

ACTIVIDAD ASEGURADORA Y CONTRATO DE SEGURO

Nicolás Martí Sánchez *

SUMARIO: **I.** PLANTEAMIENTO: SEGURO, "ACTIVIDAD ECONÓMICA" Y "CONTRATO". **II.** EL RIESGO. 1. Aspectos generales. 2. Notas tipificadoras del riesgo. A) Posibilidad de un hecho. B) Incertidumbre. C) Azar; requisitos. **III.** EXPLOTACIÓN CONFORME A PLAN: MUTUALIDAD. **IV.** LA PRIMA. **V.** LA "SOCIALIZACIÓN" DEL SEGURO: SEGUROS PRIVADOS Y SEGUROS SOCIALES. **VI.** EL "DERECHO DE SEGUROS" Y LA CLASIFICACIÓN "DERECHO PÚBLICO"- "DERECHO PRIVADO". **VII.** EL CONTRATO DE SEGURO. 1. Planteamiento. 2. Aspecto doctrinal. 3. Definición legal: Carácter unitario. 4. Clasificación general. 5. Seguros marítimos y aéreos. 6. Caracteres. 7. Condiciones generales: A) Su papel en el contrato de seguro. B) La intervención de los "corredores de seguros". C) Situación actual. 8. Contratos de seguros obligatorios. **VIII.** PERFECCIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO: LA PÓLIZA Y OTROS DOCUMENTOS RELATIVOS A DICHO CONTRATO. 1. Contrato consensual. 2. La póliza. 3. La llamada "póliza flotante". 4. Modos de emisión de la póliza. 5. Los otros documentos: La solicitud, la proposición y la "cobertura provisional". **IX.** ELEMENTOS DEL CONTRATO DE SEGURO: 1. El riesgo. 2. El "interés" en el contrato de seguro. 3. El objeto del contrato de seguro. 4. La suma asegurada: A) Aspectos generales. B) La "póliza estimada". C) La suma asegurada en los "seguros de daños" y en los "seguros de vida". 5. La prima. 6. Los sujetos y su posición en el contrato de seguro: A) El asegurador: a) Aspectos generales; La autorización administrativa. b) Carencia de autorización y nulidad del contrato. c) La obligación de pagar la indemnización y naturaleza de la deuda. d) El coaseguro. B) El tomador del seguro: a) Contratante. b) Modos de actuación. c) Seguro múltiple. C) El asegurado. D) El beneficiario. E) El tercero perjudicado. **X.** NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

* Magistrado español.

I. PLANTEAMIENTO: SEGURO, "ACTIVIDAD ECONÓMICA"

Y "CONTRATO"

El contrato, al igual que el Derecho (ya se considere éste en su aspecto científico, ya como norma –ciencia del Derecho, Derecho positivo, respectivamente–), constituye un instrumento, no un fin en sí mismo.

Por otro lado, el aspecto jurídico de cada una de las distintas relaciones sociales, el Derecho, aparece en la historia con posterioridad a la correspondiente relación social, fenómeno que se repite en la actualidad cada vez que surge una relación nueva necesitada de protección jurídica, si bien existe la tendencia a encajarla en alguna de las figuras o instituciones "tradicionales", modo de operar rechazado con acierto por BOBBIO al afirmar que "la ciencia del Derecho ha estado aplastada durante siglos bajo el peso de la autoridad de una gran experiencia y de una gran cultura jurídica: la romana", de tal manera que, como señala el mismo autor, "la idealización del Derecho romano ha terminado en un cierto momento por obstaculizar el progreso de la ciencia jurídica" (1).

Asimismo, cada tipo de contrato –y, por supuesto, la institución del "contrato" en general– consiste en figuras jurídicas que aparecen con posterioridad a las respectivas relaciones socio-económicas que constituyen su correspondiente sustrato, nacidas éstas para satisfacer las más diversas necesidades del hombre susceptibles de ser cubiertas mediante comportamientos interpersonales de naturaleza patrimonial, relaciones a las que no les dan nacimiento los ordenamientos jurídicos, sino los hombres compelidos por dichas necesidades que solo pueden satisfacer por medio de tales comportamientos o actuaciones de otros miembros de la colectividad.

Por consiguiente, la posibilidad de dar nacimiento a tipos contractuales nuevos no previstos ni regulados por las leyes tiene su fundamento en la libertad del hombre, principio o elemento consustancial al ser humano, y no en una disposición legal; concretamente en el caso del ordenamiento jurídico español, el art. 1.255 del Código Civil, precepto que, frente a la opinión generalizada de la doctrina, no recoge el principio de *numerus apertus* de tipos contractuales. El propio texto así lo indica y corrobora. Menciona expresamente a "los contratantes"; no utiliza la expresión "cualquier persona" u otra similar, sino que se dirige a las partes de un contrato: "*los contratantes* pueden establecer los pactos... que tengan por conveniente...". Y no reconoce un derecho de la persona, anterior o extraño al precepto, sino que otorga una facultad– "*pueden* establecer..."– a quienes celebran un contrato: la de acordar lo que tengan por conveniente, además de lo que constituye el contenido específico del correspondiente tipo contractual, con las únicas limitaciones que el propio precepto señala.

Pues bien, en el caso del seguro el fenómeno se repite. Pero con una particularidad; el sustrato, la faceta económica del mismo no agota su función en la de ser factor generador del nacimiento del contrato. La esencia económica del seguro mantiene su decisiva influencia más allá del momento de la aparición de dicha actividad en cuanto que, además de ese originario papel de elemento determinante del surgimiento del contrato de seguro, se encuentra presente en los distintos aspectos fundamentales y definidores de la actividad –de naturaleza económica– en que el seguro consiste, actividad que sólo posteriormente se introduce en el campo del Derecho o es acogida por éste.

Como ha manifestado LA TORRE recientemente en Italia, "el seguro", al igual que "otros institutos nacidos de las necesidades del comercio", "ha penetrado históricamente en el

mundo del derecho más por su propia fuerza que *ex autoritate legis*, conquistando un espacio cada vez más amplio a medida que la práctica imponía su éxito", de ahí que –añade– "precedió tanto a la intervención del legislador como a la labor del jurista, imponiéndose a ambos como "Derecho vivo"" (2).

Y es que fueron los mercaderes italianos del siglo XIV los que –como con frase gráfica expresa el mismo autor– "prácticamente inventaron el seguro", lo cual le lleva a afirmar que "el nacimiento del seguro con prima... es un hecho que en el vivo clima comercial del tardío medioevo irrumpe con tal carga innovadora que remueve en sus propias raíces la concepción misma de la economía... anticipando en muchos aspectos la era moderna" (3).

Son de tal relevancia los elementos económicos del seguro –institución esencialmente económica– que un previo y diáfano conocimiento de ellos resulta fundamental no ya para adentrarse con éxito en el examen de los aspectos jurídicos de tal actividad –entre los que se encuentra el contractual– sino sobre todo y principalmente para la interpretación de cada contrato en particular, y resolver así de manera adecuada cualquier conflicto que afecte a las personas implicadas en ese concreto contrato.

Y un dato que desde el principio hemos de tener en cuenta. Ese "invento" del seguro tiene como finalidad fundamental poner lo seguro en lugar de lo inseguro, tener de antemano la garantía de que si en el futuro acaece un hecho productor de una necesidad, quien experimente ésta obtendrá *efectivamente, con prontitud y en todo caso* –salvo supuestos de ilicitud o mala fe– la prestación, de contenido económico, pactada, consistiendo en esto la auténtica tan cacareada "protección del asegurado". Y para conseguirla –como ya expresé en otra ocasión– "no es... al asegurado a quien ha de protegerse especialmente, sino al propio seguro", "de ahí que la regulación positiva del seguro" deba "llevarse a cabo, no tanto –entendiéndolo como un contrato clásico, con las particularidades propias del de adhesión– para proteger a la parte que se considera más débil –en este caso el asegurado– sino como servicio, del que ha de promoverse su difusión, para proteger así a todos los asegurados –actuales o posibles– y a la economía nacional", "lo que exige, por supuesto, controlar al asegurador. Pero sin que ello comporte desconocer la necesidad de proteger la actividad", y para ello es necesario "que se trate al asegurador no tanto como el sujeto de un contrato, sino más bien como titular de una actividad económica de interés social..., incluso dentro de un sistema de libertad de empresa en el marco de una economía de mercado" (art. 38 de la Constitución), "pues aun entonces toda la riqueza en sus distintas formas y sea cual fuese su titularidad está subordinada al interés general (art. 128.1 de la Constitución)" (4).

II. EL RIESGO

1. Aspectos generales.

Presupuesto económico nuclear del seguro es el riesgo. A este respecto manifiestan PICARD y BESSON que "el riesgo constituye un elemento esencial del seguro... aquel elemento que le da a la operación su verdadera fisonomía"; luego, según los mismos autores, "la noción de riesgo es una noción original, propia del derecho y de la ciencia del seguro, muy diferente de la noción de riesgo utilizada en Derecho civil o en el lenguaje corriente" (5).

En el campo del seguro el riesgo suele ser considerado –así se expresa DONATI– como "la posibilidad de que se produzca un acontecimiento económicamente desfavorable de tal naturaleza que provoque una necesidad" (6), pues "más que definir el riesgo como acontecimiento futuro e incierto, esto es, posible, conviene definirlo como la posibilidad del acontecimiento, puesto que el riesgo, sobre el que se asienta la relación de seguro durante

toda su vigencia, está constituido propiamente por la pendencia del acontecimiento" (7), de ahí la necesidad de "aislar", delimitar el riesgo y no confundirlo con los contratos de seguro en su conjunto, con los ramos, o la cartera de un ramo, ni con el interés asegurado, o con la persona o cosa asegurada, como tampoco con la relación entre el importe de la prima y el montante de la eventual prestación del asegurador ("riesgo" contractual del asegurador), como igualmente no coincide el riesgo con el acontecimiento temido cuando ya se ha verificado (el siniestro), ni con las consecuencias del siniestro (el daño), o con la cuantía (fija o máxima) del daño (la suma asegurada).

De otra parte, es necesario también distinguir entre el riesgo y algunos aspectos del mismo igualmente denominados erróneamente, tanto en la práctica como por la doctrina, la jurisprudencia y los legisladores, *riesgo*. Tal es el caso de la situación en que se encuentra la persona o la cosa asegurada determinante de la posibilidad del acontecimiento susceptible de causar el daño; las circunstancias que inciden sobre el grado de posibilidad de acaecimiento de dicho evento. Esto es, el hecho (el viaje de la nave o de las mercancías, el curso de la vida humana, u otro cualquiera) del que surge el riesgo o, como lo denomina GARRIGUES, el "estado de riesgo" (8).

El riesgo, en cuanto presupuesto económico del seguro, anterior, previamente existente a la aparición del contrato, y a la conclusión de cada contrato de seguro en particular, solo tiene el significado, según la opinión dominante, de posibilidad de un evento desfavorable, de un acontecimiento generador de una necesidad (cuestión distinta es la de si además ha de causar un "daño económico", "concepto más restringido" que el de necesidad (9), cuestión ésta sobre la que no existe unanimidad en la doctrina) a diferencia de lo que ocurre en los campos de las ciencias económica y jurídica en los que el riesgo aparece vinculado a lo aleatorio, pudiendo consistir tanto en una ventaja, en una modificación favorable, como en una desventaja o alteración desfavorable, de una situación dada.

2. *Notas tipificadoras del riesgo.*

A) *Posibilidad de un hecho.*

Si el riesgo supone "la posibilidad de que por azar ocurra un hecho que produzca una necesidad patrimonial" derivada a su vez dicha posibilidad de la existencia de un hecho que la genera (10), nota tipificadora del riesgo es *la posibilidad*, consistente "ésta no en un hecho del mundo sensible, sino en una representación del mundo lógico" (11), de tal manera que, como señala el propio Donati, "para la ciencia actuarial el riesgo es el fenómeno natural que se introduce con una cierta regularidad en la vida común" (12).

La posibilidad se encuentra en un punto intermedio entre la imposibilidad y la necesidad o certeza. Concorre, pues, la posibilidad cuando no está excluido el que un determinado acontecimiento se produzca ni existe seguridad de que no tenga lugar, todo ello según el estado del conocimiento humano en un momento dado.

Mas la posibilidad es susceptible de graduación; los grados de la posibilidad es lo que constituye la probabilidad, que a su vez determina la entidad o gravedad del riesgo; tanto menor cuanto más se aproxima a la imposibilidad, y cada vez mayor a medida que se acerca a la necesidad.

B) *Incertidumbre.*

En conexión con la *posibilidad* se encuentra otra de las características del riesgo, *la incertidumbre*, que bien puede afectar a si se producirá o no y cuándo (*eventus incertus an et quando*), o sólo a en qué momento tendrá lugar (*incertus quando*) el hecho causante de la necesidad.

C) Azar; requisitos.

Nota individualizadora del riesgo lo es además el *azar*, referido a la realización del hecho temido, consistente en que el acaecimiento de éste ha de ser de carácter fortuito tal como lo entienden los economistas: "que el seguro no esté contaminado de "riesgo moral"", si bien no en cuanto que el asegurado no pueda influir en la probabilidad de la producción del hecho –pues en este sentido "existe riesgo moral en casi todos los seguros" (13)– sino que el hecho pueda tener lugar, desde el punto de vista de su propia naturaleza, sin la necesaria intervención de una conducta humana voluntaria. A este respecto afirma GARRIGUES que "el concepto de lo fortuito sufre modificaciones al ser aplicado al seguro" por cuanto aun cuando la conducta del asegurado pueda ser determinante del siniestro (siempre que no opere la intención o voluntad deliberada del mismo) cabe hablar de azar y de acontecimiento fortuito (14).

En el riesgo *fortuito* han de concurrir dos requisitos: 1) Un gran número de "hechos fortuitos"; 2) Una relativa independencia entre ellos, constitutiva de la llamada diversificación de los riesgos (15), referida por un lado a los del mismo tipo (por ejemplo incendios, no circunscritos a un área geográfica reducida o a los originados por una única y determinada causa), y de otra parte, a la clase o tipo (integrantes de los diversos "ramos" – incendio, robo, responsabilidad civil, accidentes, vida...–).

III. EXPLOTACIÓN CONFORME A PLAN: MUTUALIDAD

Requisito o elemento económico del seguro es además la *explotación conforme a plan*, ya que –expresa GARRIGUES– "todo seguro se funda en la idea de la mutualidad... de la pluralidad de personas sometidas a riesgos idénticos", de tal manera que funciona "como garantía recíproca entre varias economías... amenazadas por los mismos riesgos" (16). Y esto es así porque, como afirma igualmente GARRIGUES, "el seguro es el antídoto o el anticuerpo del riesgo", "pone lo seguro en lugar de lo inseguro", consistiendo en ello "la esencia de la institución" (17), de ahí el que se afirme que "la esencia del seguro... es siempre la mutualidad" (18). No cabe olvidar –afirman PICARD y BESSON– que "el aspecto técnico de la operación" de seguro es "la mutualidad que se encuentra necesariamente en la base de toda empresa de seguros, o mejor dicho, en la base de todo seguro" (19). Luego, "transmisión del riesgo y mutualidad" constituyen "la esencia del seguro" (20). Por tanto, si el seguro comporta siempre transmisión del riesgo de un sujeto (el asegurado) a otro (el asegurador), solo mediante la mutualidad se pone lo seguro en lugar de lo inseguro, tanto por los asegurados (al constituir "un grupo de personas que contribuyen... a reparar las consecuencias de los siniestros que afectan a cada una de ellas"), como por los aseguradores, que así escapan "a la inseguridad de la suerte", al tener "a su disposición un fondo con el que" hacer frente económicamente a "los siniestros aislados" (21).

Y es que "desde el punto de vista económico" –así se expresa Donati– "en sentido moderno, verdadero y propio seguro es solamente la operación que... lleva a cabo la transmisión del riesgo junto con la mutualidad... puesto que si el seguro no llega, a través de la mutualidad, a la efectiva eliminación de la aleatoriedad de cada operación aislada, ésta puede reducirse para el asegurado solamente a la sustitución del riesgo asegurado por el riesgo de la insolvencia del asegurador" (22), ya que como afirman PICARD y BESSON "no puede existir seguro en estado aislado, limitado a un solo riesgo en la relación de un solo asegurado y un asegurador, pues esto sería, por parte de éste último, una operación de especulación o de juego. No sería entonces un seguro, sino un simple desplazamiento del riesgo; y el asegurado correría siempre el riesgo de la insolvencia del asegurador, en el

sentido de que, en caso de producirse el siniestro, pesaría sobre él el riesgo de no recibir la prestación prometida" (23) eliminación de este efecto inútil que únicamente se consigue a través de una organización (24), la empresa de seguros (el asegurador), "que no es más que un intermediario encargado de gestionar el fondo común", consistiendo su papel en agrupar una multitud de riesgos, según las reglas de la estadística, en compensarlos en el seno de su empresa de la forma más científica posible, a fin de poder, con el total de las primas recibidas (deducidos los gastos generales) entregar a los asegurados siniestrados las cantidades a las que tienen derecho. En una palabra" –concluyen PICARD y BESSON– "el seguro no puede existir más que en el seno de una empresa científicamente organizada" (25).

En esto consiste la denominada "explotación conforme a plan", único mecanismo que permite la existencia del seguro, institución económica, no jurídica –aunque con incidencia en el campo del Derecho– de ahí el que considere incorrecto hablar de un "concepto económico" de seguro (26), como si existieran otros conceptos de la misma institución, siendo así que seguro es –como lo define GARRIGUES siguiendo a MANES– "la cobertura recíproca de una necesidad fortuita y estimable, relativa a múltiples economías amenazadas de igual modo"; o según la más completa definición que dan PICARD y BESSON, tomada de Joseph HÉMARD, "una operación por la cual una parte, el asegurado, se hace prometer, mediante una remuneración, la prima, para él o para un tercero, en caso de realización de un riesgo, una prestación por la otra parte, el asegurador, quien, tomando a su cargo un conjunto de riesgos, los compensa conforme a las leyes de la estadística", definición que "pone el acento en el carácter científicamente organizado de la empresa de seguros", comprensiva, pues, de "todas las variedades de seguros privados" (27), de donde "se deduce" –así lo afirma GARRIGUES– "que la cobertura recíproca o mutua es la característica específica y capital del seguro", de tal manera que –concluye este autor– "Cobertura expresa la finalidad económica del seguro. *Mutua* expresa la forma de explotación" (28).

Esa forma de explotación –la única– del seguro, se lleva a cabo por medio de una organización empresarial –el empresario de seguros, el asegurador– con la existencia en todo caso de un conjunto de personas que soportan riesgos homogéneos y contribuyen recíprocamente a reparar las consecuencias de los siniestros que afecten a una de ellas. Luego, cualquiera que sea el tipo de organización con el que se realice la actividad de seguros –también una sociedad anónima– siempre existe la mutualidad (29), que en unos casos aparece manifiesta –cuando el asegurador es una "mutua" o una cooperativa– y en otros se mantiene oculta –si el asegurador es una sociedad anónima–.

IV. LA PRIMA

La efectividad de la función del seguro requiere la colaboración pecuniaria de cada una de las personas que corren el riesgo. Pues bien, esa aportación –*la prima*– constituye otro elemento económico del seguro, tan esencial como el riesgo (30). Independientemente de los aspectos jurídicos de la prima, su efectiva entrega al asegurador así como la determinación de su cuantía no dependen de la voluntad ni del criterio de éste. En particular por lo que respecta a la cuantía, exige realizar el cálculo mediante la denominada "nota técnica", resultado de una operación matemática en la que intervienen diversos factores tales como, datos estadísticos de siniestralidad del respectivo tipo de riesgo, importancia de las consecuencias económicas del siniestro, valor del interés asegurado y, en general, todos los previstos por las matemáticas actuariales o del seguro para obtener una cifra que, aportada por cada asegurado, permita constituir un fondo en cuantía suficiente para subvenir al pago de las consecuencias de los siniestros que, en su caso, se produzcan. A

este respecto dispone el art. 24.3 de la Ley de Ordenación y Supervisión el Seguro Privado, 30/1995, de 8 de noviembre (en lo sucesivo Ley OSP) que "las tarifas de primas deberán ser suficientes, según hipótesis actuariales razonables, para permitir a la entidad aseguradora satisfacer el conjunto de las obligaciones derivadas de los contratos de seguro y, en particular, constituir las provisiones técnicas".

La prima así determinada, cuyo principal elemento es el riesgo, corresponde a la denominada prima pura, neta o teórica, que consiste en el valor del riesgo, en la "cobertura teórica del riesgo" (31). Ahora bien, para que dicho elemento económico del seguro cumpla su función es necesario que incluya otros conceptos (particularmente gastos de captación de asegurados –de producción– y gastos de gestión o administración), constitutivos de los denominados "elementos externos" a la prima. La cantidad total resultante es la llamada prima bruta, comercial o de tarifa (32), la prima real, a aportar efectivamente al asegurador.

V. LA "SOCIALIZACIÓN" DEL SEGURO: SEGUROS PRIVADOS

Y SEGUROS SOCIALES

El seguro, actividad económica, comporta –al igual que cualquier otra de esta naturaleza– una utilidad individual para aquellos que la realizan. Pero además cumple el seguro una función social. En este sentido, la mayor utilidad del seguro, no sólo individual sino sobre todo colectiva, la constituye la seguridad que representa frente a eventos inciertos (33). Así ocurrió desde su origen, pues a través de la satisfacción de intereses individuales, se satisfacía mediatamente el interés colectivo. Mas en la etapa de su evolución iniciada en la segunda mitad del siglo XIX, y continuada a lo largo del XX, el seguro ha experimentado una progresiva socialización, entre cuyas manifestaciones se encuentra la extensión a aquellos riesgos que, amenazando al individuo en su persona (enfermedad, invalidez, vejez), su cobertura presenta un interés social evidente. En esta cobertura se encuentra el germen de los llamados "seguros sociales", diferenciados de los denominados "seguros privados" no por su naturaleza –unos y otros son "seguro", institución económica–. Afirma DONATI que "la primera y más relevante característica" de los seguros sociales radica en la fuente de la relación, tanto por lo que se refiere al nacimiento de la misma como a su contenido y regulación en todos los aspectos, pues mientras en los seguros privados la fuente es siempre el contrato, aun en los casos excepcionales de obligación legal de celebrarlo, "en los seguros sociales, por el contrario, está siempre en la voluntad de la ley, aun cuando para que exista en cada caso concreto aquella exija, o un simple hecho (relación de trabajo...) o bien, además de tal hecho,... un acto, voluntario o no (petición,... invalidez, vejez), que no tiene naturaleza comercial ni siquiera unilateral, porque de éstos no deriva la relación, sino directamente de la ley (la llamada automaticidad de la relación)", que es también la que regula íntegramente el contenido de la relación, frente a los seguros privados en los que, aun sometidos a normas imperativas en algunos de sus aspectos, dejan un margen a la voluntad de las partes (34).

Mas, como destaca el mismo autor, la diferencia entre seguros privados y seguros sociales no rompe ni fracciona el concepto unitario de seguro, como tampoco afecta a la unidad del "Derecho de seguros", si bien ello no supone olvidar la línea que divide esas dos manifestaciones del seguro como es el que la primera deriva "principal, si no exclusivamente, de la iniciativa privada, de las necesidades industriales y comerciales y del mundo de los negocios, y la otra, por el contrario, de la iniciativa estatal, de la cuestión social y del mundo del trabajo" (35).

VI. EL "DERECHO DE SEGUROS" Y LA CLASIFICACIÓN "DERECHO PRIVADO"

"DERECHO PÚBLICO"-

El concepto de seguro, actividad económica, es el presupuesto necesario de la definición del "Derecho de seguros", consistente, según GARRIGUES, en el "conjunto de normas jurídicas que regulan el seguro como fenómeno social y económico" (36), constitutivo del que DONATI denomina "perfil formal" del "Derecho de seguros", frente al "perfil sustancial" del mismo: "conjunto de relaciones jurídicas que llevan a cabo la operación económica del seguro en todos sus aspectos" (37).

Pero del ámbito del "Derecho de seguros" quedan excluidos los seguros sociales pese a pertenecer, desde el punto de vista económico, a esta clase de actividad, porque las peculiaridades que presentan en su vertiente jurídica demandan una regulación específica.

Situados en el campo del seguro privado –también denominado seguro individual– se viene distinguiendo a su vez entre un Derecho privado y un Derecho público del seguro privado. "En el punto central de ese gran complejo de normas" –afirma GARRIGUES– "está el contrato de seguro", materia, pues, de todo el Derecho del seguro privado; pero mientras el Derecho privado se ocupa de dicho contrato en cuanto tal, integrado en el Derecho de obligaciones o Derecho patrimonial dinámico, constituye contenido del Derecho público del seguro privado la regulación jurídica del control estatal de los aseguradores (38).

Mas, como ya expresé en otro lugar, "al menos desde la aparición del "Estado social" ha perdido vigencia la distinción entre Derecho publico y Derecho privado" por cuanto "en un "Estado social de Derecho" no existe, particularmente en el campo económico, lo "privado" y lo "público"" (39). "La economía ya no es un sistema espontáneo, perfecto y autoregulado, sino que necesita la constante tutela e intervención del Estado como *regulador*" (40). Si bien los presupuestos teóricos para que el mercado pueda funcionar se considera que "tradicionalmente han sido ofrecidos por el Derecho privado": "autonomía privada, libertad contractual o libertad de empresa", sin embargo, "estos presupuestos teóricos en contraste con la realidad han provocado grandes disfunciones que han determinado la introducción de una acción correctora del Estado y que ha tenido su reflejo jurídico con la aparición de una disciplina pública de la economía... y en la modulación de la autonomía de la voluntad" (41). En esta línea que defendiendo se pronunció el Tribunal Constitucional en sentencia de 7 de febrero de 1984, al manifestar que en un Estado social de Derecho se "difumina la dicotomía Derecho público-Derecho privado", postura tímida pero significativa y esperanzadora de la que no ha extraído todas las consecuencias en ocasiones posteriores (sentencia del Pleno, núm. 88/1986, de 1 de julio de 1986, que reitera el criterio expresado con anterioridad –en sentencia de 16 de noviembre de 1981– en el sentido de que "toda la actividad económica y, dentro de ella, la actividad que, en el sentido más amplio, podemos designar como actividad mercantil, aparece disciplinada hoy... por un conjunto de normas donde se mezclan de manera inextricable el Derecho público y el Derecho privado, dentro del cual hay que situar sin duda" –añade– "al Derecho mercantil"; conclusión claramente indicativa del mantenimiento de tal distinción, en este caso nada difuminada).

A este respecto me parece oportuno recordar lo que hace años expresé en relación concretamente con el seguro: "no deben separarse... aspectos de una institución con conexiones tan estrechas como la actividad aseguradora y el contrato de seguro, pues si con fines científicos o didácticos cabría pensar en un examen analítico, diseccionado, de las diferentes facetas del fenómeno asegurativo, ello no debe hacernos desconocer que la ordenación del seguro forma un todo con el contenido y la función del contrato". Si "ya es dudoso" –añadía entonces y repito ahora– "que se pueda encuadrar hoy –y con visión de futuro– al seguro en el marco del contrato... de cualquier manera, ese sería solo un aspecto

de un fenómeno complejo, con gran incidencia en la economía nacional, como es la actividad aseguradora. Y este relevante papel del seguro –que excede los estrechos límites de las relaciones contractuales de carácter eminentemente privado, al estilo tradicional– tiene un reconocimiento expreso en la Constitución Española... al señalar entre las materias de competencia exclusiva del Estado... la de seguros, incluida en el mismo apartado que otras grandes facetas de la actividad económica, como son el sistema monetario y las bases de ordenación del crédito y la banca (art. 149.1,11ª)". Luego, "si los seguros constituyen... un elemento integrante de la economía nacional... el contrato de seguro no puede desvincularse de la actividad aseguradora en su conjunto" (42).

Un criterio similar es el expresado en la Exposición de Motivos de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados: "la legislación del seguro privado constituye una unidad institucional, integrada por normas de Derecho privado y de Derecho público" (punto 2, párrafo primero).

VII. EL CONTRATO DE SEGURO

1. *Planteamiento.*

Para llevar a cabo un adecuado examen del contrato de seguro es necesario tener en cuenta, de un lado, que "la "actividad" aseguradora es algo más y diverso que un común "contrato"" (43), y de otra parte, que "se trata de un contrato muy especial, tanto por la complejidad de su contenido... como por la intervención del Estado en la preparación y ejecución del contrato para proteger el interés de los asegurados" (44).

Y una cuestión previa básica y elemental: el contrato en el caso del seguro –al igual que en cualquier otra actividad– cumple la función de instrumento jurídico para la protección de los legítimos derechos e intereses de las personas a quienes les afecte su celebración.

2. *Aspecto doctrinal.*

Desde el punto de vista doctrinal son varias y diversas las posturas de los autores sobre el concepto del contrato de seguro, divergencias que derivan fundamentalmente de la discrepancia sobre la naturaleza, indemnizatoria o no, de todo seguro (45), surgida con la aparición de los seguros de vida. Como consecuencia de ello se planteó la dificultad de construir un concepto unitario de contrato de seguro, cuestión que, según SCALFI, aunque a primera vista puede parecer puramente dogmática, sin embargo afecta de manera sensible a la práctica (46).

Considero, por el contrario, que el planteamiento de la alternativa entre si existe o no un concepto unitario de contrato de seguro es solo doctrinal, de mera especulación, carente no ya de incidencia práctica, sino incluso de base real. Es más, la preocupación por encontrar un concepto –consistente éste en el resultado "de la función lógica de aprehender intelectualmente una realidad" (47)– del "contrato de seguro" constituye una de las tantas manifestaciones del "puro dogmatismo jurídico" (48), al que son tan proclives la mayoría de los teóricos, particularmente los "pseudo-científicos" (que no científicos) del Derecho, "encerrados en discusiones de gabinete, en lugar de ser creadores de instrumentos jurídicos aptos para resolver los conflictos de intereses y las exigencias nuevas de cada día, en el ámbito de la actividad económica empresarial" (49), hasta el punto de encontrarnos con quien afirma –DE LA CUESTA RUTE– que el concepto del contrato de seguro se da "en un plano del conocimiento que nada tiene que ver con aquel en que inciden o se observan los efectos que el negocio... produce o puede producir. El concepto... del contrato de seguro" se obtiene "por el reconocimiento de sus elementos estructurales y de su función tal como aparecen a la conciencia del calificador". Es más, para DE LA CUESTA RUTE "la

determinación conceptual y tipológica es previa a cualquier otra consideración", y así llega finalmente a la conclusión de "que puede hablarse de un concepto fenoménico funcional del contrato de seguro" (50).

Frente a posturas como la expuesta expresé en otra ocasión que "el concepto del contrato de seguro presupone la realidad. No es un concepto que se da en el plano del conocimiento, y en el cual se haya de introducir después la realidad. El concepto del contrato de seguro se obtiene por inducción" (51), postura que mantengo también hoy, si bien con la matización que señalé anteriormente; esto es, que no existe un "concepto" –con el significado y contenido que este término tiene– de "contrato de seguro", válido para todo tiempo y lugar. Será "contrato de seguro" el que así sea descrito o considerado por cada ordenamiento jurídico aunque, eso sí, con base en el concepto de "seguro", institución económica, no jurídica.

Señala a este respecto LA TORRE que la progresiva ampliación y diversificación del fenómeno del seguro obliga a los científicos del Derecho a reexaminar los resultados ya obtenidos "para adecuarlos a las nuevas dimensiones más amplias... de la realidad", pero teniendo en cuenta –añade– que esas ampliaciones de horizontes "no pierden el contacto con el núcleo originario y esencial del concepto de seguro, al que toda nueva experiencia termina por vincularse como la *species* al *genus*" (52).

3. Definición legal: Carácter unitario.

Por lo que se refiere al Derecho español, "contrato de seguro es aquél por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas" (art. 1 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro) (53) (en lo sucesivo, Ley CS).

Con esta definición en primer lugar se consigue –así lo destacó VICENT CHULIÁ– "delimitar entre actividad aseguradora y otros tipos de actividad económica (bancaria, financiera, de juegos de azar o apuestas,..)" (54), y en consecuencia utilizar como presupuesto o materia propia del contrato las diversas modalidades de *seguro* –*actividad e institución económica*– existentes en la realidad, con flexibilidad y amplitud suficientes que permitan la inclusión en dicho tipo contractual de nuevas modalidades o variantes del mismo, distintas de las "tradicionales", que puedan surgir en la práctica.

Por consiguiente, la transcrita definición legal es "una manifestación del reconocimiento de la unidad del contrato de seguro" (55), como lo corrobora uno de los "coautores" de la ley al manifestar que se inclinaron por "la formulación de una definición amplia y unitaria del contrato" (56), solución coincidente con la realidad actual del seguro, frente a la opinión de quienes consideran que el contrato de seguro "atendiendo a su estructura formal es un contrato dualista o, para decirlo con más precisión" –añade– "*engloba dos contratos distintos*" (57), o incluso defienden la necesidad de superar el sistema dualista del contrato de seguro (seguro de daños, indemnizatorio o de resarcimiento; seguro de vida, en que al producirse el evento se recibe un capital o una renta), para, sin pararse ni siquiera en un sistema tripartito (junto a los dos anteriores, contrato de seguro de asistencia en el que al producirse el evento el asegurador realiza una prestación de servicios), "todavía menos homologable con un concepto unitario", concluyen que los tipos de contrato de seguro "son también otros", postura que queda reflejada en el expresivo título del trabajo de Gianguido SCALFI –este es el autor que postula esta última tesis–: "De la clasificación dualista a la concepción pluralista de los contratos de seguro: ¿contrato o contratos de seguro?" (58).

Por el contrario, la existencia de un único contrato de seguro ya fue sostenida por la jurisprudencia mucho antes de la publicación de la Ley 50/1980. El Tribunal Supremo, en sentencia (Sala 1.ª) de 19 de enero de 1967 se expresó así: "el contrato de seguro" abarca no sólo "la necesidad de indemnizar o resarcir" un daño efectivamente sufrido, sin que la indemnización pueda exceder de éste, sino también "la simple amenaza de que ocurra un hecho que provoque una necesidad pecuniaria o que se estime productor de ella, y cuyo hecho, lo mismo puede ser un suceso constitutivo de una desgracia que un acontecimiento feliz –la boda de una hija del asegurado o el vivir después de una fecha determinada–", en cuyo caso "la prestación del asegurador es independiente del daño sobrevenido; "realmente se compra" –añade el Tribunal Supremo– el capital o la pensión, sometida su percepción "a la realización de un determinado acontecimiento... abstracción hecha de que tal suceso sea grato o desgraciado y de que produzca aumento o disminución en el patrimonio del asegurado o del beneficiario".

4. Clasificación general.

Dentro de este único contrato de seguro se vienen distinguiendo dos modalidades que la Ley española denomina "seguros contra daños" y "seguros de personas" (59), e incluye en este último grupo, además del "seguro sobre la vida", el de "accidentes" (entendiendo "por accidente la lesión corporal" derivada de una causa violenta: art. 100), seguro que cubre, si así se pacta, los gastos de asistencia sanitaria –art. 103– y siempre la invalidez, con pago, caso de producirse aquella, de una indemnización (art. 104) y los de "enfermedad y asistencia sanitaria" (arts. 105 y 106) –por supuesto, seguros privados– pudiendo consistir la obligación del asegurador, en el de enfermedad, en la prestación de los "servicios médicos y quirúrgicos" (art. 105), modalidad constitutiva del "seguro de asistencia" (60).

Pues bien, de utilizar la clasificación de la ley española, el encaje más adecuado de los seguros de "accidentes" y de "enfermedad y asistencia sanitaria" sería en los "seguros contra daños", no obstante afectar el riesgo directamente al ser humano, a la persona... pero riesgo de sufrir un daño valorable económicamente (61).

Y es que la distinción, con base en la realidad económica y para incluir los ramos tradicionales, consiste en colocar de un lado los "seguros de daños" (de concreta cobertura de necesidad), y de otro los "seguros de vida" (de abstracta cobertura de necesidad), si bien en la actualidad, ante la aparición de nuevos ramos en que la prestación del asegurador consiste fundamentalmente en un "hacer", considero que –como ya expresé hace unos años– junto a las dos modalidades expuestas "existe al menos un *tertium genus*, integrado por los seguros en los que el asegurador se obliga a prestaciones que no son ni la indemnización de un daño, ni una suma de dinero señalada *a priori*" –como es el caso del "seguro de asistencia en viaje"–, modalidad que encuentra apoyo legal en la definición del contrato de seguro del art. 1 de su ley reguladora, concretamente el último inciso, en cuanto que "también es contrato de seguro el contrato en el que el asegurador se obliga... a la realización de las "prestaciones convenidas"" (62), postura ésta sostenida actualmente por SCALFI en el artículo ya citado, publicado el pasado año 1995, al afirmar que los seguros consistentes en prestar "asistencia, en vista de situaciones de necesidad o de emergencia surgidas a personas ausentes de su lugar de residencia o de su domicilio", esto es, "una prestación de servicios", constituye una modalidad de seguro "no reconducible... a los seguros de daños", como igualmente ocurre con el seguro de enfermedad, o con una de las variantes del seguro de defensa jurídica (cuando el asegurador se obliga a prestar los servicios de asistencia jurídica), pertenecientes todos ellos a una nueva categoría del contrato de seguro, la de los "seguros de asistencia" (63).

5. Seguros marítimos y aéreos.

Con base en la naturaleza del riesgo y el medio –mar o aire– en el que surge, se ofrecen dos clases de seguros –el marítimo y el aéreo– de los cuales fue precisamente el seguro marítimo el origen de esta institución del seguro. Uno y otro contrato de seguro tienen una regulación jurídica específica en el Derecho español, por lo que, de acuerdo con el art. 2 de la Ley 50/1980, quedan fuera del ámbito de la misma, ya que según el citado artículo "se regirán por la presente ley" "las distintas modalidades del contrato de seguro, *en defecto de ley que les sea aplicable*".

Para los seguros marítimos rigen los arts. del 737 al 805 del Código de Comercio de 1885 (64), con expresa previsión de que pueden ser objeto de dicho contrato "el buque" (seguro de cascos), "la carga" (seguro de facultades) (art. 740), "el flete" (art. 747) y "los beneficios" (art. 748). Los seguros aéreos se encuentran regulados por los arts. del 126 al 129 de la Ley sobre Navegación Aérea, 48/1960, de 21 de julio, seguros que "tienen por objeto garantizar los riesgos propios de la navegación que afectan a la aeronave, mercancías, pasajeros y flete, así como las responsabilidades derivadas de los daños causados a tercero por la aeronave en tierra, agua o vuelo" (art. 126).

Ahora bien, en la Ley de contrato de seguro es necesario distinguir dos partes, constituida una por el Título I, y la otra por los Títulos II y III, comprensivos éstos de los denominados "seguros terrestres", en tanto que el Título I, contiene normas generales sobre dicho contrato, particularmente la Sección Primera (arts. 1 al 4), entre las que destaca la definición (art. 1) (65). Sin duda por ello, y a pesar de que no lo prevé expresamente, es doctrina consolidada del Tribunal Supremo el considerar aplicable "con carácter supletorio, la Ley de Contrato de Seguro" al de "seguro marítimo" (sentencias de 2 de diciembre de 1991, 4 de marzo de 1993, 16 de febrero de 1994, 20 de febrero de 1995, 23 de enero y 12 de febrero de 1996, entre las más recientes –aplicación "complementaria" dice la sentencia de 23 de diciembre de 1993–) (66) interpretación acertada –y extensible a los contratos de seguros aéreos (67)– si bien pueden surgir dificultades a la hora de ponerla en práctica respecto a los primeros al no coincidir los principios que informan al Código de Comercio y a la Ley CS, principalmente el carácter de sus normas (dispositivas las del Código e imperativas las de la Ley CS –art. 2–), dificultad que no se plantea para los contratos de seguros aéreos al ser también imperativa la Ley que se ocupa de ellos, unido al hecho de la parca regulación de aquéllos que contiene.

El indicado criterio no resulta afectado por el texto del párrafo segundo del art. 44 de la Ley CS según la redacción dada por la Disposición Adicional 6ª.4 de la Ley OSP, al disponer que "no será de aplicación a los contratos de seguros por grandes riesgos, tal como se delimitan en esta Ley, el mandato contenido en el art. 2 de la misma" ["se consideran grandes riesgos" –expresa el art. 107.2, párrafo segundo, a) de la Ley CS, redactado por la Disposición Adicional 6ª.7 Ley OSP– "los de vehículos aéreos, vehículos marítimos... mercancías transportadas... la responsabilidad civil en vehículos aéreos... y la responsabilidad civil de vehículos marítimos..."] –precepto idéntico en su contenido al anterior, redactado por la Ley 21/1990, de 19 de diciembre–. En efecto, una interpretación sistemática y teleológica de los dos preceptos citados de la Ley CS revela que el mandato del art. 2 de esta Ley al que se refiere el párrafo segundo del art. 44 es el que dispone que los preceptos de la misma "tienen carácter imperativo" (el citado art. 107.2 Ley CS deja a la "libre elección" de las partes "la ley aplicable" a "los contratos de seguro de grandes riesgos", por la misma razón que excluye la imperatividad de sus preceptos: se trata de contratos de seguro celebrados entre empresarios, situados en el mismo plano). Esta interpretación resulta corroborada por el art. 79 de la Ley CS –relativo al reaseguro– el

cual, con un texto literalmente idéntico dispone, por la misma razón señalada, que "no será de aplicación al contrato de reaseguro el mandato contenido en el art. 2 de esta ley", mandato que, según la doctrina, es precisamente el del carácter imperativo de sus preceptos (68).

6. Caracteres.

Según el Tribunal Supremo, el contrato de seguro definido en el art. 1 de su ley reguladora tiene "caracteres bien definidos"; a saber, se trata de "un pacto bilateral, consensual, oneroso y aleatorio... que reúne la condición de ser un efectivo convenio de adhesión" (sentencia de 27 de noviembre de 1991).

En cuanto a la bilateralidad y onerosidad no existe discusión alguna y resulta evidente puesto que genera derechos y obligaciones, de contenido económico, para ambas partes. De la consensualidad, vinculada a la perfección del contrato, me ocuparé luego. Y respecto al carácter de aleatorio, es predicable de cada contrato de seguro en concreto por cuanto, una vez perfecto, puede ocurrir que el siniestro no se produzca jamás o bien que acaezca en fecha próxima a la celebración del contrato, con "mala suerte" para el asegurado en el primer caso, y para el asegurador en el segundo al no cubrir las primas percibidas la indemnización a satisfacer.

7. Condiciones generales.

A) Su papel en el contrato de seguro.

Esta última característica –utilización de "condiciones generales"– señalada también en otras ocasiones por el Tribunal Supremo (sentencias de 20 de marzo, 11 de abril y 5 de septiembre de 1991, 28 de julio de 1994), está vinculada al hecho de ser un contrato en masa, peculiaridad inherente al contrato de seguro en razón de la esencia mutualista de dicha actividad económica. En el campo del seguro el contrato aislado no existe, no puede existir; resulta incompatible con la naturaleza del seguro. Es posible, con base en la libertad de pactos, la celebración de un contrato por el que una persona asuma, a cambio de un precio, el riesgo que corre la otra, con la consiguiente obligación de abonarle la cantidad acordada o la indemnización del daño sufrido, si el riesgo se convierte en realidad –sucede el hecho temido–. Mas ese contrato, aun con apariencia de seguro, no es tal (69), en cuanto que falta el requisito esencial de la actividad aseguradora que es la mutualidad.

La elaboración y utilización de "condiciones generales de contratación" por parte del asegurador viene impuesta por la indicada naturaleza del seguro, del que el contrato es su instrumento jurídico. Así ha ocurrido desde que se inició el ejercicio de la actividad aseguradora organizadamente, y continúa en la actualidad (70).

En otros sectores de la actividad económica que de hecho se desarrollan mediante actos en masa, como es el caso, por ejemplo, de la bancaria, no repugna la celebración de manera aislada de un contrato del mismo tipo (préstamo, apertura de crédito), al no oponerse a la esencia de la actividad crediticia o de mediación en el crédito, que no exige para su práctica una necesaria inserción de cada acto en un conjunto de actos de la misma clase.

El uso cada vez más extendido del sistema de contratación con "condiciones generales" elaboradas unilateralmente por los empresarios, amén de venir exigido por el dinamismo propio de la actividad empresarial resulta, por su gran difusión en la práctica, conocido por el conjunto de los consumidores y usuarios de ahí el que no se adecue a la realidad social de hoy el seguir considerando excepcional a tal sistema de contratación, y como modo habitual de celebrar contratos al contenido en el Código Civil (con discusión y

señalamiento del contenido de cada contrato por las partes que lo celebran), que es precisamente el excepcional, el raro.

Pues bien, en el caso del contrato de seguro el empleo de "condiciones generales" es tan evidente que el legislador parte de esa realidad. La Ley CS da por hecho, con la redacción de su art. 3, que así se contrata el seguro: "Las *condiciones generales*... habrán de *incluirse por el asegurador* en la... póliza de contrato o en un documento complementario..." (párrafo primero); e insiste luego en el párrafo segundo: "Las *condiciones generales del contrato* estarán sometidas a la vigilancia de la Administración Pública...", "vigilancia", control que, como hemos visto en la nota 70, se ha suavizado de forma progresiva en las sucesivas regulaciones legales de la materia, precisamente en atención a la menor necesidad de protección del sujeto del contrato de seguro considerado tradicionalmente más débil –el asegurado– que ya no lo es por la sencilla razón de que las "condiciones generales", uniformes, de conocimiento común, constituyen la forma habitual de contratación del seguro, lo que elimina de hecho ese tan machaconamente repetido desequilibrio entre asegurador y asegurado como algo derivado necesariamente del uso de condiciones generales y la consiguiente consideración de los contratos con "condiciones generales" como una "especial forma de contratación" (así la califica la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1991), frente a otra "general", que actualmente no tiene esta cualidad.

El mandato contenido en el art. 3 de la Ley CS al disponer que "las condiciones generales... en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados" (71) no expresa ni incluye una norma imperativa que imponga el que la interpretación de las condiciones generales se ha de realizar en beneficio del asegurado, frente al criterio hermenéutico del Tribunal Supremo expuesto en numerosas sentencias (18 de julio de 1988 –según la cual "las dudas que puedan surgir en la interpretación de las relaciones asegurativas deben ser resueltas aplicando el principio "in dubio pro asegurado"– 28 de julio de 1990, 20 de marzo y 27 de noviembre de 1991, 22 de julio de 1992), precepto que sí ampara en cambio el principio de que, en caso de contradicción entre cláusulas del condicionado general, o de éste con las condiciones particulares, la interpretación no puede favorecer al asegurador (sentencias de 22 de febrero de 1989, 20 de marzo, 11 de abril y 25 de octubre de 1991, 22 de julio de 1992, 28 de julio de 1994 –según ésta última se ha de hacer una interpretación en el sentido de restringir la lesividad que, de los legítimos derechos de los asegurados y terceros perjudicados, puedan contener las cláusulas adicionales–) criterio interpretativo que ya encontraba apoyo en el art. 1.288 del Código Civil, no específico, pues, del contrato de seguro (así sentencia TS de 3 de febrero de 1989: las cláusulas oscuras no pueden favorecer al asegurador).

Por tanto, no responde a la realidad actual la afirmación del Tribunal Supremo de ser "una jurisprudencia progresiva" la que proclama que en la interpretación de los contratos de seguro con condiciones generales "ha de optarse por la más favorable al asegurado" (sentencia citada de 27 de noviembre de 1991), y no es "progresiva", de un lado porque ese criterio hermenéutico, en el caso de los contratos de seguro ya lo utilizó el Tribunal Supremo, considerándolos contratos de adhesión, al menos desde la sentencia de 23 de diciembre de 1934 (72), seguida por la de 12 de noviembre de 1957; pero además, porque lo "progresivo" hoy sería interpretar las cláusulas de dichos contratos de la manera más adecuada para la protección de la institución del seguro –con lo cual resulta amparado el asegurado, pero no directa y exclusivamente el que ha sufrido un siniestro, sino todos– (73). Finalmente, el mandato del art. 3 de la Ley CS no va dirigido al intérprete de las condiciones generales –tampoco en el caso de las poco claras– ordenándole que al llevarla

a cabo proteja al asegurado, sino a los aseguradores en cuanto autores de dichas condiciones generales. Contiene un mandato con fines preventivos, no para resolver conflictos generados por ausencia de esa previsión.

B) La intervención de los "corredores de seguros".

A lo expuesto se une la existencia de la figura del "corredor de seguros", persona que "sin mantener vínculos que supongan afección con entidades aseguradoras" ofrecen "*asesoramiento profesional imparcial* a quienes demandan la cobertura de los riesgos a que se encuentran expuestos sus personas, sus patrimonios, sus intereses o responsabilidades"; "deberán *informar sobre las condiciones del contrato* que a su juicio conviene suscribir... y velarán por la concurrencia de los requisitos que ha de reunir la póliza para su eficacia y plenitud de efectos"; y además "vendrán obligados durante la vigencia del contrato de seguro... a facilitar al tomador, al asegurado y al beneficiario del seguro la *información* que reclamen sobre *cualquiera de las cláusulas de la póliza* y, en caso de siniestro, a prestarles su asistencia y asesoramiento" (art. 14.1, 2 y 3 de la Ley 9/1992, de 30 de abril, de Mediación de Seguros Privados). Son profesionales (han de estar en posesión del diploma de "Mediador de Seguros Privados" –si se trata de persona jurídica, el diploma lo han de ostentar las personas físicas que ejerzan la dirección técnica de aquella–) a los que se les exige autorización administrativa previa (art. 15 de la Ley 9/1992). Y si bien su intervención no es obligatoria, la regulación legal de dichos profesionales y la posibilidad de acudir a ellos por los interesados en celebrar un contrato de seguro, hacen que los mismos cumplan la función de instrumento de protección preventiva del asegurado (74).

C) Situación actual.

Por todo ello, y como ha señalado recientemente KULLMANN, "hace falta mucha imaginación para descubrir hoy, en los contratos de seguro más corrientes, cláusulas abusivas" (75), ya que "el virus del derecho de las cláusulas abusivas no debe afectar al contrato de seguro", porque "éste recibe periódicamente vacunas legislativas o reglamentarias, o tratamientos jurisprudenciales tales que..." determinan el que "muy raramente se presentan cláusulas que crean un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes" (76). Hasta tal punto considera KULLMANN que esa es la realidad actual en el campo del contrato de seguro –opinión que comparto– que se llega a plantear "la legitimidad de la protección del contratante con el asegurador" y a mostrar "su exasperación ante los posibles efectos dañinos del derecho del consumo..." por cuanto "la eventual introducción del derecho de las cláusulas abusivas en la esfera del contrato de seguro contaminaría... el sistema protector" que, como afirma KULLMANN, ha de ser el que actúe "en beneficio de todos" (77); esto es, la protección del seguro, y no directamente del asegurado, como expresé hace años y he recordado en esta ponencia (epígrafe I, al final).

Y para el supuesto de presencia en las condiciones generales de un contrato de seguro de una cláusula que pueda parecer abusiva, solución "preferible es la de dejar al juez que aprecie soberanamente la relación de fuerzas entre las partes litigantes" (78), solución que encuentra apoyo en el Derecho positivo español en las normas generales reguladoras de la interpretación de los contratos (arts. 1.281 al 1.289 del Código Civil) (79), con preferente atención a lo dispuesto en el art. 24.2 de la Ley OSP en relación con el art. 3 de la Ley CS, particularmente en cuanto prevé de forma expresa la posibilidad de declarar nula por sentencia *una* cláusula del condicionado general, sin que tal anulación afecte a las restantes cláusulas, con la peculiaridad, además, de que si la nulidad la declara el Tribunal Supremo todos los aseguradores que contengan una cláusula idéntica en sus condiciones generales

deberán eliminarla cuando así se los ordene la Administración Pública en cumplimiento de la obligación que a ésta le impone imperativamente dicho precepto.

Cuestión distinta es que, como señala el Tribunal Supremo, las cláusulas limitativas de derechos del asegurado han de estar expresamente aceptadas por éste, criterio que, en la sentencia de 25 de octubre de 1995, lo basa en el art. 3 de la Ley CS, y en el que insiste en la sentencia de 29 de enero de 1996 –con cita de otra de 7 de febrero de 1992– con estas palabras: "las cláusulas limitativas de derechos del asegurado... únicamente tendrán valor y obligarán a quien las suscribe, si éste de forma taxativa, y por escrito bien determinante las hubiere aceptado".

8. *Contratos de seguro obligatorios.*

Una de las manifestaciones de la socialización del seguro la constituyen los *seguros obligatorios*, seguros privados *obligatorios*. Quienes ejercen o desarrollan determinadas actividades que, por su naturaleza o características, generan un riesgo para la colectividad, tienen la obligación, impuesta por normas imperativas, de celebrar un contrato de seguro cuya finalidad es garantizar a los terceros, posibles víctimas de tales actividades, la indemnización de los daños que, en su caso, sufran como consecuencia de un siniestro (el hecho dañoso producido con dicha actividad) (80). Por tanto, se trata de un seguro cuya única y específica finalidad es la de proteger a esas terceras personas, ajenas al contratante del mismo (el tomador) y al asegurado –ejerciente de la actividad generadora del riesgo– y que precisamente para lograr dicho objetivo viene exigido con carácter obligatorio. Se impone la obligación de celebrar un contrato –lo cual choca con la naturaleza de esta institución jurídica, considerada el reducto más típico de la autonomía de la voluntad en el campo del Derecho–, y además con un conjunto de derechos y obligaciones –contenido del contrato– establecido legalmente, con previsión de sanciones administrativas para el incumplidor de tal obligación. La explicación es obvia; se exige la celebración del "contrato" porque éste es el medio jurídico para la existencia del seguro-garantía de los terceros (81). Pero en su esencia no es un contrato, ni una relación jurídica típicamente contractual, pues su origen verdadero no se encuentra en la decisión espontánea de los sujetos, sino en el mandato legal. En último término, nos encontramos con una "instrumentalización" del contrato para la obtención de un fin socialmente útil, necesario, al que por consiguiente le son aplicables las normas generales de la contratación que no resulten incompatibles con la función o finalidad de dichos seguros.

VIII. PERFECCIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO. LA PÓLIZA Y OTROS DOCUMENTOS RELATIVOS A DICHO CONTRATO

1. *Contrato consensual.*

Como hemos visto, según el Tribunal Supremo el contrato de seguro es "un pacto... consensual" (sentencia de 27 de noviembre de 1991). Con referencia a contratos celebrados antes de la entrada en vigor de la Ley CS, el mismo Tribunal rechazó sistemáticamente el carácter constitutivo de la póliza (sentencia de 7 de enero de 1982, con cita de las de 3 de enero de 1948, 6 de octubre de 1964, 9 de diciembre de 1965 y 19 de enero de 1967). Ya vigente dicha Ley, en la sentencia de 22 de diciembre de 1990 manifiesta que "la exigencia formal que establece el art. 5" de la misma no integra "uno de los pocos supuestos admitidos en nuestro ordenamiento jurídico de forma "ad solemnitatem" o "ad substantiam"', pues "en puridad técnica sólo lo es "ad probationem"'"; y aun con esa función ello "no impide –añade el Tribunal Supremo– "que, en algún supuesto excepcional (no... frecuente), pueda probarse la existencia de algún contrato de seguro o de alguna modificación en el mismo, aunque no aparezca rigurosamente cumplimentado tal requisito

formal".

En un supuesto de contrato de seguro marítimo –sometido al art. 737 del Código de Comercio, según el cual "para ser válido" dicho contrato "habrá de constar por escrito en póliza firmada por los contratantes"– también admite el Tribunal Supremo "que a pesar de que no existe... póliza firmada por los contratantes..., sí ha existido consentimiento..." y por tanto contrato, conclusión que basa en que "la ausencia de firma... no suscitó cuestión alguna" entre las partes, que admitieron la existencia del susodicho contrato (sentencia de 16 de febrero de 1994). Criterio similar es el seguido en la sentencia de 20 de febrero de 1995 al expresar que la póliza no firmada por el tomador del seguro pero conocida por éste, según se acredita con el hecho de su aportación con la demanda, obliga.

Ante tan contundente y constante criterio del Tribunal Supremo, la pervivencia de discusiones doctrinales sobre la naturaleza consensual o formal del contrato de seguro carece de fundamento y utilidad (82), siendo así que los requisitos de perfección de cada contrato los señala el ordenamiento jurídico, y la interpretación de sus normas por ese Tribunal forma la doctrina que constituye la jurisprudencia, complementadora de dicho ordenamiento (art. 1.6 del Código Civil y sentencia del TS de 7 de noviembre de 1995), interpretación que por lo que se refiere al citado art. 5 de la Ley CS –"el contrato de seguro y sus modificaciones o adiciones deberán ser formalizados por escrito. El asegurador está obligado a entregar al tomador del seguro la póliza o, al menos, el documento de cobertura provisional"– es la expuesta. El citado precepto –en parte transcrito– menciona expresamente el deber de formalizar el contrato de seguro "por escrito"; luego, el contrato ya existe. Y el rótulo de la Sección segunda del Título I de la Ley, en la que figura encuadrado el referido artículo dice así: "Conclusión, documentación del contrato...", lo cual indica igualmente que el contrato nace sin necesidad de forma escrita, documentándose cuando ya se ha concluido. Ese documento –generalmente la póliza– "debe estar redactado en todo caso en castellano y, si el tomador del seguro lo solicita, en otra lengua" (art. 8 Ley CS, redactado conforme a la modificación realizada por la Disposición Adicional 6ª.1 de la Ley OSP, 30/1995, de 8 de noviembre).

La doctrina jurisprudencial expuesta, basada sin duda en los referidos textos de la Ley, no resulta modificada ni contrariada por otras resoluciones, frente a la afirmación de VICENT CHULIÁ en el sentido de que "el *carácter formal del contrato de seguro ha sido reconocido sin ninguna duda por el Tribunal Supremo* en las sentencias" que cita (83). La de 24 de mayo de 1988 se centra en la inexistencia de "una auténtica propuesta u oferta en sentido técnico" dirigida a la entidad aseguradora con la consiguiente no realización por ésta de actuación alguna expresiva de la aceptación, por lo que "el contrato de seguro cuya existencia se discute... no llegó a adquirir vigencia al no haberse producido acuerdo en firme de aseguramiento", sin que la afirmación de "que el alegado principio consensualista... permita[n] obviar en materia de los" contrato de seguro "la exigencia de suscripción de la póliza... o al menos de la proposición de seguro... firmada por el asegurado, con abono por parte de éste de la prima inicial" dé pie para concluir que sostiene el carácter formal del contrato de seguro, ya que la referencia a la ausencia de tales datos externos tiene como finalidad poner de relieve *que no existe prueba* de la aceptación por el asegurador de dicha propuesta, "aceptación" de la que "devendría un seguro"; esto es, de la concurrencia de la oferta y la aceptación, aunque probada documentalente. La sentencia de 15 de julio de 1988 se limita a negar que el pago de una cantidad en concepto de prima, realizado con posterioridad a la extinción de un contrato de seguro, valga como expresión de un nuevo contrato al no haber "constancia de solicitud de seguro del futuro asegurado, ni de propuesta por parte del asegurador", lo cual equivale a ausencia de prueba de la

perfección del contrato, cuestión distinta a no nacimiento de éste por falta de un requisito formal esencial o constitutivo. Según la sentencia de 18 de julio de 1988 no tiene el carácter de "mera solicitud" de contrato, sino de "documento de cobertura provisional" el que contiene los datos del contrato y aparece firmado por el asegurado y el agente de la aseguradora; pero ello tampoco permite concluir que el TS considere que sin documento no existe el contrato de seguro. Sólo indica que con el referido documento resulta probado aquél. Por último, la sentencia de 19 de septiembre de 1988 hace una mención expresa de "la conjunción de voluntades que hace nacer a la vida jurídica el contrato de seguro", acuerdo de voluntades, consentimiento, que considera probado con los documentos y elementos o datos formales que relaciona, a los que no les atribuye el carácter de requisitos constitutivos.

2. La póliza.

Ahora bien, en la práctica lo habitual es que se firme una póliza al celebrar un contrato de seguro, como instrumento, el más adecuado, para acreditar la existencia del mismo y único modo de reflejar todas y cada una de las características del contrato de que se trate, entre ellas las exigidas por el art. 8 de la Ley CS, hecho que explica la constante alusión a dicho documento –la póliza– tanto por la ley reguladora del contrato como por la de ordenación y supervisión de los seguros privados. Y si es cierto que "condiciones generales" y póliza no son una misma cosa, aquéllas "habrán de incluirse... necesariamente en la póliza" (art. 3 de la Ley CS), lo cual comporta que será por medio de ésta como pueden ser conocidas las condiciones generales, si bien al no ser éstas requisito esencial del contrato de seguro, teóricamente puede existir el contrato sólo con el acuerdo de las partes sobre los datos o circunstancias imprescindibles para la efectividad del mismo (al menos los mencionados en los números 1, 3, 4, 5, 6, 7 y 8 del art. 8 de la Ley CS). Mas las dificultades de prueba, en ausencia de póliza, resultarán prácticamente insuperables.

Precisamente lo ocurrido en los distintos casos resueltos por las sentencias citadas fue que se consideró probada, o no probada, –según el supuesto– la existencia del contrato de seguro por medio de las actuaciones u omisiones de las partes, exteriorizadas con los documentos aportados (recibo de prima, asiento en libro registro de emisión de pólizas, "solicitud", "proposición", "documento de cobertura provisional") que no eran la póliza. Ésta no es requisito constitutivo, y la perfección del contrato se puede probar por *facta concludentia*.

La naturaleza consensual y no formal del contrato de seguro se encuentra reconocida igualmente en la sentencia del TS de 9 de diciembre de 1994 con su declaración de que "no existe obstáculo alguno para admitir la validez y eficacia de la notificación resolutoria oralmente verificada siempre que, al ser una declaración de voluntad recepticia", sea "conocida en tiempo por la aseguradora", solución no admisible en la hipótesis de que el contrato de seguro tuviera carácter formal, pues en ese caso también el acuerdo de resolución de dicho contrato –que es un contrato para extinguir el primero– requeriría forma escrita; en esta misma dirección podemos citar la sentencia, también del Tribunal Supremo, de 22 de diciembre de 1995, al admitir la resolución del contrato de seguro por voluntad conforme de las partes, sin referencia alguna a la necesidad de forma escrita.

Sin embargo, si nos atenemos al texto del art. 14 Ley CS ("si se han pactado primas periódicas, la primera de ellas será exigible una vez firmado el contrato"), cabría entender que el asegurador sólo puede exigir dicho pago una vez firmado el contrato; y como por otra parte, si no se ha pagado la primera prima antes de que se produzca el siniestro, el asegurador queda liberado de su obligación (aunque salvo pacto en contrario) (art. 15 Ley

CS), a primera vista parece posible concluir que sin documento no existe contrato de seguro. Mas tal resultado es erróneo; aún sin póliza o cualquier otro documento firmado, si el asegurado paga la prima y prueba por otros medios la perfección del contrato de seguro, tiene derecho a exigir la prestación al asegurador. Luego, el contrato no es formal.

3. *La llamada "póliza flotante".*

Una modalidad de contratación de seguro, de uso generalizado actualmente, de manera particular en los casos de ejercicio de determinadas actividades generadoras de riesgo (por ej., transporte), es la denominada "póliza flotante" o "de abono", a la que se refiere el art. 8, párrafo segundo de la Ley CS. Al celebrar el contrato de seguro se individualiza la clase de riesgo si bien en ese momento no existe objeto alguno sometido al mismo; no se corre efectivamente un concreto riesgo de esa clase, pero ya asegurador y asegurado están contractualmente vinculados. Cuando surge una efectiva situación concreta de riesgo el asegurado se lo comunica al asegurador mediante la denominada "declaración de alimento" o de "abono" de la póliza, sin necesidad, por tanto, de celebrar un contrato para cada caso particular. A estos efectos dispone el párrafo segundo del art. 8 de la Ley CS que "en caso de póliza flotante, se especificará... la forma en que debe hacerse la declaración del abono".

4. *Modos de emisión de la póliza.*

Aun cuando según la Ley CS "la póliza del seguro puede ser nominativa, a la orden o al portador" (art. 9), denominaciones de las clases de títulos-valores según la designación de su titular, sin embargo dicho documento de formalización del contrato de seguro no es un título-valor. Así lo revela el segundo inciso del citado artículo al disponer que "en cualquier caso" la transferencia de la póliza "ocasiona la del crédito contra el asegurador *con iguales efectos que produciría la cesión del mismo*", sin que opere, pues, la autonomía del derecho al no existir la incorporación de éste al documento, con la consiguiente no necesidad de la posesión de la póliza, junto al contenido, en su caso, de la correspondiente cláusula (nominativa, a la orden) para estar legitimado frente al asegurador a efectos de exigirle el cumplimiento del contrato.

5. *Los otros documentos: La solicitud, la proposición y la "cobertura provisional".*

La Ley CS menciona específicamente (art. 6) la "solicitud" –dirigida por el futuro posible asegurado a la aseguradora–, la "proposición" –efectuada por el asegurador–, y el "documento de cobertura provisional" (art. 5) que cumple la función de documento de formalización del contrato en tanto no se entregue la póliza (84), mientras que los dos primeros preceden al nacimiento del contrato, con una diferencia entre ambos: la solicitud no vincula al solicitante; la proposición sí vincula al asegurador durante quince días. Ahora bien, la carencia de vinculación de la solicitud para quien la formula no comporta, sólo por eso, que no sea una oferta de contrato, frente a lo expresado por el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de febrero de 1990 con base en que "requisito esencial de" la oferta es "la vinculación al oferente". Por el contrario, en sentencia de 21 de mayo de 1991 manifiesta el mismo Tribunal que "una propuesta de seguro debidamente formalizada (con los datos imprescindibles para poder conocer los elementos esenciales del proyectado contrato) y no rechazada oportunamente por la entidad aseguradora, puede comportar para ésta efectos contractuales vinculantes, aunque no haya llegado a formalizarse mediante la... póliza", solución que es la jurídicamente correcta, al consistir la oferta en "una declaración de voluntad emitida por una persona y dirigida a otra... proponiendo la celebración de un determinado contrato", comprensiva de todos los elementos del mismo ("la oferta debe ser

completa") y "emitida con una seria intención de obligarse", sin que figure entre sus requisitos "la vinculación al oferente" (85).

En cuanto a la "proposición" dirigida por el asegurador a un posible asegurado, tiene carácter de oferta de contrato, no porque vincule al proponente durante un plazo de quince días, sino porque reúne (si los reúne) los citados requisitos de la oferta. La indicada vinculación solo significa que la ley quiere concederle un tiempo al destinatario para decidir si celebra o no el contrato de seguro, requiriéndose para el nacimiento del mismo la correspondiente aceptación. A este respecto ha expresado el Tribunal Supremo que la aceptación de la proposición con firma por el asegurado y pago simultáneo de la prima comporta la perfección del contrato (sentencia de 28 de febrero de 1990), así como que una póliza suscrita en fecha posterior a la propuesta aceptada retrotrae los efectos del contrato a la fecha de la proposición (sentencia de 16 de julio de 1990).

La Ley CS prevé el supuesto de discordancia del contenido de la póliza respecto a la "proposición de seguro" o a las "cláusulas acordadas" –condiciones particulares–, en cuyo caso el tomador del seguro puede "en el plazo de un mes a contar desde la entrega de la póliza" "reclamar a la entidad aseguradora... para que subsane la divergencia", y "transcurrido dicho plazo sin efectuar la reclamación, se estará a lo dispuesto en la póliza" (art. 8, último párrafo). Son muchos los problemas que plantea este precepto, pero sólo señalaré dos. En primer lugar, si la facultad que le concede al tomador del seguro puede ejercitarla aun cuando haya firmado la póliza, pese a que esta actuación lógicamente va precedida de la lectura del texto. Para SÁNCHEZ CALERO "la firma de la póliza por parte del tomador del seguro no puede interpretarse como prueba de su asentimiento a la alteración del contrato" porque –afirma– "la Ley presume que el tomador del seguro tiene un plazo de reflexión... para manifestar al asegurador si acepta o no las modificaciones efectuadas" (86), interpretación que no comparto pues, recibida la póliza, el tomador puede reflexionar todo el tiempo que considere necesario –con el tope máximo de treinta días que le concede la Ley– antes de estampar su firma en dicho documento. Por consiguiente, el mencionado plazo no opera una vez firmada la póliza por el tomador del seguro.

La otra duda –entre las varias que suscita el citado precepto– de la que específicamente me ocupo consiste en qué ocurre si durante ese plazo de treinta días, y antes de que el tomador del seguro haya hecho uso de la indicada facultad, acaece el siniestro; ¿se atiende a las cláusulas que figuran en la póliza o al contenido de la proposición? Me decanto por esta segunda solución, pues en ese referido momento –acaecimiento del siniestro– el contenido del contrato es el que figura en la proposición.

IX. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE SEGURO

1. El riesgo.

Su condición de elemento esencial del seguro determina obviamente que presente igual carácter en el contrato de seguro, de tal manera que éste "será nulo... si en el momento de su conclusión no existía el riesgo o había ocurrido el siniestro" (art. 4 Ley CS). El precepto contiene una excepción a la nulidad: "salvo en los casos previstos por la ley", pero no existe tal previsión, sin que considere aceptable la interpretación que le da SÁNCHEZ CALERO a dicho sintagma, en el sentido de que la ley ha pensado en el supuesto de desconocimiento por las partes de la verificación del evento, a semejanza de lo que ocurre en el seguro marítimo (arts. 784 y 785 del Código de Comercio) (87), pues la frase se refiere concreta y expresamente a "casos previstos por la ley" –por ésta, no por las leyes, por cualquier ley– y además, porque el supuesto de desconocimiento del acaecimiento del evento es puramente teórico en la actualidad. Por otra parte, la excepción está referida a la nulidad, no al riesgo.

Es decir, todo contrato de seguro requiere la existencia de un riesgo; ahora bien, el precepto deja la puerta abierta para que pueda celebrarse un concreto contrato con riesgo delimitado pero aun inexistente, aunque surgirá más adelante, interpretación ésta que para SÁNCHEZ CALERO "no tiene sentido" porque –afirma– "la duración formal del contrato comienza a partir de su conclusión, mientras que la duración esencial se inicia a partir del momento en que se producen sus efectos" (88). Sin embargo, considero que es la más coherente con la naturaleza del seguro y, por tanto, del contrato, así como con el texto del precepto, carente en el momento presente de efectividad, ante la ausencia de Ley que prevea la indicada excepción a la nulidad.

El riesgo elemento del contrato de seguro es el riesgo concreto cubierto por cada contrato, de ahí la importancia de la delimitación del mismo, determinante de la obligación del "tomador del seguro... de declarar al asegurador...", de acuerdo con el cuestionario que éste le presente, "todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo" (art. 10, párrafo primero, Ley CS). A propósito de este requisito expresa el Tribunal Supremo que no tienen el carácter de cláusulas limitativas de los derechos del asegurado –susceptibles de ser declaradas nulas con base en el art. 3 de la Ley CS– las que excluyen algún riesgo (sentencias de 7 de febrero y 16 de octubre de 1992), por cuanto no cabe confundir cláusulas limitativas de derechos del asegurado con cláusulas delimitadoras del riesgo que no sirven de base al asegurador para oponer excepciones al asegurado, sino que constituyen el objeto contractual, lo cual "excluye la acción, que no ha nacido, del asegurado" (sentencia de 9 de febrero de 1994); asimismo manifiesta el Tribunal Supremo que la no comunicación al asegurador de la agravación del riesgo da derecho a éste a reducir la cuantía de la indemnización en caso de siniestro (sentencia 16 de julio de 1990); sigue el mismo criterio la sentencia de 9 de julio de 1994 al decidir que la falta de declaración de datos al asegurador para conocer el riesgo da derecho a éste a retener la prima si se produce el siniestro.

De otro lado, algunas sentencias del mismo Tribunal exigen, para liberar al asegurador del deber de indemnizar, que la no declaración por el tomador del seguro de las circunstancias necesarias para la valoración del riesgo obedezca a mala fe de éste (dos sentencias de 22 de diciembre de 1992). Mas, aparte de que tal elemento intencional no es requerido por la ley, la solución adoptada en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1993, al afirmar que la violación del deber de declaración del tomador del seguro para la valoración del riesgo no ha de apreciarse según la buena o mala fe, sino que "ha de atenderse... a la objetividad de si la conducta... viene a frustrar la finalidad del contrato para su contraparte, al proporcionarle datos inexactos..." que le impulsan a celebrar un contrato que no habría celebrado, es la jurídicamente acertada por la coherencia de las razones que aduce con la naturaleza y función del seguro.

Ahora bien, a propósito de la obligación impuesta al tomador del seguro en el párrafo primero del art. 10 de la Ley CS, de declarar al asegurador las circunstancias que, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, puedan influir en la determinación del riesgo, es necesario tener en cuenta que, como consecuencia de una modificación introducida en dicho precepto por la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, de adaptación de la legislación española a la Directiva 88/357/CEE, el tomador del seguro queda exonerado de dicha obligación "si el asegurador no le somete cuestionario" –supuesto no habitual– "o cuando, aun sometidoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y... no estén comprendidas en él" (segundo inciso del párrafo citado). Una interpretación teleológica de este segundo inciso puede suscitar dudas sobre la validez actual en todo caso –particularmente en el de sometimiento de cuestionario con omisión de

solicitud de esas circunstancias– del criterio sustentado en la mencionada sentencia del TS de 25 de noviembre de 1993, al menos si se considera, como opina TIRADO, que la medida consiste en "una clara protección del contratante más débil" –el asegurado, según criterio dominante–, con lo cual, y como expresa igualmente el mismo autor, "debería ir acompañada de un adecuado desarrollo del deber de información" (89), como necesario mecanismo para una adecuada protección de la institución del seguro –añado yo– de ahí que considere indispensable realizar una interpretación en cada supuesto concreto utilizando como base el referido criterio del Tribunal Supremo de evitar que se frustre la finalidad del contrato.

La doctrina científica española, que ha mostrado una particular preocupación por individualizar la causa y el objeto del contrato de seguro –cuestión que en cambio no examinan los tratadistas al analizar los demás contratos mercantiles– se muestra partidaria, en su gran mayoría, de considerar al riesgo como la causa de dicho contrato (90). Si se opta –ese es mi caso– por el concepto de causa del contrato de mayor aceptación en la actualidad –la causa como función económico-social que cumple cada tipo de contrato– cabe incluir en el indicado grupo de tratadistas a VICENTE y GELLA, en cuanto que, al examinar los elementos del contrato de seguro, afirma: "La finalidad económica del seguro es cubrir un riesgo" (91).

Postura distinta es la de BROSETA para quien "la causa del contrato de seguro" – "función económico-social que cumple"– "es doble: para los seguros de daños consiste en la *cobertura* de los que puede producir un riesgo previsto, que presta el asegurador mediante la percepción de una prima..." y "para los seguros de personas la causa consiste en la previsión de que si un siniestro se produce se obtendrá una suma..." (92).

Consciente de que la polémica sobre la causa del contrato de seguro, trasunto de la existente en torno a cual sea el concepto de este requisito de todo contrato, carece de incidencia práctica y constituye desde el punto de vista científico una discusión sin sentido, me limito a destacar que si –como recordé antes– por causa de cada contrato se entiende la función económico-social que el mismo cumple, y el seguro tiene como finalidad colocar "lo seguro" en lugar de "lo inseguro", la causa del contrato de seguro consiste en la traslación –por el asegurado– y asunción –por el asegurador– de un riesgo a cambio de un precio en dinero, y obtener así la certeza de que las necesidades derivadas de un posible siniestro serán cubiertas (93) (certeza por parte de ambos sujetos como consecuencia de la explotación del seguro organizadamente). Por tanto, el riesgo no es la causa del contrato, pero sí componente esencial de la misma.

2. *El "interés" en el contrato de seguro.*

Dispone el art. 25 de la Ley CS que "el contrato de seguro contra daños es nulo si en el momento de su conclusión no existe un interés del asegurado a la indemnización del daño". La doctrina científica se ha empeñado en establecer una vinculación entre "contrato de seguro" e "interés", lo que ha determinado una búsqueda del concepto de "interés", proceso evidentemente carente de lógica, con un punto de partida unánimemente aceptado que hace más inexplicable aún dicho planteamiento: se trata de un "concepto multívoco" (94), "en la doctrina no existe acuerdo... sobre el concepto... de interés –y consiguientemente sobre sus elementos y sus caracteres–" (95), "la idea de interés... es difusa" (96). Y otra circunstancia añadida que aumenta la dificultad de comprensión de esa preocupación en torno al "interés" en el contrato de seguro: tampoco "existe acuerdo... sobre la posibilidad o no de colocarlo en la base de todos los seguros, ni sobre su posición en el contrato de seguro", tal como destaca DONATI (97).

En cuanto al concepto de interés, la opinión dominante lo equipara a relación económica de una persona con una cosa amenazada por un riesgo, determinante de que aquélla sufra un daño patrimonial si se produce un concreto hecho (98).

Por lo que respecta al papel que ocupa en el contrato de seguro, prevalece el criterio de considerar al interés el objeto de dicho contrato, tanto se trate del de "seguro contra daños" como del de "personas" (99), según la terminología de la Ley española, 50/1980.

Con relación al vigente Derecho positivo español opina SÁNCHEZ CALERO que, pese a figurar el transcrito art. 25 encabezando la sección dedicada a las disposiciones generales de los seguros contra daños, "también en los seguros de personas es relevante el interés, "porque si se admitiera la posibilidad de hacer un seguro de personas sin existencia de un interés, se desnaturalizaría el contrato de seguro", por lo que "la propia LCS tiene presente esta preocupación cuando en los seguros sobre la persona de un tercero... se requiere el consentimiento de éste, salvo que se presuma la existencia de un interés del tomador del seguro (...art. 83.2)" (100). Mas no es coincidente el significado del término "interés" en uno y otro precepto (101). Mientras en el art. 25 tiene un claro y prevalente contenido económico: a obtener "la indemnización del daño" producido por el siniestro –el riesgo temido convertido en hecho–, equivalente a relación objetiva del asegurado con un bien que le reporta utilidad, en el seguro de vida para caso de muerte del asegurado el interés de éste consiste en el móvil o fin subjetivo que lo impulsa a ocupar dicha posición en el contrato de seguro (102).

Un dato a tener en cuenta a la hora de especular, o más bien elucubrar, sobre el papel del "interés" en el contrato de seguro, es la no mención del mismo entre los requisitos de la póliza (ver art. 8 LCS), omisión reveladora de la función que cabe atribuirle. Son expresivas a este respecto las siguientes palabras de PICARD Y BESSON: "El seguro de daños supone que el asegurado o beneficiario tiene un interés en que el riesgo no se realice" (103). Por consiguiente, el "interés" es un elemento del riesgo que sirve para determinar el valor económico que éste tiene para el asegurado (ver art. 26, segundo inciso, Ley CS) y, por tanto, para la cuantificación de la suma asegurada (ver arts. 28 a 31 Ley CS). Factor interno, pues, de influencia para dicho fin, pero que no se exterioriza, al menos directamente. Por consiguiente, mal podrá ser declarado nulo un contrato de seguro por inexistencia de interés del asegurado, de ahí que resulte inoperante el citado art. 25 de la Ley CS. Así, el Tribunal Supremo al ocuparse de dicho precepto se expresa en estos términos: "en los seguros de daños, el interés del asegurado a la indemnización procedente por consecuencia del riesgo que se asegura viene a ser requisito esencial para la validez del contrato, pues en otro caso vendría a ser nulo, conforme a los arts. 25 y 4 de la Ley..."; y añade: "en el caso... el interés asegurado se refería a la expectativa de la cosecha de ciruelas, la que ya era inexistente en el momento de la celebración del negocio de aseguramiento; por ello, dicho interés, que se refiere a acontecimientos futuros e inciertos...". Como se ve, confunde, o identifica, riesgo e interés para, en conclusión, proclamar la nulidad del contrato por inexistencia de riesgo (supuesto del art. 4). El interés queda, pues, oculto si bien forma parte del riesgo asegurable, único elemento del seguro a tener en cuenta para una declaración de nulidad del contrato.

Y por supuesto, el interés no constituye el objeto del contrato de seguro –ni siquiera exclusivamente del de daños– (104).

3. El objeto del contrato de seguro.

Pero tampoco es admisible la tesis de BROSETA al "afirmar que su objeto es el conjunto de obligaciones que genera su perfección" (105), ya que ello supone identificar el objeto

del contrato con su contenido, como con acierto expresa VICENT CHULIÁ (106), siendo así que no existe tal identidad.

La individualización del objeto del contrato de seguro se alcanza partiendo del riesgo. Es objeto de dicho contrato aquello que está sometido al riesgo cubierto por el mismo, ya sea una cosa, un patrimonio, una actividad e incluso una persona –la "persona asegurada"–, sin que encuentre apoyo la distinción que hacen algunos autores –en España GARRIGUES y BROSETA (107)– entre objeto del seguro y objeto asegurado (108).

4. *La suma asegurada.*

A) *Aspectos generales.*

Consiste en la cuantificación pecuniaria del riesgo que traslada al asegurador, realizada por el tomador del seguro al celebrar el contrato, y constituye en los seguros de daños "el límite máximo de la indemnización a pagar por el asegurador en cada siniestro"(art. 27 Ley CS). Si su importe coincide con el valor del riesgo que corre el asegurado –en el caso de seguros de bienes, el valor que para él tiene el objeto asegurado– (109) se está ante un denominado "seguro pleno" (vid. art. 29 Ley CS). En el supuesto, habitual en la práctica, de que el asegurado soporte parte del riesgo, nos encontramos con un infraseguro; en ese caso, si se produce el siniestro, el importe de la indemnización se calcula mediante la llamada regla proporcional (art. 30 Ley CS). Y en cualquier caso, al producirse el siniestro no se paga el total de la suma asegurada, sino el valor real del objeto asegurado al tiempo de la pérdida del mismo (STS de 1 de diciembre de 1989)

Finalmente, si la suma asegurada supera "el valor del interés asegurado" (art. 31 Ley CS), la situación es de sobreseguro, distinguiendo la Ley los supuestos de buena fe y de mala fe del asegurado, con efectos diferentes (art. 31 citado, sentencia del TS de 31 de marzo de 1992). Al resultar que, de un lado, "el seguro no puede ser objeto de enriquecimiento injusto para el asegurado" (art. 26 Ley CS), y de otra parte, el sobreseguro puede incitar al asegurado a producir el siniestro, en caso de sobreseguro el límite de la indemnización no lo constituye la suma asegurada, sino la cuantía del daño efectivamente causado por el siniestro, y ello siempre que el sobreseguro no se deba a mala fe por parte del asegurado, pues si ocurre esto último el contrato es ineficaz (art. 31).

B) *La "póliza estimada".*

Supuesto específico lo constituye el de la llamada "póliza estimada". "Se entenderá que la póliza es estimada cuando el asegurador y el asegurado hayan aceptado expresamente en ella el valor asignado al interés asegurado" (art. 28, párrafo segundo, Ley CS). Pues bien, en este caso la suma asegurada es igual al valor del daño, aceptado anticipadamente por las partes (sentencia TS de 1 de diciembre de 1989), en cuyo caso al producirse el siniestro se paga por el asegurado el total de la suma asegurada (sentencia TS de 28 de febrero de 1990), de ahí que no exista enriquecimiento injusto en caso de póliza estimada (sentencia TS de 30 de noviembre de 1990). Mas, de cualquier manera la póliza estimada solo "opera cuando surge el derecho a la indemnización" pero no si, por inexistencia de riesgo al producirse el siniestro, no ha lugar a cobrar indemnización (sentencia TS de 9 de julio de 1994).

C) *La suma asegurada en los "seguros de daños"*

y en los "seguros de vida".

Por otra parte, la suma asegurada cumple la indicada función de límite máximo de la indemnización pero con distintos matices, según el tipo de seguro de que se trate. Así, en

seguro de incendios del contenido –los objetos o material que se encuentran en el interior de un local o edificio, que es el continente– la indemnización abarca la totalidad de la suma asegurada, porque opera la presunción *iuris tantum* de preexistencia de dichos objetos (sentencia TS de 25 de julio de 1995); en un seguro de crédito la "suma asegurada" por cliente es cosa distinta a la posible indemnización máxima que pueda percibir el asegurado en caso de insolvencia del cliente clasificado de que se trate, pues se reducirá la indemnización en la misma proporción en que se rebaje el crédito (sentencia TS de 25 de octubre de 1995).

En cuanto a los seguros de vida, la "suma asegurada", esto es, la cifra pactada en el contrato, la deberá pagar el asegurador al producirse el siniestro (muerte o sobrevivencia del asegurado, según la modalidad del contrato) en concepto de "prestación convenida". Solo en el supuesto de declaración inexacta del asegurado en cuanto a su edad, dato fundamental para el cálculo de la prima, se reducirá proporcionalmente a la prima inferior satisfecha la cuantía de la prestación (art. 90 Ley CS).

5. *La prima.*

La onerosidad del contrato de seguro se manifiesta, respecto a quien contrata con el asegurador –el tomador del seguro–, con la prima, prestación económica a satisfacer al asegurador como pago de la obligación asumida por éste de soportar el riesgo que corría el asegurado, y de abonar la indemnización si se produce el siniestro. Dispone el art. 14 Ley CS que "el tomador del seguro está obligado al pago de la prima en las condiciones estipuladas en la póliza". Teórica y legalmente la prima puede ser única –pagadera de una sola vez– o periódica, modalidad ésta que es la habitual ya que los contratos de seguro suelen ser de larga duración, dividida en períodos –anuales o de otra cadencia–.

El pago de la prima puede efectuarse en metálico, mediante cheque (110) (así sentencia TS de 17 de julio de 1987, que además considera cumplida la obligación de pago desde que el asegurador pudo cobrar el cheque aunque no lo hiciera por su conveniencia), por domiciliación bancaria de los recibos o de cualquier otra forma pactada, siempre que no desvirtúe la función y naturaleza de dicha prestación, como puede ser la utilización de letras de cambio aceptadas por el tomador y libradas por el asegurador –por la cuantía de la prima más los gastos e intereses– pues si con la negociación de las mismas percibe la cantidad equivalente al importe de la prima, en caso de no pago de la letra de cambio por parte del aceptante en la fecha de su vencimiento, dicho importe lo pierde el asegurador, con lo cual, aunque lo llegue a recuperar más tarde (tal vez años después, si utiliza la vía judicial) mientras tanto no existe la cobertura que da la prima. Y no se olvide que la entrega de letras de cambio con la finalidad de pagar deudas de dinero es *pro solvendo*, no *pro soluto*, salvo pacto en contrario (art. 1.170 Código Civil), pacto inadmisibles en el caso de la prima (111) pues afectaría al interés legítimo de todos los asegurados y, como consecuencia, al seguro mismo.

Por idéntica razón considero que la libertad de estipular en la póliza "las condiciones" del pago de la prima ha de interpretarse en función de la naturaleza del seguro. Es cierto que cada contrato de seguro, tomado aisladamente, tiene el carácter de aleatorio. Pero la actividad de seguros se lleva a cabo conforme a un plan, para posibilitar así que cumpla efectivamente su finalidad y, en consecuencia, proteger a los asegurados. Luego, si en un concreto contrato se acuerda fraccionar el abono de la prima mediante entregas parciales, o aplazar dicho pago al momento que las partes decidan, podría defenderse la legalidad de tal pacto con fundamento en la indicada libertad de estipulación de las "condiciones" de pago de la prima. Sin embargo, la legitimidad de tal pacto sería solo aparente, ficticia, en cuanto

que desde el punto de vista sustancial comportaría una vulneración de la esencia del seguro. Basta para constatarlo con extender el supuesto a todos los contratos de seguro –o a un porcentaje elevado de ellos– celebrados por una entidad aseguradora. Evidentemente produciría en un momento dado la falta de efectiva cobertura económica de los riesgos asumidos, con la consiguiente destrucción de la institución del seguro. Entiendo, pues, que no se adecua a la naturaleza de esta actividad, sin que, por tanto, encuentre apoyo en la libertad de estipulación de las condiciones de pago de la prima prevista en el art. 14 de la Ley CS, el pacto admitido por la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1989, consistente en "un aplazamiento en el pago de las primas" para abonarlas «a su comodidad" el asegurado, con entrega incluso del recibo por parte de la aseguradora sin haber percibido aun la prima.

En el caso de primas periódicas, que es el habitual en la práctica, la Ley CS distingue entre la prima inicial o primera y las sucesivas, en cuanto al momento del pago y efectos del no pago. El momento del vencimiento de la primera prima coincide con el de la firma del contrato, salvo pacto en contrario [art. 14 Ley CS, sentencia del TS de 24 de mayo de 1988, SÁNCHEZ CALERO (112)]. Las "primas siguientes" se pagan en el momento pactado, que suele ser anticipadamente, al inicio de cada nuevo período de vigencia del contrato.

A las consecuencias de la falta de pago de la prima a su vencimiento se refiere el artículo 15 Ley CS. Si se trata de la primera –o de la prima única, en el supuesto excepcional de que sea esa la pactada– y el no pago se debe a culpa del tomador, "el asegurador tiene derecho a resolver el contrato o a exigir el pago de la prima debida..." (art. 15, párrafo primero, vid. STS de 28 de junio de 1989, que basa tal derecho en el citado precepto y en el art. 1.124 del Código Civil).

Supuesto particular lo constituye el que fue objeto de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1990; resuelve en el sentido de que el asegurador debía pagar la indemnización sin haber percibido la prima del tomador del seguro, porque "dicho pago deviene del incumplimiento de una obligación que incumbía a la aseguradora", como fue el no haber puesto en conocimiento del tercero perjudicado la referida falta de pago de la prima, lo cual no comporta –expresa el Tribunal Supremo– un "imposibilitar la función del seguro", pues "no se trata de que sin abonar la prima se tenga que pagar el riesgo".

La falta de pago de una de las primas siguientes transcurrido un mes desde el día del vencimiento produce la suspensión de la cobertura (art. 15, párrafo segundo; sentencia del TS de 9 de marzo de 1996: el "impago de los recibos de dos primas consecutivas del seguro objeto de litis... realizado dicho impago de manera voluntaria y consciente por el asegurado y tomador del seguro... ha de comportar necesariamente la suspensión de la cobertura de dicho seguro a partir del mes siguiente... al día del vencimiento de la prima anterior... conforme establece expresamente el párrafo segundo del art. 15 de la Ley CS y... tiene declarado esta Sala" –sentencias de 30 de marzo de 1989 y 19 de mayo de 1990–), suspensión que se mantiene durante cinco meses más (113), quedando extinguido el contrato si dentro de esos seis meses el asegurador no reclama el pago. Ahora bien, el rechazo injustificado del cobro de la prima por parte del asegurador como, por ej., después de recibir comunicación del Banco indicándole que tiene un cheque a su disposición con dicho fin, no suspende los efectos del contrato de seguro (sentencia TS de 23 de enero de 1996).

6. Los sujetos y su posición en el contrato de seguro.

A) El asegurador.

a) Aspectos generales; la autorización administrativa.

El papel esencial que en la estructura del seguro ocupa el asegurador, sujeto del contrato "obligado a satisfacer la indemnización" en caso de siniestro (art. 18 Ley CS; con referencia específica a los seguros de personas, art. 82), determina la especial atención que le dedican las leyes de control de la actividad aseguradora (actualmente en España la 30/1995, de 8 de noviembre), con enumeración cerrada de las formas jurídicas que las entidades de seguros pueden adoptar (art. 7), –de hecho casi exclusivamente sociedades anónimas y mutuas a prima fija– dedicación de las mismas sólo a dicha actividad (art. 11), requisitos económicos mínimos iniciales de la entidad: capital social las sociedades anónimas y las cooperativas a prima fija (art. 13.1), fondo mutual las mutuas a prima fija (art. 13.2) y requisitos personales de quienes lleven la dirección de la entidad (art. 15), necesidad de autorización administrativa previa (art. 6) y cumplimiento de medidas tendentes a tener y conservar solvencia económica suficiente para el cumplimiento de la obligación que asumen –la función del seguro– en protección de los asegurados (Capítulos II y III del Título II, arts. del 16 al 24), entre las que destacan las provisiones técnicas (art. 16), reservas económicas que, junto con el margen de solvencia (art. 17) y el fondo de garantía (art. 18) ofrezcan "seguridad", mediante un adecuado control administrativo, de que la aseguradora puede cumplir con su obligación en caso de siniestro.

Si la Ley de Contrato de Seguro se ocupa de las obligaciones –y derechos– del asegurador, en cuanto parte de dicho contrato, es la Ley que ordena y supervisa el seguro privado (la 30/1995) –"con la finalidad de tutelar los derechos de los asegurados, facilitar la transparencia y el desarrollo del mercado de seguros y fomentar la actividad aseguradora privada" (art. 1.1), funciones de interés social y de protección a la economía general– la que, con dichos fines, presta especial atención al asegurador, sujeto activo de la actividad de seguros, sometido a autorización administrativa previa al inicio del ejercicio de dicha actividad, cuyo otorgamiento es competencia exclusiva del Estado [STS, Sala 3ª, de 19 de octubre de 1994, con relación a la legislación anterior; arts. 6.1; 4; 5 y 6; y 69.2,b), primer inciso, in fine de la Ley OSP].

b) Carencia de autorización y nulidad del contrato.

La relevancia de la autorización administrativa –en sí misma y en cuanto a su amplitud– como medio de control de los aseguradores por parte de la Administración Pública es tal que "serán nulos de pleno derecho los contratos de seguro... celebrados... por entidades no autorizadas... o transgrediendo los límites de la autorización administrativa concedida" (art. 5.2 Ley OSP). Con independencia de los efectos que, en protección del contratante con dicha entidad, señala el propio precepto –no pago o, en su caso, devolución de la prima pagada; si se produce el siniestro, derecho a una indemnización idéntica a la que correspondería a un contrato de seguro, y además por los daños y perjuicios sufridos, de los que son responsables solidarios la entidad y las personas que desempeñen en la misma cargos de administración y que intervinieron en dicha operación– el contrato celebrado no es de seguro por falta de un requisito esencial: la existencia de un asegurador, cualidad que sólo ostentan las entidades que, con aptitud para acceder a dicha actividad (art. 7 Ley OSP), tengan la correspondiente autorización administrativa. Sólo esas entidades son "aseguradores" y, por tanto, las únicas posibles sujetos –con dicha posición jurídica– de un contrato de seguro, so pena de que el contrato que celebren, aun denominándolo de seguro, no sea tal por la indicada nulidad de pleno derecho. En consecuencia, y como expresé en otra ocasión, resulta "jurídicamente irrelevante, y sin posibilidad de existencia, la figura del asegurador de hecho" (114), frente a la opinión de DE LA CUESTA para quien las

entidades que celebran contratos de seguro careciendo de autorización administrativa son "aseguradores de hecho" porque –afirma– el ejercicio de dicha actividad "determina la adquisición por el sujeto ejerciente de la condición de empresario" (115), conclusión equivocada pues "lo relevante, en el campo del seguro, no es que quien asegura sea "empresario", sino "asegurador", según la consideración legal de tal figura o sujeto contractual"(116).

c) La obligación de pagar la indemnización y naturaleza de la deuda.

La obligación fundamental del asegurador es la de pagar la indemnización, o la "prestación convenida", cuando se produce el siniestro. Y ante el carácter bilateral y oneroso del contrato de seguro, "si la prima no ha sido pagada antes de que se produzca el siniestro, el asegurador quedará liberado de su obligación" (art. 15, último inciso, Ley CS, sentencia del TS de 14 de marzo de 1994); el no pago de la prima, teniendo el asegurador el recibo a disposición del tomador, exonera a aquél del pago de la indemnización (sentencia TS de 19 de mayo de 1990).

No existe un criterio jurisprudencial uniforme sobre la naturaleza de la indemnización en su aspecto de deuda. Durante algún tiempo se ha desechado la tesis de que consista en una deuda de valor por cuanto –expresa el Tribunal Supremo– "las deudas de valor engendran por sí una inseguridad jurídica en el tráfico mercantil y jurídico que solo puede ser aceptado cuando expresamente lo disponga la ley, o en casos absolutamente excepcionales, cuando la ley por otra vía no protege los derechos del damnificado" cosa que no acontece en el seguro, por aplicación del 20 por 100 del art. 20 Ley CS y del art. 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (sentencia de 5 de octubre de 1994). Pero en alguna sentencia posterior manifiesta que considera más equitativa la jurisprudencia más reciente que atribuye a la indemnización el carácter de deuda de valor –el valor de las cosas aseguradas– solución que no contradicen –añade el Tribunal Supremo– los arts. 18, 20 y 38 Ley CS (sentencia de 17 de diciembre de 1994).

En atención a la finalidad del seguro resulta más conforme con la misma esta última interpretación, compatible particularmente con la previsión del recargo por falta de una pronta reparación del daño –medida por lo demás muy devaluada con la reforma del art. 20 de la Ley CS por la Disposición Adicional 6ª.2 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre– y con los intereses cuyo pago dispone imperativamente el citado art. 921 LEC, incrementos ambos, del importe de la deuda, que no tienen como fundamento, ni como finalidad, adecuar la cuantía de la indemnización al valor de las cosas siniestradas, al valor del daño sufrido, sino incitar al pronto pago –en el caso de que éste se produzca no operan los mencionados preceptos– y, en su defecto, sancionar económicamente al asegurador remolón.

d) El coaseguro.

Cuando el riesgo es de tal entidad que, de producirse el siniestro, la cuantía de la indemnización puede ser muy elevada, se suele distribuir la cobertura entre varios aseguradores puestos de acuerdo entre sí, bien mediante una pluralidad de contratos de seguro –tantos como aseguradores, cada uno asumiendo la cuota de riesgo pactada– bien con un sólo contrato concluido entre el tomador y uno de los aseguradores, denominado "abridor" de la póliza que actúa además por cuenta de los restantes aseguradores. Esta modalidad de contratación, conocida con el nombre de "coaseguro", está prevista en el art. 33 de la Ley CS, y respecto a la misma expresa el Tribunal Supremo que el coasegurador que cobra la totalidad de la prima está legitimado pasivamente en el ámbito procesal, como

lo está activamente para reclamar lo que pago de más, según los términos del coaseguro (sentencia de 31 de marzo de 1992).

B) El tomador del seguro.

a) Contratante.

En la terminología legal y doctrinal –no siempre seguida en la práctica– es designado tomador del seguro quien contrata con el asegurador, y asume frente al mismo las obligaciones y los deberes derivados del contrato de seguro, entre ellos y como principal el de pagar la prima (arts. 7, párrafo primero, 10 y 14 Ley CS), pero no los "que por su naturaleza deban ser cumplidos por el asegurado" (art. 7, párrafo segundo Ley CS) (117), si bien "el asegurador no podrá rechazar el cumplimiento por parte del asegurado de las obligaciones y deberes que correspondan al tomador del seguro" (art. 7, párrafo segundo, segundo inciso).

b) Modos de actuación.

Dicho sujeto puede celebrar el contrato de seguro por cuenta propia, o por cuenta ajena (del "tercero asegurado") con la posibilidad en este último supuesto bien de designar concretamente al tercero o sólo de señalar los datos o criterios para identificarlo (art. 7 Ley CS, párrafo primero, último inciso) en el supuesto de que se produzca el siniestro. En caso de duda la Ley presume que el tomador ha contratado por cuenta propia (art. 7, párrafo primero, segundo inciso). Una variante de este modo de contratación es la denominada "por cuenta de quien corresponda", con la cual se deja sin concretar si el seguro será por cuenta ajena o por cuenta propia, modalidad carente de justificación actualmente ya que, como expresa GARCÍA LUENGO, la indicada presunción legal "conduce *ministerio legis* a resultados semejantes a los que por vía comercial trataban de alcanzarse históricamente con la estipulación de esta cláusula" (118).

c) Seguro múltiple.

Por iniciativa del tomador del seguro –o del asegurado– se puede distribuir el riesgo entre varios aseguradores mediante la celebración de otros tantos contratos de seguro, con la obligación, salvo pacto en contrario, de comunicar a cada uno de dichos aseguradores la existencia de los demás contratos. Si se produce el siniestro, cada asegurador contribuirá "al abono de la indemnización en proporción a la propia suma asegurada" (art. 32 Ley CS).

C) El asegurado.

Como elemento personal del contrato de seguro, asegurado es la persona que corre el riesgo; sujeto necesario, pues, en todo caso (arts. 7, párrafo tercero; 9, párrafo primero, apartado 1; 83; 91), si bien puede coincidir con el tomador del seguro (así ocurre generalmente en los "seguros contra daños"), o ser éste una persona distinta, solo contratante con el asegurador [arts. 7, párrafos primero y segundo; 8, párrafo primero, apartado 1)]. Ahora bien, al ser utilizado en algunos supuestos el término "asegurado" con un significado más amplio –como señalé en la nota (71)– surgen dificultades a la hora de interpretar aquellos preceptos que plantean dudas sobre el sentido en que emplean dicha palabra, como es el caso de los arts. 17 párrafo primero ("El *asegurado* o el tomador del seguro deberán emplear los medios a su alcance para aminorar las consecuencias del siniestro"), que considero es extensivo al menos al tercero perjudicado en los seguros de responsabilidad civil, pues no se refiere "al siniestro", sino a "las consecuencias" del mismo; 18, párrafo segundo ("Cuando la naturaleza del seguro lo permita y el *asegurado* lo consienta, el asegurador podrá sustituir el pago de la indemnización por...") y 19 ("El

asegurador estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del *asegurado*"); en ambos la palabra asegurado abarca al beneficiario y al tercero perjudicado.

D) El beneficiario.

Es la tercera persona, distinta del asegurado y del tomador del seguro, sin necesaria vinculación o relación con el riesgo cubierto ni con el contrato de seguro, en cuya póliza aparece simplemente designada e individualizada, potestativamente, por el tomador del seguro como titular del derecho a exigir al asegurador la indemnización o la prestación convenida (arts. 7, párrafo tercero; 8, párrafo primero, apartado 1, in fine; 84; 85; 86; 87 y 88 Ley CS). No obstante, y según el Tribunal Supremo, existe diferencia entre la posición del beneficiario en los seguros de vida para caso de muerte, y en los seguros de otros ramos: "la existencia de beneficiario en las pólizas de seguro" –expresa– "no impide al tomador el ejercicio de los derechos derivados del contrato ante los Tribunales, sin perjuicio de sus obligaciones frente al beneficiario", ya que –añade– "en el sinalagma contractual la figura del tomador...tiene condición principal, en orden a la necesaria bilateralidad negocial, como titular del interés... sin perjuicio de la cesión que procede llevar a cabo del derecho a la indemnización, *que sólo se presenta como prestación autónoma, adquirida por terceros, en los seguros de vida*, conforme al art. 88" Ley CS (119) (sentencia de 17 de diciembre de 1994) (la cursiva es mía).

E) El tercero perjudicado.

Al igual que el beneficiario, es una persona extraña al contrato de seguro, titular del derecho a exigir al asegurador la indemnización o la prestación convenida. Pero, a diferencia del beneficiario, se encuentra vinculado en alguna medida al riesgo específico del contrato de seguro de que se trate, y por otra parte, no aparece mencionado en el documento contractual. Es la figura típica del contrato de seguro de responsabilidad civil (art. 76 Ley CS: "El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar" y "a los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido"), y de los seguros obligatorios en general, impuestos con este carácter precisamente en protección de las posibles víctimas –terceros perjudicados–, incluso si los daños derivan de un delito o falta, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 117 del Código Penal de 1995: "Los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización...establecida o... pactada...") (120).

X. NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Con este rótulo fue añadido un nuevo Título –el IV– a la Ley CS por la Ley 21/1990 de 19 de diciembre para adaptar el Derecho español a la Directiva 88/357/CEE, integrado por los arts. 107, 108 y 109, a los que les ha dado nueva redacción la Ley 30/1995, de 8 de noviembre (Disposición Adicional 6ª.7). Destaca entre las novedades introducidas por esta ley la previsión de supuestos de aplicación a seguros de vida (art. 108), consecuencia de la incorporación de la Directiva 90/619/CEE. Por su parte, el art. 107 se ocupa de la ley aplicable a los distintos supuestos de seguros de daños que prevé.

Según el art. 109, en lo no previsto en los dos artículos anteriores "se aplicarán al contrato de seguro las normas generales de Derecho internacional privado en materia de

obligaciones contractuales" (art. 10.5.8 y 10, y art. 11.1 del Código Civil).

Finalmente, la mencionada Disposición Adicional Sexta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre añade a la Ley CS el art. 33.a) sobre coaseguro comunitario, consistente en el que da lugar a la cobertura de "grandes riesgos", tal como los define el párrafo segundo del apartado 2 del citado art. 107 [art. 33.a),1,a)] y concurren además las restantes circunstancias que especifica el apartado 1 del mismo art. 33.a) [letras b) a g)].

Notas

- (1) Norberto BOBBIO: *Contribución a la teoría del Derecho*, edición a cargo de Alfonso Ruis Miguel, Madrid, 1990, pág. 192.
- (2) Antonio LA TORRE: *Echi dell'antico dibattito sul contratto di assicurazione*, en la revista "Assicurazioni", fasc., sept.-oct. 1995, I, pág. 319.
- (3) A. LA TORRE: Op. y loc., cits., pág. 321.
- (4) J. Nicolás MARTÍ: *La protección del asegurador en la Ley del contrato de seguro, de 8 de octubre de 1980*, en "Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro", dirigidos por Evelio Verdera y Tuells, T. I, Madrid, 1982, págs. 466 y ss.
- (5) M. PICARD y A. BESSON: *Les assurances terrestres*, T. I, *Le contrat d'assurance*, 5.^a ed., por André BESSON, París, 1982, pág. 34.
- (6) Antigono DONATI: *Trattato del Diritto delle assicurazioni private*, Vol. I, Milán, 1952, pág. 6.
- (7) Antigono DONATI: Op. cit., vol. II, Milán, 1954, pág. 111.
- (8) Joaquín GARRIGUES: *Contrato de seguro terrestre*, 2.^a ed., Madrid, 1983, pág. 11.
- (9) Vid. Joaquín GARRIGUES: Op. cit., pág. 17.
- (10) Joaquín GARRIGUES: Op. cit., pág. 11.
- (11) Antigono DONATI: Op. cit., vol. II, pág. 115.
- (12) Antigono DONATI: Op. cit., vol. II, pág. 110.
- (13) Paul A. SAMUELSON y William D. NORDHAUS: *Economía*, 2.^a ed., 1985, traducida por Luis Toharia Cortés, Madrid, 1987, pág. 604.
- (14) J. GARRIGUES: Op. cit., pág. 15.
- (15) Paul A. SAMUELSON y William D. NORDHAUS: Op. cit., pág. 603; vid. también J. GARRIGUES: Op. cit., pág. 16.
- (16) Joaquín GARRIGUES: Op. cit., pág. 20.
- (17) J. GARRIGUES: Op. cit., pág. 11.
- (18) J. GARRIGUES: Op. cit., pág. 20.
- (19) M. PICARD y A. BESSON: Op. y T. I cits., pág. 1. O como señalan también estos autores, "el seguro es... una técnica, la técnica de la solidaridad por la mutualidad", la cual "no se puede realizar más que por la intermediación de un asegurador profesional que, tomando a su cargo un conjunto de riesgos los compensa conforme a las leyes de la estadística", "es decir... un grupo de riesgos que presentan ciertos caracteres de dispersión, de homogeneidad y de frecuencia" (M. PICARD y A. BESSON: Op. y T. I cits., pág. 18).
- (20) Antigono DONATI: Op. cit., vol. I, pág. 10.
- (21) J. GARRIGUES: Op. cit., págs. 20 y ss.
- (22) A. DONATI: Op. cit. vol. I, cit., pág. 12.
- (23) M. PICARD y A. BESSON: Op. y T. I, cits., pág. 1.
- (24) A. DONATI: Op. cit., vol. I cit., págs. 13 y ss.; M. PICARD y A. BESSON: Op. y T. I cits., págs. 1

y ss.

- (25) M. PICARD y A. BESSON: Op. y T. I, cits., págs. 2 y 18.
- (26) A un concepto económico de seguro se refieren GARRIGUES, op. cit., pág. 28; DONATI: Op. cit., vol. I pág. 9, nota (3).
- (27) 27 M. PICARD y A. BESSON: Op. y T. I, cits., pág. 2.
- (28) J. GARRIGUES: Op. cit., pág. 28.
- (29) Como expresa Broseta, "en ambas formas de organización que puede adoptar la actividad aseguradora" –sociedad mutua de seguros o sociedad anónima– "hay mutualidad en sentido económico... una pluralidad de personas con cargo a cuyas prestaciones pecuniarias se presta cobertura recíproca, o sea, en favor de todas ellas". (Manuel BROSETA PONT: *Manual de Derecho mercantil*, 8.ª ed., Madrid, 1990, pág. 494).
- (30) M. PICARD y A. BESSON: Op. y T. I, cits., pág. 42.
- (31) M. PICARD y A. BESSON: Op. y T. I, cits., págs. 43 y 46. Fernando SÁNCHEZ CALERO: *Ley de contrato de seguro*, vol. 1.º, tomo XXIV de "Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial", dirigidos por Miguel Motos y Manuel Albaladejo, Madrid, 1984, pág. 219.
- (32) M. PICARD y A. BESSON: Op. y T. I, cits., págs. 46 y ss.; F. SÁNCHEZ CALERO: Op., vol. y pág. cits.
- (33) Vid. A. DONATI: Op. cit., vol. I, cit., págs. 16 y ss.
- (34) A. DONATI: Op. cit., vol. I, cit., págs. 36 y ss., quien considera que existe además "otra característica de los seguros sociales... la falta del sinalagma funcional", por lo "que cada una de las obligaciones sigue su destino y, en caso de incumplimiento de la obligación de pagar la cuota, el asegurador, si se produce el siniestro, debe de cualquier manera efectuar su prestación... (la llamada automaticidad de la prestación)".
- En similares términos vid. J. GARRIGUES: Op. cit., pág. 3.
- (35) A. DONATI: Op. cit., vol. I, cit., pág. 38.
- (36) J. GARRIGUES: Op. cit., pág. 1.
- (37) A. DONATI: Op. cit., vol. I, cit., pág. 24.
- (38) J. GARRIGUES: Op. cit., pág. 2. Vid. Enrique LINDE PANIAGUA: *Derecho público del seguro*, Madrid, 1977, obra, hoy, de poca utilidad práctica, dada la fecha de su publicación –anterior a la Ley de contrato de seguro, 50/1980, de 8 de octubre y a la Ley de Ordenación del Seguro Privado, 33/1984, de 2 de agosto, derogada y sustituida por la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, 30/1995, de 8 de noviembre– pero ilustrativa de la postura doctrinal en defensa de la existencia de un Derecho público del seguro.
- (39) Jesús-Nicolás MARTÍ: *Apuntes para un examen realista y actualizado del Derecho mercantil y de su estructura en ciertos sectores, particularmente de los títulos-valores*, en "Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo", vol. IV, Madrid, 1988, pág. 657.
- (40) Ángel GARRONERA MORALES: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, 1984, págs. 78 y ss.
- (41) Martín BASSOLS COMA: *Constitución y sistema económico*, Madrid, 1985, pág. 140.
- (42) J.-Nicolás MARTÍ SÁNCHEZ: *La protección del asegurador...*, en "Comentarios...", tomo I, cits., Madrid, 1982, págs. 464 y ss.
- (43) Antonio LA TORRE: *Echi del antico dibattito...*, cit., loc. cit., pág. 320.
- (44) J. GARRIGUES: Op. cit., págs. 1 y ss.
- (45) Vid. J. GARRIGUES: Op. cit., págs. 29 y ss., quien se muestra partidario del concepto dualista del contrato de seguro y, por ende, contrario "a la teoría indemnitaria" (pág. 18). En favor de esta teoría –todo seguro cumple una función indemnizatoria– ver por todos Antígono DONATI: Op. cit., vol. II, Milán, 1954, págs. 18 y ss., y vol. III, Milán, 1956, págs. 569 y ss.

- (46) Gianguido SCALFI: *Dalla classificazione dualistica alla concezione pluralistica dei contratti di assicurazioni: contratto o contratti di assicurazioni?*, en revista "Assicurazioni", magg.-giu. 1995, I, pág. 144.
- (47) Así definió Rubio el "concepto", jurídico o no, al referirse a las disputas doctrinales sobre el concepto del Derecho mercantil (Jesús RUBIO: *Introducción al Derecho mercantil*, Barcelona, 1969, pág. 13, nota 4.
- (48) Jesús-Nicolás MARTÍ SÁNCHEZ: *El empresario social como sujeto de derecho en el ordenamiento jurídico español*, en "Revista de Derecho Mercantil", núms. 211-212, 1994, pág. 158, nota 97.

Es necesario huir "de esa tendencia, lamentablemente extendida entre algún sector de los estudiosos del Derecho, a enzarzarse en disquisiciones... en torno a aparentes diferencias conceptuales, con lo que, de manera errónea, se pretende dar una imagen de profundidad y rigor científico ante la ausencia de auténticos objetos de investigación, con el efecto negativo de dificultar la evolución del Derecho, en lugar de favorecer su perfeccionamiento, simplificación, y adecuación a las exigencias de la realidad social y económica, para lograr así su fin, instrumental, de satisfacer intereses, merecedores de protección jurídica, de las personas" (Jesús-Nicolás MARTÍ: *La publicidad y el derecho-deber de información*, en "Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez", vol. II, Madrid, 1996, págs. 2075 y s.; también en la revista "Estudios sobre consumo", Madrid, n.º 36, 1996, pág. 72.

- (49) Jesús-Nicolás MARTÍ: *Apuntes para un examen realista...*, cit, loc cit., pág. 672.
- (50) José María DE LA CUESTA RUTE: *Consideraciones sobre la nulidad de los contratos celebrados por entidades no inscritas*, en "Comentarios a la Ley de Ordenación de los Seguros Privados", dirigidos por Evelio Verdera y Tuells, vol. I, Madrid, 1988, pág. 265.
- (51) Jesús-Nicolás MARTÍ SÁNCHEZ: *El seguro de asistencia en viaje*, Barcelona, 1989, pág. 159.
- (52) Antonio LA TORRE: *Echi dell'antico dibattito sul contratto di assicurazione. II. Il problema della natura giuridica*, en "Assicurazioni", noviembre-diciembre 1995, I, pág. 523.
- (53) Delimitación coincidente en lo sustancial –aunque de contenido más amplio y flexible la ofrecida por el precepto de la Ley española– con la del art. 1.882 del Codice Civile italiano de 1942: *"El seguro es el contrato por el cual el asegurador, mediante el cobro de una prima, se obliga a resarcir al asegurado, dentro de los límites convenidos, el daño producido al mismo por un siniestro, o bien a pagar un capital o una renta al ocurrir un evento relativo a la vida humana"*. En términos similares se expresa el Código de Comercio venezolano, según el texto de 1955: *"El seguro es un contrato por el cual una parte se obliga, mediante una prima, a indemnizar las pérdidas o los perjuicios que pueden sobrevenir a la otra parte en casos determinados, fortuitos o de fuerza mayor, o bien a pagar una suma determinada de dinero, según la duración o las eventualidades de la vida o de la libertad de una persona"* (art. 548).

Pero no todos los ordenamientos jurídicos contienen un precepto que describa o defina el contrato de seguro. Así, el Código de Comercio colombiano de 1971, si bien al señalar las características del contrato –"solemne, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva" (art. 1.036)– y los "elementos esenciales" del mismo- "1.º El interés asegurable; 2.º El riesgo asegurable; 3.º La prima o precio del seguro; 4.º La obligación condicional del asegurador" (art. 1.045)–, y al disponer que "respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización" (art. 1.088), en tanto que "En los seguros de personas, el valor del interés no tendrá otro límite que el que libremente le asignen las partes contratantes..." (art. 1.138), está indicando la delimitación o "definición" del contrato de seguro.

- (54) Francisco VICENT CHULIÁ: *Concepto y caracteres del contrato de seguro en la nueva ley*, en "Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro", vol. I, cits., pág. 143.
- (55) Fernando SÁNCHEZ CALERO: *Ley de contrato de seguro*, vol. I, cit., en "Comentarios al Código de Comercio..." cit., págs. 8 y ss.
- (56) Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ: *Preliminar. Arts. 1 a 4*, en "Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro", vol. I, cits., pág. 85.

- (57) F. VICENT CHULIÁ: Op. cit., en "Comentarios...", vol. I, cits. pág. 138.
- (58) G. SCALFI: *Dalla classificazione...*, cit., en loc. cit., pág. 147.
- (59) En el ámbito de la Unión Europea la distinción se realiza entre "seguros directos de vida" (directiva 92/96/CEE) y "seguros directos distintos del de vida" (directiva 92/49/CEE), criterio de clasificación que es el seguido en España por la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, 30/1995, de 8 de noviembre (art. 3.1).
- (60) F. SÁNCHEZ CALERO: *Ley de contrato de seguro*, cit, en "Comentarios al Código de Comercio...", cit., tomo XXIV, vol. 3.º, Madrid, 1989, págs. 498 y 512.
- (61) Pese a ello la Ley somete a estos seguros a las normas de los "seguros sobre la vida" (art. 106), cuya aplicabilidad, como señala Sánchez Calero, "es limitada" (F. SÁNCHEZ CALERO: Op. cit. en la nota precedente, pág. 513).
- (62) J. N. MARTÍ SÁNCHEZ: *El seguro de asistencia en viaje*, cit., págs. 92 y ss.
- (63) G. SCALFI: Op. y loc. cits., pág. 146.
- (64) En la actualidad existe un "anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro Marítimo", difundido en abril del presente año 1996. Según su art. 1 "están sujetos a la presente ley los contratos de seguro que tienen por objeto indemnizar los daños producidos por los riesgos referentes a la navegación marítima o en aguas interiores", y pueden ser objeto del mismo "el buque", "el flete", "el cargamento", "la responsabilidad civil derivada del ejercicio de la navegación" y "cualesquiera otros intereses relacionados con los riesgos de la navegación" (art. 4.2).
- (65) La existencia de un concepto legal de contrato de seguro, "genérico, omnivalente", de cuya falta se quejaba Caballero, considerándola un obstáculo impeditivo de la delimitación del "contrato de seguro de aviación" [Ernesto CABALLERO SÁNCHEZ: *Los seguros de aviación: cuestiones prácticas dentro de un esquema jurídico*, revista "Seguros", n.º 38, abril-junio de 1971, publicada en Madrid (separata), págs. 145 y ss.] sirve de base para incluir dentro del contrato de seguro (según dicho concepto legal) a los contratos de seguros aéreos.
- (66) Omite la referencia expresa a la aplicación supletoria de la Ley de contrato de seguro al de seguro marítimo la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1996, en cuanto que manifiesta: "El seguro marítimo... no se halla sometido a la normativa del contrato de seguro"; para a continuación añadir: "Resulta terminante que la normativa específica del seguro marítimo es la contenida en el Código de Comercio", frase esta última que permite entender que sigue manteniendo el indicado criterio de supletoriedad de la Ley de Contrato de Seguro para el de seguro marítimo, con base en el sintagma "normativa específica", expresivo de que existe otra general, supletoria (la Ley de contrato de seguro).
- Otras sentencias se limitan a expresar que al seguro marítimo no se le aplica la Ley de Contrato de Seguro, sino el Código de Comercio (entre las más recientes, las de 13 de octubre de 1993 y 16 de febrero de 1994).
- (67) Un dato expresivo de la unidad del concepto del contrato de seguro, comprensivo tanto de los "seguros terrestres" como de los "marítimos" y "aéreos", lo encontramos en el nuevo nombre que ha adoptado, a partir del presente año 1996, la "Revue générale des assurances terrestres" (editada en París), titulada ahora "Revue générale du droit des assurances", así como en la justificación que de dicho cambio se ofrece en el número 1 de 1996: "este nombre comporta dos innovaciones, una de forma, otra de fondo". La de forma consiste en la palabra "derecho". Pero "La innovación de fondo es más importante"; y añade: "Desde su origen la revista se "limitó" al dominio más extendido de los seguros terrestres" dejando fuera el seguro marítimo y el seguro aéreo, pero la experiencia ha revelado que "esta separación" es "artificial" (pág. 3).
- (68) En este sentido, y por lo que se refiere al art. 79 Ley CS, vid. F. SÁNCHEZ CALERO: *Ley de contrato de seguro*, cit., vol. 2.º, en "Comentarios al Código de Comercio..." cit., Madrid, 1985, pág. 724; y en *Instituciones de Derecho mercantil*, vol. II, 18.ª ed., cit., pág. 427; J. GARRIGUES: *Contrato de seguro terrestre*, 2ª ed. cit., pág. 471; R. URIA: *Derecho mercantil*, 22.ª ed., Madrid, 1995, pág. 794.
- (69) Desde el punto de vista de la realidad resulta inimaginable que ese contrato exista. Y como pura

creación intelectual tendría que calificarse de contrato *sui generis*, pues la figura contractual a la que más se aproximaría –la apuesta– no lo abarcaría toda vez que ésta "se caracteriza por estar ligada con la creación artificial del riesgo... Se crea artificialmente con el exclusivo fin de confiar a la suerte el conseguir una ganancia o el sufrir una pérdida" (Jesús Nicolás MARTÍ: *El "juego" ante el Derecho*, Las Palmas de Gran Canaria, 1991, pág. 29) a diferencia de lo que ocurriría en aquel hipotético contrato, en el que el riesgo preexiste a la celebración, en su caso, del mismo. Tampoco sería "un juego", como lo califica Langle (Emilio LANGLE RUBIO: *Manual de Derecho mercantil español*, tomo III, Barcelona, 1959, pág. 515), pues el juego no es un contrato, ni se puede confundir con la apuesta. "Juego y apuesta...son conceptos heterogéneos", si bien existen conexiones entre ellos, ya porque se puede apostar por pura diversión, ya porque el juego puede servir de soporte a una apuesta (vid. Jesús-Nicolás MARTÍ: *El juego...*, cit. págs. 19 y ss.).

- (70) Por centrarnos exclusivamente en el Derecho positivo, ya el Código de Comercio de 1829 mencionaba la póliza (documento específico de formalización del contrato de seguro) con expresa enumeración de su contenido obligatorio (arts. 418 y 420). En la "Exposición de Motivos" del Código de Comercio de 1885, dando un paso más, se hace una referencia a ese modo de contratación del seguro (con condiciones generales), al mencionar "los pactos que se consignan en la póliza;... *práctica, seguida constantemente*". El "Reglamento de la Ley de 14 de mayo de 1908 sobre Registro e Inspección de Empresas de Seguros", aprobado por Real Decreto de 2 de febrero de 1912, exigía la presentación de "los modelos de pólizas o contratos que desde el primer momento se" propusieran utilizar las entidades aseguradoras, documentos que tenían que ser autorizados por la Administración Pública (art. 16, párrafo primero), así como los que posteriormente desearan emplear (arts. 17, párrafo primero y 27, párrafo primero). En la misma línea, la Ley de Ordenación de los seguros privados, de 16 de diciembre de 1954, exigía a las entidades que pretendieran dedicarse a la actividad aseguradora la obtención de previa autorización, comprensiva de las "pólizas y contratos que se propongan utilizar en sus operaciones" (art. 4.3º), autorización que les sería denegada "cuando en las pólizas o contratos" figurasen "condiciones ilegales, ambiguas o lesivas para los asegurados" (art. 10.4º).

La Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre ordenación del seguro privado dispuso expresamente que "los modelos de pólizas... no precisarán aprobación administrativa previa" salvo "cuando se solicite la autorización inicial o la necesaria para ampliar la actividad a nuevos ramos" (art. 23.4, art. 48.1 del Reglamento de ordenación del seguro privado, aprobado por Real Decreto 1348/1985, de 1 de agosto), limitándose en los demás casos a su presentación (artículos citados). En cuando al contenido de las pólizas sólo exige que "deberá ajustarse a la Ley del contrato de seguro" y a la Ley y Reglamento de ordenación de seguros privados (art. 23.2 de esta Ley y art. 49.1 de su Reglamento).

Finalmente, la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de "Ordenación y supervisión de los seguros privados", continuando el proceso de paulatina eliminación de controles previos por parte de la Administración en cuanto a las condiciones generales de los contratos de seguro, solo exige imperativamente que "el contenido de las pólizas deberá ajustarse" a dicha ley, y "también a la Ley de contrato de seguro", pero únicamente "en la medida en que resulte aplicable en virtud de las normas de Derecho internacional privado contenidas en" su Título IV (art. 24.2). Reitera lo ya previsto en la Ley de 1984: "los modelos de pólizas... no estarán sujetos a autorización administrativa"; pero avanzando en la línea expuesta añade: "ni deberán ser objeto de remisión sistemática a la Dirección General de Seguros" (art. 24.5), aunque los correspondientes a "seguros de suscripción obligatoria deberán estar a disposición de" dicha Dirección General [art. 24.5, a)].

Sustituye dicha ley el sistema de autorización administrativa previa y el de remisión de los nuevos modelos por el de la posibilidad de "prohibir la utilización de las pólizas... que no cumplan lo dispuesto en" el número 2, potestad que ostenta la Dirección General de Seguros (art. 24.4).

- (71) Ni este precepto, ni en general los que contienen normas dirigidas a proteger al "asegurado", restringen el significado del término refiriéndolo exclusiva y específicamente al sujeto o elemento personal, *necesario*, de todo contrato de seguro, consistente en aquella persona que corre el riesgo (arts. 7; 8, párrafo primero, apartado 1, 11, 13, 83, entre otros), sino que con dicho vocablo designan a cualquiera de las personas que adquieren un derecho derivado de tal contrato –tomador del seguro, beneficiario, tercero perjudicado, asegurado en sentido estricto– como nos lo explica la Exposición de Motivos de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, al manifestar que amplía la

"protección al asegurado" extendiéndola "a los terceros perjudicados", y así, en el Capítulo VI del Título II, incluye bajo el epígrafe "protección al asegurado" preceptos cuya finalidad es proteger a "los asegurados, beneficiarios y terceros perjudicados" (art. 59), al tomador del seguro (art. 60), a los "tomadores del seguro, asegurados, beneficiarios, terceros perjudicados o derechohabientes de cualquiera e ellos" (arts. 61.1, 62.2 y 63.1).

- (72) Expresó el Tribunal Supremo en esta sentencia que "el seguro es, prácticamente, un contrato de los llamados de adhesión y, por consiguiente, en caso de duda sobre el significado de las cláusulas generales de una póliza (redactadas por las Compañías sin intervención alguna de sus clientes) se ha de adoptar, de acuerdo con la regla del art. 1.288 de nuestro Código Civil, la interpretación más favorable al asegurado, ya que la oscuridad es imputable a la empresa aseguradora, que debió haberse expresado más claramente".
- (73) Según ya destacué en otro lugar "la utilización en la contratación de lo que se vienen denominando "condiciones generales" es práctica tan extendida en la realidad actual que resulta anacrónico, desfasado, inútil y carente de base sólida el seguir especulando a estas alturas sobre dicho modo de operar en el tráfico económico, con discusiones sobre ... su consideración como privilegio de los grandes y "poderosos" empresarios frente a los "indefensos", "ignorantes" y "liliputienses" consumidores y usuarios... con olvido de que los consumidores y usuarios forman parte del mercado hacia el que opera el empresario, por lo que no resulta verosímil que elabora unas "condiciones generales" de contratación que ahuyenten a sus futuros posibles clientes, pese a los señuelos que les pueda lanzar con la publicidad"...."Además y sobre todo, figuran empresas; quienes pretenden" celebrar un contrato con la correspondiente entidad "tienen la posibilidad de examinar previamente las cláusulas, el contenido de las "condiciones generales", sometiéndolas, si así lo desean, al estudio de profesionales... con la consiguiente información técnica, especializada, que le permite al futuro contratante tomar una decisión fundamentada...", sin olvidar en cualquier caso que "las condiciones generales" utilizadas por los empresarios de cada sector "coinciden en su contenido y casi literalmente en cuanto al texto" y "por otra parte, permanecen inalteradas a lo largo de varios años" (J. Nicolás MARTÍ SÁNCHEZ: *El contrato de préstamo*, en "Aspectos prácticos de la contratación bancaria", monográfico 1995 de "Cuadernos de Derecho y Comercio", publicados por el Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, 1996, págs. 105 y ss.), circunstancias, las expuestas, que concurren en las "condiciones generales" contenidas en las pólizas de los contratos de seguro.
- (74) Vid. Jesús Nicolás MARTÍ SÁNCHEZ: *I brokers di assicurazioni nel diritto positivo spagnolo*, en revista "Assicurazioni", settembre-dicembre 1994, I, págs. 374 y 378, (también, en español, en "Revista Española de Seguros" n.º 84, octubre/diciembre 1995, págs. 49 y ss., y 54).
- (75) Jérôme KULLMANN: *Clauses abusives et contrat d'assurance*, en "Revue générale du droit des assurances", 1,1996, pág. 11.
- (76) J. KULLMANN: Op. y loc. cits., pág. 41.
- (77) J. KULLMANN: Op. y loc. cits., pág. 13.
- (78) J. KULLMANN: Op. y loc. cits. págs. 40 y ss.
- (79) Sobre interpretación de las condiciones generales de los contratos de seguro conforme a los arts. 1.282 y siguientes del Código Civil, ver sentencias del Tribunal Supremo de 21 de junio y 28 de julio de 1994.
- (80) Estos seguros, generalmente denominados "de responsabilidad civil" (automovilística, del cazador) no son –así opiné a raíz de la regulación en España del de automóviles– un seguro de responsabilidad civil, ni una figura compleja, como defendió algún autor, "sino más bien un seguro de daños a terceros... ya que el mismo viene impuesto para proteger a las víctimas y no al responsable –el conductor–..." (Jesús Nicolás MARTÍ: *L'assicurazione obbligatoria automobilistica in Spagna*, en revista "Assicurazioni", magg.-ago. 1964, I, pág. 360), tesis defendida posteriormente por GARRIGUES en su obra citada *Contrato de seguro terrestre*, desde la primera edición (Madrid, 1973), pág. 485, y luego en la 2.ª, pág. 414.
- (81) Lo expuesto encuentra su fundamentación en el art. 75 de la Ley CS: "Será obligatorio el seguro de responsabilidad civil para el ejercicio de aquellas actividades que por el Gobierno se determinen. La Administración no autorizará el ejercicio de tales actividades sin que previamente se acredite por el

interesado la existencia del seguro. La falta de seguro, en los casos en que sea obligatorio, será sancionada administrativamente"; infracción elevada a la categoría de penal –falta– por el Código Penal de 1995 si se realiza la actividad careciendo de dicho seguro (art. 636). (Sobre el citado art. 75 Ley CS vid. Fernando SÁNCHEZ CALERO: *Ley de Contrato de Seguro*, cit., vol. 2.º, en "Comentarios al Código de Comercio...", cit., págs. 591 a 618).

- (82) No obstante, se sigue elucubrando sobre tal cuestión. Así últimamente M.ª Luisa APARICIO GONZÁLEZ: *Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la póliza del contrato de seguro*, en "Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez", T. III, Madrid, 1996, págs. 2729 y ss.
- (83) F. VICENT CHULIÁ: *Compendio crítico...*, T. II, 3.ª ed., cit., págs. 517 y ss.
- (84) Sobre este documento vid. Ernesto CABALLERO SÁNCHEZ: *El documento de cobertura provisional (art. 5.º de la Ley del contrato de seguro)*, en "Comentarios a la Ley de contrato de seguro", vol. I, cit., págs. 403 y ss.
- (85) Luis Díez-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, 2.ª ed., 1ª reimpresión, Madrid, 1986, págs. 204 y ss.
- (86) F. SÁNCHEZ CALERO: *Ley de Contrato de Seguro*, vol. 1.º, en "Comentarios al Código de Comercio...", cit., págs. 150 y ss.
- (87) F. SÁNCHEZ CALERO: *Ley de Contrato de Seguro*, vol. 1.º, en "Comentarios al Código de Comercio..." T. XXIV, cit., págs. 98 y ss.
- (88) F. SÁNCHEZ CALERO: *Ley de Contrato de Seguro*, vol. 1.º, en "Comentarios al Código de Comercio..." cit., pág. 98.
- (89) Francisco Javier TIRADO SUÁREZ: *Acotaciones a la reforma de la Ley de contrato de seguro en la perspectiva del Derecho comunitario*, en "Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena", Madrid, 1991, pág. 1096.
- (90) J. GARRIGUES: *Contrato de seguro terrestre*, cit., pág. 114: "¿Qué calificación jurídica tiene el riesgo desde el punto de vista del contrato?", pregunta a la que él mismo responde así: "Es la causa, en el sentido de motivo determinante último para la celebración del contrato por el tomador del seguro. Y no es un motivo subjetivo variable, distinto en cada caso, sin un motivo constante que impulsa a contratar... La razón de ser del seguro está en el riesgo". "Luego" –añade– "éste es la causa del contrato", postura que ya sostuvo en la primera edición de dicha obra, (Madrid, 1973, pág. 131) y posteriormente en la 7.ª edición de *Curso de Derecho Mercantil*, revisada con la colaboración de Fernando Sánchez Calero, T. II, Madrid, 1980, pág. 283, pero no en las primeras ediciones de dicho *Curso*, en las que no se ocupa de esa cuestión; Fernando SÁNCHEZ CALERO: *Ley de Contrato de Seguro*, vol. 1.º en "Comentarios al Código de Comercio...", cit., pág. 99: "el riesgo se considera como elemento causal", pero en pág. 95 se expresa con menos contundencia: "El riesgo... incide en la causa del contrato"; Rodrigo URÍA: *Derecho mercantil*, Madrid, 1958, pág. 449, y ediciones posteriores, hasta la 23.ª, Madrid, 1996, pág. 773, siempre con el empleo de la siguiente expresión: el riesgo "constituirá un presupuesto de la causa contractual y... elemento esencial del contrato", incluida en un epígrafe titulado inicialmente "Elemento causal. El riesgo", y posteriormente "El elemento causal y el riesgo", Francisco VICENT CHULIÁ: *Compendio crítico de Derecho mercantil*, tomo 2, Valencia, 1982, pág. 544, y en 3.ª ed, T. II, Barcelona, 1990, pág. 509: "parece que la esencia de la causa del contrato de seguro es el riesgo".
- (91) Agustín VICENTE Y GELLA: *Curso de Derecho Mercantil Comparado*, 4.ª ed., Zaragoza, 1960, pág. 531.
- (92) Manuel BROSETA PONT: *Manual de Derecho Mercantil*, 8.ª ed., Madrid, 1990, pág. 501.
- (93) Se aproxima a la opinión que sostengo la adoptada por Langle al manifestar que le "parece cierta la doctrina que funda" la causa del contrato de seguro "en llenar la necesidad... del asegurado de poder satisfacer con certeza aquellas necesidades que eventualmente sean provocadas por verificarse un evento incierto", "certeza" que "se la proporciona el contar con la contraprestación que, a cambio de la prima, promete el asegurador" (Emilio LANGLE RUBIO: *Manual de Derecho Mercantil Español*, T. III, Barcelona, 1959, pág. 529).

- (94) J. GARRIGUES: *Contrato de seguro terrestre*, 2ª ed. cit., pág. 128.
- (95) A. DONATI: Op. cit., vol. II cit., pág. 189.
- (96) Luis DIEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. 1, Madrid, 1970, pág. 134.
- (97) A. DONATI: Op. y vol. II, cits., pág. 189.
- (98) J. GARRIGUES: *Contrato...*, cit., 2ª ed. cit., pág. 128.
- (99) Rodrigo URÍA: *Derecho mercantil*, Madrid, 1958, págs. 452 y ss., n.º 544, y en la 23.ª ed., Madrid, 1996, págs. 777 y ss., n.º 774; Fernando SÁNCHEZ CALERO: *Instituciones de Derecho mercantil*, II, Valladolid, 1968, págs. 142 y ss., también en la 18.ª ed., vol. II, Madrid, 1995, pág. 409; Emilio LANGLE RUBIO: Op. y vol. III, cits. págs. 528 y ss.
- Para Broseta el interés constituye uno de los elementos de la causa del contrato de seguro, junto con el riesgo, "esencial para el contrato de seguro contra daños" pero "irrelevante en los seguros sobre la vida de las personas" (Manuel BROSETA PONT: Op. cit., págs. 501 a 503).
- (100) Fernando SÁNCHEZ CALERO: *Ley de Contrato de Seguro*, vol. 3.º en "Comentarios al Código de Comercio..." cit., Madrid, 1989, pág. 7.
- (101) Así ya lo expuse en otra ocasión (Vid. Jesús Nicolás MARTÍ SÁNCHEZ: *El seguro de asistencia en viaje*, Barcelona, 1989, págs. 101 y s.).
- (102) Sobre estos dos significados o modalidades de "interés" –aunque no con referencia específica al contrato de seguro– vid. Luis DÍEZ-PICAZO: Op.cit., pág.134.
- (103) M. PICARD y A. BESSON: Op. y T. I, cits., pág. 296.
- (104) La función del interés como objeto del contrato de seguro de daños fue defendida por J. GARRIGUES en *Curso de Derecho Mercantil*, II, Madrid, 1940, pág. 380; también en la 7ª ed., Madrid, 1980, pág. 285. Pero en la obra *Contrato de seguro terrestre*, 2ª ed., citada, se muestra cauteloso, expresándose así: "Quizá lo más acertado sea admitir que en el seguro, a más del objeto y la causa, existen otros elementos peculiares, a saber, el riesgo y el interés" (pág. 131), manifestación que ya aparecía en la primera edición de dicha obra, anterior a la Ley de Contrato de Seguro (Madrid, 1973, pág. 161). Como se observa, no se mostraba coherente consigo mismo.
- (105) Manuel BROSETA PONT: Op. cit., pág.503.
- (106) Francisco VICENT CHULIÁ: *Compendio crítico...*, T. II, 3ª ed., cit., pág. 509.
- (107) J. GARRIGUES: *Curso...*, T. II, 7ª ed., cit., pág. 286; M. BROSETA: Op. y ed. cits., pág. 503, nota, y pág. 513.
- (108) Se opone también a esta distinción F.VICENT CHULIÁ: *Compendio crítico...* T. II, 3.ª ed., cit., pág. 509, y en la primera edición, T. 2, Valencia, 1982, pág. 544.
- (109) A este respecto resulta ilustrativo el clásico ejemplo de los posibles contratos de seguro contra incendios de una misma casa, susceptibles de celebrar simultánea e independientemente por el nudo propietario, por el usufructuario, por el acreedor hipotecario y por el arrendatario, para cada uno de los cuales la cuantía del riesgo, el valor del daño que sufra en caso de incendio, es distinto.
- (110) De esta cuestión se ha ocupado Jesús OLAVARRIA IGLESIA: *Algunas consideraciones sobre el pago de la prima del seguro mediante cheque*, en "Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont", T. II, Valencia, 1995, pág. 2571.
- (111) No comparto, pues, la opinión de GARRIGUES sobre utilización de "cheques, pagarés o letras de cambio", admitidos por el asegurador "como pago efectivo, declarándolo así expresamente", "pues en otro caso" –agrega– "los efectos del pago y, por consecuencia, el comienzo de la obligación de indemnizar del asegurador quedaría subordinado al cobro efectivo de tales documentos" (J. GARRIGUES: *Contrato de seguro terrestre*, 2.ª ed., cit., pág. 107), Es esto último lo que debe ocurrir, ya que la recepción *pro soluto* (en pago), de alguno de dichos documentos, particularmente pagarés y letras de cambio, se opone a la función de la prima en relación con la naturaleza del seguro.

En el mismo sentido por mí expuesto en el texto se expresa Sánchez Calero: "la entrega de esos

documentos sólo produce los efectos del pago cuando se hubiesen realizado, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado" (F. SÁNCHEZ CALERO: *La ley del Contrato...*, vol. 1.º, cit., en "Comentarios al Código de Comercio...", cit., pág. 226). Y si bien no puede considerarse habitual o usual la utilización de letras de cambio para pagar la prima, como opina el mismo autor, he de señalar que tampoco es excepcional ni puramente teórico tal sistema, que debe ser proscrito y objeto de control por parte de la Administración.

- (112) F. SÁNCHEZ CALERO: *Ley de contrato de seguro*, vol. 1.º, en "Comentarios al Código de Comercio..." cit., pág. 231.
- (113) Esta suspensión de la cobertura es puesta "en cuestión" por Calzada Conde "desde la perspectiva de la protección al consumidor" (María Ángeles CALZADA CONDE: *Protección de los asegurados, protección de los consumidores y legislación de control de la actividad aseguradora*, en "Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado", dirigidos por Evelio Verdera y Tuells, vol. I, Madrid, 1988, pág. 160), mas, dada la especial condición del asegurado (en cuanto "consumidor" o, mejor, usuario) en función de la naturaleza del seguro –que es por esencia mutualidad– exige la adopción de medidas –como la señalada de la suspensión de la cobertura por falta de pago de la prima– de protección al seguro y, consiguientemente, al conjunto de los asegurados como usuarios de aquél.
- (114) Jesús Nicolás MARTÍ SÁNCHEZ: *El seguro de asistencia en viaje*, cit., pág. 159.
- (115) José María DE LA CUESTA RUTE: *Consideraciones sobre la nulidad de los contratos celebrados por entidades no inscritas*, en "Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado", cit., vol. I, Madrid, 1988, pág. 268.
- (116) J. N. MARTÍ SÁNCHEZ: *El seguro de asistencia...*, cit., pág. 236, nota (118). Ramón Bernabé GARCÍA LUENGO: Consideraciones sobre el seguro por cuenta ajena, en *Rev. Der. Merc.*, 1983, pág. 41.
- (117) Pese a tal salvedad, la Ley CS impone al tomador del seguro, además de al asegurado –cuando uno y otro sean personas distintas– deberes "que por su naturaleza" deben ser cumplidos por el asegurado (arts. 16 y 17), "matización", según la denomina Sánchez Calero (F. SÁNCHEZ CALERO: *Ley de Contrato de Seguro*, vol. 1.º, en "Comentarios al Código de Comercio...", cit., pág. 133), que no encuentra traducción concreta en la propia ley, al carecer de previsión específica de deberes exclusivamente a cargo del asegurado.
- (118) Ramón Bernabé GARCÍA LUENGO: *Consideraciones sobre el seguro por cuenta ajena*, en *Rev. Der. Merc.*, 1983, pág. 41.
- (119) Según el citado art. 88 Ley CS "la prestación del asegurador deberá ser entregada al beneficiario, en cumplimiento del contrato...".
- (120) Excede del contenido de esta ponencia el análisis del precepto transcrito del Código Penal de 1995, no exento de dificultades hermenéuticas.