

La noción de «baratería» en el seguro marítimo(*)

AURELIO MENENDEZ MENENDEZ

Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad de Oviedo

SUMARIO: I. Introducción.—II. La “baratería del patrón” y la responsabilidad del naviero por actos del capitán.—III. La regla de la exclusión de la baratería en el seguro marítimo.—IV. Ambito de la exclusión y amplitud de la noción de baratería.—V. La “baratería del patrón” en el ordenamiento español.

I. El Derecho marítimo tradicional, tan presente aún en algunas instituciones, nos ha legado términos y expresiones de sabor particularista muy acusado, que en ocasiones siguen planteando ciertas dificultades interpretativas. Entre esas expresiones figura la de “baratería del patrón” o “baratería del capitán”, utilizada con diverso alcance en los ordenamientos que la conservan, y que carece de una definición precisa en el Derecho español. La práctica sigue mostrando los conflictos y discusiones que suscita su interpretación entre aseguradores y asegurados, tanto en el seguro de cuerpos como en el seguro de facultades. Se trata de una vieja cuestión, todavía no superada en algunos ordenamientos de raíz tradicional: sencillamente de la distinta extensión que tendrá la cobertura del seguro, según se estime que la baratería sólo alude a los actos intencionales o dolosos del capitán y la tripulación, o que, por el contrario, alcanza también a los daños ocasionados por simple culpa o negligencia de estos auxiliares del naviero.

La mayor parte de la doctrina reconoce que el término es de origen español, y más concretamente catalán (1). En su significación etimológica el término alude a la idea de traición o engaño. Entre las distintas referencias al origen e interpretación del término que se podrían elegir nos parece particularmente interesante, por cuanto tiene de síntesis y precisión, la que se hace en el “Glosario castellano

(*) Redactado para los “Scritti in onore del Prof. Donati”.

(1) Vid. entre otros, LOCRÉ, *Esprit du code de commerce*, II, París, 1829, pág. 383 DE SMET, *Traité théorique et pratique des assurances maritimes*, I, París, 1959, pág. 272; ARNOULD, *The law of marine insurance and average*, 15 ed. al cuidado de Chorley y Bailhache, II, London, 1961, pág. 835; y la bibliografía citada por estos autores.

de los vocablos náuticos y mercantiles”, adjunto al “Código de las costumbres marítimas de Barcelona” de DE CAPMANY (Madrid, 1791). La palabra “baratería” —dice— “... se empezó a usar en los tiempos de la baxa edad, acaso la primera vez en las *costumbres marítimas*, para significar el delito que un patrón comete cuando de propósito deliberado, y sin necesidad, más voluntariamente y por cualquier medio que sea, procura la pérdida total o parcial de su navío, o del cargo, en daño de aquel que tenga interés en las dos cosas; o bien, como se explican los AA, es cualquiera prevaricación en que un patrón cae en el ejercicio de su ministerio, y quiere decir toda pérdida causada con malicia o dolo del patrón... Creo que esta vez sólo se halla en el texto catalán de las costumbres del mar, de donde se difundió a los demás códigos y tratados de derecho marítimo, sin conocerse su etimología. *Bara* en el idioma antiguo catalán, es lo mismo que traidor; y de aquí *baratería*, trayción o engaño, y *barater* o *baratador*, traycionero o engañador, por cuanto la baratería es una verdadera trayción hecha a la confianza de los interesados”.

II. ¿Es esta noción de la baratería la que se recoge en nuestro Código de comercio? Si para contestar a esta pregunta examinamos el articulado relativo a la responsabilidad derivada de la conducta del capitán, repararemos enseguida en un precepto fundamental, el artículo 618, que hace responsable al capitán para con el naviero y a éste para con los terceros que hubieren contratado con el capitán, de los perjuicios causados en los distintos supuestos recogidos en su larga enumeración, en la que se incluyen tanto actos dolosos, como actos simplemente negligentes. A la vista del precepto se ha podido afirmar, en efecto, que los actos a que se refiere no son otros que los llamados en la doctrina actos de *baratería del capitán*, entendida ésta en un sentido amplio; es decir, tanto la *baratería fraudulenta* (actos de malicia o dolo), como la *baratería simple* (actos de negligencia, impericia o descuido) (2). Hay aquí, como puede verse, un notable ensanchamiento de aquella noción de baratería que, al decir DE CAPMANY, quedaba limitada a la “trayción o engaño del patrón”.

No sería acertado, sin embargo, estimar que aquella amplia noción doctrinal de la baratería es sin más la que debe prevalecer al interpretar las normas en las que el Código de comercio alude expresamente a la “baratería del patrón” para referirse al riesgo excluido de la cobertura del seguro marítimo (art. 756, núms. 5.º y 7.º). El artículo 618 no emplea el término “baratería” y no estaría justificado generalizar una noción doctrinal que en el campo del seguro marítimo parece estar en contra de nuestra tradición y de las exigencias del tráfico actual. Conviene, en efecto, operar con prudencia a la hora de utilizar el término en el estudio de la responsabilidad del capitán y el naviero, y en el examen de la cobertura del riesgo en el seguro

(2) GARRIGUES. Curso de Derecho Mercantil, II, Madrid, 1962, pág. 587.

marítimo. Una y otra materia responden a muy distintas motivaciones y necesidades, y han de ser objeto de un tratamiento técnico específico.

En el campo del seguro marítimo se trata de determinar la extensión o no del mismo a los daños producidos por los actos negligentes y dolosos del capitán o la tripulación, tema que se contempla hoy a la luz de las más modernas tendencias que extienden la cobertura del seguro no sólo a los daños ocasionados por culpa e incluso dolo de los dependientes del asegurado, sino también a los actos culposos del mismo asegurado (3). La materia de la responsabilidad del capitán y el naviero atiende a cuestiones diferentes, concretamente a los problemas que se plantean en el campo de la responsabilidad contractual del auxiliar frente al principal o en el área de la responsabilidad contractual o extracontractual del principal por hecho de los dependientes (4). El término "baratería" comenzó a utilizarse, sin duda, en este sector, para calificar ciertos actos del "senyor de la nau" o de la tripulación y fijar su responsabilidad frente a los interesados en el buque y en la carga (5); pero en algunos ordenamientos —como el

(3) Vid. LUREAU, *La faute en assurance maritime*. Le droit maritime français, 1956, págs. 515 y sig.

(4) En el Derecho español —como ya hemos tenido ocasión de indicar— la materia aparece especialmente regulada en el artículo 618 del Código de comercio. En otro lugar he pretendido mostrar que dicho precepto atiende de modo primordial al régimen de responsabilidad del naviero por actos ilícitos del capitán en la esfera *contractual*; es decir, que constituye una manifestación particularmente interesante en nuestro ordenamiento de la responsabilidad *contractual* del principal por hecho de los dependientes. La responsabilidad extracontractual del naviero —con la excepción de la disciplina sobre el abordaje— quedaría así remitida a los artículos 1.902 y 1.903, 4.º, del Código civil ("*La responsabilidad del naviero por actos del capitán en nuestro Código de comercio*", Revista Española de Derecho Marítimo, 1966-1967, fasc. 5, págs. 65 y sigs.).

(5) No ha de sorprender, por ello, que en algunos sistemas, como el alemán, la utilización doctrinal del término *Baratterie* se relegue fundamentalmente al campo de la responsabilidad del naviero, considerando como tal la actuación dolosa del capitán o la tripulación que produce un daño material en el buque o la carga, buscando la obtención de un beneficio propio; queda, pues, excluido del concepto de baratería el daño simplemente culposo, o el que siendo intencional (como puede ser la destrucción de una parte de la mercancía para lograr una estiba más fácil) no se provoca para obtener un beneficio propio (vid. WÜSTENDÖRFER, *Neuzeitliches Seehandelsrecht*, Tübingen, 1950, pág. 270; SCHAFF-ABRAHAM, *Das deutsche Seerecht*, II, Berlin, 1962, pág. 671). Y no ha de sorprender tampoco que en otros ordenamientos, como sucede con el inglés, en que el término *barratry* es usado tanto en materia de responsabilidad del porteador como en materia de seguro marítimo se parta en todo caso de la idea de una actuación dolosa o intencional del capitán o la tripulación, aunque parezcan advertirse ciertas diferencias en el sentido de que la baratería como riesgo asegurable sólo alude al daño ocasionado dolosamente en el buque y ciertamente, según las últimas orientaciones, sin necesidad de que sea para buscar un beneficio propio del capitán, en tanto que en materia de responsabilidad del porteador la doctrina utiliza el término para aludir al daño ocasionado dolosa o fraudulentamente, tanto en el buque como en las mercancías (vid. ARNOULD, ob. cit., págs. 795 y sigs.; CARVER, *Carriage by Sea*, 11.ª ed. al cuidado de Colinvaux, I, London, 1963, págs. 185 y sigs.; SCRUTTON, *Charterparties and bills of lading*, London, 1964, págs. 263 y sigs.).

francés, el italiano y el español— acabó por ser usado preferentemente para delimitar la cobertura del riesgo en el seguro marítimo. Por eso entiendo que al emplear el término “baratería” para referirse a la materia de responsabilidad del capitán y el naviero regulada en el artículo 618 del Código de comercio conviene tener presente la distinta significación del acto dañoso en uno y otro sector del Derecho marítimo, y evitar la confusión que se puede generar si se induce de dicho precepto una noción de baratería para aplicarla al seguro marítimo.

III. La interpretación de la expresión “baratería del patrón” en el seguro marítimo no aparece, sin embargo, claramente resuelta en nuestro Código de comercio. El artículo 756, al enunciar los riesgos excluidos en el seguro marítimo, se refiere en su número 5.º a la “baratería del patrón a no ser que fuera objeto del seguro”, y en su número 7.º a la falta de los documentos prescritos en este Código, en las Ordenanzas y Reglamentos de Marina o de Navegación, u omisiones de otra clase del capitán, en contravención de las disposiciones administrativas, a no ser que se haya tomado a cargo del asegurador la baratería del patrón”. En uno y otro supuesto se utiliza la conocida expresión, pero en ninguno de ellos se hace suficientemente explícito el alcance que ha de darse a la exclusión del riesgo de baratería; no se aclara, en efecto, si con esa expresión se alude a los daños ocasionados por dolo del capitán o la tripulación, o si, por el contrario, se extiende también a los actos simplemente culposos o negligentes, excluyendo de la cobertura del seguro, salvo pacto en contrario, cualquier daño producido por simple culpa de aquellos auxiliares del naviero. La vieja cuestión continúa planteada en nuestro ordenamiento y no ha encontrado tampoco una respuesta precisa en nuestras pólizas de cascos y de facultades.

El antecedente inmediato de aquellas normas del artículo 756 se encuentra en los artículos 862, 4.º, y 864, del Código de Comercio de 1829 que aluden respectivamente a las “baraterías del capitán o del equipaje”, y a la liberación de los aseguradores “de los daños que sobrevengan a la nave por no llevar en regla los documentos que prescriben las Ordenanzas marítimas” (6). Pero si con el propósito de penetrar en los orígenes y el alcance de la exclusión del riesgo de baratería, acudimos a las fuentes en que se pudo inspirar nuestro viejo Código, la cuestión se hace más compleja.

(6) Sin perjuicio de otras aclaraciones que se harán posteriormente, conviene indicar que, frente a lo que sucede en el número 7.º del artículo 756 del Código vigente, el artículo 864 del Código de 1829 no se refiere para nada a la baratería al excluir de la cobertura del seguro los daños que sobrevengan por no llevar en regla los documentos que prescriben las ordenanzas marítimas. La observación tiene cierto interés, pues la norma vigente no ha sido, a mi juicio, muy afortunada al remitirse a la baratería del patrón. Así me lo parece, porque, dado el tenor literal de la norma, con alusiones a la simple “falta de documentos” y a las “omisiones de otra clase del capitán”, podría ser invocada con cierto fundamento para apoyar una interpretación favorable a la noción amplia de la baratería en nuestro sistema.

La doctrina ha venido mostrando cómo en las primeras fuentes que contemplan la baratería en materia de seguro —especialmente el *Guidon de la mer*—, la tendencia estaba en favor de su inclusión entre los riesgos cubiertos en caso de seguro de facultades, aunque en algunos supuestos —como en el mismo *Guidon de la mer*— la responsabilidad del asegurador tuviera carácter subsidiario, es decir, sólo se podía hacer valer si no se recibía la oportuna indemnización del patrón que había causado el daño (7). Esta doctrina se altera con toda claridad en la Ordenanza de la Marina de 1681, que en el artículo 28 del título dedicado a los seguros (tit. VI de su libro III) consagra ya la regla de la exclusión de las pérdidas o daños causados tanto en los buques como en las mercancías, si en virtud de la póliza el asegurador no asume el riesgo de baratería del patrón.

¿Cómo se explica este cambio de orientación o esta regla tan extraña a nuestro modo actual de ver la cuestión, que exonera al asegurador, salvo pacto en contrario, de la indemnización al asegurado incluso en el supuesto de daño a la mercancía? En opinión de los más autorizados estudiosos, ese cambio se produjo en los siglos XVI al XVIII por el cauce de los usos marítimos, en razón a la frecuente integración de todos los interesados en la expedición marítima o, en otros términos, al hecho de que en la navegación de aquellos tiempos era raro que el capitán no fuese copropietario del buque o de la carga o cointeresado en la empresa, ya en virtud de un contrato de sociedad, ya a través de una participación en las ganancias (8). Ultimamente se ha señalado que esta explicación es poco convincente, porque en esa época se tenían ya por nulas, como contrarias al orden público, las pólizas que cubrieran el hecho o falta del asegurado, de suerte que no existía razón alguna para regular por una disposición particular el caso del capitán que fuera a la vez propietario y cargador; el verdadero motivo de la exclusión del seguro de la baratería, salvo pacto en contrario, estaría simplemente en el temor de posibles colusiones entre el capitán, el armador y los cargadores (9). Es dudoso, ciertamente, que la razón fundamental de la exclusión estuviera en aquellas formas asociativas con integración de todos los interesados en la expedición, que se desenvuelven ya con anterioridad, pero cabe pensar que la lucha constante contra el fraude en el seguro impusiera entonces aquella exclusión. Bajo este aspecto se puede estimar que, con independencia de la norma sobre nulidad de toda cláusula que cubriera el daño causado por culpa del asegurado (algo no siempre fácil de precisar o conocer en aquellas formas asociativas), la exclusión de la baratería se explica en definitiva —como entendió VIVANTE— por

(7) Cap. V, arts. 6 y 7, y especialmente cap. IX, art. 1 (vid. entre otros, PARDESSUS, *Collection de lois maritimes antérieures au XVIII siècle*, II, París, 1824, págs. 388 y sig. y 406; CRESPIER-LAURIN, *Cours de droit maritime*, IV, París, 1884, pág. 80; RIPERT, *Droit maritime*, III, París, 1953, pág. 679 y sig.).

(8) VIVANTE, *Il contratto di assicurazione*, II, Milano, 1890, pág. 300; RIPERT, ob. cit., pág. 679.

(9) DE SMET, ob. cit., pág. 276.

el temor de los aseguradores a la simulación de averías por parte del capitán para alcanzar, en una u otra forma, un mayor lucro (10).

La norma de la Ordenanza francesa tiene, en todo caso, singular importancia. Es la norma que pasa al artículo 353 del Código de comercio francés y que termina por imponerse en las legislaciones que en él se inspiran, manteniendo aún su vigencia en algunas de ellas. El asegurador —dice el precepto del Código francés— “n'est point tenu des prevarications et fautes du capitaine et de l'équipage, connues sous le nom de *baratería de patrón*, s'il n'y a convention contraire”.

La fidelidad de este texto a la Ordenanza de 1681 es clara, al excluir la cobertura de la baratería sin distinguir entre seguro sobre cuerpos y seguro sobre facultades, y lo es también al dar una amplia noción de baratería, incluyendo tanto los actos intencionales como los simplemente culposos o negligentes. La vieja Ordenanza se refería solamente a los daños causados “par la faute des maîtres et marinières”, pero la generalidad de los comentaristas estaban de acuerdo en que bajo esta expresión se incluían todos los supuestos de dolo, negligencia o impericia, tanto del patrón como del equipaje (11). De este modo se rompía con la significación del término baratería en las fuentes tradicionales, en las que únicamente se refería a “la pérdida causada con malicia o dolo” —como dice nuestro DE CAMPANY— o tenía lugar “quando committitur cum preesistenti ejus machinatione et dolo preordinato ad causam”, como se viene repitiendo en la doctrina, recogiendo total o parcialmente —como aquí hacemos— un conocido texto de CASAREGIS (12).

A pesar de los intentos de la Comisión encargada de preparar el Código francés de reducir la expresión a esta significación más estricta, terminó por imponerse aquella otra más amplia, que en opinión de algunos Tribunales se había ya generalizado por el uso (13); y para no dejar lugar a dudas, el citado artículo 353 definió como baratería, tanto las *prevarications*, como las *fautes* del capitán y del equipaje.

El modelo fue imitado por otras legislaciones, entre las que citaremos, tanto por su particular valor representativo como por su fidelidad al texto francés, la codificación mercantil italiana. En sus diferentes manifestaciones reprodujo, en efecto, literalmente la norma francesa, limitándose a añadir, en párrafo distinto, que el pacto por

(10) Ob. y loc. cit.

(11) Esa es la posición inequívoca de VALIN y POTHIER, acogida sin reservas a efectos de interpretación del texto, por EMERIGON, aunque no deje de mostrar sus dudas acerca de la significación de la “baratería del patrón” (*Traité des assurances et des contrats a la grosse*, I, Marsella, 1783, pág. 366 y sig.). Para todo ello, vid. entre otros, RIPERT, ob. cit., pág. 680, y especialmente por la crítica que ha hecho de esa interpretación, DE COURCY, *La baraterie de patrón*, “Questions de droit maritime”, II, París, 1879, págs. 6 y sig.

(12) Por citar dos autores bien representativos y distantes en el tiempo, vid. EMERIGON, ob. cit., pág. 366 y VIVANTE, ob. cit., pág. 305.

(13) Vid. LOCRE, ob. cit., págs. 283 y sigs.

el que se extendiera la cobertura del seguro a la baratería dejaría de tener efecto cuando refiriéndose a un capitán designado nominativamente en el contrato, el asegurado lo despidiera y sustituyera por otro sin consentimiento del asegurador. Pero esta adición no tiene mayor importancia para lo que aquí interesa, y por supuesto no está en la línea de las modernas revisiones de la materia (14).

IV. Antes de dar respuesta a la cuestión planteada en nuestro ordenamiento, conviene hacer algunas observaciones críticas a esta norma de tradición francesa. Estas observaciones se refieren esencialmente a las dos cuestiones siguientes: ámbito de la exclusión del riesgo de baratería y amplitud del concepto.

a) La exclusión de la baratería no encuentra actualmente ninguna justificación en el seguro sobre facultades. Como se viene señalando por la doctrina, el cargador de las mercancías es hoy una persona absolutamente ajena a la empresa de navegación; es decir, que en general no cabe pensar en el capitán como propietario o cointeresado en las mercancías, o como representante de los cargadores, que es justamente lo que permitiría plantear el tema de la cobertura o no de la culpa del asegurado o del representante o auxiliar del asegurado. El daño producido en las mercancías por el capitán o la tripulación no puede merecer otra consideración, respecto de los interesados en la carga, que la de un accidente fortuito o imprevisible, perdiendo así su justificación la regla de no cobertura del riesgo, salvo pacto en contrario (15).

(14) La reproducción de la norma básica del Código francés, con la única variación de hablar sólo de "baratería" y no de "baratería del patrón", pasa a través del Código de comercio albertino, al artículo 467 del Código de comercio de 1865, y posteriormente al artículo 618 del Código de comercio de 1882; sobre el tema puede verse BERLINGIERI, *Sul concetto di "baratteria"*, *Il diritto marittimo*, 1943, págs. 3 y sig.

(15) No planteamos aquí el tema de la cobertura del daño que puede recaer sobre el patrimonio del naviero en caso de perjuicio de las mercancías causado por el capitán o la tripulación, en la medida en que sea responsable de este perjuicio. Se trataría de un supuesto de seguro de responsabilidad que va mostrando modernamente cierto interés y difusión. La tesis de algunos autores, inclinados a ver en la norma de la Ordenanza francesa una de las primeras manifestaciones del seguro de responsabilidad, en cuanto permitía al armador, estipulando la cláusula oportuna, cubrir los daños ocasionados por baratería del capitán o la tripulación (PICARD y BESSON, *Traité general des assurances terrestres*, III, París, 1943, pág. 288), no deja de ser discutible, pues independientemente de las dudas que podrían suscitarse acerca de la llamada responsabilidad del naviero por actos del capitán en la navegación regulada por la vieja Ordenanza, los principios rectores del seguro no favorecían entonces esta difusión del seguro de responsabilidad. Más bien hemos de pensar que aquella vieja norma, reproducida posteriormente en el artículo 353 del Código francés, en principio se refería, y sólo se refería, al seguro sobre cascos y al seguro sobre facultades, es decir, a "seguros de interés sobre las cosas" por parte de los titulares o interesados en las mismas y no a un "seguro de interés sobre el patrimonio", como sería el seguro de responsabilidad del naviero por los daños causados en las mercancías por sus dependientes (para los orígenes

Muy distinto es lo que sucede en el supuesto de seguro de cascos, porque en este caso la exclusión de los daños ocasionados por "baratería del patrón" implica, en definitiva, la exclusión del daño provocado por culpa de las dependientes del asegurado. La práctica aseguradora, en la época en que se difunde esta regla, era muy sensible a la posibilidad de cualquier fraude en la explotación del seguro, y tanto entonces, como posteriormente, cuando se recoge la norma en el Código francés, el principio general, aunque con excepciones, era el de la estimación como riesgo excluido de todo daño debido a culpa del asegurado o de sus dependientes. En el momento actual se ha producido, como es sabido, una notable evolución en esta materia. En la doctrina y en las leyes de seguros más modernas, la tendencia está, en efecto, en favor de la cobertura del riesgo cuando el daño proviene de culpa leve del mismo asegurado, e incluso se extiende en algunos ramos del seguro a la misma culpa grave (sirva de ejemplo el seguro de responsabilidad civil) y en supuestos excepcionales (cobertura del suicidio en el seguro de vida) hasta el mismo acto doloso. En este lugar interesa recordar especialmente que, como es lógico, esa tendencia se ha afirmado con más fuerza en el supuesto de daños causados por culpa de los dependientes, en atención a que en ese caso el daño no tiene por qué ser imputado al asegurado.

Es justo reconocer, sin embargo, que en el seguro marítimo esa evolución es algo más moderada, tanto en relación con el asegurado como respecto de los daños ocasionados por sus auxiliares. Así se puede percibir en las mismas ordenamientos que han superado la regla de la exclusión de la baratería y se incorporan al cuadro de las legislaciones más modernas. En relación con la actuación de los dependientes, que es la que ahora interesa de modo primordial, podemos recordar el artículo 524 del Código de la Navegación italiano de 1942 que limita la cobertura del asegurador, en caso de seguro de buques, al siniestro derivado de simple culpa del capitán o de la tripulación; y si el asegurado es a la vez capitán, reduce tal cobertura, respecto de los daños causados por éste, a los derivados de sus culpas náuticas (16). Esta evolución ha terminado por imponerse incluso en el Derecho francés que en su reciente ordenación del seguro marítimo (Ley de 3 de julio de 1967 y Decreto de 19 de enero de 1968) arrin-

del seguro de responsabilidad y las dificultades que encontró su desarrollo antes del XIX, vid. entre otros, DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, III, Milano, 1956, págs. 322 y sigs.). Es justo reconocer, no obstante, que de hecho la interpretación errónea de la cláusula de baratería no dejó de producir efectos paralelos a los de un seguro de responsabilidad, ante la sorpresa e "inseguridad" de los mismos aseguradores; así sucedió en una buena parte de la jurisprudencia francesa del siglo pasado, amplia y justamente criticada en este punto por DE COURCY (ob. cit., págs. 13 y sigs.).

(16) En el mismo precepto puede verse cómo en el supuesto de seguro de mercancías la cobertura del seguro se extiende al mismo dolo del capitán o la tripulación: vid. para todo ello, LEFEBVRE D'OVIDIO y PESCATORE, *Manuale di diritto della navigazione*, Milano, 1964, pág. 501; MANCA, *Studi di diritto della navigazione*, III, Milano, 1962, pág. 274.

cona ya la vieja exclusión de la "baratería del patrón", distingue entre seguro de cuerpos y seguro de facultades, y extiende la cobertura del seguro, tanto a la culpa del asegurado dentro de ciertos límites, como a los daños causados por actos culposos o dolosos de los dependientes terrestres o marítimos (arts. 17 y 18 de la ley), con la excepción particularmente calificada de los daños ocasionados por actos intencionales del capitán en el seguro de cuerpos (art. 40 de la misma ley) (17). Por supuesto, como se puede ver ya a través de esta simple referencia a los ordenamientos francés e italiano, no es posible llegar a conclusiones unánimes en la materia, pues la práctica y la ordenación del seguro marítimo en los distintos países sigue criterios diversos en orden a la cobertura del daño ocasionado por el capitán o la tripulación en el seguro de buques; pero la tendencia es clara en el sentido de una aproximación al seguro terrestre, aunque sea manteniendo soluciones algo más moderadas, fundadas en el distinto relieve que tiene el comportamiento del asegurado y de algunos de sus auxiliares en dicho seguro de buques (18).

b) Particular interés tiene para nuestro ordenamiento, todavía inspirado en la noción de la "baratería del patrón", la interpretación que merece esa expresión. La inclusión en ella del simple acto culposo del capitán o la tripulación conduce ahora a consecuencias tan poco prácticas y equitativas, que no pueden sorprender los esfuerzos de la doctrina y la jurisprudencia para superar aquella amplia noción de tradición francesa. En la misma Francia especialmente significativo resultó ya el esfuerzo realizado por DE COURCY para restringir el alcance del artículo 353, estimando que las "prévarications et fautes" a que aludía el texto, sólo eran las conocidas como tal "baratería del patrón" en su significación más estricta de acto doloso e intencional. Esta ingeniosa interpretación no tuvo éxito (19),

(17) En relación con la culpa del asegurado se percibe una diferencia notable respecto del seguro terrestre, al comprobar que en el seguro marítimo el asegurador se exonera de su obligación de indemnizar si prueba que el daño se debe a "un manque de soins raisonnables" por parte del asegurado, criterio de la "due diligence" trasladado de la ley inglesa de seguro marítimo e inspirado en la misma obligación que se impone en caso de fletamento y transporte (vid. más ampliamente LUREAU, *Travaux de la Commission de réforme du code de commerce*, VI, Sesión de 28 de enero de 1954, págs. 72 y sigs.; y en *La nouvelle législation des assurances maritimes. Le droit maritime français*, 1968, págs. 264 y sig.). Para una consideración más extensa de la cobertura de la culpa de los dependientes, moderando la interpretación en el sentido de equiparar la posición de los dependientes que asumen la dirección de la empresa a la posición del mismo asegurado y, mostrando por otro lado, la razón que justifica la exclusión del daño causado por acto intencional del capitán en el seguro de cuerpos, vid. recientemente BESSE, *La limite du risque assurable et la garantie des fautes, du vice propre, du vice cache, en matière d'assurance maritime sur "corps", etc la loi du 3 juillet 1967 sur les assurances maritimes. Le droit maritime français*, 1968, págs. 458 y sig.

(18) Para una exposición general de los distintos sistemas, puede verse, DE SMET, ob. cit., pág. 272 y sigs.; RIPERT, ob. cit., págs. 679 y sig.

(19) La interpretación de DE COURCY, ciertamente un poco artificiosa, pudo haber constituido, a mi juicio, una buena base de partida para superar el divor-

pero con unos u otros argumentos, la doctrina francesa no dejó de criticar aquella noción tradicional, en buena parte elaborada por los grandes comentaristas de la Ordenanza de 1681, y la misma jurisprudencia se vio obligada a apartarse de ella en no pocas ocasiones (20). Por otra parte, la corrección de la regla de exclusión de la baratería terminó por imponerse a través de las pólizas al conseguir las soluciones convenientes a la explotación del seguro en el tráfico moderno, incluyendo expresamente la baratería del patrón tanto en el seguro de facultades como en el seguro de cuerpos, con excepción en este último caso de los daños ocasionados por "dolo o fraude del capitán" (es la norma que en definitiva ha pasado al artículo 40 de la vigente ley de 1967) y de los siniestros resultantes "de violación de bloqueo, de contrabando, o de comercio prohibido o clandestino" (21).

Otro tanto cabe decir de la legislación italiana anterior al Código de la navegación. La doctrina más autorizada tendió, en efecto, a suavizar el rigor de la norma, estimando que dentro de la noción de baratería no podía incluirse la culpa leve o levisima, e insistiendo, por otro lado, en la necesidad de que el asegurador pruebe la existencia de la baratería para liberarse de su obligación de indemnizar (22). La regla del Código había sido superada también por la práctica, incluyendo la baratería entre los riesgos asegurados en la póliza de

cio entre el artículo 353 del Código y la realidad. La crítica a que fue sometida provocó no obstante, su abandono (vid. entre otros, CRESP-LAURIN, ob. cit., págs. 81 y sigs. y para una síntesis suficiente, RIPERT, ob. cit., pág. 680). Con todo, el agudo trabajo de COURCY sigue siendo interesante para un mejor conocimiento de la regla tradicional y aporta un estudio sobre la significación estricta del término "baratería" en varias fuentes y diccionarios franceses de los siglos XVII al XIX, que tiene indudable importancia (ob. cit., págs. 4 y sigs.).

(20) Vid. RIPERT, ob. cit., pág. 681, con puntualizaciones muy oportunas; y DANJON, *Traité de droit maritime*, IV, París, 1927, núm. 1.573.

(21) Para la póliza de seguro sobre facultades vid. LUREAU-OLIVE, *Commentaires de la police française d'assurances maritimes sur facultés*, París, 1952, págs. 48 y sig.; CHAUVEAU, *Traité de droit maritime*, París, 1958, pág. 696; GOVARE, *L'assurance maritime française (Etude des polices)*, París, 1960, págs. 260 y sigs. Para la póliza de seguro sobre cuerpos vid. RIPERT, ob. cit., pág. 686; LUREAU-OLIVE, *Commentaires des polices françaises d'assurances maritimes sur corps de navires*, París, núms. 5 y sig.; CHAUVEAU, ob. cit., pág. 696; GOVARE, ob. cit., págs. 100, 124 y sigs.

(22) Vid. entre otros, ASCOLI, *Del comercio marítimo y de la navegación*, trad. II, Buenos Aires, 1953, págs. 390 y sigs.; VIVANTE, ob. cit., pág. 304. Es interesante anotar también que, sin referirse expresamente a ella, BERLINGIERI propuso una tesis semejante a la de DE COURCY, es decir, la exclusión de la cobertura del seguro, no de todas las culpas, sino sólo "las que son conocidas bajo el nombre de baratería", para superar la inadaptación a la realidad de la vieja regla, acogida en el artículo 618 del Código de Comercio derogado (ob. cit., págs. 10 y sig.); como sucede con el trabajo de DE COURCY, el de BERLINGIERI aporta también varias muestras de la definición estricta de baratería como acto doloso en diferentes fuentes y diccionarios, en este caso italianos, de gran interés para un estudio de la evolución o de la "desviación" que se produjo con la regla consagrada en la célebre Ordenanza francesa de 1681 (vid. págs. 4 y siguientes).

mercancías, y disponiendo en la de buques que el asegurador respondería de los accidentes de mar, aunque provinieran "de impericia o de negligencia del capitán o de la tripulación", con la salvedad igualmente de los que tengan su origen en "actos de dolo o de fraude del capitán" (23).

V. Estas consideraciones proporcionan una base necesaria y, a nuestro juicio, suficiente, para valorar el alcance que ha de darse al riesgo de "baratería del patrón" en nuestro ordenamiento. A la vista del artículo 756 de nuestro Código, en sus números 5.º y 7.º, hay una cuestión que no es dudosa; como en los otros ordenamientos tradicionales la exclusión de la baratería, salvo pacto en contrario, tiene un carácter general, es decir, se aplica tanto al seguro sobre cuerpos como al seguro sobre facultades, pues el precepto alude a la exclusión "de los daños y perjuicios que sobrevengan a las cosas aseguradas", sin distinguir entre unas y otras. Por este lado el precepto merece actualmente, y merecía ya en la época en que se dictó, la severa crítica a que se ha sometido la regla tradicional —como ya tuvimos ocasión de indicar— cuando se aplica al seguro de mercancías (24).

(23) Vid. BRUNETTI, *Derecho marítimo privado italiano*, trad. III, Barcelona 1951, págs. 465 y sig. La cuestión está hoy resuelta por el artículo 524 del Código de la navegación en la forma anteriormente expuesta, y si algo hay que añadir es que en la práctica italiana actual continúa vigente el mismo criterio en la póliza de mercancías, y en la más moderna póliza de buques de hierro de 1962, sólo se excluyen de la cobertura, en la materia examinada, los "actos de dolo o fraude del capitán" y los siniestros resultantes de violación de bloqueo, de contrabando o de comercio, actividad o tráfico prohibido o clandestino, siguiendo, como se ve, muy de cerca, la solución de la póliza francesa, una y otra inspiradas en este punto en formularios de la práctica inglesa y americana (vid. MANCA, ob. cit., pág. 327 y 311).

(24) Se mantiene así el criterio del Código de comercio de 1829. Es de advertir, sin embargo, que sin aludir a la "baratería", el viejo Código en su artículo 864 abrió, en cierto modo, un cauce para la distinción al establecer que los aseguradores "no responden de los daños que sobrevengan a la nave por no llevar en regla los documentos que prescriben las Ordenanzas marítimas; pero sí de la trascendencia que pueda tener esta falta en el cargamento que vaya asegurado". Mas el legislador de 1885 en lugar de ahondar en esa distinción tan práctica y equitativa, que ha venido a generalizarse en los ordenamientos y la práctica aseguradora más moderna, se decidió a refundir de nuevo ambos supuestos en la norma del artículo 756, núm. 7.º, aludiendo además a la baratería en forma poco afortunada (vid. nota 6 de este estudio). Para justificar tal medida la Exposición de Motivos, mostrando muy escasa sensibilidad para percibir la razón de la vieja norma, afirma que "el artículo 864 del Código vigente envuelve una evidente contradicción, pues en la primera parte dispone que no responden los aseguradores de los daños que sobrevengan a la nave por no llevar en regla los documentos que prescriben las Ordenanzas de Marina, y en la segunda, por el contrario, les hace responsables de los perjuicios que esta falta puede causar al cargamento; cuya contradicción desaparece en el proyecto con la supresión de este último extremo". Es probable que en todo ello haya influido la opinión de nuestros más autorizados tratadistas del XIX; vid. concretamente, MARTÍ DE EIXALÁ, *Instituciones de Derecho Mercantil de España*, 6.ª ed. Madrid. 1873, pág. 410).

La exclusión general de la "baratería del patrón" está inspirada en el Código francés. Parece claro que de este modelo se tomó la regla que se recoge en los artículos 832 y 862 del Código de comercio de 1829, relativos al préstamo a la gruesa y al seguro, respectivamente. No era esa ciertamente la solución acogida en nuestras Ordenanzas de Bilbao de 1737. En el número XIX de su capítulo 2.º incluye, entre los riesgos asegurados, en el caso de seguros sobre mercaderías la "baratería de patrón y marineros"; y en los modelos de pólizas que se recogen al final de ese capítulo, en el número L, se puede comprobar cómo en la "póliza de mercaderías" aparece incluido entre los riesgos cubiertos la "baratería del patrón", en tanto que en la "póliza de navío" no se alude a ella. No es fácil explicar por qué el autor del viejo Código de comercio, SÁINZ DE ANDINO, alteró esta meritoria orientación de nuestras valiosas Ordenanzas de Bilbao. La influencia "francesa" se deja sentir en el "Febrero Novísimo" de TAPIA (25), tanto al definir la baratería como al establecer la comparación entre la solución del Código de comercio francés y la de las Ordenanzas de Bilbao. ¿Sería esta argumentación la que determinó el cambio de criterio? No he podido comprobarlo. En cualquier caso está claro que la tradición francesa más inmediata se impone en el Código de comercio de 1829, y de ahí pasa al artículo 756 del Código vigente para el seguro marítimo, y al artículo 731 para el préstamo a la gruesa (26).

Pasamos así a la más dudosa y relevante cuestión, la relativa a la significación que ha de darse a la expresión "baratería del patrón" en nuestro sistema. Los artículos del Código de comercio anteriormente mencionados ayudan muy poco a resolver la cuestión y en la doctrina tampoco se encuentra una respuesta segura. La significación etimológica y tradicional está claramente en favor de su consideración como acto *doloso* del capitán y la tripulación, idea que aparece expuesta con particular acierto en el texto ya transcrito de DE CAPMANY. No es menos cierto, sin embargo, que la noción más amplia, inspirada en las fuentes francesas, acaba por dominar en nuestra doctrina del XIX, aunque no deje de percibirse, a veces cierta vacilación o

(25) Vid. tomo III, Valencia, 1828, págs. 151 y sig.

(26) La afirmación acerca de la influencia francesa inmediata que, incluso por el tenor literal de los textos, consideramos evidente, deja a salvo los resultados a que podría llegarse en un estudio que contemplara las fuentes españolas anteriores. Este estudio podría mostrar, en efecto, el influjo de las ideas que operan en una navegación desenvuelta bajo formas asociativas de los distintos interesados en la expedición, y que no separa convenientemente la institución del seguro, de la materia relativa a la responsabilidad del "maestre de la nave". No deja de ser sintomático en este sentido que en el capítulo 14 de su "Libro del Comercio Naval" (núms. 24, 25, 26 y 28 principalmente) HEVIA BOLAÑOS sólo extienda la cobertura del seguro, tanto para el buque como para las mercancías, a los "casos fortuitos", excluyendo expresamente de ella los daños ocasionados por "culpa del maestre de la nave", por entender que en ese caso es él y no el asegurador quien ha de pagarlos (se cita sobre la ed. de la Curia Filípica de 1733).

confusión (27). En síntesis puede afirmarse que esta doctrina, bien acoge la doble significación del término sin meditar sobre su alcance positivo, bien sigue la orientación "francesa", bajo una influencia mal comprendida del principio según el cual no es lícito cubrir los daños producidos por culpa del asegurado.

¿Es esta la interpretación que ha de darse a la expresión tal como es utilizada en los números 5.º y 7.º del artículo 756 del Código vigente? En favor de la contestación afirmativa está el hecho de que —como ya se indicó— en la redacción de sus antecedentes de 1829 se tuvo presente el Código francés. Se puede pensar, incluso, que el Código vigente sigue aún más fielmente ese ordenamiento al utilizar la expresión "baratería del patrón", no empleada en el anterior, y que debe ser entendida —siguiendo su significación en la doctrina y práctica marítima— en cuanto haciendo referencia a los daños ocasionados tanto por el capitán como por el equipaje (28). Pero a diferencia de su modelo francés, el Código de comercio español no hace ninguna alusión a la amplia noción de la baratería que vincule al intérprete, y siendo esto así es indudable que estamos en mejores condiciones de ofrecer y justificar una interpretación más en consonancia con las exigencias actuales de la explotación del seguro.

Bajo este aspecto nos parece que ha de verse con simpatía cualquier esfuerzo que tienda a reducir la significación de la baratería como riesgo excluido al daño ocasionado dolosamente por el capitán o la tripulación. Los términos imprecisos en que se expresa nuestra ley, que ni siquiera dice en qué consiste la baratería —se ha dicho con acierto— no se oponen a una interpretación restringida, que exija faltas de cierta gravedad para liberar de responsabilidad al asegura-

(27) Ya antes de dictarse el Código de 1829, TAPIA afirma que "llámase baratería de patrón y marineros toda especie de dolo, culpa, imprudencia, falta de cuidado o impericia, ya del patrón ya de la gente que compone la tripulación del buque" (ob. cit., pág. 151, refiriéndose al seguro), y con posterioridad son varios los autores que se manifiestan en ese sentido, si bien mostrando a veces la doble significación. MARTÍ DE EIXALÁ estima que, salvo pacto en contrario, tampoco serán de cuenta de los aseguradores "los daños que provengan mediata o inmediatamente de dolo o culpa del capitán (*baratería de patrón*) o de los del equipaje" (ob. cit., pág. 410). Para GÓMEZ DE LA SERNA Y REUS, "bajo la denominación genérica de *baraterías* se comprenden los diversos delitos que cometen los capitanes, patronos o pilotos; pero en sentido más estricto, abrazan todo dolo, fraude o negligencia en que incurra el capitán o equipaje de la nave" (*Código de comercio anotado y concordado*, Madrid, 1878, págs. 341 y 357, refiriéndose al préstamo a la gruesa y al seguro). En esta misma posición vacilante SOLER Y CASTELLÓ, que define la baratería como "todo hecho del capitán o del equipaje cometido dolosamente para causar perjuicios a la nave o a su cargamento; o bien todo daño que puede provenir de un hecho u omisión del capitán o tripulación de un buque, sea por malicia o dolo, o por imprudencia, impericia o negligencia" (*Diccionario de la Legislación Mercantil de España*, Madrid, 1887, voz *Baratería*).

(28) Así es interpretada en el artículo 353 del Código de comercio francés. Ha de advertirse además que esa expresión sustituye a la de "baraterías del capitán o del equipaje" empleada en el Código de 1829.

dor (29). La doctrina se muestra así inclinada a concebir la baratería a que alude el artículo 756 como daño ocasionado por dolo o culpa grave del capitán o la dotación (30). Esta interpretación constituye un notable acercamiento a la evolución actual del seguro y a las exigencias del mismo. Como tuvimos ya ocasión de mostrar, la exclusión de la baratería en el seguro de mercancías no tiene hoy fundamento; y en cuanto al buque, si bien la exclusión está más justificada, tampoco se puede olvidar que, a menos de hacer ilusoria la cobertura del contrato, ha de excluirse solamente —como hacen las legislaciones y pólizas más modernas— el daño causado por dolo o culpa grave del capitán.

Estas ideas militan en favor de una interpretación restrictiva. Pero es que además, en defecto de una noción legal no faltan argumentos positivos estimables para llevar la interpretación por esa vía. La lectura del artículo 756 nos muestra entre los riesgos excluidos varios supuestos (cambio voluntario de derrotero, separación espontánea de un convoy, prolongación de viaje, disposiciones arbitrarias y contrarias a la póliza de fletamento o al conocimiento), que, con excepción del vicio propio de las cosas aseguradas, plenamente justificado, responden a la idea de acto intencional. Cabe pensar que con la “baratería del patrón” ha querido aludirse a todos los demás daños no especificados que tengan su origen en una acción u omisión intencional, y que se refieran concretamente al daño *directamente* causado en las cosas aseguradas, algo que evocaría la significación tradicional de acto delictivo contra la propiedad de las cosas aseguradas. Esta argumentación es insuficiente, pero nada despreciable, a mi juicio, a la hora de examinar el texto y pensar en las razones por las que tanto el viejo Código como el actual, toman el término “baratería” sin recoger la definición de la misma que aparecía en su modelo francés.

En favor de esta interpretación está otro precepto de nuestro Código de comercio, el único, quizá, que proporciona algún apoyo para una noción legal de la baratería. Me refiero al artículo 809, 9.ª, que reproduciendo casi literalmente el artículo 935, 8.º, del viejo Código incluye entre las averías simples “cualquier daño que resultare al cargamento por *faltas, descuido o baraterías del capitán o de la tripulación*, sin perjuicio del derecho del propietario a la indemnización correspondiente contra el capitán, el buque y el flete”. Este texto aporta, a mi juicio, un argumento de especial relieve en favor de la interpretación restrictiva de la *baratería*, en cuanto contrapone el acto de baratería a las faltas y al descuido, y sólo parece tener sentido

(29) URÍA, *El seguro marítimo*, Barcelona, 1940, pág. 125.

(30) Vid. URÍA, *ob. cit.*, págs. 124 y sigs. GARRIGUES, *ob. cit.*, pág. 689. Esta afirmación no se desvirtúa por el hecho de que al examinar el artículo 618, relativo a la responsabilidad del naviero por actos del capitán se hable de *baratería simple* o baratería en sentido amplio, con un alcance puramente doctrinal (vid. GARRIGUES, *ob. cit.*, pág. 587; URÍA, *Derecho Mercantil*, Madrid, 1966, págs. 894 y sig.). El Tribunal Supremo sólo incidentalmente ha aludido a la baratería como dolo o negligencia en la sentencia de 29 de marzo de 1927, pero sin enfrentarse directamente con el problema que plantea la interpretación del término en el artículo 756.

viendo en la baratería el acto doloso o realizado con culpa grave. Es muy probable que el texto tenga su origen en nuestra mejor tradición. No aparece en esos términos en el Código francés y sí se puede encontrar su inspiración en el capítulo 20 de las Ordenanzas de Bilbao de 1737. Mientras la doctrina francesa e italiana tuvieron que realizar considerables esfuerzos —como hemos visto— para superar los inconvenientes de una definición amplísima de la baratería, nosotros podemos ahorrarnos ese esfuerzo pensando en que el Código no define la baratería, y en el único precepto en que se proporciona alguna base para su interpretación, esa base está en favor de la noción de la baratería como acto doloso o intencional. En esta misma línea cabe citar ahora la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante de 22 de diciembre de 1955, que incluye bajo la expresión "Baratería y fraudes", la sección primera del capítulo sexto, título primero, relativo a los "delitos contra la propiedad", pues si bien es cierto que esta noción excesivamente restringida tal vez no sea aceptable para la interpretación de aquellos preceptos del Código, no lo es menos que constituye una muestra más del apego de esta expresión a su significación tradicional en nuestro ordenamiento, a aquella idea de pérdida causada por malicia o dolo del capitán o la tripulación (31).

Un último argumento, más bien de carácter sistemático, se puede ofrecer en relación con el Código vigente. Me refiero concretamente a su sensibilidad para percibir la expansión de la cobertura del seguro a la misma culpa del asegurado. Nuestro Código de comercio de 1885 es, en efecto, uno de los primeros en reconocer la extensión del riesgo al evento culposo. El artículo 396 relativo al seguro de incendios, modelo de los seguros terrestres contra daños en las cosas, extiende la cobertura al incendio producido "por negligencia propia o de las personas de las cuales responda civilmente", liberando al asegurador en caso de "incendios ocasionados por el delito del asegurado". La norma constituye ciertamente una buena manifestación de aquella tendencia que viene a cubrir los actos culposos del asegurado y sus dependientes, e incluso de los actos dolosos de los dependientes, pues la exclusión sólo va referida al "delito del asegurado". Pero sin llegar a este extremo, efectivamente dudoso y que no tiene confirmación en la práctica de nuestras pólizas, es obvio que la norma introduce una clara distinción entre negligencia y acto doloso o delictivo del asegurado, incluyendo en la cobertura en cualquier caso, la negligencia del asegurado y de las personas de las cuales responda civilmente.

Esta consideración no puede ser tomada como decisiva para la interpretación de una expresión como la de "baratería del patrón", tan específica del Derecho marítimo, pero puede ser invocada para

(31) Es necesario advertir también que la significación como acto delictivo es la que inspira las distintas acepciones del término recogida en el Diccionario de la Real Academia Española; significación que muy justamente se pondera, aunque manteniendo, a mi juicio, la idea de una acción u omisión intencional, cuando define la "baratería de capitán o patrón", como "acto u omisión de los que mandan o tripulan un buque, en perjuicio del armador, del cargador o de los aseguradores".

mostrar la conveniencia de una interpretación restrictiva de dicha expresión. En la explotación moderna del seguro no es fácil, ciertamente, encontrar una justificación suficiente a normas tan dispares; si se acepta la amplia noción de baratería resultará, en efecto, que mientras el seguro de incendios cubre el siniestro ocasionado por culpa del asegurado, el seguro marítimo excluye los daños causados por simple negligencia de los auxiliares, e incluso los provocados por simple negligencia de personas que no tienen ninguna relación con el causante del daño como sucedería en el caso de daños por negligencia del capitán o la tripulación en el seguro marítimo de mercancías. El asegurador marítimo se encuentra en situación especial frente a la actuación del capitán y la tripulación y se comprende que prefiera una exoneración de este riesgo; pero independientemente de las dificultades que se le vienen planteando en materia de prueba para poder liberarse de la indemnización en caso de culpa del capitán o la dotación, parece correcto estimar que, como sucede en las legislaciones más modernas, la regla general debe acercarse a la evolución sufrida en el seguro terrestre, consagrando la responsabilidad del asegurador en caso de culpa del capitán y la tripulación en cualquier supuesto (salvo el dolo o fraude en el seguro sobre cuerpos), sin perjuicio de las cláusulas contrarias que puedan establecerse.

Como el Código de comercio en su artículo 756, 5.º, admite la posibilidad de pacto en contrario, es decir, de pacto que incluya el riesgo de baratería en el seguro, toda nuestra exposición resultaría en buena parte innecesaria si a la postre nuestras pólizas resolvieran la cuestión adecuadamente. Pero no sucede así y de ahí también los problemas que se siguen suscitando en la práctica.

La póliza española de "seguro de buques" se limita en su artículo 2.º a indicar cuáles son los riesgos excluidos, además de los referidos en el artículo 756 del Código de comercio. Es interesante, no obstante, la enumeración posterior de los riesgos excluidos; se percibe en ellos la influencia de los modelos ingleses, tal como vimos también en las pólizas italianas y francesas, pero no se alude a los actos de dolo o fraude del capitán. La razón puede estar en que esa exclusión está ya en la exclusión de la baratería del artículo 756. Me inclino incluso a pensar que la póliza se atiene a la idea estricta de la baratería como acto doloso o gravemente culposo, pues en otro caso sería difícil explicar la exclusión que aparece en dicho artículo 2.º al referirse a "daños provenientes de dolo o negligencia grave del armador". Ha de entenderse que al expresarse en esta forma la póliza cubre los daños provenientes de culpa no grave del armador —asegurado, y siendo esto así, con mayor razón ha de cubrir los daños provenientes de culpa no grave de sus auxiliares marítimos. Parece, pues, correcto estimar, que la exclusión queda limitada a la "baratería" en sentido estricto del capitán o la tripulación (32).

(32) La baratería así entendida queda, incluso, parcialmente cubierta en el caso de "abordaje culpable", pues en este supuesto el asegurador cubre el 75 por

Estas conclusiones pueden verse alteradas por la inclusión habitual de las cláusulas del Instituto de Aseguradores de Londres. Normalmente la cobertura se extiende (vid. las "Institute Time Clauses. Hulls", o las "Institute Time Clauses. Hulls. F. P. A. Absolutely", en su número 7) a la negligencia del capitán, oficiales, tripulación o prácticos, con tal que la pérdida o daño no resulte de falta de la debida diligencia del asegurado, armadores o gerentes. El juego del condicionado general de nuestra póliza en relación con la inclusión de aquellas cláusulas puede dar lugar en esta materia, como en tantas otras, a gran número de conflictos, generados por falta de coherencia y las diferencias técnicas entre unas y otras cláusulas. Esta es, nos parece, una de las razones más poderosas para proceder a la revisión de la póliza española de cascos (33).

Si de aquí pasamos a la "Póliza española para el seguro marítimo de mercancías y otros intereses de cargador", la crítica tendría que ser aún más severa. La póliza declara cubierta la "baratería del capitán solamente cuando los riesgos recaigan en buques de vapor de hierro o acero o motonaves oficialmente habilitadas para el transporte de viajeros, y cuando de ella no resulten cómplices el asegurado, cargador, receptor o cualquiera de sus agentes". Y decimos que la crítica habría de ser más rigurosa porque en el seguro sobre facultades —como hemos indicado reiteradamente— la exclusión del riesgo de baratería como principio general no encuentra actualmente justificación; y menos aún, por supuesto, en los términos en que lo hace nuestra póliza al aludir a la excepción relacionando la posible cobertura de la baratería con una determinada clase de buques. También en este caso el alcance puede alterarse con la inclusión de las cláusulas inglesas u otras suplementarias redactadas por los organismos sindicales o corporativos oportunos; y también por este lado, la póliza sobre facultades no es ajena a la apremiante necesidad de una revisión y puesta al día del

100 de la indemnización debida al otro buque, siempre que no exceda de la suma asegurada. Se trata aquí de un seguro de responsabilidad (sólo cubre frente al recurso de terceros dañados) que puede alcanzar al supuesto de dolo o culpa grave del capitán o la tripulación. Se recoge en aquél artículo 1.º de la póliza, relativo a "riesgos asumidos", en el que también aparecen cubiertos otros supuestos de seguro de responsabilidad, como son los relativos a gastos de asistencia y salvamento y a las sumas debidas por contribución a la avería gruesa. El artículo 2.º excluye, sin embargo "todos los recursos contra el armador por muerte o heridas por accidente o lesiones corporales, todas las reclamaciones contra el buque presentadas por los cargadores, fletadores o destinatarios de las mercancías porteadas, pasajeros o tripulantes del buque asegurado". Para conocer la razón de ser de estas cláusulas que se fueron incorporando a las pólizas en la práctica de otros países, puede resultar aún hoy muy útil la consulta del trabajo de DE COURCY (ob. cit., págs. 13 y sigs.).

(33) Sobre el tema, vid. MONFORT BELENGUER, *Comentarios sobre un proyecto de póliza nacional de cascos*. "Revista Española de Derecho Marítimo", 1966-67. En este estudio puede verse también una exposición adecuada sobre las razones que han determinado la inclusión de la baratería como causa de los riesgos en el Proyecto de Póliza de Cascos, así como de una definición de dicha baratería como "acto ilícito ejecutado con intención de perjudicar al propietario o al fletador, según el caso" (pág. 51).

articulado de nuestro Código de comercio y de las condiciones generales de los contratos en materia de seguro marítimo. En todo caso tampoco me parece dudoso, dado el mismo tenor de la póliza de mercancías, que la baratería excluida no alcanza aquí más que al acto doloso o intencional del capitán o la tripulación.