la tesis que permite aplicar la revisión judicial de los contratos aleatorios, en especial del contrato de seguro a partir del análisis histórico – doctrinal y legislativo de la teoría de la imprevisión y su relación con el alea como elemento característico de estos tipos contractuales.

Palabras clave: *aleatorio; contrato de seguro; imprevisión; revisión judicial*

Abstract: *In every contract people as parties may call upon the court to review the agreed legal business when benefits become excessively burdensome for one of the contractors under the occurrence of unforeseeable, extraordinary, inevitable and totally unrelated to the will of these. But some civil codes deny the possibility of application of this theory to certain contractual types, amongst these random contracts, and particularly insurance. In this sense a sector of the doctrine has also supported this approach based on the analysis that would be improper to speak of unpredictability in a contractual type that is configured exactly the presence of unpredictable elements that will determine the outcome of the contract. But to deny this possibility would be to go against good was as a general principle of law, that the seat is particularly relevant contracts. Given this imperative, this article elaborates on the theory that allows to apply for judicial review of randomized contracts, especially the insurance contract from historical analysis - doctrinal and legislative theory of foresight and their relation to the alloy as characteristic feature of these contract types.*

Keywords: *aleatory; insurance contract; improvidence; judicial review*

Breves apuntes históricos sobre la teoría de la imprevisión en sede contractual

Históricamente se ha sostenido que los antecedentes de la teoría de la imprevisión pueden encontrarse en la Edad Media, específicamente en el Derecho Canónico, donde se intentó buscar una forma de establecer la equidad en las relaciones contractuales a partir de los dictados de la moral cristiana que condenaba todo enriquecimiento de uno de los contratantes a expensas del otro. Los canonistas apoyaron entonces sus teorías en la existencia de una cláusula sobreentendida en los contratos según la cual las partes se reputaban haber subordinado implícitamente la subsistencia de sus respectivas obligaciones a la permanencia de las condiciones existentes el día de la celebración del contrato. En este sentido, ya Santo Tomás de Aquino en su obra “Suma Teológica” referenciaba la alocución latina “*rebus sic stantibus*”, indicando que por la misma se autorizaba la liberación de la obligación del deudor cuando cambiaban las circunstancias.

De esta forma, si bien el desarrollo de la teoría no se inicia hasta esta época, el propio Santo Tomás con el uso de la mencionada alocución latina reconocía que los antecedentes de la modificación contractual por el acaecimiento de hechos imprevistos podían ubicarse en el Derecho Romano. Mosset Iturraspe afirma que desde el Digesto se admitía la posibilidad de la permanencia de los contratos y de sus obligaciones, siempre y cuando el hecho básico sobre el cual se había establecido no hubiese sido modificado. Argumento que los juristas postglosadores del siglo XIII reconocieron al exponer que en los contratos a término las obligaciones permanecían siempre que el estado de cosas no cambiara. A decir de Llambías, Raffo y Sassot fue Bartolomeo de Brescia quien expuso que “en todos los casos de renuncias ha de presumirse la cláusula *rebus sic stantibus*, frase apocopada de la siguiente máxima (...): *contractus qui habent tractum sucesivum vel dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*” (Llambías, Raffo y Sassot, 1997, 81).

Esta teoría fue aceptada por la doctrina italiana y alemana, encontrando en ésta

última dos de sus principales precursores, Windscheld y posteriormente Larenz con su teoría de la base del negocio jurídico. Este último sostenía que debe tenerse en cuenta el conjunto de circunstancias que llevaron al contratante a celebrar el acuerdo, y que muchas veces es el cambio de las circunstancias que exceden el marco contractual, lo que puede llevarlo a reconsiderar e incluso liberarlo de la obligación. Por este motivo a juicio de dicho autor el contrato puede: 1. Ser ineficaz si la base del negocio en sentido subjetivo desaparece, 2. Resolverse, si en el contrato bilateral se destruye por completo la equivalencia de las prestaciones como consecuencia de la transformación de las circunstancias, 3. Conllevar a la exigencia de una indemnización si ya se ha realizado una de las prestaciones según el enriquecimiento de la otra parte, y 4. Traer como consecuencia el rechazo de la prestación por el acreedor y la negativa a observar la conducta debida (Larenz, 2002, 184).

Sin embargo, con el desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad de las partes en materia contractual a inicios del siglo XIX, la teoría de la imprevisión encontró los más enconados argumentos en su contra que conllevaron a que los principales códigos civiles de la época no contuvieran pronunciamiento alguno por entender que podría constituir un mecanismo peligroso para la estabilidad y seguridad jurídica de los contratos. Se consagraba así en todo su esplendor el principio *pacta sunt servanda*. En este sentido el Derecho francés no aceptó en la jurisprudencia civil la modificación del contrato por alteración a las circunstancias, sin embargo en sede administrativa halló terreno fértil el concepto de la imprevisión. Tan es así, que este principio encontró su positivización en Francia en la “*Ley Faliot*”, de 21 de enero de 1918. Así exponía la mencionada Ley en cuanto a la imprevisión:

Independientemente de las causas de resolución derivadas del Derecho Común o de los contratos, las transacciones y contratos celebrados desde el 1º de agosto de 1914 pueden ser resueltos, a petición de cualquiera de las partes, si se prueba que, en razón del estado de guerra, el cumplimiento de las obligaciones de uno de los contratantes traería consigo un gravamen cuya importancia rebasaría, en gran medida, las previsiones que pudieron hacerse, razonablemente en la época del contrato (Cazeaux, 1998, 532).

A diferencia de la normativa civilista francesa, el *Codice Civile* italiano de 1942 bajo la doctrina de la excesiva onerosidad de la prestación positivizó el principio “*rebus sic stantibus*”. Según los artículos 1467 al 1469 del *Codice*, si la

prestación de una de las partes se ha convertido en excesivamente onerosa por haberse producido acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte deudora de tal prestación puede pedir la resolución del contrato (o si se trata de un contrato unilateral, la modificación) y la parte contra la cual se dirige la pretensión puede evitarla mediante el ofrecimiento de una modificación equitativa de las condiciones del negocio jurídico contractual. Sin embargo, la resolución del contrato no procede si la onerosidad sobrevenida se produce dentro de los riesgos normalmente asumidos en la contratación.

De todas formas el criterio legislativo predominante durante la primera mitad del siglo XX, fue el de la no consagración del principio "*rebus sic stantibus*" en muchos de los códigos civiles. Pero a pesar de ello, fue la jurisprudencia la que llenó el vacío que al respecto contenían las normas sustantivas, principalmente a partir de las repercusiones de la Primera Guerra Mundial, *v.gr.*, la jurisprudencia alemana, italiana, francesa y española. Basta mencionar la Sentencia de 23 de noviembre de 1962 del Tribunal Supremo español que dispuso:

(...) es indudable que la base del negocio contenido en el contrato celebrado el 30 de junio de 1939, dadas las circunstancias que lo rodean y la finalidad perseguida en el mismo, sufrió una grave y excepcional alteración en contra de lo que las partes podían presuponer, por la supervivencia de acontecimientos imprevisibles, que afectaron profundamente al elemento de justicia, objetivo implícito en la exigencia de causa en los contratos, y la equivalencia de las prestaciones (España, Tribunal Supremo Sala de lo Civil, Sentencia 208/1962).

De esta forma las enconadas discusiones teóricas que se sostuvieron en cuanto a la posibilidad o no de adecuar el contenido del contrato a nuevas circunstancias culminaron con el reconocimiento de la teoría de la imprevisión en los ordenamientos jurídicos de varios países.

La teoría de la imprevisión y la revisión judicial de los contratos

La teoría de los contratos se funda sobre la base de la autonomía de la voluntad y la libertad que tienen las partes contratantes de establecer los pactos, cláusulas y condiciones que estimen pertinentes para lograr el fin por el que se han obligado; por supuesto siempre que estas convenciones no sean contrarias a la ley, la moral, ni al orden público establecido. Cobra así importante relevancia en

materia contractual el principio *pacta sunt servanda*, que establece que las convenciones que voluntariamente hayan pactado las partes de un contrato deben ser de obligatorio cumplimiento. Sin embargo, ante la rigurosidad con que la teoría voluntarista ha planteado el mencionado principio, se ha sostenido que partiendo de la equidad, pueden oponerse determinadas excepciones que permitan atemperar las cláusulas contractuales ante la injusticia que pueda producirse en determinadas situaciones y con ellas modificarse lo pactado por las partes. Es así que en líneas generales, ante el absolutismo y la inflexibilidad del principio *pacta sunt servanda* se ha opuesto el principio *rebus sic stantibus* según el cual en los contratos de tracto sucesivo o de cumplimiento aplazado, las convenciones pactadas por las partes contratantes obligan mientras no ocurran cambios importantes en las circunstancias contempladas al momento de realizarse el negocio jurídico.

Ergo, la posibilidad de modificación contractual por circunstancias sobrevenidas ha encontrado cada vez más defensores en los estudiosos del Derecho Civil. Así, Planiol y Ripert para explicar este particular argumentaron: “Todo contrato cuyo cumplimiento no sea inmediato expone al deudor a eventos favorables o desfavorables, como consecuencia de variaciones en las circunstancias de hecho que condicionan su cumplimiento (....).” Y más adelante se plantea en relación con la teoría de la imprevisión: “los contratos deben ejecutarse de buena fe, no sólo al formarse el contrato sino al cumplirlo y no se llenaría ésta exigencia si se hiciera cargar al deudor con consecuencias no previstas” (Planiol y Ripert, 1922, 551).

De lo que se trata es de la ocurrencia de circunstancias posteriores a la celebración del negocio jurídico contractual que crean una situación fáctica que conlleva que el cumplimiento de las obligaciones pactadas se haga a costa de un sacrificio pecuniariamente desproporcionado para el deudor, o gravemente perjudicial para el acreedor; siempre y cuando esas circunstancias no pudieron preverse. Por lo que ante este imperativo resulta coherente que la rigidez contractual que demanda la seguridad jurídica deba adecuarse atendiendo al principio de justicia contractual, por la que evidentemente no puede obligarse al deudor a pagar idénticamente la prestación debida, lo que puede llegar a implicar la ruina patrimonial de alguna de las partes solamente por no haber previsto lo imprevisible. De lo anterior se colige que el enfrentamiento de los principios *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus* tiene como trasfondo la pretensa pugna entre seguridad jurídica y justicia contractual, que ha llevado a algunos a afirmar, según la postura escogida en cuanto a la teoría de la imprevisión, la preeminencia de un principio sobre otro, al señalar que la seguridad jurídica es antes que la justicia, de modo que si se admitiese la posibilidad de

modificación contractual por circunstancias sobrevenidas, esto provocaría la desaparición de la seguridad con la que la teoría voluntarista revistió a los contratos en cuanto a su cumplimiento, partiendo siempre del respeto a la palabra empeñada. Sin embargo, la aparente oposición seguridad vs. justicia encontró en los argumentos de Recasens Siches, filósofo del Derecho, la desmitificación de tan enconada discusión al argumentar que sin seguridad jurídica no hay Derecho, ni justo ni injusto, por lo que ciertamente ambas categorías se encuentran interconectadas e interdependientes, afirmando así que “la seguridad es un valor fundante respecto de la justicia, que aparece como valor fundado; y la seguridad, a fuerza de valor fundante, es inferior a la justicia, pero es condición indispensable para ésta” (Recasens Siches, 2003, 65).

De todo lo anterior se colige que tanto la seguridad jurídica como la justicia contractual, son principios que al no mostrarse excluyentes, fundamentan la posibilidad de modificación de los contratos ante la ocurrencia de hechos imprevistos. A estos se le suma el principio de buena fe contractual, que se manifiesta no solo en el comienzo de la fase negocial del contrato, sino que está presente mientras dure la relación jurídica. La buena fe en sede de contratos implica la observación de una conducta social contentiva de lealtad recíproca, y por ende puede ser valorable y exigible en cualquier momento, lealtad que de hecho implica que entre las partes debe existir confianza mutua para llevar a feliz término el objetivo por el que se obligaron. Sobre la importancia del principio de la confianza, Díez-Picazo opina que ésta guarda estrecha relación con la buena fe, pues la confianza es la raíz última de la expresión *fides*. Aclara que “tiene que ser una confianza objetiva y razonable, que, al mismo tiempo, resulte conocida de la otra parte”, “el principio de la confianza (...) cubre toda posibilidad contractual y, por tanto, no sólo el tronco mismo del contrato, sino también el período anterior y el posterior” (Díez-Picazo, 2007, 59). De esta forma, la buena fe no solo implica la exigencia del cumplimiento exacto de las prestaciones debidas, sino también la posibilidad de mantener el equilibrio de las prestaciones cuando estas se vean transformadas por la ocurrencia de un hecho imprevisto que afecte a alguna de las partes. La lealtad y la confianza imponen que las contratantes cumplan y respeten lo pactado, siempre que ese cumplimiento esté encaminado a lograr el fin por el que se obligaron y nunca para lograr un aprovechamiento de unos sobre otros a raíz de situaciones desfavorables que afecten el cumplimiento de lo contratado.

La invocación de la buena fe contractual permite entonces exigir la restauración del equilibrio de las prestaciones una vez que ha sido resquebrajado. Equilibrio que responde al concepto aristotélico de justicia conmutativa según la cual

no se exige para ello una identidad plena o una equivalencia matemática entre lo pactado, sino que requiere igualdad entre lo que se da y lo que se recibe. La modificación de la obligación en términos de equidad se dirige a restaurar, tendencialmente, el equilibrio inicial alterado por las circunstancias sobrevenidas y con ello a la equilibrada composición de intereses que asumieron las partes en el momento de contratar.

Ahora bien, dentro de las posibles vías de solución que tienen las partes ante la ocurrencia de un hecho imprevisto, la doctrina ha sostenido la posibilidad de la revisión judicial de los contratos. Cuando la justicia requiere la intervención de los tribunales conforme con la equidad y la buena fe porque desaparece la base del negocio y falla la causa del contrato, la posibilidad de modificación del contrato puede quedar entonces al arbitrio del juez, quien *prudencia iuris* podrá utilizar cualquier instrumento lícito a su alcance así como las capacidades éticas potenciales en el ejercicio del rol para el que fue investido, para lograr el restablecimiento del equilibrio de las prestaciones. La facultad que en estos casos recae sobre el juez para modificar los contratos, y que siempre debe ser ejercida con cautela, responde a preceptos equitativos y busca establecer una solución justa para los contratantes cuando el cumplimiento del contrato atenta contra la buena fe, inherente a toda relación contractual.

De esto se deriva que en la esencia del fenómeno se anida una cuestión de razonabilidad, haciéndose justo que el contrato sea revisado, ante circunstancias que si bien son exógenas logran conmover sus bases. Sin embargo, la revisión judicial de los contratos no procede ante el capricho injustificado de alguna de las partes, debe recordarse lo que a tenor de la seguridad jurídica y la defensa de la intangibilidad contractual *ut supra* hemos referido. Por ende, varios estudiosos del tema han propuesto requisitos, presupuestos o pautas para que proceda la revisión judicial de los contratos. En este sentido, más que acoger alguna u otra enumeración, resulta coherente partiendo de un análisis de las mismas, esbozar a nuestro criterio los requisitos en los que existe consenso en un sector amplio de la doctrina:

Iro. Que se trate de contratos cuyas obligaciones deban cumplirse a largo plazo o se encuentren dentro de la clasificación de contratos de tracto sucesivo o ejecución continuada. La nota distintiva en este particular es que entre la celebración del contrato y el momento de su cumplimiento medie el tiempo suficiente para que ocurra una alteración de las circunstancias. La que por demás deberá

producirse exactamente durante el tiempo que dure el cumplimiento del contrato, no pudiendo encontrarse el deudor en mora.

2do. Que el hecho sobrevenido conlleve a una alteración de la obligación, en sí misma en su contenido económico o por relación a la contraprestación acordada en la proporcionalidad entre las prestaciones. Esta alteración debe ser radical y grave, dotada de un grado de intensidad suficiente como para justificar la revisión del contrato, y debe conllevar a una desproporción fuera de todo cálculo por las partes que provoque la desaparición de las circunstancias sobre las que se basaron los contratantes en el momento de concertar el negocio jurídico. Con la aparición de ese hecho se debe afectar tanto la relación de reciprocidad entre las prestaciones pactadas como el propio contenido económico de la obligación en sí misma considerada, aún y cuando lo común es que desproporción y alteración ocurran simultáneamente, unidas por una cierta relación de causalidad.

3ro. Que el hecho sobrevenido sobre el que se base la alteración sea causado por circunstancias imprevistas, no existentes al momento de nacimiento del contrato. En este sentido se argumenta que el hecho debe ser: imprevisible, irresistible, extraordinario, actual y sobreviniente; y por ende nunca causado por culpa del deudor. Un hecho que se sale de la regla común, de lo que habitual y normalmente ocurre. Un hecho que exceda de la prudencia que las partes razonablemente debieron haber tenido y lo que racionalmente hubiera podido preverse.

4to. Que del hecho se derive la excesiva onerosidad en el cumplimiento de las prestaciones para una de las partes, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de estas se ha incrementado o porque el valor de la prestación que una recibe ha disminuido. De esta forma la circunstancia se vuelve excesivamente onerosa si se pierde la relación existente con respecto al valor de la contraprestación, lo que hace que el sacrificio de una de las partes supere en mucho a la ventaja que la otra obtendrá, y por consiguiente se establezca una diferencia que beneficie notablemente a una en menoscabo de la otra. De todas formas quedará en manos del juez encontrar la fórmula para aplicar en cada caso que le permita determinar con justicia y equidad cuando se encuentra ante un hecho excesivamente oneroso.

Una vez solicitada entonces la revisión judicial del contrato, le corresponde al juez determinar de qué forma solucionará la situación fáctica sometida a su arbitrio. La doctrina sostiene que dos son los remedios a aplicar: la modificación del

contrato de forma tal que se restablezca el equilibrio en las prestaciones y su resolución entendiéndose que ambas quedan incluidas en la expresión genérica revisión. Sin embargo, Llambías Raffo y Sassot afirman que más que resolución debe hablarse de rescisión del contrato “según entendemos, no corresponde hablar de resolución sino de rescisión, por la imposibilidad de hacer funcionar retroactivamente la disolución de la obligación” (LLambías, Raffo y Massot, 1997, 95).

Tal parece que esta última tesis es la postura asumida por el legislador del Código Civil cubano, el que por demás apuesta por la rescisión del contrato como única vía para enfrentar el acaecimiento de circunstancias imprevistas que atentan contra el equilibrio de la fórmula contractual. Es así como en el artículo 80 del Título IV Sección Sexta sobre la Rescisión del mencionado cuerpo legal se preceptúa: “procederá también la rescisión de toda obligación cuando circunstancias posteriores, extraordinarias e imprevisibles al momento de su constitución, la hagan tan onerosa para el deudor que pueda presumirse, razonablemente, que éste no la hubiera contraído de haber podido prever oportunamente la nueva situación sobrevenida”.¹

Del análisis de la redacción del precepto legal se colige la evidente confusión del legislador cubano al enmarcar dentro de la regulación jurídica de la rescisión, que por demás según el artículo 78 del propio cuerpo legal resulta recurso de última *ratio*, la figura de la modificación por excesiva onerosidad sobrevenida. Confusión que doctrinalmente ha quedado debidamente resuelta en cuanto la rescisión encuentra en la lesión la causa que la origina, no así la modificación por excesiva onerosidad o resolución cuya causa se encuentra, en estos supuestos, en la ocurrencia de hechos imprevistos que afectan el equilibrio de las prestaciones para alguna de las partes. Este precepto, por demás, restringe la aplicación de la imprevisión a la excesiva onerosidad que puede padecer el deudor, excluyendo por completo al acreedor, a pesar de que como ya se señaló, también puede verse afectado por hechos extraordinarios que conlleven a la realización de un enorme sacrificio por su parte. Es así como el Código Civil cubano, *contrario sensu* del fin del instituto en cuestión que no es otro que la preservación de la fórmula contractual; no permite, al menos en principio buscar otra solución que no sea la rescisión del contrato ante hechos imprevistos; a pesar de que en sede jurisprudencial pueden encontrarse algunos atisbos en la aplicación en Cuba de la institución².

Ergo, a nuestro entender y partiendo de lo afirmado por la doctrina lo correcto debe ser que cuando sea posible, deberá optarse por la modificación equitativa de

la obligación pues la teoría de la imprevisión defiende la vida del contrato, y solo si ello no es factible, cabrá declarar la resolución, partiendo de los efectos extintivos que tiene esta última y no la rescisión. Esta última postura ha sido entonces la consagrada por el legislador cubano del Decreto – Ley no. 304 “De la contratación económica”, de fecha 27 de diciembre de 2012. El citado cuerpo normativo consagra en los artículos 76 y 77 el régimen legal de la modificación o terminación del contrato por excesiva onerosidad sin traspolar, afortunadamente, los galimatías cometidos por el legislador del Código Civil cubano³. Nótese que los preceptos señalados pueden ser aplicados tanto al deudor como al acreedor en tanto están concebidos para la parte que sufre el desequilibrio contractual sin especificación. Y en segundo lugar, la primera de las opciones será la renegociación del contrato y solo en su defecto su terminación, sin que tampoco se establezca para ello la rescisión como remedio para ello.

Pero si bien la teoría de la imprevisión y con ella la revisión judicial de los contratos adquiere cada vez más defensores, la problemática inherente a ella sigue determinando diferentes posiciones en cuanto a admitir una regulación contemplativa del interés del deudor, enfrentado a un acontecer generador de una seria modificación en el sacrificio necesario para cumplir con el deber convenido, en términos de tal magnitud que provoca una virtual imposibilidad de cumplir o un grado de inadmisibles sacrificio que, por otra parte, desplazaría hacia el patrimonio del acreedor un enriquecimiento ajeno a la propia relación. Pero lo cierto es que, más allá de las diferentes posturas que puedan ser sostenidas, las legislaciones foráneas modernas han ido contemplando paulatinamente las consecuencias dañosas de lo imprevisto y ajeno a la voluntad de los sujetos, partiendo de la invocación de principios como la equidad, la seguridad jurídica, la justicia contractual y la buena fe; por solo mencionar algunos.⁴

¿Revisión judicial de los contratos aleatorios ante hechos imprevistos?

Si bien la teoría de la imprevisión encontró detractores que imposibilitaron que durante muchos años no fuese reconocida por los códigos civiles de muchos países, las reticencias han sido mayores, tanto en las legislaciones como en la doctrina, en cuanto a la aplicabilidad de dicha teoría a los contratos aleatorios y con ello la posibilidad de que sean revisados ante el acaecimiento de hechos inesperados que hagan excesivamente oneroso el cumplimiento de las prestaciones. En este sentido se ha argumentado que el elemento característico de un contrato aleatorio es la existencia de un componente de riesgo denominado alea,

elemento fortuito e incierto que decidirá el derecho de una de las partes a obtener una prestación o el cese de una que venía produciéndose. Por lo tanto, las partes asumen deliberadamente el riesgo de que el contrato pueda resultar desventajoso, especulando con la posibilidad contraria, no resultando procedente argüir la falta de equilibrio económico de las contraprestaciones definitivamente resultantes ante la ocurrencia de hechos imprevistos. Quienes sostienen esta posición afirman que en el alea que informa a este tipo contractual queda incluido el riesgo de esa alteración esencial de las circunstancias, y por ende no puede ser enunciada como causal para modificar el contrato por revisión judicial.

Sin embargo, un sector de la doctrina ha argumentado que la anterior afirmación no puede ser absoluta, sino que si bien ciertamente en los contratos aleatorios la existencia del riesgo condiciona el resultado de las prestaciones, esto no excluye totalmente la procedencia de la institución de la revisión en este tipo contractual. Y al efecto se plantea que cuando el hecho imprevisto excede del alea querido por las partes entonces procederá la revisión del contrato, quedando al arbitrio judicial la determinación de cuando el riesgo es mayor que el pactado. Sin embargo, el nudo gordiano estriba en cómo el juez puede determinar si se encuentra ante un supuesto que permita la revisión judicial del contrato aleatorio que tiene ante sí. Así se ha planteado que: “la cuestión a analizar será cómo determinar en casos concretos, cuáles serían las causas extrañas al riesgo propio del contrato, que permitirán que se pueda pedir la revisión del contrato aleatorio, demostrando que las causas que producen la excesiva onerosidad tienen tal naturaleza” (Oviedo Albán, 2004, 572).

Resulta prudente entonces dotar al órgano jurisdiccional de presupuestos teóricos que le permitan emitir una valoración adecuada si de revisión del alea se trata. Para esto no bastan los principios y requisitos que anteriormente se han expuestos y que permiten la correcta configuración de la institución de la revisión judicial, sino que éstos adquieren notas distintivas en sede de contratos aleatorios que ameritan una correcta interpretación y aplicación. Así mismo, también el juez deberá realizar una profunda actividad de interpretación.

De esta forma a nuestro juicio, procederá la revisión judicial de un contrato aleatorio cuando el acaecimiento del hecho que sobreviene provoca una variación imprevista y grave de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de contratar, en la medida en que contribuye a aumentar intensamente el riesgo o disminuir el beneficio resultante de su asunción. Afirmación que se sostiene a

partir de que en los contratos aleatorios aún y cuando sus resultados dependen de un riesgo o de la suerte, este se encuentra desde los inicios calculado y asumido, pues en estos las prestaciones se calculan de forma que, habida cuenta de sus probabilidades, guarden entre sí equilibrio, lo que no significa identidad. Así, la circunstancia sobrevenida debe producir un quebranto que supere el alea normal, pues no se trata de una técnica utilizable para desligarse de los malos negocios. Boietti y Ghersi sobre esto han argumentado que: “la aplicación de la teoría de la imprevisión exige, entre otros recaudos, la determinación en forma puntual de las distorsiones efectivamente producidas y cuya reparación se pretende mediante la recomposición de la fórmula contractual” (Boietti y Ghersi, 1998, 361).

En segundo lugar, estimamos que cuando del acaecimiento del hecho imprevisto se revela que el contrato fue aleatorio únicamente para una de las partes, cuando lo correcto es que la aleatoriedad debe jugar para todas las partes intervinientes en el contrato. Sobre esto Mosset Iturraspe y Piedecasas han sostenido que: “el alea es la probabilidad de una ventaja con la inherente probabilidad de una pérdida, noción siempre bilateral” (Mosset Iturraspe y Piedecasas, 2004, 61). En este sentido al alea pactado es un factor de incertidumbre que afecta generalmente a los contratos onerosos determinando, como consecuencia de la producción o no de la circunstancia que se incorporó como aleatoria, los beneficios y perjuicios que cada parte obtendrá como resultado económico definitivo de ese contrato. Atendiendo a lo anterior habrá entonces que determinar si el alea fue real o ficticio; y luego determinar si considerando el alea real y aceptado, se configura un verdadero desequilibrio entre las prestaciones. En este caso, la línea divisoria entre la figura de la lesión y la revisión puede desdibujarse, sin embargo, si la ocurrencia de un hecho imprevisto distinto al riesgo pactado por las partes conlleva a determinar que ciertamente el alea solo existe para una de las partes, entonces resulta lógico afirmar que nos encontramos ante la figura de la imprevisión y no de la lesión.

En tercer lugar cuando la excesiva onerosidad sobrevenida del contrato alcance dimensiones de mala fe y sea contraria a la conducta honrada y leal que se debe al momento de la contratación. La buena fe contractual deviene así en un imperativo a observar en cualquier contrato, incluyendo los aleatorios. La buena fe contractual protege el valor de lealtad que cada contratante le debe al otro a partir de las expectativas razonables que su relación particular genera.

Según nuestra consideración procederá así mismo cuando el hecho sobrevenido no se encuentre relacionado con el alea previsto por las partes. En este su-

puesto, el acontecimiento extraordinario acaecido no se encuentra dentro de lo que las partes asumieron en el momento de la contratación, En este caso el juez deberá realizar una labor interpretativa profunda que le permita identificar cuáles son los riesgos específicos que implican el alea asumida por cualquiera de las partes y, en consecuencia, determinar que todo tipo de riesgo no inherente a dicha aleatoriedad podrá generar entonces la revisión del contrato por excesiva onerosidad. Sobre este particular López de Zavalía cita la crítica que realizaba en su libro Enrietti, el que comentando el art. 1469 del *Codice* italiano, criticaba la jurisprudencia que no admitía nunca la excesiva onerosidad en los contratos aleatorios: “un determinado contrato asume el carácter de aleatorio sólo en relación a un alea dada, y no en relación a otras aleas, ni menos en relación a todas las aleas” (López de Zavalía, 1997, 717).

La modificación por excesiva onerosidad en sede de seguros en Cuba

Queda evidenciado que no se le puede negar a los contratos aleatorios la posibilidad de modificación por revisión judicial. Solo que ante este tipo contractual los requisitos que normalmente se exigen adquieren dimensiones especiales que deberá tener en cuenta el juez al momento de resolver la situación fáctica sometida a su decisión. Sin embargo, la reticencia resulta aún mayor ante la posibilidad de revisión de los contratos de seguro, lo que pudiese estar dado esencialmente por dos razones: la primera en cuanto a su actualmente discutida aleatoriedad, lo que resultaría contraproducente pues al asumir las características de los contratos onerosos conmutativos esto derivaría en la aceptación sin cortapisas de su posible modificación por excesiva onerosidad; la segunda, en cuanto a la propia naturaleza de este tipo contractual en relación a su concepción como contrato por adhesión, y con ello el plano de desigualdad en que se encuentran las partes contratantes ante la creciente fuerza que adquieren las Compañías Aseguradoras, que en muchas oportunidades encuentran en la legislación que regula la materia un respaldo casi absoluto a la industria de seguros por encima del contrato en sí mismo.

La historia del contrato de seguro se remonta al siglo XIV con la aparición de la denominada “Poliza de plaza” y su consecuente regulación jurídica en las leyes de la época: Génova (1319), Florencia (1393), Venecia (1411), Barcelona (1435). De ahí la larga evolución que ha sufrido este tipo contractual, el que era considerado en cada una de sus manifestaciones como contratos individuales con finalidad diversa según el riesgo asumido derivado del interés asegurable. En este

sentido, dentro de los tipos de contratos de seguro, todos no tuvieron la misma aceptación en el decursar de la historia. Es así como la Revolución Francesa prohibió la existencia de empresas cuyo objetivo fuese la comercialización del seguro de vida, el que era entendido como una especulación al azar sobre la vida de una tercera persona. Asimismo fue prohibido por las Ordenanzas de Bilbao de 1737.

El contrato de seguro puede ser entendido como aquel mediante el cual, una de las partes denominada asegurador se obliga a cumplir una prestación convenida con otra parte denominada tomador, a cambio del pago por esta de una prima y ante la ocurrencia de un hecho futuro e incierto. Resulta un contrato bilateral pues origina derechos y obligaciones recíprocas entre las partes, y oneroso en tanto produce una atribución patrimonial debido al sacrificio que realiza una de las partes contratantes como contraprestación del beneficio que obtiene la otra; dos elementos característicos sobre los que no existe disenso en la doctrina para su individualización. Sin embargo, el debate no resulta tan llano en cuanto a si es consensual o formal, y si es aleatorio o conmutativo. En relación a su consensualidad a pesar de los criterios que sobre todo parten de la interpretación de la legislación en la materia, viene a ser el catedrático Rubén Stiglitz quien despeja las dudas en este particular, afirmando para ello que nos encontramos ante un contrato consensual con forma probatoria, pues si bien se perfecciona solo con el mero consentimiento resulta la observancia de la forma como requisito necesario para probar la concertación del mismo, es así como este tipo contractual se erige como un negocio que necesita de la forma *ad probationem*, lo que encuentra su fundamento en que “razones de política jurídica han inducido al legislador a instituir un medio para la prueba del contrato de seguro, que Couture denomina instrumental” (Stiglitz, 2001, 142). De todas maneras pueden encontrarse legislaciones como el Código de Comercio de Uruguay, en el que si bien se podría colegir del artículo 634 el carácter consensual del seguro, al parecer el 644 impone la forma como un elemento esencia al establecer que a los efectos de este tipo contractual resulta absolutamente necesaria la póliza escrita⁵.

En relación al carácter aleatorio el disenso reviste un trasfondo mercantilista, lo que parte del perfeccionamiento de la industria del seguro y de la actividad de las sociedades anónimas dedicadas a la comercialización de las diferentes pólizas, que deriva en la pretensa desaparición del carácter aleatorio para la entidad aseguradora y con ello la supuesta transformación del contrato en oneroso conmutativo (Vigil Iduate, 2012, 204 – 211). Empero, los argumentos sostenidos parten de un evidente galimatías, pues no puede confundirse industria con contrato.

Criterio por demás sostenido por prestigiosos civilistas como los ya mencionados Rubén Stiglitz (2001) o el propio López de Zavalía, para quien:

(...) en un contrato de seguro, la pérdida que experimenta el asegurado es el sacrificio de la prima que paga en firme y la ventaja la indemnización que recibirá si (y sólo si) el evento ocurre; hay, para el asegurado, un sacrificio cierto y una ventaja incierta. Correlativamente, al sacrificio cierto del asegurado corresponde la ventaja cierta que recibe el asegurador, y a la ventaja incierta de aquél, el sacrificio incierto de éste (López de Zavalía, 1995, 351).

De esta forma, puede afirmarse que el contrato de seguro se manifiesta como un contrato aleatorio donde las partes contratantes se vinculan en relación al aseguramiento de un riesgo, hecho futuro y fortuito, donde como ya se ha señalado se ponen a cargo de una parte una prestación ya firme y de cuantía concreta frente a otra aleatoria en cuanto a su existencia.

En Cuba, es el Decreto – Ley No. 263 de 2009 del Contrato de Seguro el que regula lo concerniente a este tipo contractual. En el artículo 5 del mencionado Decreto Ley el legislado cubano decidió, a pesar del apotegma romano de que toda definición en derecho es peligrosa, conceptualizar el contrato de seguro⁶. A decir de Vigil Iduate resulta “una concepto atrevido y novedoso que supera la laguna de la ausencia de definición en el Código de Comercio (...), dirigiendo su luz hacia el camino de la función social del seguro” (Vigil Iduate, 2009, 36). Parecería que de dicha definición fue desterrado el carácter de aleatorio del contrato, tal como sostiene el propio Vigil en su trabajo citado, sin embargo el objeto del contrato sigue siendo, como bien señala el propio precepto invocado, el riesgo que debe ser cubierto, elemento siempre aleatorio, es decir incierto en cuanto a su materialización y por ende asegurable, pues si todo contrato de seguro se basara en la cobertura de un evento sobre el que se tiene la certeza de su acaecimiento estaríamos ante la desfiguración de este tipo negocial, el que entonces casi podría configurarse como un contrato de depósito. *Ergo*, la aleatoriedad del contrato de seguro está basada justamente en la incertidumbre para las partes contratantes de la ocurrencia del siniestro, lo que derivará en ese negocio bilateral en la imposibilidad de determinar al momento de pactar cual será justamente la parte que quedará beneficiada. De ahí que pueda afirmarse que todo contrato de seguro presupone la existencia de dicho elemento, al punto tal que su inexistencia puede conllevar a la declaración de nulidad del negocio pactado.

El riesgo constituye la posibilidad de ocurrencia de un hecho dañoso denominado siniestro, futuro e incierto que puede derivar en la afectación al patrimonio del asegurado o beneficiario, quien justamente encuentra en el contrato de seguro una forma eficaz para protegerse de este. El riesgo resulta entonces un elemento fundamental en la estructuración de este tipo de negocio jurídico, y en consecuencia su correcta y exacta determinación permitirá fijar la prima que deberá abonar el tomador a los efectos del contrato. Para ello se afirma que la declaración del riesgo constituye un deber pre contractual, que debe observar el tomador notificándole al asegurador todas las circunstancias que puedan derivar en su valoración y con ello en la precisión de la prima a pagar. La norma cubana preceptúa en su artículo 28 qué entender por riesgo, al afirmarse que “es la posibilidad, contemplada en el contrato de seguro, de que ocurra un determinado evento, es decir, un acontecimiento o suceso futuro e incierto, imprevisto, dañoso en la persona, en sus responsabilidades o en sus bienes”.⁷ Encontrándose así mismo como el primer deber del asegurado el de llenar la solicitud del seguro, declarando con sinceridad, y conforme se establezca, todos los hechos y circunstancias que conozca o deba conocer y que puedan influir en la entidad de seguros al efectuar la valoración del riesgo; según preceptúa el artículo 26 apartado de la *supra* mencionada norma legal. Nótese la importancia de la determinación del riesgo asegurable a los efectos del consentimiento de la empresa aseguradora para la constitución del referido contrato, al punto de estimarlo como el primero de los deberes, cuya violación puede conllevar incluso a la nulidad del negocio instrumentado.

La agravación y disminución del riesgo en los contratos de seguro. Algunas cuestiones de *lege data* y de *lege ferenda*

Como ya se ha señalado *up supra* en materia de modificación por revisión judicial de los contratos aleatorios el debate en la doctrina civilista no ha sido para nada pacífico. Las posiciones encontradas entre importantes estudiosos de la materia han conllevado a que las legislaciones y sobre todo los Tribunales acojan tal posibilidad con reticencia y cautela⁸. Y si al menos cabe para algunos la posibilidad en estos tipos contractuales de revisión judicial cuando el alea es diferente al previsto por las partes (por solo mencionar alguno de los potenciales supuestos), nada o casi nada se dice sobre tal particular en sede de seguro. En obras tan importantes como en los estudios realizados por Rubén Stiglitz dedicados a los contratos de seguro o en los realizados por importantes catedráticos como Díez Picazo o López de Zavalía, apenas pueden encontrarse palabras como imprevisión, excesiva onerosidad o modificación por revisión judicial asociadas

con el contrato de seguro. Sobre las causas de tal particular puede especularse un poco. Quizás parte del hecho de lo prudente que ha sido la doctrina en aceptar este tipo de modificación en los contratos aleatorios y dentro de ellos el seguro, lo que evidentemente ha tenido un reflejo legislativo y jurisprudencial; así como el hecho de la configuración actual del seguro como un contrato por adhesión. En este sentido, por ejemplo, en el ámbito colombiano Ordóñez excluye expresamente la aplicación de la teoría de la imprevisión al contrato de seguro por su carácter aleatorio, lo que a su vez en ese ordenamiento trae como consecuencia la consagración de la facultad de revocación unilateral del acuerdo de voluntades por ambas partes (Ordóñez Ordóñez, 2014, 331). De todas maneras pueden encontrarse autores como Latorre Chiner, quien apoyándose en lo sostenido por Gitrama González, afirma que “el seguro puede ser objeto de resolución contractual cuando la prestación de una de las partes (...) devenga excesivamente onerosa por alteración de determinadas circunstancias, siempre que éstas no sean conaturales a la aleatoriedad del contrato” (Latorre Chiner, 2000, 38).

De todas maneras a nuestra estima el análisis no resulta tan sencillo, pues si bien casi nada se ha dicho sobre modificación ante el acaecimiento de hechos imprevistos que hacen excesivamente onerosa el cumplimiento de las prestaciones para alguna de las partes; los estudiosos en materia de seguro y los legisladores de tal particular sí han desarrollado el supuesto de agravación del riesgo asegurado, así como la posibilidad de su disminución. Cabría entonces preguntarse: es que nos encontramos ante una institución novedosa en materia de seguro, o es que nos hallamos ante un supuesto particular de modificación por hechos imprevistos en el supuesto de este tipo negocial; y si la respuesta a esta última interrogante fuese afirmativa –tal como nos inclinamos a pensar– cuál sería la causa por la que se ha pretendido enmascarar dentro de la agravación del riesgo un supuesto de revisión judicial por excesiva onerosidad sobrevenida para un contrato evidentemente aleatorio. Para desentrañar estas interrogantes resulta necesario acercarnos en primer lugar al supuesto de agravación del riesgo.

Para Stiglitz “hay agravación del riesgo cuando con ulterioridad al perfeccionamiento del contrato sobreviene, respecto de las circunstancias objetivas o subjetivas declaradas en oportunidad de esa conclusión, una alteración trascendente que aumente, ya sea la probabilidad, o ya sea la intensidad del riesgo tomado a cargo por el asegurador” (Stiglitz, 2001, 65). Ya desde la propia conceptualización la agravación implica la confluencia de elementos que resultan característicos de la modificación por revisión judicial. En primer lugar el acaecimiento de un hecho posterior

que altera las circunstancias pactadas en el contrato, de lo que se colige que dicho hecho solo es conocido por las partes una vez perfeccionado el negocio jurídico y dentro del período de su ejecución en cuanto resulta un contrato de tracto sucesivo. En segundo lugar, el aumento de la posibilidad o intensidad del riesgo tomado por el asegurado o del resultado dañoso que de él se derive, lo que conlleva claramente a un perjuicio patrimonial hacia dicha parte contratante haciendo excesivamente oneroso el cumplimiento de la prestación debida al asegurado o beneficiario, de forma tal que si hubiese conocido de la posibilidad de acaecimiento del evento agravante no hubiese asumido la cobertura mediante el contrato o lo hubiese hecho de forma más gravosa para el asegurado en cuanto a la prima exigible. Evidentemente la agravación del riesgo implica una mayor exposición a este y con ello una mayor posibilidad de ocurrencia del siniestro, exposición que supone una alteración de las condiciones pactadas al momento de contratar en la póliza. El instituto en cuestión se erige de tal importancia que uno de los deberes establecidos para el asegurado resulta la comunicación a la aseguradora de las circunstancias que deriven en la ya mencionada agravación, lo que se sostiene a partir de la necesaria preservación del justo equilibrio de las prestaciones.

Es así como las legislaciones que norman lo referente al contrato de seguro han regulado de una u otra forma la posibilidad del acaecimiento de hechos que agraven el riesgo asegurado. Reflejo de esto resulta el artículo 1898 del *Código Civile* italiano⁹, los artículos 11 y 12 de la Ley 50 de 1980 del Contrato de Seguro en España¹⁰, y los artículos del 32 al 34 de la Ley del Contrato de Seguro en Venezuela¹¹; por solo mencionar algunos cuerpos legales.

La normativa cubana también posee dentro de su articulado preceptos dedicados a la agravación del riesgo, d en primer orden se establece como deber del asegurado, la notificación a la empresa aseguradora de cualquier circunstancia agravante que modifique el riesgo cubierto por el seguro, según el artículo 26 apartado 4, lo que se reafirma a continuación en el artículo 31 del Decreto – Ley¹² al establecerse el término de notificación. Y en el precepto siguiente se expone que la agravación del riesgo es la alteración posterior a la celebración del contrato, en la potencialidad de un riesgo, ya sea porque aumente su posibilidad o intensidad de ocurrencia y que puede originarse durante la vigencia de este. Se ofrece de esta forma una definición, la que de antemano resulta congruente con la sostenida por la doctrina (especialmente Stiglitz) pero que carece de un elemento importante a los efectos de la configuración del instituto, en el sentido de que no basta con la agravación sino resulta necesario que el evento agravante conlleve un cuestiona-

miento a la entidad de seguros en cuanto a si con las circunstancias sobrevenida no hubiese asumido el riesgo o hubiese impuesto una prima mayor al asegurado; pues puede ocurrir que la agravación del riesgo no conlleve necesariamente a hacer más onerosa la prestación de la entidad aseguradora tal como prevé la ley venezolana.

De todas formas la delimitación del legislador cubano en cuanto a qué entender por el instituto en cuestión, implica mayor seguridad a los efectos de poder encuadrar dentro del marco legal establecido los hechos que sobrevenidos pueden configurarse como agravantes del riesgo. Sin embargo no se establece en la norma quién determina la relevancia del evento imprevisto que lo califique como tal, y de hecho de la lectura del artículo 35 del citado cuerpo legal pudiera deducirse que queda al arbitrio únicamente de la entidad aseguradora, quedando el asegurado en desventaja a los efectos de su efectiva protección. Queda así desterrada de nuestra norma la posibilidad de someter al juicio de terceros la determinación de tal particular, lo que puede devenir evidentemente en objeto de contienda, sobre todo por los efectos que conlleva la asunción por parte del asegurador de un criterio agravante en cuanto al riesgo. En este sentido la legislación argentina regula el sometimiento del criterio determinante al juicio de peritos, con todo el efecto procesal que como medio de prueba se establece¹³. Así como la posibilidad de aportar por parte del asegurado medios de prueba que aseveren su dicho, especialmente en el supuesto que de que la aseguradora haya conocido de la pretensa agravación por una vía distinta a la propia declaración de éste. A estos efectos podría suponerse que la fórmula que emplea el legislador cubano recogida en el artículo 37 del Decreto – Ley 263 fue la solución encontrada a esta interrogante cuando afirma que las entidades de seguros deberán consignar en sus pólizas aquellos hechos y circunstancias que por su naturaleza constituyan agravaciones de riesgos que deban serles comunicadas. Sin embargo el precepto está dirigido al cumplimiento del deber y no al cuestionamiento de las circunstancias agravatorias, pues al consignarse cuáles pueden constituirse como tales dentro de las pólizas la finalidad pretendida es eliminar posibles excusas exculpatorias del incumplimiento del deber establecido en la norma, y no la justa determinación de la intensidad y magnitud de la agravación.

Lo efectos del acaecimiento del evento agravante del riesgo se concretan en la modificación del contrato, en su resolución o en su rescisión; según sea el supuesto acogido ya por la doctrina, ya por las legislaciones. Siendo el tema de la resolución o rescisión el nudo gordiano en este supuesto, aunque al parecer la mayoría de las legislaciones (*vgr.* España, Argentina, Venezuela) apuestan por la pro-

cedencia de la última. Por su parte, el Decreto – Ley 263 establece dos supuestos para determinar los efectos de la agravación. En primer lugar si el siniestro ocurre ante la notificación a la aseguradora de la ocurrencia del hecho agravante lo que procede es la reducción de la indemnización o la prestación convenida proporcionalmente, a la diferencia entre la prima convenida y la que hubiera correspondido de haberse conocido el verdadero estado del riesgo cubierto por el contrato de seguro; según reza el artículo 33 del mencionado cuerpo legal. En este supuesto el efecto deriva en la modificación unilateral del contrato por parte de la aseguradora, aplicando para ello la regla de la equidad y partiendo del supuesto del actuar del asegurado fuera del terreno del dolo o la mala fe, pues esto solo conllevaría a la liberación del asegurador del cumplimiento de sus obligaciones con el asegurado y la retención de la prima cobrada; todo lo cual parte del principio de la “máxima buena fe”, vigente en todo contrato de seguro. Sin embargo aún el supuesto da margen a cierta desprotección del asegurado, quien no tiene otra opción que la que aceptar la modificación unilateral de la empresa aseguradora sin posibilidad de cuestionar la reducción que esta realiza en cuanto queda a su discrecionalidad, y por ende fuera de todo control, determinar “la diferencia entre la prima convenida y la que hubiera correspondido de haberse conocido el verdadero estado del riesgo cubierto”.

El segundo supuesto para la determinación de los efectos parte del conocimiento de la aseguradora del evento agravante antes de la ocurrencia del siniestro. En este caso la entidad de seguros, dentro del término de quince días contado a partir de que conozca de la ocurrencia de dicha agravación, propondrá las modificaciones del contrato o su cancelación; según preceptúa el artículo 35. En relación a la modificación, nuevamente la ley concede la acción de reajuste a la aseguradora, sin posibilidad de que el asegurado la ejerza de acorde a la situación fáctica y al principio de conservación contractual; quedándole únicamente la opción de aceptarla o de dejar que la aseguradora deje sin efecto al contrato. No se especifica la forma en que debe realizarse la modificación, a pesar de que resulta lógico que su objeto recaerá sobre el nuevo estado de riesgo y su cotización, lo que traerá como consecuencia un reajuste de la prima a pagar desde que se tiene conocimiento por parte de la aseguradora del hecho agravante.

De la misma forma no queda claro que se entiende por “dejar sin efecto”, lo que se relaciona igualmente con “la posibilidad de cancelación del contrato por parte de la entidad aseguradora” en el ejercicio unilateral del derecho de opción que posee cuando no decida modificarlo. Tal parecería que el legislador cubano

evitó entrar en los entuertos civiles que implican asumir una postura en cuanto a si debe proceder la resolución o rescisión del contrato, dejándolo equívocamente al libre arbitrio del asegurador.

A pesar de todo ello, la agravación de riesgos resulta mejor tratada, tanto en la doctrina como en la legislación – de la que no se excluye a la nuestra – que la disminución del mismo. Lo que evidentemente es resultado de que en este supuesto el afectado resulta ser el asegurado. Solo el Decreto – Ley 263 de 2009 le dedica el artículo 34 a este supuesto al preceptuar que si el riesgo disminuyera durante el transcurso de la vigencia del contrato de seguro, el asegurado podrá solicitar a la entidad de seguros la reducción del importe de la prima a pagar y la devolución de la diferencia entre la prima satisfecha y la que hubiera tenido que pagar, a partir del momento en que comunicó dicha disminución. No queda precisada la naturaleza de la entidad del riesgo, la que deberá en todo caso ser de tal magnitud que si hubieran sido conocidas por el tomador o asegurado en el momento de la perfección del contrato, lo habría concluido en condiciones mucho favorables. El efecto que se produce es similar al de la modificación por desconocimiento del evento agravante, por lo que padece de los mismos galimatías, solo que se le adiciona una posibilidad más, la de que en caso de que la entidad de seguros no acceda a la reducción de la prima, el asegurado podrá solicitar la cancelación del contrato y la devolución de la correspondiente parte de la prima; y ante cualquier inconformidad de alguna de las partes queda expedita la vía judicial. Nótese como en este supuesto el legislador sí permite de forma expresa la posibilidad de contienda judicial y no en el supuesto anteriormente analizado.

Visto todo lo antecedido resulta evidente que el instituto de la agravación y disminución del riesgo en sede de seguro se configura como causa de modificación por excesiva onerosidad sobrevenida, solo que dicha modificación queda a decisión unilateral del asegurador y solo en uno de los supuestos se permite el conocimiento por parte del órgano jurisdiccional. A pesar de ello nada obsta que ante el carácter supletorio de las normas reguladoras del Código Civil cubano, pueda aplicarse la revisión judicial si es sometida a consideración de la jurisdicción. En este sentido un sector de la doctrina ha afirmado que aún y cuando el objeto de discusión sea la resolución o rescisión del contrato, en cuanto en tanto solo la discusión de estas posibilidades posee el asegurado, dentro de estas acciones drásticas pudiese configurarse un ejercicio menos intenso del derecho y en consecuencia puede entenderse implícita la valoración del reajuste de las prestaciones, lo que implicaría la práctica de reajustes de oficio. Pero lo cierto es que

nos encontraríamos ante resoluciones judiciales resolviendo de forma *ultra petita* lo que atenta contra el principio del debido proceso civil. El *quid* del asunto está en buscar el justo equilibrio que permita la posibilidad de un debate judicial igual para ambas partes contratantes en el seguro, por ende nada se opone a que si bien el objeto del debate sea la oposición a la acción resolutoria o rescisoria a partir de la exclusión del cuestionamiento de la modificación mediante el reajuste, pueda el asegurado poseer una pretensión alternativa que permita incluir en el debate la posibilidad de revisión judicial, pudiendo el asegurador oponerse y defenderse y quedando entonces al arbitrio del juez tomar una decisión acorde a la ley y a la justicia contractual.

De todas formas la agravación o disminución se configura como uno de los supuestos de revisión judicial de los contratos aleatorios: cuando el alea excede del previsto por las partes. Podría parecer entonces que quedan excluidos el resto de los presupuestos antes explicados, sin embargo nada entorpece su aplicación, pues el hecho de que la norma en materia de seguro no los contemple, no implica que mediante una interpretación integradora del Derecho puedan aplicarse. En este sentido puede señalar el supuesto de revisión cuando el alea sobrevenido es diferente al pactado en el contrato, siendo el supuesto más frecuente la depreciación que puede sufrir la moneda con la que se ha establecido el cumplimiento del contrato. *Ergo*, el alea que encierra el contrato de seguro no presupone la depreciación del signo monetario, cuestión totalmente ajena al alea del contrato y en consecuencia la causa de la excesiva onerosidad sobrevenida se encuentra en un riesgo diferente al pactado por las partes.

En nuestro país apenas pueden encontrarse sentencias del Tribunal Supremo Popular donde se diluciden los particulares estudiados. Pero a pesar de ello puede referenciarse la sentencia no. 512 de fecha 28 de septiembre de 1997 en un proceso sobre incumplimiento de pago por contrato de seguro de vida, cuyo eje cuestionador era precisamente la fluctuación ocurrida en el valor de la moneda con la que se concibió el pago de la indemnización en el período comprendido entre la concertación del contrato y el pago de la indemnización. Nada se menciona por parte de los abogados contendientes ni por parte del Tribunal sobre la revisión judicial por excesiva onerosidad, limitándose a razonar el órgano juzgador que: “si bien el peso cubano convertible resulta un signo monetario cuya circulación se aprobó en el territorio nacional (...), en ningún caso puede ser identificado con el peso cubano con el que fuera abonado el importe de la prima con independencia de las fluctuaciones que éste ha sufrido en cuanto a valor de cambio”¹⁴. Nó-

tese que en el fondo el cuestionamiento estriba en el acaecimiento de un hecho aleatorio que incide en la ejecución del contrato haciéndolo excesivamente oneroso para alguno de los contratantes.

Consideraciones finales

Atendiendo a todo lo antes referido queda evidenciado que ciertamente si bien las partes tienen la libertad de contratación, y con ella la de establecer las estipulaciones necesarias para lograr el cumplimiento de lo pactado, sería contrario a la voluntad de estas y a la buena fe como contenido y como norma de interpretación de los contratos, extender el alcance de las obligaciones a eventos y circunstancias que los contratantes no aceptarían si hubieran sido previsibles y que por ende alterarían por completo el equilibrio de las prestaciones. Y por ende, iría en contra de los principios y fundamentos antes expuestos negar la posibilidad de modificación contractual por revisión judicial de los contratos aleatorios, pues el restablecimiento del equilibrio económico del contrato opera también en este tipo contractual, solo que ante circunstancias particulares por la presencia en el mismo del elemento aleatorio, debiendo el juez apreciarlas *prudentia iuris*. Circunstancias que en sede de seguros adquieren especificidades que requieren de un perfeccionamiento legislativo del Decreto – Ley 263 de 2009 a los efectos tanto de la agravación y disminución del riesgo, como de la posibilidad de la modificación por revisión judicial ante la ocurrencia de otros supuestos que conlleven a hacer excesivamente oneroso el cumplimiento de las prestaciones para alguna de las partes.

Referencias

- Cazeaux, P. (1998). *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. La Plata: Editorial Platense.
- Díez-Picazo, L. (2007). *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial, volumen I* (6ta ed.). Madrid: Thompson Civitas.
- Boietti C. y C.A. Ghersi. (1998). Capítulo XIV Equivalencia e inequivalencia de las prestaciones. Lesión subjetiva-objetiva. Imprevisión. En Ghersi. C. A. *Contratos civiles y comerciales, Partes general y especial. Empresa. Negocio. Consumidores*. Tomo I (335-362). Buenos Aires: Astrea.
- Larenz, K. (2002). *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos. Traducción de Carlos Fernández Rodríguez*. Granada: Comares.
- Latorre Chiner, N. (2000). *La agravación del riesgo en el derecho de seguros*. Granada: Comares.
- López de Zavalía, F. J. (1997). *Teoría de los contratos. Tomo I Parte General* (4ta ed). Buenos Aires: Zavalía.
- López de Zavalía, F. J. (1995). *Teoría de los contratos. Tomo 5 Parte especial* (4). Buenos Aires: Zavalía.
- Llambías, J. J., Raffo Benegas, P., y Massot, R. A. (1997). *Manual de Derecho Civil, Obligaciones* (11ra. ed.). Buenos Aires: Perrot.
- Mosset Iturraspe, J. y Piedecabras, M. A. (2004). Art. 1142. En Mosset Iturraspe, J. y Piedecabras, M. A. (dir.). *Código Civil comentado. Doctrina – Jurisprudencia – Bibliografía. Contratos. Parte general. Artículos 1137 a 1216*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Ordóñez, A. E. (2014). Las nuevas tendencias del derecho de seguros en las legislaciones más recientes de los países latinoamericanos. *Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia*, 26, 305-349.

- Oviedo Albán, J. (2004). Extensión de la excesiva onerosidad de la prestación. Artículo 1441. En VV. AA. *Código Civil peruano comentado por los cien mejores especialistas, tomo VII - Contratos en general* (569-573). Lima: Gaceta Jurídica.
- Pérez Gallardo, L. B. (2011). *Código Civil de la República de Cuba Ley Nº 59/1987 de 16 de julio (anotado y concordado)*. La Habana: Ciencias Sociales.
- Planiol, M. y G. Ripert. (1933). *Tratado práctico de Derecho Civil Francés. Tomo 4*. La Habana: Cultural.
- Recasens Siches, L. (2003). *Vida Humana, Sociedad y Derecho*. México: Biblioteca Virtual Universal-Del Cardo.
- Stiglitz, R. (2001). *Derecho de Contratos, Tomos I y II* (3ra. ed.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Vigil Iduate, A. (2012). El alea en el contrato de seguro. En Pérez Gallardo, L. B. (coord.). *Contratos gratuitos* (195-212). Bogotá, México D. F., Madrid, Buenos Aires: Temis, UBIJUS, Reus Zavalía.
- Vigil Iduate, A. (2009). Modificación Legislativa en sede contractual de seguros. El Decreto -Ley No. 263/2008. *Revista Cubana de Derecho*, 33, 29-52.

Normas

- Argentina. Ley No. 17.418, *Ley de seguros de Argentina*, sancionada y promulgada el 30 de agosto de 1967.
- Bolivia. *Código Civil de la República de Bolivia*, Decreto Ley Nº 12760/1975 de 6 de agosto, edición de 1998.
- Cuba. Ley no. 59/1987, *Código Civil de la República de Cuba*. Gaceta Oficial de la República de Cuba, 16 de julio de 1987.
- Cuba. Decreto Ley No. 263 *Del contrato de seguro*. Gaceta Oficial de la República de Cuba, Extraordinaria, No. 5, de 26 de enero de 2009.

Cuba. Resolución No. 8 de 9 de enero de 2009 *Reglamento del Decreto-Ley del Contrato de Seguro*, de la Ministra de Finanzas y Precios de la República de Cuba. Gaceta Oficial de la República de Cuba, Extraordinaria, No. 5, de 26 de enero de 2009.

Cuba. Decreto Ley No. 304 *De la contratación económica*. Gaceta Oficial de la República de Cuba, Ordinaria de 27 de diciembre de 2012.

España. Ley 50 de 1980, *de Contrato de Seguro*.

Italia. *Código Civil de la República Italiana* de 16 de marzo de 1942.

Paraguay. *Código Civil de la República de Paraguay*, Ley N° 1183, en vigor desde el 1° de enero de 1987.

Perú. *Código Civil de la República del Perú*, promulgado por Decreto Legislativo N° 295/1984 de 24 de junio, en vigor desde el 14 de noviembre de 1984.

Portugal. *Código Civil de la República de Portugal* de 1966, vigente desde 1967.

Uruguay. *Código de Comercio*, División de Estudios Legislativos, Cámara de Senadores, República Oriental del Uruguay. Disponible en <http://www0.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/codigos/EstudiosLegislativos/CodigoComercio2010-03.pdf>

Venezuela. Decreto con fuerza de Ley No. 1505 de 30 de octubre de 2001, *Del Contrato de Seguro*. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 5.553, Extraordinaria, Caracas, 12 de noviembre de 2001.

Jurisprudencia

Colombia. Sentencia N° 1011 De Sección Tercera, 14 De Agosto De 1997 del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil de Bogotá, Colombia, Consejero ponente Cesar Hoyos Salazar.

Cuba. Sentencia No. 15 de 7 de febrero del 2003 de la Sala de lo Económico del Tribunal Supremo Popular, ponente Abad Hernández.

España. Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. STS 208/1962 - ECLI: ES: TS: 1962:208, de 23 de noviembre de 1962. Ponente Manuel Lojo Tato. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database-match=TS&reference=5131779&links=&optimize=19620101&publicinterface=true>

Notas

¹ *Vid.* Código Civil cubano, artículo 80.

² *Vid.* Sentencia No. 15 de 7 de febrero del 2003 de la Sala de lo Económico del Tribunal Supremo Popular cubano sobre Proceso Ordinario donde en su Segundo Considerando el ponente Abad Hernández afirma: “(...) moviéndose en los principios que informan la doctrina sobre la cláusula *rebus sic stantibus*, consistente en que la prestación puede ser realizada pero no de una forma en extremo perjudicial para el deudor por su excesiva onerosidad y admite la liberación del deudor solamente cuando la imposibilidad sea objetivada y absoluta, aspecto este que, aun cuando no constituya una estipulación contractual, en la que la parte demandada pueda sostener tal posición – sí constituiría un requisito esencial-, se trata sobre la ya dicho en cuanto a que: “la imposibilidad sea objetiva y absoluta” (Pérez Gallardo, 2011, 60).

³ *Vid.* Decreto – Ley no. 304/2012, artículo 76. - Modificación o terminación contractual por excesiva onerosidad: El contrato puede modificarse o darse por terminado en caso de excesiva onerosidad, entendida esta cuando ocurren sucesos que alteran fundamentalmente el equilibrio del contrato, ya sea por el incremento en el costo de la prestación a cargo de una de las partes, o bien por una disminución del valor de la prestación a cargo de la otra, y si se cumplen todos los requisitos siguientes: 1. Dichos sucesos ocurren o son conocidos por la parte en desventaja, después de la celebración del contrato; 2. dichos sucesos no pudieron ser razonablemente previstos por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato; y 3. dichos sucesos escapan al control de la parte en desventaja. Artículo 77. – Actuación de la parte perjudicada por excesiva onerosidad: En caso de excesiva onerosidad, la parte en desventaja puede solicitar a la otra parte la renegociación del contrato. Tal solicitud debe formularla sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en que se basa. En tal sentido: 1. La solicitud de renegociación no autoriza en sí misma a la parte en desventaja a suspender el cumplimiento de sus obligaciones. 2. En caso de no llegarse a un acuerdo en un plazo prudencia, cualesquiera de las partes puede

acudir al tribunal competente. 3. Si el tribunal determina que se presenta una situación de alteración del equilibrio y, siempre que lo considere razonable, puede: a) Adaptar el contrato de modo que se restablezca su equilibrio; o b) dar por terminado el contrato en una fecha determinada y en los términos que a tales efectos establezca.

⁴ Algunos códigos civiles que reconocen la aplicación de la revisión judicial de los contratos son: Código Civil italiano de 1942 (artículo 1467), Código Civil portugués de 1967 (artículo 437), Código Civil boliviano de 1975 (artículos 581 a 583), Código Civil peruano de 1984 (artículos 1440 a 1446), Código Civil paraguayo de 1987 (artículo 672).

⁵ *Vid.* Código de Comercio de Uruguay, artículo 634: El seguro es un contrato por el cual una de las partes se obliga mediante cierta prima a indemnizar a la otra de una pérdida o de un daño, o de la privación de un lucro esperado que podría sufrir por un acontecimiento incierto; artículo 644: En el contrato de seguro es absolutamente necesaria la póliza escrita, que podrá ser pública o privada (artículo 202).

⁶ *Vid.* Decreto – Ley 263 del 2009 del Contrato de Seguro, artículo 5: (...) es aquel por el cual la entidad de seguros se obliga, mediante el cobro de una prima, a garantizar el interés del asegurado o del beneficiario en cuanto a las consecuencias que resulten del riesgo cubierto por el contrato.

⁷ *Vid.* Decreto – Ley 263 del 2009 del Contrato de Seguro, artículo 28.

⁸ La jurisprudencia de algunos países la niegan por completo, *vgr.*: Sentencia N° 1011 De Sección Tercera, 14 De Agosto De 1997 del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil de Bogotá, Colombia, Consejero ponente Cesar Hoyos Salazar: “por cuanto la teoría de la imprevisión no rige para los contratos aleatorios, como lo es el de seguro, por la naturaleza misma de éste y por expresa disposición del último inciso del artículo 868 del Código de Comercio”.

⁹ *Vid.* *Codice Civile* italiano, art. 1898: “Il contraente ha l’obbligo di dare immediato avviso all’assicuratore dei mutamenti che aggravano il rischio in modo tale che, se il nuovo stato di cose fosse esistito e fosse stato conosciuto dall’assicuratore al momento della conclusione del contratto, l’assicuratore non avrebbe consentito l’assicurazione o l’avrebbe consentita per un premio più elevato”.

¹⁰ *Vid.* Ley 50 de 1980 del Contrato de Seguro en España, Artículo 11: El tomador del seguro o el asegurado deberán durante el curso del contrato comunicar al asegurador, tan pronto como le sea posible, todas las circunstancias que agraven el riesgo y sean de tal naturaleza que si hubieran sido conocidas por éste en el momento de la perfección del contrato no lo habría celebrado o lo habría concluido en condiciones más gravosas.

¹¹ *Vid.* Ley del Contrato de Seguro de Venezuela, artículo 32: Las empresas de seguros deberán indicar en sus pólizas aquellos hechos que por su naturaleza constituyan agravaciones de riesgos que deban ser notificados. Conocido por la empresa de seguros que el riesgo se ha agravado, ésta dispone de un plazo de quince (15) días continuos para proponer la modificación del contrato o para notificar su rescisión. Notificada la modificación al tomador éste deberá dar cumplimiento a las condiciones exigidas en un plazo que no exceda de quince (15) días continuos, en caso contrario se entenderá que el contrato ha quedado sin efecto a partir del vencimiento del plazo (...).

¹² *Vid.* Decreto – Ley 263 del 2009 del Contrato de Seguro, art. 31: El asegurado, durante la vigencia del contrato, deberá notificar a la entidad de seguros, por escrito, dentro de los cinco (5) días siguientes de conocerse por él, los hechos y circunstancias nuevas y relevantes que agraven los riesgos cubiertos por el contrato de seguro que, de haber sido conocidos o previstos por dicha entidad al momento de la concertación del contrato de seguro, no lo habría concertado o lo hubiera realizado en condiciones más gravosas.

¹³ *Vid.* Ley 17.418 Ley de Seguro en Argentina, artículo 37: Toda agravación del riesgo asumido que, si hubiese existido al tiempo de la celebración, ajuicio de peritos hubiera impedido el contrato o modificado sus condiciones, es causa especial de rescisión del mismo.

¹⁴ Sentencia no. 512 de de fecha 28 de septiembre de 1997 del Tribunal Supremo Popular cubano, ponente: Arredondo Suárez.