

Colección JURÍDICA GENERAL



Formación del contrato de seguro y cobertura del riesgo

MIGUEL L. LACRUZ MANTECÓN

Profesor Titular de Derecho Civil
Facultad de Derecho
Universidad de Zaragoza

Monografías

COLECCIÓN JURÍDICA GENERAL
TÍTULOS PUBLICADOS

- El incumplimiento no esencial de la obligación**, *Susana Navas Navarro* (2004).
- Derecho nobiliario**, *Carlos Rogel Vide (Coord.)* (2005).
- La liberalización del ferrocarril en España. Una aproximación a la Ley 39/2003, del Sector Ferroviario**, *José Antonio Magdalena Anda (Coord.)* (2005).
- Derecho agrario**, *Carlos Vattier Fuenzalida e Isabel Espín Alba* (2005).
- Matrimonio homosexual y adopción. Perspectiva nacional e internacional**, *Susana Navas Navarro (Directora)* (2006).
- Democracia y derechos humanos en Europa y en América**, *Amaya Úbeda de Torres* (2006).
- Derecho de obligaciones y contratos**, *Carlos Rogel Vide* (2007).
- Comentarios breves a la Ley de arbitraje**, *Ernesto Díaz-Bastien (Coord.)* (2007).
- La figura del Abogado General en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas**, *Rosario León Jiménez* (2007).
- Estudios de Derecho Civil**, *Carlos Rogel Vide* (2008).
- Código civil concordado con la legislación de las Comunidades Autónomas de Galicia, País Vasco, Navarra, Aragón, Cataluña y Baleares**, *Carlos Rogel Vide (Coord.)* (2008).
- Los créditos contra la masa en el concurso de acreedores**, *Miguel Navarro Castro* (2008).
- De los derechos de la nieve al derecho de la nieve. Tres estudios jurídicos relacionados con la práctica del esquí**, *Ignacio Arroyo Martínez* (2008).
- Deporte y derecho administrativo sancionador**, *Javier Rodríguez Ten* (2008).
- La interpretación del testamento**, *Antoni Vaquer Aloy* (2008).
- Derecho de la persona**, *Carlos Rogel Vide e Isabel Espín Alba* (2008).
- Derecho de cosas**, *Carlos Rogel Vide* (2008).
- Historia del Derecho**, *José Sánchez-Arcilla Bernal* (2008).
- Código civil concordado con la legislación de las Comunidades Autónomas de Andalucía, Asturias, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla-León, Ceuta y Melilla, Extremadura, La Rioja, Madrid, Murcia y Valencia**, *Carlos Rogel Vide (Coord.)* (2008).
- Marco jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad**, *M.^a Dolores Díaz Palarea y Dulce M.^a Santana Vega (Coords.)* (2008).
- Transexualidad y tutela civil de la persona**, *Isabel Espín Alba* (2008).
- Transmisión de la propiedad y contrato de compraventa**, *Luis Javier Gutiérrez Jerez* (2009).
- El caballo y el Derecho civil**, *Jesús Ignacio Fernández Domingo* (2009).
- Los créditos con privilegios generales: supuestos y régimen jurídico**, *Carmen L. García Pérez, Ascensión Leciñena Ibarra y María Luisa Mestre Rodríguez* (2009).
- Personas y derechos de la personalidad**, *Juan José Bonilla Sánchez* (2010).
- Estudios sobre el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía**, *Gabriel García Cantero* (2010).
- La posesión de los bienes hereditarios**, *Justo J. Gómez Díez* (2010).

Derecho de sucesiones, *Jesús Ignacio Fernández Domingo* (2010).
Derecho de la familia, *Carlos Rogel Vide e Isabel Espín Alba* (2010).
La reforma del régimen jurídico del deporte profesional, *Antonio Millán Garrido (Coord.)* (2010).
Estudios sobre libertad religiosa, *Lorenzo Martín-Retortillo Baquer* (2011).
Derecho matrimonial económico, *Jesús Ignacio Fernández Domingo* (2011).
Derecho de la Unión Europea, *Carlos Francisco Molina del Pozo* (2011).
Las liberalidades de uso, *Carlos Rogel Vide* (2011).
El contrato de servicios en el nuevo Derecho contractual europeo, *Paloma de Barrón Arniches* (2011).
La reproducción asistida y su régimen jurídico, *Francisco Javier Jiménez Muñoz* (2012).
En torno a la sucesión en los títulos nobiliarios, *Carlos Rogel Vide y Ernesto Díaz-Bastien* (2012).
La ocupación explicada con ejemplos, *José Luis Moreu Ballonga* (2013).
Orígenes medievales del Derecho civil. El universo de las formas. Lo jurídico y lo metajurídico, *Jesús Ignacio Fernández Domingo* (2013).
Sociedad de gananciales y vivienda conyugal, *Carmen Fernández Canales* (2013).
El precio en la compraventa y su determinación, *Carlos Rogel Vide* (2013).
Formación del contrato de seguro y cobertura del riesgo, *Miguel L. Lacruz Mantecón* (2013).

COLECCIÓN JURÍDICA GENERAL
Monografías

Director: CARLOS ROGEL VIDE

Catedrático de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

FORMACIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO Y COBERTURA DEL RIESGO

Miguel L. Lacruz Mantecón

Profesor Titular de Derecho Civil
Facultad de Derecho – Universidad de Zaragoza



Madrid, 2013

Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación "Formación del contrato: desde la negociación a la perfección del contrato" (DER2011-23056, Ministerio de Economía y Competitividad), del que es investigadora principal la profesora M^a Ángeles PARRA LUCÁN, Catedrático de Derecho civil en la Universidad de Zaragoza.

© Editorial Reus, S. A.
Fernández de los Ríos, 31 – 28015 Madrid
Tfno: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 445 11 26
E-mail: reus@editorialreus.es
<http://www.editorialreus.es>

1.ª edición REUS, S.A. (2013)

ISBN: 978-84-290-1739-7
Depósito Legal: M 12182-2013
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales Cometa, S. A.
Ctra. Castellón, Km. 3,400 – 50013 Zaragoza

Ni Editorial Reus, ni los Directores de Colección de ésta, responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan los autores de los mismos. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley.

Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

A Teresa, por todo.

Well! I've often seen a cat without a grin,
thought Alice; 'but a grin without a cat! It's
the most curious thing I ever saw in my life!

LEWIS CARROLL,
Alice's Adventures in Wonderland

1. EL MARCO LEGAL DEL CONTRATO DE SEGURO

1.1 LA REGULACIÓN ESPAÑOLA

1.1.1 Antecedentes históricos

Conviene a los autores que el origen del seguro moderno se halla en la contratación mercantil y en particular en el seguro marítimo. Prescindiendo de los precedentes griegos (*Lex Rhodia*), o romanos, como el *foenus nauticum*, antecedente del “préstamo a la gruesa”, es este contrato el que se considera como claro precedente del seguro. El préstamo a la gruesa es un contrato marítimo mediante el cual se comparten los riesgos entre un prestamista y un comerciante: El prestamista aporta las mercancías (o el dinero para comprarlas) al que emprendía el viaje por mar, estipulándose que éste le restituyera su valor con intereses, una vez retornado el navío con éxito de su expedición comercial, y soportando la pérdida de su capital si el barco no retornase. Se dice así que en realidad el préstamo a la gruesa es un contrato de seguro concebido a la inversa, pues en caso de no haber siniestro, el propietario de las mercancías devolvía su valor al prestamista más los intereses pactados (que sería como la prima en un seguro) en tanto que si había siniestro no tenía que devolverlo, con lo que quien soportaba la pérdida era el prestamista (como la soporta ahora el asegurador). Las Decretales de Gregorio IX (1234), al prohibir el pacto de interés en el préstamo a la gruesa, autonomizaron el negocio del préstamo del negocio del aseguramiento del riesgo del viaje, fijándose que la indemnización se debiera si se producía el daño, pagándose una cantidad que en lugar de llamarse intereses, que estaban prohibidos, se denominó prima.

MUCIUS SCAEVOLA¹ nos da cuenta del origen barcelonés, pero también italiano, del seguro marítimo europeo: “Fué en la capital de la región catalana donde se formó un cuerpo orgánico y jurídico del contrato de seguros marítimos, por medio de la Ordenanza publicada en 21 de noviembre de 1435 por los Magistrados de Barcelona para los seguros de mar, pudiendo repetir con Pardessus que «la Catalogne étant le pays ou l’on a redigé les plus anciennes lois connues du moyen âge sur les assurances maritimes» ... y pudiendo asimismo registrar el hecho de que naciones como Francia se han inspirado en aquella Ordenanza, para transplantarla a sus dominios de mar y tierra, aunque no hayamos de olvidar que en Italia, a principios del siglo XIV, se registraron los primeros pasos firmes del seguro”.

Resume LÓPEZ-BREA LÓPEZ DE RODAS² los datos más relevantes de esta evolución en España señalando que seguro marítimo nació en España en el siglo XIII en el Código de las Costumbres de Tortosa o con el Libro del Consulado del Mar (en particular, las Ordenanzas de Barcelona de 1433 y años siguientes). Los textos comunes, advierte este autor, como las Siete Partidas de Alfonso X o el Ordenamiento de Alcalá, legislan sobre la forma de compartir los perjuicios en el comercio marítimo en caso de accidente o tormenta (leyes del Título IX, “De los Navíos e del pecio de ellos”) o sobre el pecio (Título XXXII, Ley L) pero no sobre seguros.

Posteriores leyes españolas van a contener ya disposiciones sobre seguros, como las dictadas por los Reyes Católicos en 1491, Ley 135 del Cuaderno de Alcabalas que limitó la prima en las libranzas al 20 por ciento del valor de la cantidad asegurada. Asimismo las Ordenanzas de Burgos, de 1494 y publicadas en 1537, o las Ordenanzas de Sevilla de 1554 y 1555, o las Ordenanzas de Bilbao de 1560, todo lo cual se terminó plasmando en las Leyes de Indias (Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias) recogidas finalmente en la Recapitulación que se hizo en 1680 bajo el reinado de Carlos II en la que hay todo un capítulo dedicado a los “Aseguradores”, Título 39 del Libro IX. Para seguros distintos del marítimo, las Ordenanzas del Consulado de España en Brujas de 1569 regularon ya el seguro de vida, en concreto en el Título XX.

¹ MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado extensamente...* Redactado por Eugenio Vázquez Gundín, tomo XXVIII, Instituto editorial Reus, Madrid, 1953, pág. 26.

² LÓPEZ-BREA LÓPEZ DE RODAS, Jesús, *El intervencionismo público en los seguros privados*, Tesis Doctoral de la Facultad de Derecho-Departamento de Derecho Administrativo – UNED, 2010, en dialnet.unirioja.es/descarga/tesis/24091.pdf, pág. 26.

En España se siguió durante bastante tiempo en este ámbito contractual con el sistema de Consulados y Ordenanzas Municipales, así a las anteriormente citadas cabe añadir las Ordenanzas de San Sebastián de 1682, el Consulado de Cádiz, que se abrió en 1718, o las “Ordenanzas sobre seguros marítimos hechas por la Universidad y Consulado de la Villa de Bilbao de 1737” en las que por ejemplo se prohíbe el sobreseguro (asegurar “más cantidad que la que efectivamente importaren las mercaderías”, Ordenanza VII), sistema éste que pervivió hasta llegar a una normativa general con el Código de Comercio de 1829.

Sólo después la materia pasa a ser regulada por el Código civil y más tarde por una ley especial, lo que no es una peculiaridad propia del sistema español, como señala MUCIUS SCAEVOLA³: “Nuestras leyes rigurosamente civiles no habían abordado la materia, atribuida principalmente a las Ordenanzas de los Consulados y, después, al Código de Comercio, fenómeno observado en casi todas las naciones y sus Códigos civiles, empezando por el francés, siendo una de las contadas excepciones de entonces el Código civil de Austria, al cual imitó el Proyecto del Código civil español de 1851”.

1.1.2 El Proyecto Sainz de Andino y el Código de comercio de 1829

Para el presente trabajo no es necesario acudir a antecedentes remotos del seguro (préstamo a la gruesa, seguros marítimos), bastando con lo dicho, para a continuación examinar los precedentes legislativos del siglo XIX, comenzando por los Proyectos de Código. En el ámbito mercantil, el Proyecto de Código de comercio de 1829⁴, “Proyecto Sainz de Andino” por su impulsor, llegó, como nos dice LALINDE ABADÍA⁵, a ser el primer Código de comercio español por expreso mandato del rey Fernando VII,

³ MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil...* cit., pág. 26.

⁴ *Proyecto De Código De Comercio formado de orden del Rey nuestro Señor*, Por el Doctor Don Pedro Sainz de Andino, Madrid: 1829, por Don Julian Viana Razola, pág. 116.

⁵ LALINDE ABADÍA, Jesús, *Iniciación histórica al Derecho español*, Ariel, Barcelona, 2ª. Ed., 1978, pág. 251. En general la apreciación de este Código de comercio de 1829 es positiva, señalando LALINDE: “El Código mercantil de 1829 está redactado sobre la base del Código francés y de la doctrina de la misma nacionalidad, representada por Pardessus, aunque no deja de tener en cuenta el Derecho castellano, en especial el contenido en las ordenanzas bilbaínas de 1737. De mayor extensión que la de su modelo, ha sido considerado en alguna ocasión como superior a él. Es

el cual y a través del ministro López Ballesteros, “...presta oídos a las propuestas de codificación hechas por el jurista Pedro Sainz de Andino. Redactados simultáneamente dos proyectos, uno personal del citado jurista, y otro el de una comisión en la que actúa de secretario, es aceptado el primero y promulgado en 30 de mayo de 1829”.

En él se dedica el libro II a los *...contratos de comercio en general, sus formas y efectos*, y dentro de él se ocupa el Título octavo *De los seguros de conducciones terrestres*, en los artículos 417 a 425. Comentando la rúbrica del Título, GÓMEZ DE LA SERNA Y REUS Y GARCÍA⁶ nos definen el contrato de seguro de transporte como “...*contrato comercial bilateral aleatorio, en cuya virtud alguno se obliga á correr con el riesgo á que por casos fortuitos están espuestas en su conducción por tierra las mercancías que á otro corresponden, é indemnizarle por lo tanto de las pérdidas*”. Añaden que el que corre con los riesgos por la recompensa se llama *asegurador*, y el que para libertarse de ellos paga, *asegurado*; la cantidad que se paga, *prima ó premio de seguros*, y la escritura en que se extiende el contrato, *póliza de seguros*.

Este concepto doctrinal no aparece en la regulación codicial, que lo da por supuesto. Nos dirá así el Código de comercio en su dicción original, en el art. 417, que *Pueden asegurarse los efectos que se trasportan por tierra, recibiendo de su cuenta el mismo conductor, ó un tercero los daños que en ellos sobrevengan*. A continuación el 418 ya exige la forma escrita: *El contrato de seguro terrestre debe reducirse á póliza escrita, que podrá ser solemne, otorgándose ante escribano ó corredor; ó privada entre los contratantes, en cuyo segundo caso se formarán necesariamente ejemplares de un mismo tenor para el asegurador y el asegurado*. En tanto que el 420 refiere los datos que es necesario consignar en el contrato: nombres y domicilios, descripción del número y calidad de las mercancías, y el valor en que se aseguran, premio del seguro, ruta del transporte, etc.

Los comentaristas del Código⁷ resaltan la obligatoriedad de la póliza por escrito y apuntan que según el art. 7.º del Real Decreto de 8 de agosto de 1851 es preciso papel sellado: “Las pólizas ó certificados de contratos á la gruesa, de seguros marítimos ó terrestres de toda clase de bienes ó

complementado por una “Ley de enjuiciamiento mercantil”, obra del mismo Sainz de Andino, promulgada en 24 de julio de 1830”.

⁶ GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro, y REUS Y GARCÍA, José, *Código de comercio concordado y anotado por los directores de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Imprenta de la Revista de Legislación, Cuarta edición, Madrid, 1863, pág. 132.

⁷ GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro, y REUS Y GARCÍA, José, *Código...* cit., pág. 133.

efectos, se estenderán en papel del sello que corresponda al importe de las cantidades recibidas ó aseguradas, según la clasificación que para las copias de las escrituras públicas queda hecha en los seis artículos anteriores. Esta clasificación es la siguiente: se estenderá en papel del sello de ilustres el contenido del primero y último pliego de las copias ó traslados, cuando las cantidades que representen escedan de 11,000 rs. (art. 2.º de dicho decreto); en papel del sello primero si pasan de 8,000 y no esceden de 11,000 (art. 3.º); id. del sello segundo, si importan mas de 5,000 y no pasan de 8,000 (art. 4.º);...". Con lo que la formalidad se acentúa para este contrato.

Hay alguna norma interesante, como el art. 422, para evitar el sobreseguro: *El valor en que se estimen los efectos asegurados para el seguro no ha de esceder del que tengan según los precios corrientes en el punto adonde fueren destinados, y en cuanto esceda su avaluación de esta tasa, será ineficaz el seguro con respecto al asegurado.* Frente al mandato del art. 423 de que se responde de todos los *...daños que ocurran en los efectos asegurados de cualquiera especie que sean*, se apunta por los citados comentaristas a pie de página que "Aunque la disposición de este artículo escluye literalmente toda limitación, no parece justo que el asegurador deba responder de los daños causados deliberadamente á la cosa por el mismo asegurado. Mas si responden de los que ocurran por actos de la autoridad pública, á no ser que dicho asegurado hubiese dado ocasion á ellas desobedeciendo los mandatos de la misma".

A la regulación del contrato se une una reglamentación sectorial del seguro por la Real Orden y Reglamento acerca de las sociedades de seguros mutuos, de 28 de diciembre de 1857, cuyo preámbulo justifica dicha norma afirmando: *"Correspondiendo al Gobierno la proteccion de los intereses generales é individuales en la forma establecida por las leyes, se han dictado diferentes disposiciones encaminadas á vigilar el exacto cumplimiento de los estatutos y reglamentos de las sociedades de seguros mutuos que, con diversos objetos y mediante la previa autorizacion de S. M., se han constituido en España, siendo la mas eficaz la del nombramiento de delegados cerca de las mismas sociedades en los casos que lo ha estimado oportuno. Pero aunque esta medida, consignada en la ley de 28 de enero de 1848 sobre la constitución de las sociedades mercantiles por acciones ...ha ofrecido desde luego útiles resultados como garantia de los intereses comprometidos ...no ha producido por desgracia iguales efectos respecto de otras en que, á los defectos de sus bases constitutivas, se ha unido una tolerancia mal entendida por parte de los Delegados del Gobierno ... En esta atencion, ... la Reina (Q. D. G.) ha, tenido á bien mandar que, tanto con relacion á las de seguros*

mútuos ya autorizadas y establecidas, como á las que se autoricen y constituyan en adelante en todo ...se observe el siguiente reglamento...”

1.1.3 El Proyecto García Goyena

Cambiaremos ahora al ámbito civil. El Proyecto de Código civil del año 1851, comúnmente conocido como “Proyecto García Goyena”, por su autor, trata también del seguro, así en el Libro III, relativo a los modos de adquisición de la propiedad, Título XV, *De los contratos aleatorios o de suerte*, Capítulo II “De los seguros”, señalando el primero de sus artículos, el 1696: *Contrato de seguros es aquel por el cual el asegurador responde del daño fortuito que sobrevenga en los bienes muebles ó inmuebles asegurados, mediante cierto precio, el cual puede ser fijado libremente por las partes*. Comenta el propio GARCÍA GOYENA como antecedente remoto del contrato de seguro el contrato aleatorio, señalándose como precedentes los contratos aleatorios en el Derecho romano, en concreto los del título 2, libro 22 del Digesto, y título 33, libro 4 del Código, así como en el precedente del préstamo a la gruesa que es el contrato del dinero trajecticio, (ley 26, título 32, libro 4 del Código, y Novela 110).

Estamos en el ámbito del contrato aleatorio, definido en el art. 1695 inmediatamente anterior como ... *aquel por el cual una de las partes se obliga á dar alguna cantidad ó á hacer alguna cosa comun, equivalente de lo que la otra parte ha de dar ó hacer, para el caso de un acontecimiento incierto*.

En sus *Comentarios* a este Proyecto, D. Florencio GARCÍA GOYENA⁸ parece diferenciar ciertos contratos aleatorios guiados por la codicia de otros que intentan la prevención del riesgo: “En alguno de estos contratos una sola de las partes se espone á un riesgo en provecho de la otra por cierta cantidad que esta le da como precio del riesgo; en los mas de ellos, ambas corren un riesgo casi igual. El primer contrato indicado al hombre por la necesidad y la industria fue la permuta; el aleatorio debe ser considerado como el último, é inventado solamente por su codicia. Despues de haber sujetado á sus necesidades, deseos y goces todas las cosas materiales, todo lo que existe, y quanto pueden alcanzar sentidos, ha querido en las ávidas especulaciones. de su interés y en las combinaciones ambiciosas de su genio, pesar hasta el mismo destino y calcular el porvenir”. Como vemos, una descripción poco halagüeña del contrato aleatorio, más cerca

⁸ GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1974, pág. 883.

del juego y la apuesta que de la especulación razonable. Claro que más adelante realiza una descripción ajustada de la *alea* como integrante (casi “causa”) del seguro: “Así á favor de tales combinaciones nos creemos bienes presentes, dando un precio á probabilidades mas ó menos lejanas; simples esperanzas llegan á ser riquezas reales, y conjuramos, ó suavizamos, por sábias combinaciones, males inciertos, pero que, algun dia podrian ser demasiado reales; embotamos los golpes de la suerte asociandonos para su participación; esto basta para justificar suficientemente la legitimidad y conveniencia de los contratos aleatorios”.

A continuación en la regulación el art. 1697 nos refiere el seguro mutuo: *Tambien pueden asegurarse mútuamente dos ó mas propietarios el daño fortuito que sobrevenga en sus bienes respectivos. Este contrato tiene el nombre de seguros mútuos; y cuando en él no se ha pactado otra cosa, se entiende que el daño debe ser indemnizado por todos los contrayentes, en proporcion de los bienes que cada uno tiene asegurados.* Comenta GARCÍA GOYENA⁹ aquí que el caso de este artículo “...suele ser mas frecuente en los seguros contra incendios; y se diferencia del del artículo anterior, en que aqui no hay premio ó precio por la aseguracion; es mas bien una sociedad para un objeto determinado”.

Le sigue el 1698 con la obligatoriedad de la declaración del siniestro: *Cuando el daño ha sobrevenido, debe el asegurado ponerlo en noticia del asegurador en el caso del artículo 1696, y de los demas interesados en el caso del artículo 1697, dentro de los tres dias desde que sobrevino; y si no lo hiciere, no tendrá accion contra ellos. La prueba de haber ocurrido el daño por caso fortuito y sin culpa del que lo esperimentó, incumbe á este.* Y comenta GARCÍA GOYENA (loc. cit.) que este artículo 1698 “Es el 1290 Austriaco. Tres días. Es preciso fijar un término corto por la dificultad que en otro caso habría para la estimacion del daño, y para averiguar si provino de puro acaso ó de culpa del propietario”. Siempre ha sido, como vemos, un plazo corto el que se da para la declaración del siniestro.

Termina esta mínima regulación con el art. 1699: *Es nulo el contrato de seguros si al tiempo de celebrarlo tenia conocimiento el asegurado de haber ocurrido ya el año de que se le aseguraba, ó el asegurador de haberse ya preservado de él los bienes asegurados.* A lo que añade (loc. cit.) que este supuesto significa la quiebra del contrato por faltar “...todos los requisitos esenciales para la validez del contrato: no habria consentimiento por el error, ni objeto, ni causa del contrato: habria sí el dolo, previsto en el artículo 992. Pero si

⁹ GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios...* cit., pág. 884.

hubo buena fé, é igual ignorancia de parte de los dos contrayentes, ¿será valido el contrato, aunque la cosa hubiera ya perecido ó estuviera en salvo? Entiendo que sí: la suerte y la incertidumbre son la parte esencial de estos contratos: en el caso dado, una y otra son iguales para ambos contrayentes: la cosa pudo haber perecido ya, como pudo ya estar fuera de peligro”. Seguidamente el Capítulo III pasa a otros contratos aleatorios como son el juego y la apuesta.

1.1.4 La codificación

1.1.4.1 El Código de comercio

El Código de comercio de 1885 dedica al contrato de seguro, en el libro II (*De los contratos especiales del comercio*), el título VIII, *De los contratos de seguro*, artículos 380 a 438, divididos en las secciones dedicadas al «contrato de seguro en general» (arts. 380-385), a los seguros contra incendio (arts. 386-415), sobre la vida (arts. 416-431), de transporte terrestre (arts. 432-437) y, en fin, a las demás clases de seguros que cubran «riesgos que provengan de casos fortuitos o accidentes naturales» (art. 438), fórmula general con la que se pudo comprender cualesquiera nuevos riesgos. Nos dirá VERDERA Y TUELLS¹⁰ que aunque el Código de comercio de 1885 supuso en su momento un avance considerable en materia de seguros respecto del anterior Código de 1829, que se limitó a los seguros de conducciones terrestres, el panorama general seguía siendo muy poco satisfactorio.

El Código parte de un contrato de seguro mercantil, que se define en el art. 380 por la condición de comerciante del asegurador: *Será mercantil el contrato de seguro, si fuere comerciante el asegurador, y el contrato, a prima fija; o sea, cuando el asegurado satisfaga una cuota única o constante, como precio o retribución del seguro*. La formalidad contractual de la póliza se consagra en el art. 382: *El contrato de seguro se consignará por escrito, en póliza o en otro documento público o privado suscrito por los contratantes*; el contenido que debe referir la póliza se expone en el art. 383. Antes había tratado en el 381 de la nulidad del mismo: *Será nulo todo contrato de seguro: 1. Por la mala fe probada de alguna de las partes al tiempo de celebrarse el contrato. 2. Por la inexacta declaración del asegurado, aun hecha de buena fe, siempre que pueda influir en*

¹⁰ VERDERA Y TUELLS, Evelio, “Presentación”, en *Comentarios a la Ley de Contrato de seguro*, Colegio Universitario de Estudios Financieros – Consejo Superior Bancario, Madrid, 1982, pág. 33.

la estimación de los riesgos. 3. Por la omisión u ocultación, por el asegurado, de hechos o circunstancias que hubieran podido influir en la celebración del contrato.

La sección 2ª recoge el seguro contra incendios, declarando el art. 386 que *Podrá ser materia del contrato de seguro contra incendios todo objeto mueble o inmueble que pueda ser destruido o deteriorado por el fuego.* Consagra la esencia del pago de la prima el art. 388: *En el contrato de seguros contra incendios, para que el asegurador quede obligado, deberá haber percibido la prima única convenida o las parciales en los plazos que se hubieren fijado. – La prima del seguro se pagará anticipadamente, y por el pago la hará suya el asegurador, sea cualquiera la duración del seguro.* Añadiendo el 389 que *Si el asegurado demorase el pago de la prima, el asegurador podrá rescindir el contrato dentro de las primeras cuarenta y ocho horas, comunicando inmediatamente su resolución al asegurado... Si no hace uso de este derecho subsiste el contrato.*

El art. 393 es relevante por extender la indemnización a todos los daños y pérdidas materiales que se causen, aunque no los lucros cesantes, como resulta del 395. Naturalmente se prescribe en el 404 la obligación de participar del siniestro inmediatamente al asegurador, *...prestando asimismo ante el Juez municipal una declaración comprensiva de los objetos existentes al tiempo del siniestro, y de los efectos salvados, así como del importe de las pérdidas sufridas según su estimación.*

A continuación, la sección 3ª trata *Del seguro sobre la vida*, que conforme al art. 416 *...comprenderá todas las combinaciones que puedan hacerse, pactando entregas de primas o entregas de capital a cambio de disfrute de renta vitalicia o hasta cierta edad, o percibo de capitales, al fallecimiento de persona cierta, en favor del asegurado, su causahabiente o una tercera persona, y cualquiera otra combinación semejante o análoga.* Expresamente señala el 419 para la modalidad más común que *Podrá constituirse el seguro a favor de una tercera persona, expresando en la póliza el nombre, apellido y condiciones del donatario, o persona asegurada, o determinándola de algún otro modo indudable.*

Luego, la sección 4ª se ocupa *Del seguro de transporte terrestre*, definiendo el art. 432 que *Podrán ser objeto del contrato de seguro contra los riesgos de transporte todos los efectos transportables por los medios propios de la locomoción terrestre.* Comprende (art. 435) todos los riesgos y deterioros que sufran los efectos pero no los derivados de vicios de los mismos o del transcurso “natural” del tiempo.

Termina la sección 5ª hablando *De las demás clases de seguros*, en el último de los artículos dedicados al seguro, el 438: *Podrá ser asimismo objeto del contrato de seguro mercantil cualquiera otra clase de riesgos que provengan de casos fortuitos o accidentes naturales, y los pactos que se consignent deberán*

cumplirse, siempre que sean lícitos y estén conformes con las prescripciones de la Sección primera de este Título.

Para esta regulación señalan FRAX Y MATILLA¹¹ que la amplia libertad —o generalidad— de los términos del Código se corresponde con una fase de impulso del desarrollo económico, pero que también “...indica atraso, pues la mayoría de los países ya estaban entrando en una fase de libertad controlada, para evitar los desajustes del sistema. No hay rastro en España a lo largo de todo el Siglo XIX de la polémica que se produce en Francia sobre la naturaleza de la actividad aseguradora: en el país vecino amplias capas de la opinión pública piensan que el seguro debe considerarse más como un servicio público que como un mercado, y que por lo tanto debe convertirse en un monopolio estatal. La consecuencia natural es que el control de las sociedades de seguros fue mucho más riguroso en Francia que en España desde su origen hasta 1908”.

Añaden dichas autoras que en este Código el seguro de transporte no experimenta casi ninguna modificación sobre el anterior, al que copia el articulado, mientras que en el seguro marítimo, sólo hay que destacar la eliminación de algunas restricciones. Se regulan por vez primera ramas de seguros como los de incendios y la vida humana, así como de animales y de cosechas, optándose en el seguro de vida por una gran libertad en cuanto a sujetos asegurables y modalidades de seguro. Al resto de los ramos se dedica un solo artículo, que reconoce la posibilidad de seguro mercantil sobre cualquiera otra clase de riesgos. Concluyen las autoras, con una valoración negativa, que “Este Código de Comercio destaca, por tanto, por sus carencias, no por sus innovaciones, y muestra el desinterés o la ignorancia del legislador”.

Comenta en este sentido VERDERA Y TUELLS, citando a GARRIGUES, que la doctrina planteó críticas unánimes a la definición legal del contrato de seguro mercantil del artículo 380, sobre todo porque no exigía en el asegurador una dedicación profesional y permanente, por lo que calificaba la reglamentación del Código de comercio vigente de «completamente anticuada». Y añade: “Se echaban de menos «disposiciones generales sobre el seguro contra daños, que obligaba a una generalización, a veces muy difícil, de las normas del seguro contra incendios», por lo demás también «insuficientes, así como las del Seguro sobre la vida, donde no

¹¹ FRAX, Esperanza, y MATILLA, M^a Jesús, “Centenario de la Ley de Seguros de 1908 (I): La legislación sobre el sector asegurador en España”, *Revista Española de Seguros*, n^o 133-134, Enero-Junio 2008, pág. 88.

está prevista la complejidad de sus elementos personales», como tampoco lo estaba la regulación de otras formas del seguro de constante aplicación en la vida moderna (seguros agrícolas, seguros de accidentes, seguro de enfermedad, seguro de responsabilidad, seguro de crédito, etc.)”.

1.1.4.2 El Código civil

La redacción originaria del Código contenía entre los contratos del Libro IV una regulación específica del de seguro, en el Título XII, *De los contratos aleatorios o de suerte*, tras definir este tipo de contratos en el art. 1790 (*Por el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado*), y por tanto como uno de ellos, en el Capítulo II, *Del contrato de seguro*, artículos 1791 a 1797.

La regulación del seguro en los Códigos empieza siendo criticada por su insuficiencia, diciéndonos VERDERA Y TUELLS¹² que la normativa del contrato de seguro contenida en nuestros Códigos responde a la postura inhibicionista de un legislador decimonónico poco atento a la realidad, pues “...no llegó a tomar realmente posesión del imponente fenómeno de los seguros, propio de las sociedades industrialmente avanzadas... El C.c. consagra al contrato de seguro un solo capítulo (el cap. II, tit. XII, del L. IV) y escasos artículos, del 1.791 al 1.797, dedicados al seguro de daños a las cosas, que la doctrina no dudó de calificar de «insuficientes y raquíticos», carentes «de auténtico valor doctrinal y práctico, por su visión limitada e inactual (reducida al Seguro de daño en las cosas) y por no haber más seguro civil que el mutuo, a prima variable». Y más adelante nos señala este autor el poco adelanto que supuso la nueva regulación en el Código civil, amén de su descoordinación con el Código de comercio, entendiéndose que la promulgación del Código civil, tan sólo cuatro años después del de Comercio, no contribuyó a clarificar la ya de por sí confusa situación de falta de una adecuada correlación entre ambos Códigos.

Esta bipolaridad se resume, según VERDERA, en “...una «mezcla o incluso repetición de conceptos, en nuestros dos Códigos fundamentales», y en suma una situación que se sintetizaba en estas palabras: «confusio-

¹² VERDERA Y TUELLS, Evelio, “Presentación”, en *Comentarios a la Ley de Contrato de seguro*, Colegio Universitario de Estudios Financieros – Consejo Superior Bancario, Madrid, 1982, pág. 33.

ÍNDICE

1.	EL MARCO LEGAL DEL CONTRATO DE SEGURO	9
1.1	La regulación española.....	9
1.1.1	Antecedentes históricos.....	9
1.1.2	El Proyecto Sainz de Andino y el Código de comercio de 1829 .	11
1.1.3	El Proyecto García Goyena.....	14
1.1.4	La codificación	16
1.1.4.1	El Código de comercio.....	16
1.1.4.2	El Código civil	19
1.1.5	La Ley de Contrato de Seguro	24
1.1.5.1	Prolegómenos	24
1.1.5.2	La Ley 50/1980 de 8 de octubre: valoración y modificaciones	27
1.1.5.3	La anunciada reforma de la Ley.....	31
1.2	Regulación internacional.....	33
1.2.1	Alcance internacional de la materia.....	33
1.2.2	La unificación y modernización del Derecho europeo de los contratos: iniciativas.....	36
1.2.3	Unificación en particular del seguro.....	46
1.2.4	Los Principios de Derecho europeo del Contrato de seguro.....	50
1.2.5	Voces críticas acerca de los desarrollos europeos	55
2.	EL CONTRATO DE SEGURO: CONSIDERACIONES DOCTRINALES....	63
2.1	El seguro	63
2.1.1	Idea o concepto sobre la institución y sobre el contrato	63
2.1.2	La debatida “naturaleza” del contrato	67
2.2	El contrato de seguro	70
2.2.1	Concepto y clases.....	70
2.2.2	Características del mismo.....	73
2.2.3	Elementos del contrato	76
2.2.3.1	Causa del contrato: el riesgo asegurado	77

2.2.3.2	Objeto. El interés asegurado	81
2.2.3.3	Elementos personales	84
2.2.3.4	Elementos reales y contenido del contrato	90
2.2.3.4.1	La prima del seguro y la cobertura.....	90
2.2.3.4.2	Contenido obligacional del contrato	94
3.	LA FORMACIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO	103
3.1	El <i>iter</i> contractual.....	103
3.1.1	El requisito fundamental: el consentimiento.....	103
3.1.2	Tratos preliminares. La solicitud y la proposición de seguro	108
3.1.2.1	La solicitud de seguro.....	110
3.1.2.2	El cuestionario de seguro	116
3.1.2.3	La proposición de seguro.....	117
3.1.2.4	La aceptación de la proposición.....	124
3.1.2.5	Un derecho de arrepentimiento	127
3.2	Elementos formalizadores: la póliza	129
3.2.1	Valor probatorio de la forma.....	129
3.2.2	La forma de la póliza	133
3.2.3	El documento de cobertura provisional y otras certificaciones..	136
4.	PREVISIONES EN LOS ACTUALES DESARROLLOS EUROPEOS SOBRE EL CONTRATO DE SEGURO	141
4.1	El <i>Draft</i> o DCFR, aspectos relevantes para el contrato de seguro	141
4.1.1	Algunos preceptos en el <i>Draft</i> relacionados con la formación del contrato de seguro	141
4.1.1.1	El principio de libertad de forma para los contratos	141
4.1.1.2	La superación del mecanismo de la oferta y la demanda	143
4.1.1.3	El principio de no discriminación.....	148
4.1.2	Referencias en el articulado del <i>Draft</i> al contrato de seguro.....	152
4.1.2.1	Exclusión de ciertos seguros del derecho de desistimiento	153
4.1.2.2	Exclusión de la regulación especial sobre servicios	155
4.1.2.3	Exclusión del ámbito de las garantías.....	156
4.1.2.4	Referencias no relevantes para la formación del contrato de seguro	158
4.2	El contrato de seguro en los PEICL	163
4.2.1	Generalidades	163
4.2.2	La elaboración de los Principios de Derecho Europeo de Contrato de Seguro.....	166
4.2.3	El derecho de arrepentimiento: peculiaridades para el seguro ..	168
4.2.4	Principios relativos a la formación del contrato	170

4.2.4.1	No exigencia de forma escrita: la póliza	170
4.2.4.2	La solicitud y la propuesta.....	172
4.2.4.3	La perfección del contrato de seguro	174
4.2.4.4	La responsabilidad o cobertura.....	177
4.2.4.5	Tipos de cobertura: Eventual, preliminar, retroactiva y residual	178
5.	EL COMPLEJO PROCESO FORMATIVO DEL CONTRATO DE SEGURO Y SUS EFECTOS	187
5.1	La delimitación del problema de la formación del contrato.....	187
5.2	La proposición y la aceptación en la perfección del contrato	194
5.2.1	La proposición o propuesta como oferta	194
5.2.2	La aceptación de la oferta.....	201
5.2.3	Las directrices europeas en cuanto a oferta y aceptación.....	207
5.3	La eficacia del contrato de seguro y la cobertura	209
5.3.1	Planteamiento: la sonrisa del gato de Cheshire	209
5.3.2	La incidencia del seguro obligatorio, en particular el del automóvil.....	211
5.3.3	La cobertura preliminar.....	216
5.3.3.1	Planteamiento y ejemplos	220
5.3.3.2	La diferenciación con las cláusulas <i>claims made</i>	223
5.3.4	Coberturas provisionales.....	223
5.3.5	Cobertura residual.....	227
	BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA (Por autores)	231

