

Hacia una Europóliza. Los principios de derecho europeo del contrato de seguro* (Segunda Parte)

ABEL B. VEIGA COPO**

Fecha de recepción: 13 de febrero de 2012
Fecha de aceptación: 20 de noviembre de 2012

SUMARIO

1. Introducción. Un lento pero inexorable camino.
2. La dimensión pública de la actividad aseguradora. La supervisión y el control
3. El contrato de seguro, la dimensión privada del seguro.
4. Los Principios de Derecho Europeo de contrato de seguro.
5. PERFECCIÓN Y DURACIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO.
6. CONCLUSIÓN DEL CONTRATO.
7. COBERTURA PRELIMINAR Y RETROACTIVA
8. LA PÓLIZA DE SEGUROS

BIBLIOGRAFÍA

* El artículo se ajusta a la línea de investigación que el autor desarrolló sobre el tema de los principios europeos del contrato de seguro, la cual se concreta finalmente en la expedición del libro *“Los principios de derecho europeo del contrato de seguro”*, editado por la Pontificia Universidad Javeriana. Es una aproximación a la temática final recogida por su autor en el mencionado libro.

** Profesor Agregado de Derecho Mercantil y Seguro de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid – ICADE, licenciado y Doctor en Derecho de la misma universidad. Así mismo cursó los estudios de la Licenciatura en Ciencias Políticas y Sociología en la UNED y ha impartido docencia en las Licenciaturas de ADE, ITM y Derecho tanto en E-1 como E-3 (Derecho del Consumo, Derecho de Banca y Bolsa, Derecho Mercantil I y II y Derecho del Seguro).

RESUMEN

El gran esfuerzo doctrinario en materia contractual de nuestros días se ha redireccionado en la protección del débil, del vulnerable, del desinformado, de quien carece de conocimientos técnicos. El referido régimen protectorio se traduce en normas imperativas o indisponibles que constituyen lo que, desde 1804, se enuncia como “atentados al principio de la autonomía de la voluntad”. Hoy constituyen mitos, ya que desde una perspectiva ontológica, el legislador, el docente en el aula o desde el texto, el magistrado, decididamente hacen prevalecer la justicia contractual por sobre el principio vinculante.

Palabras clave: Equilibrio, desequilibrio, mitos, justicia contractual

Palabras clave descriptor: desequilibrio contractual, régimen protectorio, cláusulas abusivas.

ABSTRACT

The contracts theory of the most recent times has been redirected towards protecting the weak, the vulnerable segment of the population, the ill-informed ones, the ones who lack technical knowledge. The mentioned protection regime results in rules that are mandatory or not subject to the will of the parties which comprises what has been known since 1804 as “attacks against the principle of the autonomy of the will of the parties.” They are myths because from an ontological perspective, the legislator, the professor at the classroom or from the textbook itself, the judge, they all decidedly make the contractual justice prevail over the principle that binds the parties by the terms of a contractual relationship.

Key words: balance, imbalance, myths, contractual justice.

Key words plus: contractual imbalance, protection regime, abusive clauses

6. CONCLUSIÓN DEL CONTRATO

La sección tercera se inicia bajo la rúbrica de conclusión del contrato. La perfección del contrato de seguro, y en ella se abordará la forma de conclusión, la revocación de una solicitud de seguro, el periodo de reflexión y las cláusulas abusivas.

El artículo 2: 301 trata la forma de concluir el contrato y lo hace desde la libertad absoluta de forma, de tal modo que la perfección del mismo no requiere para su conclusión o prueba la forma escrita sin que tampoco se sujete a ningún otro requisito de forma, éste puede ser probado por cualquier medio, incluido el testimonio oral. Introducida definitivamente sin cortapisas la oralidad, otra cosa es la prueba de su existencia, los principios desembarazan de formalidad alguna la conclusión y perfección del contrato de seguro, al menos así lo hace *ad solemnitatem*. No siendo requisito esencial el rito formal de la póliza o documentación, indudablemente y a efectos *ad probationem* la forma escrita, máxime de toda la documentación y estipulaciones que rigen y normativizan, pero también demuestran el contrato seguirá cumpliendo una función de prueba extraordinaria.

No ha sido pequeña precisamente la discusión que se ha suscitado en torno a la forma del contrato de seguro, y no sólo en el ordenamiento asegurativo español, si bien ello no es óbice para que podamos proclamar que una de las características del contrato de seguro es la forma escrita, como también lo es su consideración de ser un contrato de adhesión a condiciones generales prerredactadas por la aseguradora, algo que por lo demás va íntimamente unido a la forma escrita. Nada desmerece tal aseveración el pequeño “auge” que a la postre está experimentando la contratación electrónica. Es más, una de las exigencias de validez y eficacia de las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado es precisamente la firma de las mismas

por parte del tomador, por lo que es ineludible la plasmación escrita y formalizada de las mismas, algo que igualmente es exigible y posible también en la contratación electrónica. Ahora bien, lo que no ha de confundirse es la substancia con la circunstancia. Es cierto que en el caso español, la propia ambigüedad que desprendía el viejo artículo 382 del Código de Comercio al declarar que el contrato de seguro se consignará por escrito, en póliza o en otro documento público o privado suscrito por los contratantes, se prestó a una dualización de las posturas. De ahí la existencia de esa dualidad en torno a la naturaleza del contrato, o formal o consensual sin apenas admitirse o defenderse posturas eclécticas. Algunos preconizaban pues el carácter formal del contrato, igualmente aceptado por algunas sentencias de nuestro Tribunal Supremo (entre las que pueden ser recordadas la ya clásica de 24 de febrero de 1927 y la de 18 de febrero de 1967, singularmente interesante y conocida), en el que, si llegado el caso, faltaba la emisión de la póliza, la consecuencia inmediata era que no podía producir obligación ni acción en juicio destacándose por tanto el carácter eminentemente formalista del seguro¹. Una interpretación estricta de esta norma debería conducir, en opinión de algunos, a excluir la solución del artículo 1279 del Código civil, y a entender que los contratos mercantiles en los que no se cumplen los requisitos de forma, no producen obligación ni acción en juicio y, por tanto, tampoco la acción dirigida al cumplimiento de la formalidad.

Esta interpretación no es compartida, sin embargo, por el resto de la doctrina moderna. Y la argumentación debe ser clara, puesto que si el párrafo final del artículo 52 no hace más que privar de obligación o acción en juicio, por tanto privar de eficacia a aquellos contratos que no llenen los requisitos de forma exigidos por la ley, habrá de admitirse que allí donde la forma escrita no se exija como requisito necesario para la validez del contrato, cumplirá una mera función instrumental, dirigida a la prueba y no a la existencia del contrato mismo. Constituirá, sencillamente, un requisito *probationis causa*, que, de no ser cumplido voluntariamente, permitirá que las partes puedan compelerse recíprocamente a llenarlo al amparo del artículo 1279 del Código civil, siempre que hayan intervenido el consentimiento y los demás requisitos esenciales del contrato².

Por el contrario la mayoría de los ordenamientos como de la doctrina extranjera y patria eran partidarios de abogar por el carácter consensual del contrato no considerando aplicable el artículo 52 del Código de Comercio ya que en el propio artículo 382 no se señalaba que la forma escrita fuese un requisito *sine qua non* de la eficacia del contrato, con lo que la póliza venía a cumplir simplemente una función probatoria del contrato. Es claro que el desarrollo del espiritualismo en la contratación y la liberación de requisitos y adherencias formales para la perfección y la eficacia de los

1. La STS de 18 de febrero de 1967, tras reconocer que según el Código de Comercio y el Código civil, es un contrato consensual, afirma su formalidad por imperativo de la jurisprudencia, en una clara referencia a la sentencia de 1927. Vid. GARRIGUES, *Contrato de Seguro Terrestre*, cit., p. 54.
2. Cfr. URÍA, *Derecho Mercantil*, cit., p. 627.

contratos es, sin duda, un evidente progreso en el orden jurídico y significativamente en la contratación de un seguro.

En definitiva, la discusión se centra y centraba en determinar si la exigencia de la forma escrita, hasta hace bien poco, santo y seña de muchas legislaciones de seguros, es de carácter constitutivo (*ad solemnitatem*) o si, por el contrario, el contrato de seguro es meramente consensual, en cuyo caso la formalización por escrito solo cumplirá una mera función probatoria (*ad probationem*) amén de informadora.

Los principios dejan claro o estatuyen la consensualidad del contrato de seguro y la libertad de formas. No rehúye de ninguna, antes al contrario, las facilita todas, incluida el testimonio oral, probablemente una de las más complejas a efectos probatorios. Ha de invocarse, en primer lugar, el principio general espiritualista que rige en nuestro Derecho privado en materia de contratos (artículos 1278 y 1279 del Código civil y artículo 51 del Código de Comercio), y conforme al cual, para identificar la existencia excepcional de un contrato de carácter formal, se precisaría una declaración del legislador suficientemente clara al respecto que, en realidad no se halla en nuestra Ley de contrato de seguro³. Por otro lado, según el artículo 52 del Código de Comercio se exceptúan del principio de libertad de forma “*los contratos que, con arreglo a este Código o a Leyes especiales, deban reducirse a escritura o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia*”, añadiendo el último párrafo de este precepto que cuando no llenen las circunstancias requeridas “no producirán obligación ni acción en juicio”. Cuestión bien distinta es que el contrato de seguro pueda ser formal en virtud de la ley, de modo que se exige la forma escrita para perfeccionar el contrato, como es el caso del seguro marítimo (artículo 737 del Código de Comercio).

Del mismo modo esto no significa tampoco que si las partes acuerdan que el contrato de seguro sea un contrato formal se exija la emisión de la póliza no con efectos meramente probatorios sino como requisito constitutivo o *ad solemnitatem*⁴. Incluso en este último supuesto puede darse la paradoja de que si el asegurador obliga al tomador del seguro a que transforme el contrato en formal y, por tanto, no como prueba del mismo sino con carácter constitutivo, podemos encontrarnos ante una cláusula limitativa de los derechos del asegurado, ya que el tomador es muy probable que ignore que, con independencia de que abone el pago de la primera prima o en su caso prima única, y que el contrato comience o despliegue sus efectos en una determinada fecha, una póliza con semejante cláusula implicaría un retraso en la

3. Sobre estos extremos véase entre otros MIROSA MARTÍNEZ, “Algunas notas sobre el régimen de la póliza”, cit., p. 162. Una síntesis de las distintas posturas y argumentos tanto de los formalistas como de los consensualistas en SALINAS ADELANTADO, “El carácter formal o consensual del contrato de seguro terrestre. Una cuestión nada “teórica””, cit., p. 4001 ss. Este autor opta al final de su estudio por una postura un tanto ecléctica defendiendo unas veces la formalidad y otras la consensualidad en función de los intereses del asegurado.
4. Véase URÍA, *Derecho Mercantil*, 28ª ed., Madrid, 2002, p. 760.

cobertura del riesgo por parte de la entidad aseguradora, pues lo frecuente y usual en la práctica aseguradora es que la cobertura y por tanto los efectos del contrato se inicien tras la entrega de aquélla. Será pues, necesario, examinar en cada caso si la forma se requiere como elemento esencial del contrato, o si esta exigencia tiene un alcance meramente probatorio, porque el requisito de forma no afecta a la validez del contrato, a no ser que la norma especial relativa a cada uno de ellos lo establezca así expresamente.

Se da una ausencia en el artículo 2: 301 de alguna expresión suficientemente significativa de la voluntad de otorgar carácter formal a dicho contrato, cuestión en suma debería ser interpretada, como un indicador esencial de la prevalencia del principio de la consensualidad en la configuración del contrato. Pero si la consensualidad es el axioma, la perfección del mismo procede toda vez que se acepta la propuesta de la aseguradora. Algo en lo que no inciden los principios. Una vez producida la aceptación o por mejor decir, una vez fundidas aceptación y oferta, el contrato se perfecciona, entendiéndose que queda perfeccionado desde que el oferente conozca la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. En cierto sentido es reflejo de lo que se conoce como teoría cognitiva atemperada⁵. Una regla que, en el caso del ordenamiento español, es fruto de la nueva redacción de los artículos 1262 CC y 54 CdC conforme a la redacción impuesta como consecuencia de la LSSI y que rige con carácter general para la perfección de los contratos civiles y mercantiles celebrados a distancia, con independencia del medio de comunicación empleado, y que no obstante tendrá una específica peculiaridad aplicable fundamentalmente a los contratos electrónicos, pero no a todos, sino únicamente a los concluidos mediante dispositivos automáticos.

Por tanto, la nueva regla o si se prefiere la antigua teoría de la cognición ahora matizada, significa que tanto si el proponente-entidad aseguradora sabe que la propuesta de seguro ha sido aceptada por el ya tomador del seguro como si, siendo consciente de ello, de las circunstancias del caso se desprende que debería haberlo conocido, el contrato de seguro se considerará celebrado. Basta en definitiva con la cognoscibilidad de la aceptación por parte del oferente para que se perfeccione el contrato. Una cognoscibilidad que trae su causa en la recepción de la aceptación, pues difícilmente puede conocer el predisponente la misma si ésta no alcanza su esfera o ámbito de control. Recibida ésta sólo si la ignora, sólo si falta a la buena fe, puede el oferente tratar de negar la perfección del contrato. Ahora bien, habrá que tener en cuenta que no siempre podrá exigirse del predisponente una atención presta y solícita durante las veinticuatro horas del día, pues no serán infrecuentes supuestos de recepciones de aceptaciones fuera del horario comercial. Todo depende en suma, de si tiene o no posibilidad real de tomar conocimiento de la misma. Por otra parte toda demora, pérdida o imposibilidad de entrega que fueren imputables a la aseguradora y no al tomador, perfeccionará igualmente el contrato. Lógicamente no le es imputable el retraso o extravío de la aceptación causado por un funciona-

5. Sobre la misma y para mayor profundidad véase GONZÁLEZ GONZALO, La formación del contrato, cit., p. 150 y ss.

miento anormal de los medios de comunicación empleados y seleccionados por el aceptante, pero sí lo es el que recibida la aceptación en circunstancias tales que fuera esperable su conocimiento inmediato y que éste no se produce por encontrarse ausente de su domicilio o establecimiento mercantil, o porque no consulte su correo, o por no querer hacerse cargo de una carta certificada. Este y no otro es el tenor de los artículos 1262. II CC y 54 CdC, cuando disponen que la aceptación remitida por el aceptante perfecciona el contrato si el oferente no puede ignorarla sin faltar a la buena fe. El aceptante no tiene que acreditar que el proponente conoció la aceptación, ¿cómo lo haría?, sino simplemente que tuvo la posibilidad de conocerla, o que si no la tuvo, no fue por causa propia⁶.

Asimismo la regla contemplada en estos dos artículos se aplica con independencia de los medios de comunicación empleados, sean de comunicación instantánea o interrumpida. No obstante es menester matizar respecto a los primeros, que dos personas que se hallen en lugares distintos sólo pueden celebrar un contrato de formación instantánea si utilizan medios de comunicación personal bidireccionales inmediatos, como es el teléfono, la videoconferencia o un chat de internet. Tan pronto como se emite la aceptación por el adherente la conoce el oferente y en suma se perfecciona el contrato, como si realmente las partes estuviesen presentes. Lo mismo sucede cuando la aceptación se envía por cualquier otro medio que sea verdaderamente instantáneo aunque no entrañe una comunicación personal bidireccional como por ejemplo el fax o el télex. En estos casos, salvo que la declaración se envíe fuera de horario comercial, habrá que entender que el contrato se perfecciona desde su recepción, ya que precisamente desde ese instante la aceptación es conocible por el oferente. En suma, los requisitos que han de cumplirse para que se entienda perfeccionado el contrato es, primero, que el aceptante expida diligentemente su aceptación, y segundo, la cognoscibilidad de esa aceptación.

Disciplina igualmente la sección tercera la posibilidad de revocación de una solicitud de seguro por parte del solicitante siempre que la revocación llegue al aseguradora antes de que el solicitante reciba la aceptación del asegurador. No nos dicen o regulan en momento alguno los principios el plazo temporal que debe durar esa fase precontractual desde que se produce una solicitud del seguro por parte del solicitante futuro tomador en su caso y la manifestación de una oferta, como tampoco el interin de validez irrevocable de la misma amén del momento de la aceptación y conocimiento de la misma por parte de la aseguradora que conforme al artículo 2: 302 además indica que el aseguradora manifestará su aceptación a la oferta aceptada previamente por el solicitante. No puede inferirse exégesis distinta si uno lee detenidamente el artículo en cuestión. Con estos vacíos genéricos al menos en la esfera temporal, al no indicarse plazos y teniendo que acudir a los genéricos que por remisión vehiculan estos principios a los de derecho contractual privado europeo, la incertidumbre es manifiesta.

6. Conforme GONZÁLEZ GOZALO, *La formación del contrato*, cit., p. 152; contra MENÉNDEZ MATO, *La oferta contractual*, cit., p. 250 para quién sí incumbe al aceptante probar que el destinatario de su aceptación no actuó con la diligencia debida para tomar conocimiento de ella.

Los principios permitiendo esta desconexión o revocación del solicitante, siempre que no hubiere aceptado la aseguradora la oferta o propuesta a su vez ya aceptada por el asegurado-solicitante, viene a reafirmar, al menos indirecta e implícitamente, que la solicitud de seguro no vincula a nadie ya que la vinculación por un *spatium deliberandi* no se produce en el caso del solicitante del seguro. Es obvio que quien emite una oferta-propuesta de seguro, ha de tener una efectiva y real intención de vincularse a su proposición de cara a perfeccionar un contrato que desea siempre que recaiga sobre ella la aceptación a la misma por parte del destinatario. Una oferta que para que lo sea o como por tal sea tenida en cuenta, ha de ser seria, rigurosa, definitiva y emitida con la intención clara de celebrar un contrato, por lo que el oferente queda ligado si la misma es aceptada por el destinatario. En cierto sentido la oferta ha de conceptuarse como el primer acto o momento de la generación del contrato, el vehículo que transporta y contiene la voluntad de una de las partes del contrato y que, una vez aceptada por la otra, lo perfecciona⁷. No es menos cierto que cabría la posibilidad que, aunque la solicitud no contenga la fijación de la cuantía de la prima que ha de pagarse, puede constituir verdadera oferta contractual del cliente, si se deja su concreción a la aseguradora a un momento ulterior. En todo caso la posible oferta del solicitante, que no mantenemos, nunca podría ser irrevocable. La solicitud ni es una oferta en firme ni es tampoco una simple oferta⁸. Los principios permiten esa desvinculación dado que no hay un compromiso de aceptación, amén de que todo lo más, la recepción de la oferta o propuesta planteada en su caso pro la aseguradora, puede ser rechazada igualmente, máxime por qué no admitir de suyo la revocación de una solicitud cuando por ejemplo se está en tratos preliminares o precontractuales con diversas aseguradoras al mismo tiempo y fructifica la relación contractual con una de ellas. De otra parte y salvo supuestos de contratación a distancia entre ausentes y en las que todavía colean las viejas teorías de la recepción, del conocimiento, emisión, etc., es difícil que se dilate en el tiempo esta recepción de la solicitud del seguro por parte de la aseguradora, dado que o bien se contrata con ella, o con sus agentes. Distinto sería el supuesto de contratación con intermediarios independientes.

Correlativa a la posibilidad de revocación está el derecho a desistir del contrato de seguro ya perfeccionado. Los principios bajo un epígrafe quizás ambiguo, quizás esquivo cuando no equivocado apelan a un periodo de reflexión en el que el tomador podrá desistir del contrato a través de una comunicación escrita dentro de las dos semanas siguientes a la recepción de la aceptación o, o si fuera ésta posterior, a la entrega de los documentos contemplados en el artículo 2: 501 que no son sino la póliza y las condiciones que han de ser entregadas. La aceptación, en tanto declaración de voluntad recepticia, es decir, dirigida al asegurador, manifiesta su conformidad con la oferta hecha, y la misma puede revestir diversas formas: expresa, tácita e, incluso, en determinados supuestos el silencio ha de ser interpretado como manifestación de la

7. En este sentido *vid.* CAPILLA RONCERO, voz: "Oferta", EJB, III, cit., p. 4561.

8. En este sentido GARRIGUES, *Contrato de Seguro*, cit., p. 91; SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro*, cit., p. 140.

voluntad⁹. La aceptación tiene como efecto la perfección del contrato, y para su eficacia ha de reunir los siguientes requisitos: ha de coincidir con la oferta en todos sus términos; ha de suponer una voluntad definitiva de contratar; ha de ser una voluntad dirigida al asegurador; podrá ser hecha en cualquier forma y, finalmente, habrá de hacerse en tiempo oportuno. El problema esencial como no podía ser de otra manera radica en la prueba de la existencia de esa declaración de la voluntad del tomador aceptando la oferta. No requiere la aceptación, en principio, forma específica, salvo en los supuestos en que así se establezca por vía legal o bien porque el oferente así lo exija.

La aceptación es normal que se haga por escrito mediante la firma de la proposición indicando el tomador del seguro que la acepta, eso sí, siempre que la proposición fuera escrita, pero nada impide que se lleve a cabo mediante actos concluyentes como puede ser el pago de la prima señalada en el articulado o clausulado de la proposición de seguro¹⁰. Es cierto que, en ocasiones, se ha tratado y aún sigue haciéndose, de limitar la declaración de aceptación imponiendo su plasmación escrita. Mas ello no es congruente ni con la finalidad de la propia Ley ni tampoco con la dinamicidad negocial del seguro, donde la rápida exposición al riesgo del interés que quiere asegurarse puede aconsejar una contratación verbal, sin detrimento de su formalización documental en un momento ulterior.

La declaración de aceptación, en tanto declaración de voluntad contractual emitida por el futuro tomador del seguro –destinatario de la oferta–, manifiesta el propósito o la intención seria e inequívoca de concluir el contrato de seguro en los términos establecidos en la proposición de seguro. Si no fuere concluyentemente seria e inequívoca, el destinatario, solicitante del seguro, demostraría las pocas intenciones de contratar o bien la intención de realizar una mera invitación para negociar los términos de la oferta con el fin de alcanzar el suficiente consenso que lleve a la perfección del contrato¹¹. La aceptación ha de ser también definitiva, es decir, pura y simple, además de recepticia, es decir, dirigida al asegurador, pero que en la práctica de la contratación es frecuente que la misma se dirija o manifieste al agente o corredor de seguros. El problema radica en que éstos puedan carecer de poder de representación y por tanto de vinculación interpartes entre el tomador y el asegurador. Tradicionalmente la jurisprudencia ha venido considerando que en el caso de los agentes, aun cuando estos no fueran representantes del asegurador, y en aras a la seguridad del tráfico y protección del asegurado, podían recibir válidamente la aceptación en tanto representantes aparentes. Se ha creado una apariencia jurídica de representación directa por la que el tomador mínimamente diligente ha creído que contrataba con quien tenía poder para hacerlo.

9. Vid. GONZÁLEZ GOZALO, Capítulo cinco de este Tratado, párrafos 108 y ss.

10. STS 28.2.90 (RJA 724) –considera aceptación tácita el pago de la prima del seguro–.

11. Como bien señala GONZÁLEZ GOZALO, cit., p. 71 no son aceptaciones, en consecuencia, las declaraciones que no conllevan la voluntad de quedar vinculado, como los acuses de recibo. La exteriorización del propósito inequívoco de obligarse es compatible con expresiones jocosas o que muestren un cierto descontento en relación con el contrato concluido, siempre que no pongan en duda la intención de perfeccionarlo.

La aceptación tácita requiere para su existencia que el aceptante realice actos o hechos que objetivamente y sin lugar a dudas signifiquen asentimiento o conformidad con la proposición de seguro. Serán actos de aceptación tácita aquellos que signifiquen o impliquen la ejecución de la prestación contractual o incluso los de preparación de dicha ejecución, como por ejemplo el mismo hecho de pagar o domiciliar el pago de la prima sin haber manifestado con anterioridad la aceptación explícita de la oferta de la aseguradora (vid. las SSTs de 28 de febrero de 1990 (RJ 1990, 724) que considera la aceptación tácita de la oferta de un contrato de seguro el pago de la prima anual, y la de 21 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1102) que entiende extinguido un contrato de seguro por la aceptación tácita de la oferta de mutuo disenso hecha por el asegurado consistente en no haber expedido la aseguradora en las fechas previstas nuevos recibos para el cobro de la prima¹². Como bien es fácil de suponer será necesario un análisis casuístico para saber qué actos pueden entenderse como aceptaciones tácitas de ofertas contractuales.

Incluso el silencio puede valorarse como verdadera declaración de voluntad que da nacimiento al negocio jurídico si expresa o tácitamente se le ha atribuido el significado de aceptación, hecho este que se producirá cuando se pacte o se entienda que la negativa sólo será eficaz si es hecha expresamente y dentro de un plazo determinado. De este modo también nacerá una responsabilidad negocial en aquellos supuestos en los que la vinculación por el silencio resulte de una disposición legal, del uso o de la buena fe¹³. Por tanto habrán de admitirse como supuestos excepcionales, aquellos en los que sí es factible otorgar relevancia jurídica al silencio con fundamento, bien en la ley, bien en el acuerdo entre las partes que han pactado *ex ante* la atribución de un concreto significado a ese comportamiento en principio negativo. De lo contrario, el silencio no puede valer en términos generales como declaración de voluntad, si el mismo implica un estado de simple inercia, esto es, un comportamiento meramente negativo de las partes, por lo que sólo cuando las partes valoren como declaración de voluntad el significado de esa aceptación o esa voluntad derive de actos más o menos significativos y concluyentes existirá declaración de voluntad tácita del sujeto, ya que éste aún sin exteriorizar de modo directo su querer mediante la palabra escrita u oral, adopta una conducta específica que al presuponer el consentimiento por una deducción razonable basada en los usos sociales y del tráfico, ha de ser valorada como expresión de voluntad interna, en definitiva, se trata de los hechos concluyentes (*facta concludentia*) y como tales inequívocos que sin ser medio directo de exteriorización del interno sentir lo da a conocer sin el menor atisbo de duda (vid. la ya citada STS de 28 de febrero de 1990 (RJ 1990, 724)). Por su parte la aceptación por el tomador del seguro ha de efectuarse en tiempo oportuno, esto es, de un modo tempestivo, antes de que la proposición del asegurador haya caducado por el transcurso del plazo estipulado en ella, un plazo que no puede ser inferior al preceptivo de quince días, pero que puede ser superior

12. Conforme, BRENES CORTÉS, “Régimen jurídico de la solicitud y la proposición en el contrato de seguro”, cit., p. 72; MARTÍNEZ GALLEGO, *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*, Madrid, 2000, p. 77.

13. Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, p. 69.

ya por que así se señale en la propia proposición, ya por que el asegurador manifieste su prórroga. Prórroga que incluso puede ser tácita como acontece cuando transcurrido el plazo fijado por el asegurador, el tomador acepta la propuesta formulada de forma tardía y el asegurador lo admite.

Sin duda una de las formas más expeditivas pero también radicales de decidir sobre la existencia misma del contrato es atribuir a una de las partes cuando no a ambas la posibilidad de desvincularse del mismo¹⁴. Y los principios, al igual que hace las regulaciones nacionales y sectoriales del seguro otorga la facultad de retractarse y desistir libremente del contrato de seguro celebrado al tomador del seguro que, en definitiva, es el aceptante-consumidor sin necesidad de fundarlo en causa alguna. La premisa común a toda una serie de normas y leyes que reconocen este derecho de abandono es que el consumidor no ha podido formar su voluntad adecuadamente y por ello se le reconoce el derecho de revocación. Probablemente esta es la mejor vía para que un aceptante de condiciones generales que a regañadientes se ha visto impelido a aceptarlas en aras de gozar de la correspondiente cobertura, pueda ahora desvincularse sin necesidad de alegarla motivación alguna. Un remedio taumatúrgico a fin de cuentas que se consolida si se quiere como un mecanismo indirecto de elusión y que las aseguradoras han de tener muy presente sobre todo a la hora de imponer determinadas cláusulas si no quieren verse abocadas a rupturas automáticas de demasiados contratos.

Es cierto de otra parte que son muchas y distintas entre sí las razones por las que se atribuyen a las partes esta facultad de desistimiento unilareral, máxime cuando quien ejerce la misma es un consumidor. Así si en cierto modo a través del desistimiento se purgan o remedian vicios de voluntad, flagrantes carencias de información, máxime cuando quien debe recibirlas es un consumidor, en nuestro caso, un usuario de seguros, o cuando la misma es inexacta o parcial, también se corrigen actitudes de mercado y comportamientos agresivos de empresarios o prestadores de servicios que no concurren ni leal ni transparentemente. Prevalece sin lugar a dudas un interés por encima de otro, el del consumidor.

El nuevo Texto Refundido de la Ley de consumidores y usuarios ha establecido un régimen general del derecho de desistimiento en los artículos 68 a 79. régimen que jugará como supletorio cuando la propia norma o ámbito regulador establezca el derecho de desistimiento, tal y como hace la Ley del contrato de seguro. Un derecho a desistir, a arrepentirse, a reflexionar y decidir en suma como si de un incumplimiento se tratase en sus consecuencias y que se atribuye por voluntad legal con indepen-

14. Así se pronuncia GARCÍA VICENTE, "La contratación con consumidores", en *Tratado de contratos*, (BERCOVITZ(Dir.)), II, Valencia, 2009, pp. 1443 y ss., p. 1493 que señala además como la eficacia será mayor si además se opta por atribuirle incondicionadamente, esto es, por no sujetar su ejercicio a alegación ni acreditación de causa alguna, permitiendo su ejercicio *ad nutum*. Justamente así se describe el derecho a desistir del contrato conforme al nuevo Texto refundido de 2007 en sus artículos 68 a 79 TRLGDCU.

dencia de que se reconozca además en cláusulas contractuales. Un derecho que se ejercita discrecionalmente, que es irrenunciable siendo nulos todo pacto convencional de renuncia al mismo y que, indefectiblemente se ve sometido su ejercicio a algunas reglas o condiciones.

En el ámbito del contrato de seguro sólo se reconocía este derecho de resolución que no rescisión como incomprensiblemente se acostumbra a denominar, dado que no hay ni lesión ni fraude de un contrato perfectamente válido y que tampoco tiene por qué haberlo, a ciertos seguros de vida (ver artículo 83 a) de la LCS) y que afortunadamente se ha ampliado esta posibilidad a los demás seguros contra daños, algo que ya habíamos postulado en su momento, y que al mismo tiempo se moduló y amplió también en la regulación que ya existía para seguros de vida¹⁵.

Se concede en suma una suerte de período de reflexión al consumidor, en nuestro caso al tomador del seguro, para que pueda replantearse el consentimiento prestado, siendo al mismo tiempo tempestivo el ejercicio de tal derecho de desistimiento, es decir, el consumidor ha de expedir la declaración en tal sentido dentro de plazo. No compartimos aquella postura que se inclina por concebir un consentimiento en dos fases. En efecto, un sector doctrinal se ha inclinado por temporizar el proceso de formación del contrato, de este modo en una primera fase concurrirían las declaraciones de ambas partes, oferta y aceptación, y en un segundo momento, el consumidor confirma su voluntad declarada dejando transcurrir el período de reflexión sin retractarse¹⁶. Esto sería lo mismo que admitir un contrato de formación progresiva. No obstante esta tesis casa mal con lo que es la propia dinámica y ejecución del contrato de seguro, entre otros contratos, pues si las partes cumplen, es porque existe ya un contrato, por más que la Ley concede al consumidor la facultad tuitiva y amparadora de reflexionar sobre ese contrato y llegado el caso ponerle punto final a través del desistimiento. Si no existiera el contrato hasta que expirase el plazo de desistimiento de qué serviría entonces pretender la cobertura frente a un determinado riesgo si durante el plazo de dos a cuatro semanas no va a ser objeto de seguro. Si no hay contrato hasta que expire ese plazo el asegurador no está en consecuencia obligado por lo que el asegurado no podrá exigirle indemnización alguna en caso de verificarse el evento dañoso que no siniestro pues no existe cobertura. Como vemos esta tesis no se ajusta

15. Véase la interesante reflexión que a través de un interrogante ¿ derecho de resolución o rescisión? se plantea CALONJE CONDE, "Novedades en materia de contratación de seguros", *Comentarios a la Reforma de la Normativa de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados*, (RUÍZ ECHAURI(Coord.)), Cizur Menor, 2004, pp. 297 y ss., p. 366, que como bien nos recuerda a muchos que pronto olvidan, la acción de rescisión que se regula en el Código civil es un poder jurídico de impugnación del contrato lesivo o fraudulento, correspondiendo la legitimación para ejercitar la acción exclusivamente al contratante perjudicado.
16. Como exponente de esta posición MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, "Formación y perfección del contrato", *Curso de Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, II, MARTÍNEZ DE AGUIRRE (Coord.), Madrid, 2000, pp. 359 y ss., p. 369.

a la dinámica aseguraticia en la que sí se ejecutan las contraprestaciones, y, en caso de resolución del contrato, el asegurador hará suya la parte de la prima proporcional a los días cubiertos devolviéndose la no consumida al tomador del seguro.

El tomador del seguro, sólo el tomador del seguro, goza de una facultad unilateral que como tal es irrenunciable. No se especifica si el tomador será persona física o jurídica. Y donde la ley no distingue no debemos hacerlo nosotros, por lo que cabe entender que este derecho se aplica a todo tipo de tomadores, sean o no consumidores¹⁷. Ahora bien, tampoco nos llamemos a engaños pues en el supuesto de seguros de vida en los que originariamente se concedía este derecho de resolución era y es impensable que una persona jurídica contrate un seguro de vida, salvo que lo haga por cuenta ajena y para alguna persona física, y máxime cuando se excluye de la aplicación de este derecho de resolución a los seguros colectivos¹⁸.

No confundamos lo que es ese derecho de desistimiento con lo que en puridad es la revocación de la oferta, en la que el oferente, la entidad aseguradora, realiza una nueva declaración de voluntad en virtud de la cual expresa su deseo de no contratar con el destinatario, es decir, el propósito serio y firme de impedir que la oferta despliegue los correspondientes efectos jurídicos. El oferente comunica su voluntad de no contratar y por tanto, su deseo de que la primera oferta realizada desaparezca. Ahora bien, así como en la generalidad de los contratos, la posibilidad de revocar la oferta encuentra su razón de ser o justificación en el hecho de que se carece de vinculación contractual por parte del oferente, en el ámbito del contrato de seguro, la libre revocabilidad de la oferta, proposición de seguro, choca irremisiblemente con el dictado del artículo 6 de la LCS que establece la vinculación de la proposición para el oferente entidad aseguradora durante un plazo de al menos de quince días¹⁹.

Limitan los principios el alcance del derecho de desistimiento cuando la duración del contrato sea inferior a un mes, o cuando se trate de coberturas preliminares, seguros de responsabilidad civil, seguros grupales o se produzcan prórrogas de los contratos. Algo que por lo demás viene siendo la pauta en los distintos ordenamientos si bien con ciertos matices.

17. Es cierto que la Directiva 92/96/CEE concedió la posibilidad de no aplicar el derecho de resolución en aquellos contratos de seguro en los que el tomador no necesitara beneficiarse de protección especial, es decir, que resultaría aplicable únicamente a los consumidores entendidos como asegurados personas físicas. No obstante nuestro legislador tiró por otro camino a la hora de transponer tal Directiva, limitándose a facultar para el ejercicio del derecho de desistimiento al tomador del seguro sin hacer mención alguna a si este debía ser consumidor, profesional, empresario, persona física o jurídica.
18. En idéntico sentido TIRADO SUÁREZ, *Ley Contrato de Seguro*, cit., p. 1554 ; también CALONGE CONDE, "Novedades en materia de contratación de seguros", cit., p. 369.
19. Sobre la revocación de la oferta, véase la reciente aportación de CUEVILLAS MATOZZI, "Revocación de la oferta: un análisis desde la órbita del Derecho Uniforme", AC, 2004, n 16, pp. 1877 y ss.

Cierra la sección tercera el artículo 2: 304 bajo el alusivo epígrafe de las cláusulas abusivas, el epicentro del condicionado para los principios. Es la primera vez que en la parte normativa de los mismos se hace referencia a cláusulas y dentro del amplio abanico existente, se regular o tienen en cuenta únicamente las abusivas. La premisa de la que parte el artículo es la de la no aplicabilidad de aquella cláusula que no siendo negociada individualmente por el tomador no será vinculante si causan un significativo desequilibrio en detrimento de sus derechos y obligaciones considerando la naturaleza del contrato de seguro, los términos del mismo así como las circunstancias en el momento en que el mismo fue concluido. Sí nos da una definición de lo que considera como cláusula no negociada individualmente al haber sido redactada previamente y el tomador del seguro, consecuentemente dice el artículo, no haya podido influir sobre su contenido, particularmente en el caso de los contratos de adhesión. Tónica ésta que además es la regla comunitaria que se ha ido armonizando en los ordenamientos de los estados miembros. Basta una mera remisión a la redacción del texto refundido de consumidores y usuarios de 2007 y en particular los artículos 80 y 82. Introduce así mismo las reglas interpretativas necesarias para salvar el contrato auto integrándolo o en su caso extirpar la cláusula abusiva.

Proscrito en suma todo atisbo de abuso y lesividad en una cláusula que atente contra la buena fe y el justo equilibrio, una cláusula que cree una situación inicua, desproporcionada y no equitativa entre las partes y especialmente, entre sus respectivas contraprestaciones, será lesiva o abusiva²⁰. Se ha planteado la difícil cuestión de si las cláusulas negociadas pueden ser o no lesivas, ya que la negociabilidad parece desterrar todo atisbo de lesividad. A nuestro juicio, no podemos ignorar que la lesividad de una cláusula es fácilmente extrapolable incluso a una condición que ha sido negociada por las partes, es decir, a una condición particular. Difícilmente es comprensible que un asegurado mínimamente diligente, sea partícipe en la redacción de una cláusula que pueda considerarse lesiva para el mismo. Y aún haciéndolo, siendo las normativas de seguro normalmente imperativas, únicamente se admitiría una cláusula que pese a la lesividad o aparente lesividad fuere más beneficiosa para al asegurado. Extremo este hartamente improbable en la práctica aseguradora²¹.

Es más que posible, por consiguiente, que las estipulaciones lesivas puedan encontrarse redactadas y ubicadas dentro de las condiciones particulares, aunque también es

-
20. Para ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., pp. 349 y ss., resulta obvio que carece de sentido hablar de nulidad parcial de una cláusula, puesto que con ella, o bien se hace referencia a una cláusula en sentido formal, que contiene varias en sentido material, o bien se incurre en una incoherencia al definir el concepto de cláusula en un sentido sin extraer todas las consecuencias lógicas y prácticas del mismo en lo que hace al ámbito de la nulidad, por lo que más que hablar de nulidad parcial de una cláusula en sentido formal, procede hablar de nulidad (total) de una cláusula en sentido material.
21. En parecidos términos PÉREZ-SERRABONA, *La póliza y la documentación del contrato de seguro*, cit., p. 75.

viable que su emplazamiento se verifique entre las condiciones generales, pues en ambas y, especialmente en las particulares, que presunta y presumiblemente han sido negociadas entre las partes y no impuestas, es contraria a lo que cabría esperar objetivamente del tipo de seguro que se plasma en el contrato; al ser la cláusula negociada y discutida entre las partes, al menos aparentemente, parece que nunca dejaría o buscaría un deliberado desequilibrio del asegurado, mas lo cierto y, aunque no atente directamente contra algún concreto precepto legal de los Principios o de la LCS, sí iría en contra de los principios en que se inspiran los artículos 6, 7 y 1255 del Código Civil²². En cierto sentido, el espíritu de la norma es el de extender la prohibición de la lesividad también a las cláusulas particulares²³. Por tanto, toda estipulación incluida en un clausulado ya sea particular ya sea general, que es contraria a lo que cabe esperar de la contraparte y de sus actuaciones concretas, es lesiva por la desproporción, desequilibrio y la iniquidad que pueden provocar al asegurado. Es más, semejantes cláusulas ya acordadas por las partes, ya impuestas por la aseguradora, al vulnerar el carácter imperativo y, por ende, tuitivo y amparador de la ley, provoca que no sólo sean lesivas sino que también se considerarán ineficaces porque son ilegales.

Las cláusulas lesivas pueden hallarse o situarse por consiguiente en cualquier lugar del contrato, tanto bajo el epígrafe de exclusiones como intercaladas entre otras estipulaciones o tipos de cláusulas. Incluso los principios postulan en el apartado tercero de este artículo 2: 304 la posibilidad de que existan estipulaciones que restrinjan o modifiquen la cobertura, extremo que califican también como abusivas. Bien es cierto que, en este caso estamos ante cláusulas delimitativas del riesgo, que sólo serían lesivas cuando desnaturalizasen por completo la causa misma del contrato de seguro, en otro extremo, creemos que generalizar la abusividad de un modo genérico a una restricción o modificación de cobertura excede una mínima lógica y prudencia jurídica. Aquí debería matizarse más el alcance de la restricción de cara a

22. Este fue el supuesto que tuvo entre otras cuestiones que dirimir la STS de 20 de marzo de 1991 (RJ 1991, 2267) que centraba su análisis en la cláusula undécima referente a las condiciones particulares, y que finalmente fue calificada como lesiva. Vid. también la posición de LARRAYA RUÍZ, *Las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados. Artículo 3.1 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro*, cit., pp. 85-86, que añade como las cláusulas particulares no negociadas si van contra el lógico equilibrio de las prestaciones y son aberrantes y cercenadoras de forma muy importante de los derechos de los asegurados, serán lesivas y su carácter de particulares no les eximirá de la calificación de lesividad. Partidarios de que las particulares también pueden ser lesivas, entre otros EMBID IRUJO, "La protección del asegurado: su consideración como consumidor", Cuadernos Derecho Judicial, Madrid, 1995, p. 24; GUIASOLA PAREDES, *Cláusulas limitativas y delimitadoras del riesgo en el contrato de seguro*, Madrid, 2000, p. 92; FERRANDO VILLALBA, "Interpretación de las cláusulas generales limitativas de los derechos del asegurado", RES, 1996, nº 87, p. 162; contra fundamentalmente SÁNCHEZ CALERO, *Ley Contrato de Seguro*, cit., p. 90 y ss., manifiesta que respecto de las cláusulas negociadas no pueden ser lesivas por haber sido negociadas.
23. Vid. en este sentido LARRAYA RUÍZ, *Las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados*, op. cit., p. 85.

la nulidad o no de la misma por abusivo. No está reñida su propia naturaleza con la de otras, es más, es normal que se disimulen bajo otro tipo de cláusulas o que estas simplemente lleguen a ser además de limitativas, lesiva, o además de exclusivas del riesgo, lesivas o abusivas. Lesivo es todo aquello que produce daño o perjuicio²⁴. Por tanto cláusula lesiva es aquella que es perjudicial o dañosa para el asegurado, incluso aunque la hubiere negociado individualmente. Una cláusula que vulnera el principio general *alterum non laedere*, referido en este caso al contratante asegurado²⁵. De este modo, podemos encontrarnos con cláusulas que son lesivas porque van en contra de la ley, cláusulas que se convierten además en cláusulas ilegales, pero también habrá cláusulas que son lesivas aun sin ir en contra de un precepto concreto, y por tanto sin contradecir ninguna norma de derecho imperativo; y no es una contradicción ni tampoco una entelequia, todo lo contrario, son lesivas porque gravan y perjudican en extremo al asegurado y a sus derechos como tal, aun con independencia de que este último las haya aceptado consciente o inconscientemente o se hubiere visto obligado a aceptarlas si realmente quería proveerse de un contrato de seguro; son cláusulas en definitiva vejatorias y dañinas para el asegurado y sobre todo, para los intereses económicos y jurídicos del asegurado titular del interés del seguro ya sea de un bien, un conjunto de objetos o un patrimonio, ya sea de su propia vida o las contingencias y vicisitudes que rodean a ésta²⁶. Acepte o no acepte tales cláusulas, siempre llevarán el estigma de su ineficacia si suponen una lesión para el asegurado²⁷.

24. Prácticos y teóricos difieren o emplean indistintamente expresiones tales como vejatorias, abusivas, lesivas, incluso leoninas para referirse a las cláusulas lesivas. Sería a finales de los cuarenta cuando MESSINEO, sostuvo que las cláusulas a las que alude el artículo 1341 del Codice debían denominarse como vejatorias o de sometimiento porque están dirigidas a mantener a la contraparte en situación de inferioridad jurídica. Explicito AULETA, "Le clausule vessatorie nella giurisprudenza", en *Il Contratto*, [BIANCA(a cura di)], I, Milano, 1984, pp. 15 y ss.
25. Así PÉREZ SERRABONA, *El contrato de seguro*, cit., p. 259.
26. No toda la doctrina comparte el criterio de si una cláusula lesiva va contra una norma imperativa o no. Así partidarios de que las estipulaciones lesivas van contra la imperatividad de las leyes destacan PÉREZ SERRABONA, *El contrato de seguro*, cit., p. 258 para quien se convierten en este caso en ilegales; CABALLERO SÁNCHEZ, *El consumidor de seguros*, cit., p. 137 al quebrantar una norma imperativa aunque también admite que la lesividad se extienda a otros ámbitos; PEÑAS MOYANO, *La protección del asegurado*, cit., p. 43 defiende que hay dos clases de estipulaciones lesivas, a saber, las que agravan y perjudican al asegurado y las que van en contra de la ley. Otros autores por el contrario, opinan que las lesivas no van contra la imperatividad de las leyes y por consiguiente no contrarían los preceptos de la LCS, entre ellos destacamos a SÁNCHEZ CALERO, *Ley Contrato de Seguro*, cit., p. 90 y ss., quien defiende que no van contra un precepto concreto de la LCS, pero manifiestan un claro desequilibrio entre derechos y obligaciones de las partes o contravienen la buena fe, en detrimento del asegurado, por lo que el Juez debe valorarlo en cada litigio. También BARRÓN DE BENITO, *Condiciones generales de la contratación y contrato de seguro*, Madrid, 1999, p.89
27. Nos ofrece STIGLITZ, *Defensa de los consumidores de productos y servicios*, Buenos Aires, 1994, pp. 199 una amplia panorámica de los criterios distintos y distantes que las cláusulas abusivas pueden ofrecer.

Nada tienen que ver las cláusulas o estipulaciones lesivas por consiguiente con las cláusulas limitativas que serán legales siempre que cumplan con los específicos caracteres de validez que para las mismas se les exige. Cláusula limitativa y cláusula lesiva bajo ningún concepto son sinónimas. Se dice incluso, que las cláusulas lesivas son todas limitativas de derechos en sentido amplísimo y jamás serán convalidables aunque el asegurado las aceptare, pues lesionando derechos, de paso también los limitan en cierto sentido, y de forma contraria a derecho. Lo cual no quiere decir que toda cláusula limitativa sea lesiva, sino que sólo algunas lo serán o, por mejor decir, podrán serlo.

El concepto de condición lesiva, ha de entenderse en suma, que es más estricto que el de cláusula limitativa, ya que precisamente existen cláusulas limitativas perfectamente válidas²⁸. Es claro que en nuestro ordenamiento asegurativo, cuando una cláusula o estipulación, ya general, ya particular contraría la Ley de Contrato de Seguro u otra norma de carácter imperativa será nula por contradecir los dictados del artículo 6.3 del CC así como cualquier norma imperativa. La propia LCGC establece en su artículo 7 que no se incorporarán al contrato las condiciones generales no conocidas por el adherente, las no firmadas cuando así fuere necesario, las ilegibles, las ambiguas, oscuras e incomprensibles (artículo cuyo parangón se halla mutatis mutandis en el propio artículo 3 de la LCS)²⁹. Por su parte y pese a lo desconcertante y hasta contradictorio que es, el artículo 8 de aquella Ley, califica de nula la cláusula general que contradiga en perjuicio del adherente (entiéndase asegurado) lo regulado en esa ley u otra de carácter imperativo o prohibitivo. Desconcertante porque para no decir nada nuevo no hacía falta repetirlo. Es de cajón lo que afirma, pues no dice prácticamente nada que no derive de otros preceptos de la propia Ley o de

28. En este sentido SÁNCHEZ CALERO, *Ley Contrato de Seguro*, cit., p. 90. Para PAGADOR LÓPEZ, “Régimen jurídico de las condiciones generales”, cit., p. 103 y ss., las cláusulas limitativas pueden ser objeto de control de lesividad y si son declaradas lesivas se tendrán por no puestas y serán nulas. Nada empece a que una cláusula limitativa válidamente aceptada sea ulteriormente sometida a control de lesividad. La cuestión es determinar si en ese interin se ha incorporado al contrato o no. Para LARRAYA RUÍZ, *Las cláusulas limitativas de los derechos*, cit., p. 102 una cláusula que es nula nunca podrá incorporarse en un contrato ni formar parte de él. Sólo se integrará y formará parte del contrato una cláusula cuando sea válida y no contraría la legalidad vigente. Vid. también el elenco práctico de cláusulas lesivas que recoge en su estudio sobre protección del asegurado PETIT LAVALL, “La protección del asegurado en la doctrina de nuestros tribunales”, cit., p. 84 y ss., donde analiza con detalle y acertadamente alguna de las cláusulas lesivas más polémicas, como son, la cláusula de rescisión unilateral post siniestro, la del lugar de declaración del siniestro, el retraso en la comunicación del siniestro, la inversión de la carga de la prueba, la imposición de una cláusula de arbitraje, la que establece el concepto de robo, etc.
29. Véase entre otros el comentario al artículo 7 de la LCGC de GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, (BERCOVITZ, R.(Dir.)), Elcano, 1999, pp. 235 y ss., p. 238 y ss.

otras Leyes, significativamente el Código civil³⁰. Por lo que con la promulgación de la LCGC se viene a establecer normativamente la nulidad de las condiciones generales incluidas en los contratos de seguro³¹.

Es más, la Ley de Condiciones Generales sí definía lo que para ella son cláusulas abusivas (rectius, lesivas en la terminología del seguro), a través del añadido del artículo 10 bis de la LGDCU y hoy explícitamente el artículo 82 del texto refundido de 2007. En líneas generales, se entiende por abusivas aquellas cláusulas que conllevan en sí un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes que deriven del contrato, en perjuicio de los consumidores y contrarias al derecho imperativo y que suponen para el asegurado (consumidor) una especial onerosidad. Con esta modificación se está protegiendo a los consumidores no sólo contra las condiciones generales de los contratos sino también frente a aquellas cláusulas que no hayan sido negociadas individualmente, aun cuando no sean condiciones generales de los contratos por no haber sido predispuestas para una pluralidad de contratos sino para uno solo³². Acaso no produce un cierto desequilibrio aquella cláusula que obligue y trate de vincular al asegurado o asegurados durante un determinado tiempo de modo que con las primas que pague a lo largo de los años amortice otros siniestros, pensemos en los seguros de decesos o fallecimiento en los que se asegura a toda la familia. Hasta hace bien poco la práctica aseguradora de este ramo aseguraba también a los mayores de una determinada edad con la condición de que se asegurasen los más jóvenes del núcleo familiar y que esa vinculación durase unos determinados años, de modo que la parte de las provisiones que estos asegurados paguen a lo largo de su vida conforme a la tarificación y tablas de morbilidad sufraguen con creces el riesgo y siniestro futuro pero próxima que significa asegurar a una persona mayor o anciana. En definitiva con esa vinculación no sólo se abona el óbito propio sino también el ajeno aunque sea cercano o próximo familiarmente.

Huelga señalar que cuestión capital de la autonomía y libertad contractual es la búsqueda del equilibrio, incluso de reequilibrar producido el abuso, ese contrato. Extirpar la abusividad de una cláusula, y por ende, de un contrato, es hallar y encontrar el reequilibrio necesario de una relación jurídica contractual³³.

30. Sobre el particular véase la aguda crítica de BERCOVITZ, Artículo 8. Nulidad, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, (BERCOVITZ, R.(Dir.)), Elcano, 1999, pp. 259 y ss., p. 261.
31. En este mismo sentido LARRAYA RUÍZ, *Las cláusulas limitativas de los derechos*, cit., p. 103; BARRÓN DE BENITO, *Condiciones generales de la contratación*, cit., pp. 200-206.
32. Conforme VERGEZ, "El contrato mercantil", en *Lecciones de Derecho Mercantil*, (MENÉNDEZ(Dir.)), Madrid, 2003, p. 527.
33. Señala ALPA/PATTI, *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, I, Milano, 1997, p. 8, como el concepto de significativo desequilibrio es una noción de carácter general con contenido indeterminado donde el juez queda facultado a ponderar la posibilidad de que la cláusula sea abusiva en función de criterios que la norma no le marca con precisión. Para ORDOQUI CASTILLA, *Desequilibrio de los contratos*, Montevideo, 2008, p. 155 existe un principio de razonabilidad que considera razonable y por tanto exigible lo que toda

La pregunta que hemos de hacernos es si una cláusula lesiva y, como tal prohibida, es nula única y exclusivamente ella o por el contrario extiende esa calificación o ineficacia a la totalidad del contrato. El artículo 2: 304 (2) de los Principios parte de la viabilidad y eficacia del contrato de seguro si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas. De no serlo se extirpa la cláusulas y se sustituye por otra que las partes podrían haber acordado razonablemente si hubieran conocido el carácter abusivo de la cláusula, ¿quid si no lo conocían ni podían preverlo, ¿cómo se autointegra ese contrato? Aquí debería haber profundizado más la redacción del artículo. Por tanto, se trata de dirimir si estamos ante situaciones de nulidad parcial de la cláusula lesiva o ante una situación de nulidad absoluta del contrato. En definitiva se trata de decidir si es posible conservar o salvar el contrato de seguro cuando sea salvable o, por el contrario y, en último extremo, asumir la ineficacia total del contrato cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada.

El análisis o examen de estas consecuencias obliga a dar respuesta a dos conjuntos de cuestiones. En efecto, en primer lugar, habrá que determinar si debe mantenerse o no la validez del contrato en su conjunto, por lo que habrá que decantarse o bien por la nulidad parcial o bien por la nulidad total y, en segundo lugar, y no por ello menos importante, y en el caso de que afirmemos la validez del resto del contrato de seguro, tenemos que determinar la regulación sustitutiva, es decir, determinar la integración del contrato. Una cosa es determinar la parte del contrato con condiciones generales que debe declararse ineficaz, o lo que es lo mismo, su ámbito de nulidad, y otra bien distinta es proceder a examinar los problemas relativos a la sustitución de la parte nula, es decir, de qué modo se procede a integrar el contrato de seguro, determinándose con ello la regulación sustitutoria de ese ámbito de nulidad que resulta ineficaz. Y todo ello sin ignorar que las reglas de integración del contrato están pensadas para cubrir lagunas contractuales provocadas por una falta de previsión de las partes, no para supuestos en los que no hay lagunas, sino más bien todo lo contrario, hay una hiperinflación de regulación por parte de una de las partes que lleva a infringir o tergiversar una norma imperativa³⁴. Siempre, eso sí, en la medida de lo posible, habrá que garantizar como premisa ineludible la integridad de la norma imperativa infringida, para a partir de la cuál tratar de hallar en mayor y mejor medida la voluntad de las partes reflejada en el acuerdo ineficaz, claro está, siempre que algo haya quedado reflejado. Por consiguiente, una cosa es la infracción de las normas imperativas, en las que las posibilidades de heterointegrar o si se prefiere autointegrar el contrato es mucho mayor, dado que sabemos qué norma se ha vulnerado pero también tenemos a nuestro alcance la norma

persona actuando de buena fe que se hallare en la misma situación de la parte, considere como tal en consideración de la naturaleza del contrato las circunstancias del caso y los usos y prácticas vigentes. Y del mismo autor, categórica y acertadamente, ORDOQUI CASTILLA, *Abuso de derecho*, cit., p. 187, llegada la hora de considerar los desequilibrios injustificados debemos tener en cuenta en primer lugar, cuál es el alea normal del contrato para considerar si realmente el desequilibrio está dentro de lo normal o no.

34. En parecidos términos ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., p. 355.

infringida baste con remitirse al cuerpo legal en que se inserte, que aquel supuesto en los que existe simplemente una falta de previsión normativa por parte del predisponente, pues como ya sabemos, poco tiene que decir, o por mejor señalar, poco le van a dejar decir al tomador del seguro en la generalidad de los supuestos. Así, en los casos de laguna provocada por la infracción de normas imperativas es necesario tener en cuenta, primero, la finalidad de la norma imperativa infringida o vulnerada, la cual puede imponer una regulación sustitutiva e independiente de la voluntad de las partes, voluntad presumible, y segundo, la mayor trascendencia de la interpretación integradora del contrato a través de la reducción de los pactos ineficaces³⁵.

Por su parte los principios del dictado del apartado (2) del artículo 2: 304 velan también por el intento de salvar la eficacia del contrato cuando haya sido declarada nula alguna o algunas de las cláusulas que lo integran, salvo que el negocio jurídico no pueda subsistir en su integridad sin ser desnaturalizado por lo que será declarado ineficaz. Evidentemente si la nulidad afecta o atenta contra los elementos esenciales del contrato nada merece ser conservado de ese negocio, que difícilmente alcanzará o logrará el fin perseguido por las partes³⁶.

Recuérdese además que en nuestro derecho, el artículo 10 de la LCGC, desarrollando el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, y en coherencia con el artículo 10.2 bis de la LGDCU, viene a establecer que la sentencia que declare la no incorporación o la nulidad de determinadas cláusulas de condiciones generales determinará si el contrato puede subsistir sin aquéllas. Para decidir sobre ello, y cuando no proceda la aplicación inmediata de una norma imperativa, el contrato se completará por medio de la interpretación de la voluntad de las partes que resulte del mismo, la *communis opinio*, y, en su defecto, mediante la integración de su contenido con arreglo al artículo 1258 del Código civil o, en su caso, según el artículo 2 del Código de comercio.

Las cláusulas lesivas y/o abusivas se tendrán por no puestas y sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de los contratantes que no pueda ser subsanada, ya porque a la vista de la nueva redacción resulten afectados los elementos esenciales del contrato o el mismo resulta de una onerosidad excesiva, la parte interesada –el tomador del seguro– podrá solicitar del juez su desvinculación total del contrato pudiendo declararse la ineficacia del mismo. La nulidad, pues, es parcial, mas podrá convertirse en total³⁷. Se trata ante todo, de evitar las consecuencias negativas que la nulidad del contrato en su integridad tendría para el adherente consumidor de

35. Para mayor abundamiento, cómo no, ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., pp. 356 y ss.

36. En parecidos términos respecto a nuestra regulación interna, RUÍZ MUÑOZ, *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*, Madrid, 1992, p. 101.

37. Así se desarrolla en derecho español el segundo inciso del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas, según el cual los Estados miembros “dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”.

seguros, cuando es precisamente éste el sujeto para cuya protección se dicta la norma que provoca la nulidad³⁸. Ya el propio artículo 10.4 de la LGDCU hoy derogado pero continuista en el artículo 82.2 del nuevo texto de 2007, ordenaba y todavía ordena el mantenimiento de la validez del contrato en lo restante salvo que el control provoque una posición inequitativa de las partes en cuyo caso la consecuencia es la nulidad total. Particularmente expresivo sobre todo a la hora de valorar esa especial inclinación del legislador hacia la validez del resto del contrato aún sin haberlo expresado sin ambages, es la expresión del artículo 10.4 cuando afirma “*se tendrán por no puestas*”, una expresión genuinamente típica de la nulidad parcial.

El límite natural como es lógico no sería otro que el que la extirpación de las cláusulas lesivas no conduzca al negocio a una situación no equitativa insubsanable³⁹. Habrá que dirimir en todo caso si la nulidad de la cláusula en cuestión es capaz de exportar y trasladar su ineficacia al resto del contrato en su totalidad⁴⁰. Evidentemente existe un claro interés en conservar el contrato si esto no implica un perjuicio para el contratante al que pasivamente se le ha impuesto la cláusula en cuestión, que no hace sino degradar el consentimiento contractual, por lo que se tratará, siempre que sea posible, de recomponer el contrato. Nuestro ordenamiento no prevé una norma general en materia de nulidad total o parcial de los contratos, aunque cada vez es más común en nuestra doctrina el sostener la existencia de un principio inspirador favorable a la conservación del contrato⁴¹.

-
38. Conforme entre otros ya que constituye *communis opinio* DE CASTRO, “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, ADC, 1961, pp. 295-341, p. 337; ALFARO, *Las condiciones generales*, cit., p. 341.
39. Como bien señala PASQUAU LIAÑO, “Comentario al art. 10 bis.2 LGDCU”, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, (BERCOVITZ(Dir.)), Pamplona, 1999, pp. 771 y ss., p. 773 la nulidad de las cláusulas por abusivas supone la resistencia del derecho dispositivo (normas dispositivas, usos, contenido natural del contrato, exigencias de la buena fe) frente a cláusulas formadas con un consentimiento degradado; de ahí la enorme importancia que va a tener, precisamente, ese Derecho dispositivo en orden a la recomposición del contrato.
40. Sobre estos extremos vid. PASQUAU LIAÑO, “Las cláusulas abusivas: nulidad de la cláusula, validez del contrato. Constitucionalidad de las normas que ordenan la nulidad de las cláusulas abusivas en contratos con consumidores. Incongruencia. Comentario a la STS de 7 de julio de 1999”, CCJC, 1999, nº 51, pp. 1299-1305.
41. Vid. en este sentido, RUÍZ MUÑOZ, *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*, cit., p. 101 y ss.; MARÍN PADILLA, *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos “utile per inutile non vitiatur”*, Barcelona, 1990, pp. 93 y ss.; LÓPEZ FRÍAS, “Clases de nulidad parcial del contrato en Derecho español”, ADC, 1990, pp. 851 y ss.; PERDICES HUETOS, Comentario al artículo 10, en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, (MÉNENDEZ/DÍAZ-PICAZO(Dirs.)), Madrid, 2002, pp. 521 y ss. No obstante véase DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 4ª ed., 1993, pp. 455-456 que prefiere que no se llegue a ninguna solución apriorística, siendo la regla supletoria en todo caso la voluntad de las partes.

Una cláusula lesiva no tiene necesariamente por qué contaminar de nulidad al resto del condicionado y por supuesto al contrato mismo. La nulidad de una cláusula o estipulación general no tiene por qué comportar indefectiblemente la ineficacia del contrato considerado como acto negocial unitario. Se propende en suma, hacia la conservación del contrato a pesar de la nulidad de la cláusula, pues incluso la nulidad del contrato no es ni siquiera conveniente para el mismo contrato de seguro, ya que la propia relación de seguro también favorece a la entidad aseguradora, por lo que la nulidad del contrato debe ser la última solución, en cuanto supuesto excepcional⁴².

Así las cosas, es obligado postular en líneas generales la premisa de que la nulidad total es manifiestamente inconveniente porque no garantiza la integridad material de la norma de protección, y es fácil saber por que no la garantiza, ya que impide entre otros extremos al adherente obtener aquello que precisamente la ley regula y quiere darle, que no es otra cosa que la extirpación de dichas cláusulas para que de este modo el contrato, en nuestro caso de seguro, pueda mantener una regulación reequilibradora. En cierto sentido se condiciona la subsistencia del contrato a una circunstancia ampliamente criticada desde antiguo por la doctrina: que las cláusulas subsistentes no determinen un desequilibrio de prestaciones gravemente contrario a las exigencias de la buena fe, o si se prefiere, una situación no equitativa⁴³.

Para llegar al supuesto de la nulidad total del contrato tendría que darse una doble circunstancia: primero, que la nulidad de la cláusula en la que no se defina el objeto principal del negocio sea capaz de producir un desequilibrio que afecte estructuralmente a los elementos esenciales del mismo, y segundo, que no haya posibilidad alguna de recomponer el contrato con la ayuda vía instrumental del artículo 1258 del Código Civil, de cara a heterointegrar el hueco dejado mediante los contenidos del citado precepto. En realidad, si cancelamos la eficacia del negocio, del contrato de seguro, estamos privando al tomador del seguro ciertamente de los inconvenientes del mismo, eso es así, pero sin querer también le arrastramos a privarle de aquello que le beneficia, sus ventajas, que no serían otras por ejemplo que estar cubierto frente a una determinada contingencia o contingencias de cara a un hipotético siniestro. Al final quien resultaría más favorecida sería la aseguradora que si bien devolvería las primas y posibles daños quedaría sobre todo exenta de pagar indemnización alguna ya que el contrato es ineficaz.

Por tanto la nulidad parcial ha de ser en general y para la generalidad de los supuestos, la respuesta exigida por la finalidad de las normas protectoras de las partes débiles en las relaciones contractuales. Ha sido ésta una decisión del legislador, deci-

42. Conforme LARRAYA RUÍZ, *Las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados*, cit., p. 108; SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro*, cit., p. 94.

43. Es esta una expresión muy empleada por ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., p. 453 y ss., y muy empleada en la doctrina alemana, por lo que finalmente la situación es no equitativa cuando sea contrario a la equidad, es decir, a la buena fe, exigir en tales términos el cumplimiento del contrato.

sión imperativa, ya que ha tratado de evitar la aplicación de las reglas generales que hubieran podido llevar en su caso, a aplicar sólo una nulidad parcial siempre y cuando las partes quisiesen hacerlo, por lo que se vaciaría de contenido la finalidad tuitiva de la norma. Como bien se ha señalado, el riesgo de perder el contrato con la nulidad de una cláusula incentivaría al adherente a no solicitarla⁴⁴.

Obviamente el problema fundamental estriba en identificar la hipotética voluntad negocial determinante de una mayor o menor extensión o propagación de la nulidad, lo que no deja de ser un problema de interpretación negocial *lato sensu* y, de otra parte, qué criterio ha de adoptarse ante la eventual hipótesis de no hallar evidencia alguna de esa voluntad, bien la nulidad parcial que no tiene en nuestro ordenamiento norma alguna que con carácter general admita la misma dentro de un acto jurídico, bien la nulidad total.

De otra parte, ha de tenerse en cuenta que la limitación de los efectos de la nulidad y con ello la subsistencia del contrato, en cuanto restricción a la autonomía de la voluntad privada, no son sin más extensibles a todo el tráfico. Esta limitación tan sólo sucederá en aquellos supuestos en que, valorativamente, el contenido resultante de la nulidad se corresponda con la autonomía privada plasmada en la regulación contractual originaria y a la postre ineficaz. De este modo ante la nulidad de alguna o algunas de las cláusulas de un contrato de seguro, la subsistencia de éste deberá resultar como no puede ser de otro modo, de la valoración de la voluntad hipotética de las partes. Es decir, cuando actuando de buena fe y a tenor de los usos del tráfico, el contrato de seguro también se hubiera concluido en todo caso pese a la ineficacia de alguno de sus extremos. Del mismo modo y como precipitado de lo anterior, ese mismo efecto de subsistencia del contrato parcialmente nulo se producirá sin necesidad de acreditar esa voluntad hipotética si la nulidad es manifiestamente imputable a una de las partes y su eliminación restablece la protección que el ordenamiento previó para la otra⁴⁵.

Y ha sido el legislador quien ha tomado una opción clara y contundente. Así, si la cláusula lesiva proviene no tanto de irregularidades en el proceso de formación del contrato, como de una vulneración de una norma de carácter imperativo, cual las de el contrato de seguro, por parte lógicamente de la entidad aseguradora en cuanto predisponente, la extensión y límite de la nulidad planteará no un problema de in-

44. Conforme ALFARO, *Las condiciones generales*, cit., p. 343 quien además advierte que esta posibilidad puede verse con claridad en el campo laboral.

45. Cfr. PERDICES HUETOS, *Comentario al art. 10*, cit., p. 522 quien señala: “a la luz de la buena fe es claro que esta última debería haber querido el nuevo contenido (*a maiore*), sin que pueda pretender por motivos oportunistas una nulidad total por cambio que le beneficia (*exceptio doli*); y es también claro que la parte culpable de la nulidad no puede ni pretender le cumplimiento de una cláusula nula, ni tampoco alegarla para desvincularse por falta absoluta de voluntad (*nemo auditur*): en estos casos, como se ve, son las circunstancias de la nulidad las que manifiestan la voluntad de subsistencia sin necesidad de acreditarla.

interpretación del contrato sino un problema de interpretación de la propia norma en cuestión que se ha transgredido. La imperatividad de la norma en principio se concreta en una simple supremacía del contenido de la misma frente al eventual contenido que el predisponente ha querido imponer forzosamente en el acto negocial derivado única y exclusivamente de su propia autonomía de la voluntad. Y es que la supremacía del derecho imperativo sobre la autonomía privada exige que para determinar las consecuencias contractuales de la infracción de una norma imperativa deba acudir, antes nada, a la norma infringida, la cual puede contener o bien una regla expresa ordenando el mantenimiento del resto del contrato y dictando una regulación sustitutiva de la parte infractora, o bien, puede imponer únicamente el mantenimiento del contrato sin establecer una regulación sustitutiva de la parte ineficaz; aunque también puede ordenar la nulidad del contrato entero, sin olvidar que, finalmente, una norma imperativa infringida puede limitarse simplemente a establecer un mandato o una prohibición sin contener reglas expresas respecto de las consecuencias de la infracción tanto respecto a la validez del resto del contrato como al régimen sustitutorio de la parte nula⁴⁶. Por lo que la solución implicaría sin más la nulidad de lo pactado y su sustitución por el contenido de la norma imperativa. Por tanto, ha de darse preferencia a la nulidad parcial como la sanción más adecuada para los casos de cláusulas lesivas o abusivas y de condiciones generales cuando no superen el control de inclusión o cuando se oponen a normas de carácter imperativo. La nulidad total es, en suma, manifiestamente inconveniente porque no garantiza la integridad material de la norma de protección, y no la garantiza como ya hemos señalado porque impide al adherente, al asegurado, obtener lo que la ley quiere darle, que no es la eliminación de las cláusulas abusivas en sí mismas considerada, sino la eliminación de dichas cláusulas para que el contrato se mantenga con una regulación equilibrada y equitativa⁴⁷.

La solución de la ineficacia o nulidad total no es demasiado razonable ya que en realidad no discrimina, y al cancelar la eficacia del negocio se está indirectamente privando al asegurado no sólo de los inconvenientes del mismo sino, lo que es peor, también de sus ventajas, pues pensemos que ya se ha producido el siniestro, ¿qué satisface mejor al asegurado la cobertura de ese riesgo, ya siniestro, con la eventual indemnización, o la mera restitución de la prima en su caso pero desde luego sin derecho a indemnización alguna ya que el contrato por esa regla nunca ha sido eficaz? Sería por tanto un flaco favor el que se le hiciera al asegurado adherente si cuando consiguiera que se declarase la nulidad de una cláusula que le perjudica injustamente, tuviera que contar que, al mismo tiempo pero un tanto soterradamente, con ello estaba poniendo en peligro la validez del resto del contrato. Por consiguiente, la nulidad parcial es en general, la respuesta exigida por la finalidad de las normas protectoras de las partes débiles en las relaciones contractuales. El riesgo de perder el contrato con la nulidad de una cláusula sería el mejor exponente para que el asegurado no se motivase a incentivar la solicitud de nulidad.

46. Sobre estos extremos véase, cómo no, ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., p. 337 que se convierte en una cita inexcusable.

47. Cfr. ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., p. 341.

Si la ratio de una norma infringida, norma de carácter imperativo, no proporciona una solución determinada respecto a la validez del resto del contrato o respecto a la regulación sustitutiva de la parte nula, el respeto a la autonomía privada exige que la solución óptima sea buscar la auténtica voluntad de las partes. No es la primera vez que, las partes previsoras de una posible nulidad de parte del negocio, hayan decidido ex ante sobre la nulidad total o parcial del contrato, y, en su caso, el régimen jurídico sustitutivo, es lo que conocemos como cláusulas salvatorias o remediadoras. Ahora bien, lo más normal es no obstante, que las partes no lleguen a prever en la fase precontractual las consecuencias de la nulidad de una parte del contrato, es decir, no es muy normal que en la proposición de seguro que redacta, elabora y entrega al entidad aseguradora prevea en este momento en el que todavía está pendiente la aceptación o incluso la probable contraoferta del tomador del seguro, las consecuencias negativas o de nulidad de un contrato de la que sólo ella es responsable. Por ello, lo más frecuente es que los ordenamientos remitan normalmente a la voluntad presumible de las partes más o menos objetivada. Será en definitiva el juez quien llevará a cabo una valoración de la parte del contrato declarada nula en relación con el contrato en su conjunto en el marco de la organización de intereses que las partes se hayan querido dar de acuerdo con la buena fe, como si ellas mismas hubieren previsto la solución en caso de haber considerado la posible nulidad o ineficacia de una parte del contrato. Como bien se ha señalado se trata de una valoración objetiva sobre la base de los datos aportados por las partes⁴⁸.

A estos efectos, el criterio que la racionalidad contractual proporciona para la imputación de la nulidad será el del menor coste de impedirla; es decir, la nulidad del negocio será imputable a la parte en cuya mano estaba el haberla evitado, la entidad aseguradora, dado que a ella se le atribuye la redacción del contrato como parte más preparada e informada gracias a su profesionalidad y a su conocimiento de la técnica aseguraticia –*Verständnisfähigkeiten*–, por lo que es congruente que ella peche con las consecuencias de la imputabilidad de la nulidad frente al co-contratante ocasional y esporádico, debiendo al mismo tiempo y como mínimo, soportar la nulidad en los términos que originariamente debería haber tenido.

Como ya hemos señalado supra, la parte que prerredacta el contrato –la entidad aseguradora–, plasma e incorpora en éste la información y preparación de que dispone en su actuación empresarial en el tráfico, de donde debería resultar una regulación más o menos correspondiente con la que se habría producido de haberse desvelado esa información y preparación y haberse negociado, discutido y regateado sobre su base con los solicitantes del seguro. La atribución de la redacción del contrato a la parte más preparada e informada gracias a su profesionalidad hace que en caso de abuso, lesividad y cercenamiento oneroso de los derechos del asegurado, la incomplicidad del contrato,

48. En este sentido vid. ROPPO, “Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede”, Riv. Dir. Civ., 1971, I, pp. 686 y ss., pp. 702-703; véase además DÍEZ-PICAZO, “Eficacia e ineficacia del negocio jurídico”, ADC, 1961, pp. 809 y ss., p. 829.

derivada de posibles nulidades de cláusulas específicas, sea imputable al predisponente con especial rigor dada su posición de superioridad profesional y su particularísimo conocimiento de la técnica aseguraticia.

Afirmada la imputabilidad a la aseguradora de la invalidez del contenido contractual, la misma se traduce en una modulación de las reglas de nulidad, tanto en lo referente a la legitimación para alegarla como en lo tocante a su alcance. Es cierto que la regla inicial de partida en caso de nulidad es la que imputa paritariamente a las partes la posibilidad de denunciar la nulidad del contrato; ambas partes, asegurador y tomador, pueden tener parecidos intereses en salvar o no el contrato, invierten los mismos recursos –que no siempre han de pensarse en clave económica–, y se encuentran en idéntica posición para asegurar su eficacia. Ambas tienen en suma la posibilidad y legitimidad para denunciar la nulidad del contrato, dando lugar bien a una desvinculación plena del mismo o bien procediendo a una renegociación del contenido contractual. Ahora bien, la limitación de la legitimación a una de las partes sólo puede ser una consecuencia natural cuando la nulidad del contrato resulte imputable a uno de los contratantes, sea por haberla provocado consciente y deliberadamente, sea por haber sido la única que razonablemente podía haberla previsto y evitado, ya que el asegurado, posiblemente y en la mayoría de los supuestos, difícilmente, se halla ante esa probabilidad.

Por tanto la posición del profesional –aseguradora– que predispone clausulados de condiciones generales hace que le sea fácilmente imputable la nulidad. De hecho esta es la premisa que tienen en cuenta los Principios cuando en el apartado (4) del artículo 2: 304 establece que el asegurador que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba. Y es que los Principios parte de considerar no negociada individualmente una cláusula cuando la misma haya sido redactada previamente y el tomador no hubiere podido influir sobre su contenido, especialmente en el caso de contratos de adhesión. Al ser el asegurador el experto y profesional que redacta e impone de antemano el clausulado general y en buena medida indirectamente el particular, son hechos que evidencian que, al ser él quien a más bajo coste pudo haber prevenido y por consiguiente, evitado la nulidad, puesto que las cláusulas lesivas buscan favorecer en todo momento la posición contractual y patrimonial de la aseguradora, sólo debe recaer la legitimidad para iniciar el procedimiento por medio de una acción individual de nulidad al adherente exclusivamente. Si la aseguradora predisponente detecta alguna cláusula nula que desea eliminar, podrá hacerlo sin duda, pero eso sí, en los contratos que haga de cara al futuro, ya que para los ya perfeccionados, le bastará con renegociar a su coste las cláusulas nulas sin necesidad de acudir a los tribunales⁴⁹. Cuestión bien distinta es la mayor o menor disponibilidad de una aseguradora a autorectificar y corregir semejantes cláusulas.

49. A favor PERDICES HUETOS, cit., p. 526; contra CLAVERÍA GOSÁLBEZ, “Las condiciones generales de la contratación: hacia un nuevo derecho de la contratación”, AASN, 1988, pp. 147 y ss., p. 162 reconoce al empresario la facultad de impugnar la nulidad radical de las cláusulas que él mismo redactó. En el mismo sentido RUÍZ MUÑOZ, cit., p. 273.

No olvidemos que el consentimiento del adherente se limita al contrato como acto, como *Rechtsprodukt*, pero no tanto al contrato en cuanto a su peculiar contenido⁵⁰. El contenido del acuerdo no es precisamente fruto del acuerdo de la autonomía de la voluntad, sino sólo su celebración y sus prestaciones básicas, por lo que hay que tratar de salvar lo verdaderamente concertado por las partes –la celebración del contrato–, y modificar el contenido del contrato ajustándolo a las previsiones que estipula la norma del contrato de seguro, que al ser imperativa, tutela y ampara a la parte débil de la relación⁵¹.

En principio, se podría decir que existe una indivisibilidad del negocio derivada de la indivisibilidad del consentimiento; a priori, todo el contenido negocial es cualitativamente idéntico e igualmente determinante de la voluntad de contratar. No obstante, si a la luz de la buena fe contractual la parte que pretende la conservación acredita que la voluntad de ambos contratantes era comprensiva tanto del contenido inicial como de aquel resultante de la integración de la parte nula, el contrato se entenderá subsistente bajo esta segunda forma. Ahora bien, en los casos de que la nulidad procede por contrariedad del ordenamiento y es imputable únicamente a una de las partes, la aseguradora, que pretendía beneficiarse de ella, se genera en consecuencia una presunción de derecho necesario por la que el adherente no sólo queda descargado de argumentar y probar la voluntad de conservación, sino que no se admitirán al predisponente, salvo rarísimas excepciones (artículos 9.3 y 10.2 LCGC), alegaciones en sentido contrario. Otra solución sería injusta e injustificable, dado que en este supuesto la nulidad es la consecuencia de haber pretendido el predisponente asegurador fijar una regulación contraria a la debida frente al asegurado, sobre quien recae todo el amparo tuitivo de la ley del seguro. Es éste quien tiene la facultad natural ante sí de hacer subsistir la relación aseguraticia en el modo en que se habría establecido de haber observado la otra parte la conducta más honesta que sin duda le era exigible desde el inicio, sin el temor de perder la relación por denunciar esa nulidad⁵². De lo contrario y cargando con las consecuencias negativas el asegurado-tomador de resolver el contrato de seguro ¿quién le asegura precisamente no incurrir en la misma tesitura frente a otra aseguradora pechando, aparte del coste y no sólo económico, con los mismos vicios y abusos?

50. Conforme MEYER, “Verbraucherpolitische Informationen und Forderungen”, *Lebensversicherung, Internationale Versicherungsverträge und Verbraucherschutz*, Versicherungsvertrieb, (BASEDOW, et.al., (Dir.), cit., p. 164; DREHER, *Die Versicherung als Rechtsprodukt*, cit., p. 147.

51. Como bien señala MALEVILLE, *L’interprétation des contrats d’assurance terrestre*, cit., p. 193, el estudio de las cláusulas confusas y abusivas no puede ser dissociado por que las nociones de cláusulas claras y comprensibles son a menudo *rapprochées* por le legislador, las autoridades administrativas y el juez.

52. Sobre la posibilidad del desplazamiento de los riesgos de la ilegalidad del contrato a la parte que pudo anticiparla a menor coste vid., KOSTRITSKY, “Illegal Contracts and Efficient Deterrence: A Study in Modern Contract Theory”, *Iowa Law Review*, 1, vol. 74, 1988, pp. 115 y ss., p. 125-126 y 134-135.

Esta forma de imputación de la nulidad tanto respecto a la legitimación para denunciar la nulidad como a la regla de conservación del contrato, es una solución cómoda y conveniente para los propios profesionales de los mercados de bienes y servicios profesionalizados. En efecto, la nulidad parcial invocable por el adherente-tomador del seguro apenas considerada, no es perjudicial per se para el empresario profesional si tenemos en cuenta su actividad generalizada. Y es que la perspectiva del profesional es distinta a la de su contratante; el profesional no tiene un relativo interés en solicitar la nulidad de alguno de los contratos que él mismo ha redactado, ya que para él lo verdaderamente relevante no es un contrato individual, que acaso resulte concretamente gravoso, sino el conjunto de su contratación. No le interesa tanto el o los concretos contratos como el volumen global de los mismos, de su negociado. En cambio para el adherente-tomador del seguro sólo le interesa su concreto seguro de vida, del automóvil, o la tarjeta bancaria que acaso contrata una vez en su vida. Es probable por otra parte que tampoco le interese en aquellos seguros de tracto único y que contrató en su día de un modo esporádico para cubrir un riesgo ocasional o eventual. De ahí que restringir la legitimación al adherente no sea más que una constatación jurídica de una realidad fáctica. Y al mismo tiempo la regla de la nulidad parcial también favorece a la aseguradora o al profesional y además doblemente, ya que no sólo no correrá el riesgo de que el adherente pueda pretender desvincularse de forma oportunista por la nulidad de alguna de las cláusulas, sino que aumentará la posibilidad de su cartera de seguros gracias a la confianza que despierta en el contratante al saber que puede firmar un contratado con un clausulado general sin temor a quedar vinculado por dichas cláusulas en términos dañosos o abusivos⁵³.

El problema de toda esta situación como es fácil deducir, es el de los efectos perversos que puede producir en el predisponente, que sin ser tan profesional como debiera serlo y no aparentarlo, y al mismo tiempo, sabedor de que incluso la nulidad parcial puede resultarse favorecedora, se incline por introducir a sabiendas e indiscriminadamente estipulaciones nulas, en la confianza de que lo peor que le puede suceder es que, tras un pleito costoso y dilatado por parte de los poquísimos tomadores que se decantan todavía por ir a los tribunales, tenga que cumplir con lo que desde un inicio debería haber sido el contenido contractual y un honesto comportamiento conductual.

No se olvide por último, que una abusiva se inmiscuye per se en el ámbito de la invalidez y no tanto en el genérico de la ineficacia. La cláusula lesiva adolece de un defecto o irregularidad originaria, "*ab initio*", que impide la producción de los efectos que le son propios –en nuestro caso la vinculación entre asegurador y tomador del seguro–. En razón de su contenido, hallamos que la cláusula exterioriza una irregularidad intrínseca que repercute en el acto negocial. Por tanto la cláusula lesiva o abusiva es

53. Como bien señala PERDICES, Comentario artículo 10, cit., p. 529 a quién seguimos en este punto, se trataría, pues, de una manifestación más de la protección de la seguridad del tráfico, a saber, el mantener el mayor número de contratos posibles en interés tanto del adherente, en principio el inmediatamente interesado, como del predisponente, indirectamente favorecido por esta regla de mantenimiento.

nula de pleno derecho porque así lo quiere el legislador; es el propio ordenamiento quien deja expedito el camino para extirparla de plano, abogando por su ostracismo de toda práctica negocial⁵⁴. No se deja resquicio alguno a que el consumidor, el asegurado, haga uso de una facultad concedida para impugnarlas libremente, si así lo decide *ad nutum*, como ocurre en los casos de vicios de la voluntad o en supuestos de falta de capacidad de obrar. Es pues, un problema de contenido y no de consentimiento; un problema de nulidad radical, no de anulabilidad.

Las cláusulas no son desequilibradas o desproporcionadas no tanto por un problema de falta de libertad en la aceptación, al no haber podido influir siquiera mediatamente en ellas, sino que el acento se desplaza al contenido del contrato. La falta de libertad sería un campo abonado para la anulabilidad. El problema estriba en el contenido implícito de esas cláusulas en cuanto que de él dimanar unos derechos y obligaciones que distan de estar mínimamente equilibrados⁵⁵. No se trata tanto de proteger un interés individual como el colectivo: no se protege a un contratante particular por sus circunstancias singulares, como ocurre en los supuestos típicos de anulabilidad, sino a una categoría, el consumidor que contrata con un profesional⁵⁶.

Cuestión bien distinta es que la nulidad de esa cláusula lesiva implique una desnaturalización total del contrato de seguro, bien quedando además el contrato sin significación alguna dada la enorme oscuridad interpretativa, bien tergiversando totalmente la finalidad del primigenio contrato que para nada se parece al deseado por las partes⁵⁷. O bien cuando la eliminación de la cláusula traiga como consecuencia un injustificado desequilibrio en el sinalagma contractual, por lo que sería atentatorio contra la buena fe el exigir a la contraparte el cumplimiento de su prestación. Incluso en supuestos en los que una vez declarada nula semejante cláusula el contrato no puede

54. Como bien señala MALEVILLE, *L'interprétation des contrats d'assurance terrestre*, cit., p.197: "Le sort de la clause abusive n'est pas modifié par le législateur, mais seulement clairement fixé. En effet, la loi confirme le pouvoir judiciaire de suppression des clauses abusives; elle fournit une liste énonciative de ce type de dispositions et maintient leur interdiction éventuelle par décret".
55. Con mayor profundidad VATTIER, "Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión", RCDI, 1995, pp. 1528-1529.
56. Cfr. PASQUAU LIAÑO, "Comentario al art. 10 bis.2 LGDCU", cit., p. 777.
57. Un buen elenco tipológico de cláusulas lesivas, en Italia abusivas, en CARBONETTI, "Clausole abusive in materia assicurativa", *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2001, 2, pp. 528 y ss., en las que se realiza un pormenorizado análisis de las cláusulas relativas a la rescisión unilateral después de cada siniestro, las que prevén la ruptura contractual con un plazo de aviso de 90 días antes del vencimiento de la prima, las que invierten la cara de la prueba, las que derogan la competencia judicial de la autoridad judicial, las que derogan competencia territorial, etc. También LIMONCELLO, "Le clausole relative al foro competente", *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2002, 2, pp. 372 y ss., a propósito de la sentencia del Tribunal de Milano de 17 de gennaio de 2002, nº 656. BERGAS, "Cláusulas abusivas en contratos de seguros, y protección de los consumidores", *Aseguranza*, nº 20, 1998, pp. 51 y ss.

existir por sí⁵⁸. En todos estos casos la nulidad no puede ser otra más que la total del contrato por lo que el mismo queda contagiado de la lesividad y nulidad total de cláusulas semejantes. La nulidad total sólo ha de predicarse cuando la estipulación lesiva amenaza de modo trascendental a la misma esencia del contrato, sumiendo al contratante débil en una situación no equitativa que puede incluso habilitarle para demandar una indemnización al predisponente por los daños y perjuicios inferidos al asegurado por el fracaso contractual⁵⁹.

El perjuicio indemnizable sería el interés contractual negativo, es decir, aquel que coloca al consumidor en la misma situación patrimonial en la que estaría de no haber decidido realizar ese contrato concreto que finalmente quedó frustrado. Como bien se ha dicho, no se trata pues de convertir el cumplimiento de la prestación principal en un equivalente pecuniario⁶⁰. La indemnización incluiría todos los gastos de preparación del contrato, pero también los costes de oportunidades, es decir, las pérdidas de otras ofertas de mercado.

No obstante insistimos en que el talón de Aquiles del condicionado es que el hecho de que el tomador posea un ejemplar del condicionado general no garantiza en absoluto que las vaya a conocer con anterioridad al momento en que se produzca el hecho o el evento previsto en las mismas que pueda tener consecuencias desfavorables para él, cuando debiera ser así. La función de publicidad exige que las condiciones generales estén a disposición del adherente, no que las interiorice, pues este no es ni puede ser su cometido.

Lo que se busca es facilitar el comportamiento y actitud del tomador una vez verificado el siniestro, que conozca a qué atenerse y cómo programar su actuación y su conducta frente a la aseguradora, sus peritos y sus abogados. Si de la lectura del condicionado en este momento el alcance de los derechos y obligaciones de

58. En parecidos términos PASQUAU LIAÑO, "Comentarios a los artículos 9 y 10 de la LCGC", *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, (BERCOVITZ (Dir.)), Pamplona, 1999, pp. 299 y ss.

59. Para PASQUAU LIAÑO, "Comentario al artículo 10 bis.2 de la LGDCU", *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, cit., p. 784 defiende la previsión de una indemnización al consumidor a cargo del profesional en los casos de ineficacia total del contrato debida a la nulidad de una cláusula lesiva, incluida en esa facultad "moderada" respecto de las "consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario" que el artículo 10 bis 2 concede al Juez. Es verdad que tal facultad desdramatiza las consecuencias de la nulidad total pudiendo finalmente constituirse en factor que impulsase una práctica judicial proclive a pasar a la ineficacia total del contrato cada vez que su recomposición o integración fuese complicada. Es cierto que el legislador ha configurado esta posibilidad como último remedio, y ese carácter deben darle también los jueces, por lo que habrán de evitar la tentación de esa cómoda salida *economicista* de la indemnización.

60. Más ampliamente en PASQUAU LIAÑO, "Comentario al artículo 10 bis.2 de la LGDCU", cit., p. 784 y 785.

las partes resulta incomprensible o incluso inaccesible para el asegurado de poco han servido los requisitos de inclusión y la transparencia del contenido del clausulado. La falta de comprensibilidad puede crear una situación de inactividad o pasividad por parte del tomador del seguro que le inhibe a comunicar la declaración del siniestro y consecuentemente, reclamar cualquier indemnización. El adherente desconoce su situación jurídica lo que le puede llevar a aceptar como legítimos comportamientos y aptitudes cuando no exigencias de la aseguradora no amparados por el régimen previsto en las condiciones generales⁶¹.

Al menos el adherente ha debido tener la oportunidad real *ex ante* de conocer el contenido del clausulado, *cognoscibilidad objetiva* de las condiciones generales de la contratación, lo cuál tampoco garantiza una decisión consciente y racional sobre el contenido contractual, o pensemos simplemente en algo tan burdo como que el adherente ni siquiera haya querido leer, que no podido, el clausulado⁶². Solamente puede consentirse aquello que previamente se haya conocido aunque no discutido⁶³. Malamente se puede conocer si antes no se ha leído el contenido de las mismas, o leído no se ha entendido nada, sobre todo del concreto riesgo que cubrirá o no la aseguradora⁶⁴. Hasta cierto punto, el deber de procurar el conocimiento de las condiciones por parte de la aseguradora en nuestro caso, implica una función de publicidad

61. Como bien señala ALFARO ÁGUILA REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., p. 202 mientras el control de contenido garantiza al adherente que la regulación será jurídicamente justa, el control de la inclusión le garantiza que el pre-disponente no aplicará arbitrariamente dicha regulación, lo que haría ineficaz el control.
62. Sobre las razones por que al menos los consumidores no leen las condiciones véase el trabajo de LINDACHER, "Kenntnisnahmemöglichkeit und Kenntnisnahmeobliegenheit bei AGB", JZ, 1981, pp. 131-133. Véase además PRÖLSS, *Versicherungsvertragsgesetz*, cit., p. 5, RdNr. 22 y ss.
63. Como bien se ha señalado, GONZÁLEZ PACANOWSKA, Artículo 5. Requisitos de incorporación, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, (BERCOVITZ(Coord.)), Elcano, 1999, pp. 139 y ss., p. 148 la posibilidad de conocimiento no se remite al "caveat emptor", ni se estima ser suficiente la mera posibilidad de conocer según el patrón de diligencia ordinario, sino que la intervención legislativa en el ámbito de las condiciones generales se dirige al predisponente imponiéndole la carga de procurar dicha información, proporcionando a la otra parte el acceso directo a las mismas. En parecidos términos VATTIER FUENZALIDA, "Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión", RCDI, 1995, pp. 1536 y ss.; BERCOVITZ, "La defensa contractual del consumidor o usuario en la LGDCU", *Estudios jurídicos de protección de los consumidores*, Madrid, 1987, p. 188.
64. Ya REHBERG, *Der Versicherungsabschluss als Informationsproblem*, cit., p. 65 es categórico cuando asevera que para la comprensión del seguro ist nicht zuletzt eine angemessene Beurteilung von Risiken wichtig. Das wahrgenommene Risiko ist wichtiger Bestimmungsfaktor für Intensität, Gegenstand und Richtung der Informationssuche; vid. además POPP, "Versicherungsschutz – ein unsichtbares Produkt?", VW, 1997, pp. 982 y ss.; KROEBER-RIEL/WEINBERG, *Konsumentenverhalten*, 7ª ed., München, 1999, p. 249.

–*Publizitätsfunktion*– mas también de transparencia –*Transparenzfunktion*–⁶⁵. Una función de publicidad que jugará un importante papel no sólo en la fase de formación del contrato dotando al consumidor de la información necesaria en la fase precisamente de la celebración, sino también y, sobre todo, en la fase de ejecución, normalmente cuando se produce el hecho contenido en las mismas, en nuestro caso cuando se verifica el siniestro o hecho dañoso⁶⁶.

Se trata de poder *conocer* y poder *comprender*, es decir, acceder al contenido del marco contractual para alcanzar un cabal conocimiento pero sobre la base de que dicho contenido del clausulado responda a las legítimas expectativas, más parcas o más entusiastas, que el adherente tiene a la vista de todas las circunstancias que rodean a la celebración del contrato⁶⁷. La incomprensibilidad veda toda posibilidad al conocimiento, y sin éste, la transparencia y la información no son más que conceptos estériles y vacuos⁶⁸. Por consiguiente, la realidad práctica nos enseña que la adhesión es una declaración que se efectúa normalmente y, de modo habitual, sin realizar un examen previo y detenido del contenido del documento, el adherente manifiesta con su firma que se da por enterado de la existencia de tales condiciones y acepta, en definitiva, la regulación normativa que el predisponente oferente se propone llevar a cabo a través del condicionado. Como ya hemos señalado, los requisitos de inclusión no tienen la función de garantizar que la adhesión sea un verdadero consentimiento contractual, sino que antes de la celebración del contratado se garantice que el adherente está en las óptimas condiciones para saber que el contrato se regula por condiciones generales y saber además, cuáles son éstas tanto en su forma, alcance como contenido⁶⁹.

65. Sobre este extremo véase SCHLOSSER, *Staudinger, Kommentar zum BGB*, 12ª ed., Berlín, 1983, parágrafo 2 AGBG núms. 26 y 33. Entre nosotros véase ALFARO ÁGUILA REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., pp. 200 y ss.
66. Véase al respecto también MONTES RODRÍGUEZ, “Las condiciones generales de los contratos bancarios”, cit., p. 86; para ALFARO ÁGUILA REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., pp. 192, no obstante esta función de transparencia, se presentan asimismo dos inconvenientes fundamentales: en primer lugar, provocan un aumento de la litigiosidad en torno a la prueba de su cumplimiento, y en segundo, dificultan la celeridad en la celebración de los contratos.
67. Conforme GONZÁLEZ PACANOWSKA, Artículo 5. Requisitos de incorporación, cit., p. 188.
68. Como bien señala SHÄFER/OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 3ª ed., Hamburg, 2000, p. 465 las inseguridades y faltas de conocimiento de quien adquiere algo no sólo se limitan al precio, sino y quizás en mayor medida a la cualidad y propiedades del producto –Produktqualität-. Algo que su conocimiento a veces resulta simplemente imposible siendo lo más relevante para decidir si se adquiere o no ese producto. Gráficamente señala: “Hier muss entweder “die Katze im Sack” oder gar nicht gekauft werden”.
69. Como señalan SHÄFER/OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, cit., p. 478 al analizar la necesidad de controlar las condiciones generales y tras señalar la tradicional controversia entre lo que es la necesaria protección del consumidor y la necesaria libertad contractual indican: “... die Kontrolle der AGB sei deshalb notwendig,

Se trata de un presupuesto necesario y suficiente para que la adhesión despliegue los efectos que le atribuye el régimen jurídico de las condiciones generales⁷⁰. Por tanto tengamos siempre presente la siguiente constante, la adhesión es una declaración que se efectúa de modo habitual sin realizar un examen previo y minucioso del contenido del documento, vulgarmente, en barbecho. Este comportamiento no ha de reputarse por sí mismo negligente y, por consiguiente, no hay motivo para aplicar a la adhesión el mismo régimen que se aplica a las declaraciones negligentes. Pero las cautelas deben dispararse cuando el tomador contrata con una aseguradora no nacional y con una sede social distante que en base a ese pasaporte comunitario ofrece sus servicios libremente en el país de destino.

7. COBERTURA PRELIMINAR Y RETROACTIVA

Arranca la sección cuarta de este capítulo con unas disposiciones relativas al alcance estricto de las coberturas, máxime en los momentos iniciales, siquiera antecedentes mismos, al inicio de la vigencia material del contrato de seguro. En este punto, que atañe sin duda a la dimensión temporal del seguro, destacan en los principios dos coberturas segregadas, a saber, la cobertura retroactiva y la cobertura preliminar. Y en ellas, cual epicentro medular, el riesgo, un riesgo existente, latente, pues de lo contrario sería nulo el contrato por adolecer de causa. Un riesgo en el que cobra su fuerza la incertidumbre subjetiva por parte del tomador-solicitante sobre si el mismo se ha verificado o no. Riesgos putativos, vacíos de cobertura que se garantizan como cláusulas beneficiosas para el asegurado a través de la retroacción, pero al mismo tiempo tutela y protección para la aseguradora ante engaños o riesgos verdaderamente inexistentes al haber acaecido el siniestro. Recoge el artículo 2: 401 el supuesto de coberturas retroactivas, y el prisma del que parte es dual, de un lado, en función del grado de conocimiento del asegurador sobre si conoce en el momento de concluir el contrato si se ha verificado o no algún siniestro, en caso de no verificación el tomador sólo abonará las primas correspondientes al período posterior a la conclusión. De otro lado, el supuesto es el del tomador que conoce que en el momento de perfeccionar el contrato sí se ha verificado el siniestro, y establece el apartado (2) de este artículo que el asegurador en este caso. Solo proveerá cobertura para el período posterior al momento de la conclusión del contrato. Ahora bien, adviértase una cuestión que no puede pasar desapercibida. El tomador conoce que se ha verificado el siniestro, luego por tanto, a priori no existe riesgo por imposibilidad originaria del mismo. No obstante, imaginémonos que la cosa o bien que ahora se quiere asegurar no ha perecido en su totalidad y sigue teniendo un implícito, también explícito, valor. Sólo a partir de este esquema es comprensible que la cosa, minorada en parte por la destrucción o pérdida parcial se asegure ahora, de lo contrario, ni habría causa, al

weil der Verwender sei einseitig aufstelle und der **Kunde keine Möglichkeit habe**, über einzelne Punkte, wie Gerichtsstandsklauseln oder Garantieleistungen, zu **verhandeln**.”
70. Conforme ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., p. 197.

carecer la hipótesis riesgo de posibilidad cuando lo que hay es certeza de siniestro, ni tampoco el tomador actuaría de buena fe.

De otra parte, la cobertura preliminar nada tiene que ver con la extensión de la eficacia o efectos garantizadores de unas cláusulas temporales que extienden su cobertura, ya vigente el contrato de seguro, a todos aquellos hechos que eran objeto de riesgo en tanto en cuanto se perfeccionaba el contrato y que presumiblemente no habían todavía acaecido. La cobertura preliminar, cobertura de responsabilidad en todo caso, dado que se está ya garantizando unos riesgos, cuyo siniestro serían objeto de indemnización, vehicula precisamente ese escenario temporal en el que se está negociando el contrato de seguro, pero que provisional o preliminarmente son objeto de cobertura. El riesgo es máximo, y el desamparo protector, con independencia de que se llegara o no a pactar una cobertura retroactiva, aconsejan dotar de vida propia un seguro preliminar. Pues en realidad y por un exiguo espacio de tiempo, se están cubriendo, luego por tanto asegurando, garantizando unos riesgos. Así las cosas, el artículo 2: 402 establece la obligación de emisión de una nota de cobertura preliminar siempre que al concluirse un contrato de seguro se pacte esta cobertura. En puridad no existe o no debe existir todavía contrato de seguro, sino fases precontractuales del mismo. Hubiera sido deseable una mayor claridad y precisión en la redacción del precepto máxime para especificar ante qué tipo de coberturas estamos y qué contrato es preliminar y cuál definitivo. Nos resistimos a emplear el término o la expresión contrato principal, pues ambos, asumen y cubren riesgos que se garantizan, si bien la duración del preliminar así como la finalidad del mismo está abocada a la existencia de un subsiguiente contrato de seguro definitivo. Existente éste no tiene sentido una cobertura preliminar, erigiéndose la misma en un prius lógico y necesario, antecedente y previo. Exime además la norma de la obligación, recte, deber, precontractual de la aseguradora de entregar de un lado la documentación precontractual estipulada en el ya tratado artículo 2: 201 y, de otro, el deber de advertir las posibles inconsistencias en el contrato de seguro. Máxime si se tiene en cuenta que éste se está negociando y que será, sin solución de continuidad, la cobertura definitiva de los riesgos que, ahora provisional y preliminarmente, ad cautelam se están asumiendo.

Respecto al plazo de duración de la cobertura preliminar, los principios se han preocupado de evitar vacíos de cobertura, por lo que ligan los términos temporales de uno, el seguro con cobertura preliminar con la eficacia del otro, el definitivo, o por el contrario, con la denegación de la solicitud de seguro en su caso por parte de la entidad aseguradora. En la primera hipótesis la cobertura temporal del preliminar no puede concluir antes del inicio o momento en que se hubiere acordado que comience la cobertura acordada en el contrato de seguro. Uno se superpone y sustituye al otro, con mayores coberturas y garantías o no. Esa no es ahora la cuestión, aunque sí evitar esos interregnos o vacíos. Puede suceder sin embargo que se trunquen esos tratos precontractuales y no siga a lo preliminar un seguro definitivo. Prevé en su apartado segundo el artículo 2: 403 la hipótesis de que la cobertura provisional o preliminar se haya concertado con una aseguradora, y la definitiva o los tratos con otras distintas. Previsión extraña pero no imposible y que refuerza aún más la inescindible cualidad de seguro autónomo e independiente de la cobertura preliminar. En este supuesto,

cuando el tomador preliminar no ha solicitado seguro con la aseguradora, entiéndase seguro definitivo, o subsiguiente, la norma establece que la cobertura temporal será inferior a la estipulada en el artículo 2: 601 que vigoriza un plazo de un año cual periodo natural del seguro, a no ser que las partes hubieren estipulado uno menor. Por tanto, el límite máximo de esta cobertura preliminar en cualesquiera hipótesis y creemos que excede al planteamiento de este apartado y debe generalizarse a todo tipo de cobertura preliminar es la de un periodo de tiempo inferior a la del año que consagra como regla general el artículo 2: 601. Plazo que puede ser revocado o cobertura revocada, recte, cancelada, por cualquiera de las partes previa comunicación antecedente en dos semanas.

8. LA PÓLIZA DE SEGURO

Arranca la sección quinta bajo el epígrafe de la póliza de seguro y en la que únicamente dos artículos, uno sobre el contenido y otro sobre los efectos, contendrán la regulación que los Principios de derecho europeo del contrato de seguro disciplinan sobre la misma. Al igual que en la mayoría de las regulaciones nacionales se parte de un principio claro y concluyente, la póliza se convierte en un instrumento primordial que recoge, norma y prueba el contenido regulatorio que, junto con el condicionado, que puede estar incluido bajo el paraguas de la póliza, o al margen de la misma, completan la esencia, existencia y contenido de la relación contractual. Exige el deber además de incluir una obligación mínima, si bien no expresa este vocablo como sí hace en cambio la ley española, pero lo condiciona a la relevancia de la información, hurtando sin embargo quién, cómo y cuándo se valora y conforme a qué parámetros esa ratio de relevancia.

Una póliza y un condicionado que además, y aunque nada se dice en este momento ni el artículo 2: 501 y 2: 502 han de estar redactados de una forma clara, comprensible, legible, sin ambigüedades, sin oscuridades de modo que un tomador medio sea capaz de colegir el alcance y el contenido exacto de las obligaciones asumidas por ambas partes. Desde una óptica, incluso psicológica, la protección del consumidor se agudiza si el asegurado sabe perfectamente cuáles y en qué casos se cubre totalmente el riesgo, sin llamarse a engaños o desencantos ulteriores cuando el riesgo deja ya de ser potencial y se convierte en un siniestro, ante el que el asegurado creía que estaba cubierto y asegurado plenamente. Si sabe cuál es el contenido exacto del objeto del seguro y riesgos cubiertos que de un modo indubitado se plasman en la póliza, sabe qué puede exigir y a qué tiene derecho, al igual que conocer la suma asegurada, las deducciones, la prima o el método para su cálculo, etc. De este modo, el propio asegurado o en su caso el titular del interés asegurado será más diligente en la custodia y conservación de la cosa objeto del seguro, así como será también más diligente a la hora de declarar la verdadera entidad del riesgo real y potencial en el momento de cumplir con su deber de respuesta en el cuestionario que le expone la aseguradora o en su caso el agente de seguros. Es ahora en el momento del siniestro, donde realmente se comprueba el verdadero valor del contrato de seguro y su alcance,

así como si el tomador en cuanto *dominus negotii* había celebrado un buen contrato o no de seguro, o al menos si había asegurado la cobertura de los riesgos más importantes y frecuentes. Por ello mismo la claridad, la sencillez y la transparencia de las cláusulas y del contenido íntegro de la póliza son necesarios no sólo en el momento de la conclusión del contrato sino también y, sobre todo, en la verificación del siniestro, momento en el cual con demasiada frecuencia, se da cuenta el asegurado de lo que realmente sí estaba cubierto y lo que no estaba cubierto.

El auténtico alcance y valor de un contrato de seguro se descubre muchas veces, por no decir siempre, en el momento de la producción del siniestro, y es en ese momento cuando se oponen al asegurado diferentes cláusulas contenidas en la póliza, y cuya finalidad no es otra que, la de exonerar la responsabilidad del asegurador y evitar así la contraprestación del mismo. Surgen en este momento los problemas, cobrando o no efectividad y sustantividad propia la mayoría de las cláusulas que pueden ser calificadas de limitativas e incluso lesivas.

No sólo el tomador o solicitante ha de tener la oportunidad de conocer la existencia de las condiciones generales, sino que impone al predisponente el deber de “hablar claro”, y para ello hace recaer sobre el mismo la imputación de la oscuridad. La pregunta que hemos de plantearnos es ¿cuál es el nivel o el óptimo de transparencia que debe y puede exigirse? A nuestro juicio la comprensibilidad de póliza y condiciones generales dependen en buena medida del patrón marcado por el grado de entendimiento y discernimiento que debe tener un adherente medio, es decir, las cláusulas han de estar redactadas de modo que sean comprensibles por el “buen padre de familia”. En efecto, el aceptante tomador del seguro no podrá apelar a la oscuridad de las estipulaciones cuyo entendimiento sea exigible observando un patrón de diligencia ordinario; ahora bien, hay que tener en cuenta que ese patrón se exterioriza y concreta a la vez, según las circunstancias de personas, tiempo y lugar. Quiere esto decir que la oscuridad no es algo predicable en abstracto de cualquier condición general porque su contenido exija mayores o menores esfuerzos de comprensión, sino que precisa una consideración atendiendo a las específicas circunstancias que concurren en los supuestos particulares.

Así, no debe ignorarse que existirán condiciones sobre las que debería llamarse la atención o exigir aún más un nivel mayor de claridad, como es el caso de las cláusulas de exclusión del riesgo. En otras habrá que valorar y perimetrar ese grado de cultura y de entendimiento de un tomador, en función de su particular y peculiar *Erkenntnis-horizont* –horizonte de conocimiento–⁷¹. La limitada capacidad de asimilación de la persona –*Verarbeitungskapazität*– puede llegar a constituir un auténtico dilema. De un lado se exige una descripción cierta y verídica del concreto contrato de seguro con todo

71. En parecidos términos GONZÁLEZ PACANOWSKA, cit., p. 240. Como bien señala REHBERG, *Der Versicherungsabschluss*, cit., p. 225 hay que partir en el derecho de seguros que el asegurado medio carece de un conocimiento especial de todo lo concerniente al seguro. Todo va en función de una escala o graduación objetiva-normativa.

tipo de información y, de otra parte, es el tomador del seguro quien carece de una capacidad de asimilación o al menos, de una parte importante, del contenido y terminología del contrato. Necesidades objetivas y posibilidades subjetivas están abiertas pero también confrontadas en ambos casos. En ambos supuestos se transforma su *Informationsinteresse*⁷². El interés a una mayor comprensibilidad viene de la mano del asesoramiento que se reciba, de modo que la claridad de esa información dependerá de la *Beratungssituation*, aunque no es menos cierto que también dependerá del modo y cantidad en que la reciba así como en función de su propio conocimiento y capacidad.

La mayoría de las veces, el contratante es todo menos un experto o especialista en la materia. Para ello y para resolver el dilema hay que tomar en cuenta que dos son los posibles grupos de personas destinatarios de esa información: de un lado los *unwissende Versicherungsnehmer*, esto es, el ciudadano medio que ignora la terminología del seguro, y de otro lado el técnico, el experto que conoce el seguro o que actúa a través de agentes, corredores, asesores o incluso organizaciones de consumidores. Por ello es imprescindible que el asegurado o tomador del seguro pueda hacerse una representación cabal de los derechos y obligaciones que son inherentes al contrato, y esa representación ha de ser indudablemente *klar und durchschaubar, verständlich und widerspruchsfrei*⁷³.

El exceso de información así como el exceso de un clausulado innecesario y farragoso aconseja un mejor calibramiento de esta obligación del asegurador, así como de la propia redacción del clausulado. En ocasiones una reducción de información no sólo es necesaria sino que es factible. La información no puede aguar el contenido principal del contrato de lo contrario el solicitante futuro tomador del seguro “*zuschütten, ermüden und demotivieren*”⁷⁴.

Y aunque siempre se tiende a identificar y tachar como incomprensibles a las cláusulas generales, la misma patología la pueden experimentar las cláusulas singulares o particulares contenidas en un condicionado general que no pueden ser entendidas de ningún modo razonable o bien por el contrario pueden serlo en múltiples maneras. Y eso sí, la claridad, la sencillez y en suma el mandato de transparencia se ha de materializar en todas u cada una de las cláusulas que integran el contrato de seguro, empezando por las mismas cláusulas declarativas del riesgo y terminando por las cláusulas de incontestabilidad⁷⁵. Y es que en la redacción de la póliza como en todo

72. Conforme REHBERG, *Der Versicherungsabschluss*, cit., p. 158 quien señala como la *Verständlichkeit und Informationsreduktion rücken in den Hinter-, Exaktheit in den Vordergrund*.

73. Como bien señala REHBERG, *Der Versicherungsabschluss als Informationsproblem*, cit., p. 224 el cliente, asegurado, debe poder reconocer la *Wirkungen einer Klausel so weit –los efectos de una cláusula inmediatamente–*.

74. En parecidos términos REHBERG, *Der Versicherungsabschluss als Informationsproblem*, cit., p. 160.

75. Véase entre otros el estudio de PRÄVE, “*Versicherungsbedingungen und Transparenzgebot*”, *VersR*, 2000, p. 140.

documento o anexo que acompañe a aquella o sea incluso antecedente debe además de la concreción, sencillez y claridad, aparecer siempre y sin equívocos, la buena fe.

Por muy explícitamente que se recoja en el clausulado toda la información el grado de asimetría y de una incompreensión elevada es muy alta⁷⁶. Es cierto que de una parte se está posibilitando la libertad de innovar con ciertos productos, dándose una amplia flexibilización a las nuevas exigencias del mercado, pero de otra parte no es menos cierto que se incrementan notablemente los riesgos y los peligros de un desarrollo inapreciable, con el enorme agravamiento de problemas de información. Ya no se trata tanto de diferenciar productos asegurativos cuanto de comparar con cierta dificultad precios, prestaciones y rentabilidades. Y todo ha y debe constar en los condicionados. Hasta hace bien poco el asegurado se concentraba tan sólo en la esencia de una comparación de precios de seguros entre aseguradoras, pues los clausulados prácticamente respondían a una unidad y homogeneización entre todas las aseguradoras, hoy las cosas cambian y van cambiado al ritmo vertiginoso y dinámico que demanda el mercado⁷⁷.

La póliza es, sin duda, el documento más importante del contrato de seguro, puesto que justifica, acredita y documenta la relación jurídica asegurativa⁷⁸. Es el mecanismo principal de exteriorización de la voluntad de las partes y, en su caso o defecto, de la imposición de una de las partes a la otra, más débil y necesitada de obtener una cobertura para un concreto riesgo⁷⁹.

No cabe duda que las pólizas se han ido adaptando a las nuevas demandas y a las nuevas exigencias, con nuevos contenidos, más completos, a la vez que se han ido

-
76. Son interesantes las reflexiones que a este respecto realiza REHBERG, *Der Versicherungsabschluss als Informationsproblem*, cit., p. 45 y 46. Para este autor estamos llegando a lo que se conoce como *Chancen wie Gefahren der Bedingungs Vielfalt*.
77. Sobre las posibilidades y ventajas de esta mayor *Flexibilisierung*, vid. SCHWINTOWSKI, *Das Transparenzgebot im Privatversicherungsrecht*, cit., p. 128.
78. Sobre la naturaleza jurídica de la póliza se pronuncia con autoridad y determinación LAGENBERG, *Die Versicherungspolice. Eine rechtsvergleichende Darstellung*, Karlsruhe, 1972, pp. 23 y ss., cuando señala como el tomador necesita atesorar no solo una “ständigen, verlässlichen Informationsquelle” sobre sus obligaciones (función de información del seguro) sino también un documento (Urkunde), el cuál es la base de su “Eigenschaften die Durchsetzung” de sus derechos (función de Durchsetzungserleichterung).
79. Vid. entre otros APARICIO GONZÁLEZ, “Naturaleza jurídica de la póliza”, cit., p. 2734; MIROSA MARTÍNEZ, “Algunas notas sobre el régimen de la póliza”, cit., p. 159 y ss. sobre la trascendencia de la misma es obligada la referencia a DONATI, *Trattato di Diritto delle Assicurazioni Private*, cit., p. 323 y ss., y quien delimita o contornea la póliza no sólo como el único documento del contrato sino en referencia a otros documentos que tienen relevancia cognitiva de otros elementos y momentos de la vida del contrato, tales como la propuesta, la nota de cobertura provisional, el apéndice, el certificado de aseguramiento y otros documentos que atañen no a la formación del contrato pero sí a su ejecución como aquellos relativos a la declaración de agravación del riesgo, del siniestro, el pago del prima, el recibo de la indemnización, etc.

haciendo más complejas y en ocasiones más farragosas, mas eso sí, sin perder nunca su función, esto es, la de ser un documento privado suscrito por los contratantes, denominados asegurador y tomador del seguro o asegurado, y que es justificativo o probatorio de la existencia misma del contrato. No por ello la póliza es el único documento que existe en la relación de seguro, pues son muchos a los que da lugar la misma, si bien de menor trascendencia que aquélla⁸⁰.

Por otra parte, desde siempre la forma del contrato de seguro ha tenido una importancia sustancial, y esta forma se ceñía y todavía se ceñe, a la forma escrita, lo que no obsta a la existencia y cierta generalización sobre todo en concretos ramos, de pólizas telemáticas, que *mutatis mutandis* cumplen análogas funciones. La pluma deja paso a la máquina de escribir pero siempre bajo la utilización del papel y, aquella, cede terreno a las nuevas tecnologías de la información y a los nuevos instrumentos. Por tanto, el contrato de seguro, en la práctica totalidad de las épocas y de los supuestos, es un contrato que se realiza y exterioriza por escrito, plasmando en un documento –la póliza– el convenio o acuerdo que alcanzan las partes contratantes. Es la voluntad de las partes la que constituye el motor del negocio jurídico contractual y como tal ha de exteriorizarse mediante algún signo o instrumento idóneo para que pueda ser conocido y, sobre todo, tenido en cuenta. Todo contrato, qué duda cabe, precisa de una u otra forma para celebrarse y aparecer en el mundo del Derecho⁸¹. En un sentido amplio se habla de “forma” para designar el vehículo o el medio de expresión del cual las partes se sirven para emitir sus declaraciones de voluntad y para hacerlas llegar o darlas a conocer a sus destinatarios.

Por regla general, la documentación del contrato cumple en el seguro no sólo la función probatoria del acto de su perfección o existencia –constituyendo el medio sustitutivo de la notificación al deudor– sino también la de fijar las normas, *recte*, las condiciones que van a servir para regular la relación jurídica que deriva del contrato. El hecho de que esta relación jurídica normalmente tenga una duración amplia en el tiempo, coadyuva a señalar la importancia de la documentación del contrato, cualquiera que sea la trascendencia que se atribuya a la póliza en la fase de perfección contractual. Sin duda por ello y en nuestra regulación nacional, la Ley de Contrato de Seguro presta atención concreta a este aspecto normativo de la póliza en algunos preceptos, especialmente en los artículos tercero y octavo. Sólo así puede entenderse que en el diseño del contenido contractual que la póliza exterioriza y acredita, el condicionado o clausulado es el genuino nervio del contrato de seguro por lo que se convierte tanto en la espina dorsal del contrato de seguro como de la póliza misma. Pero la póliza cumple además una serie de funciones principales y propias y

80. Recuerdan MACDONALD EGGERS/PICKEN/FOSS, *Good faith and insurance contracts*, 2ª ed., London, 2004, p. 15 como el contrato de seguro clásico, con lo que en cierto modo dejan abierto el camino a otra documentación, es “one which finds embodiment in a policy, the physical document which evidences the contract”.

81. En este sentido Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Madrid, 1993, p. 248.

que a la vez brindan a la misma diversa naturaleza jurídica. Los principios europeos al igual que nuestra Ley de contrato de seguro, han querido y provista que la póliza contenga ciertas menciones mínimas que sirvan para determinar con exactitud los elementos del contrato (artículo 8 de la LCS, artículo 2: 501 PEDCS). Y estas menciones mínimas son lo que conocemos ya como condiciones particulares. Interesa señalar, no obstante, que la falta de alguna de esas menciones no le hace perder su consideración de documento principal del contrato, sino que en su caso podrá dar lugar a la existencia de un documento probatorio de contenido incompleto.

En primer lugar la póliza que etimológicamente viene del vocablo griego *apodeixis*, significa mostrar, mostrar con carácter probatorio la existencia y perfección de un contrato entre las partes auspiciado desde la voluntad negocial, ello con independencia de que el contrato se perfeccione sin necesidad de la emisión de la póliza, ya que la emisión de ésta en la mayoría de ramos de seguro no es un requisito constitutivo de la existencia del contrato mas sí de prueba del mismo⁸². Pero ¿prueba la póliza únicamente la perfección del contrato o la formalidad y no la ejecución del mismo o de la eficacia de la relación obligatoria? No cabe duda alguna de que la póliza sirve de elemento probatorio, incluso puede limitarse a servir sólo de elemento probatorio en función de si es o no susceptible de circular o transmitirse. Y prueba la existencia de la relación contractual, pero lo que no prueba si la duración de la misma es amplia, es la subsistencia de la relación. Recuérdese que la póliza, hoy por hoy, aunque esta no era la pauta hace tan sólo unos años, puede ser emitida casi simultáneamente a la propia conclusión consensual del contrato. Será en cambio el pago efectivo de las primas sucesivas así como las declaraciones de estabilidad o no del riesgo las que marquen efectivamente esa prueba.

Nada obsta a las partes, incluso a las propias normativas, prever, como sucede en España con el seguro marítimo o en otros tipos de seguros de responsabilidad civil, y elevar a requisito *ad constitutionem* la emisión de la póliza, de modo que el contrato no se perfecciona en tanto en cuenta la póliza no se haya emitido y entregado al tomador. Las partes elevan a requisito de validez del contrato de seguro la emisión de la póliza, emisión y entrega de la misma, lo que no obsta para que, al mismo tiempo, y aún erigiéndose en requisito *ad substantiam* se desempeñe al mismo tiempo una función o requisito *ad probationem*. Tanto el asegurador, como el asegurado-tomador y posible beneficiario de la indemnización tendrán en cuenta el documento a efectos de probar y examinar la existencia del contrato como de sus condiciones.

El asegurador debe entregar al tomador del seguro la póliza y no solo en tanto deber legal, sino como requisito para la prueba del contrato. Ello no empece el que sigamos postulando el carácter consensual del seguro. La función constitutiva implica

82. Sobre la importancia de la póliza como medio de prueba y título Beweispapier, vid. la ya citada obra de LAGENBERG, *Die Versicherungspolice. Eine rechtsvergleichende Darstellung*, cit., pp. 23 y ss., quién señala como la póliza es como documento en cualquier contrato de seguro documentado, siempre un Beweismittel.

que el contrato no se formaliza si el documento no es emitido y firmado por ambas partes, formalizándose precisamente en este momento, el de la suscripción⁸³. La póliza no es un requisito o prueba de la ejecución del contrato, sino de lo que han acordado las partes, su contenido, su alcance y extensión, sus posibles modificaciones, etc., llegando incluso a constituir su contenido o partes de su contenido una presunción a favor del asegurado. La póliza es el principal medio de prueba del seguro aunque no el único, que en caso de destruirse, perderse o extraviarse podrá ser reemplazada por otra que habrá de entregar la aseguradora y que naturalmente coincidirá en todos sus elementos con la anterior; el asegurador aparte de entregar al tomador la póliza conservará además en su domicilio social los modelos de las pólizas empleadas, con sus correspondientes listados o talonarios de pólizas o documentos emitidos documental o electrónicamente que redundará tanto en beneficio del asegurado como del asegurador, al probar la perfección del contrato como el contenido del mismo si el tomador o asegurado carece de la misma. Todo ello amén de la existencia paralela de otra serie de documentos como son las notas de cobertura provisional, los recibos de las primas, certificados, partes, etc., que en caso de no poder acreditar la posesión de la póliza serán medios de prueba que llegado el caso, pueden prevalecer sobre la misma póliza⁸⁴. Lo cual nos lleva de la mano a la siguiente función.

Mostrar significa además plasmar y recoger el contenido normativo y nuclear de ese contrato, exteriorizando los pactos, estipulaciones, condiciones y normas por las que el contrato se va a regir entre las partes. Éstas gozan de cierta libertad a la hora de configurar la póliza siempre y cuando no se trasgredan los límites que marca la propia ley del contrato de seguro. Sus limitaciones, las delimitaciones del riesgo, las concretas coberturas, las posibles exclusiones, los derechos y deberes del asegurado, etc. No en vano y como corolario de las dos precedentes funciones, tanto el contrato de seguro como sus posibles modificaciones deben constar por escrito, como también la entrega de documentación e información precontractual así como la obligación del asegurador de entregar la póliza al tomador, por lo que se atribuye a este documento una función eminentemente probatoria en cuanto a la existencia de dicho contrato y a la propia fijación de las estipulaciones y condiciones que las partes hayan convenido o haya impuesto una a la otra. La emisión propiamente tiene su origen en la celebración del contrato de seguro. Adviértase además como los Principios al regular los efectos de la póliza señalan los supuestos en los que el contenido de la póliza difiere del establecido en la solicitud del tomador o de cualquier otro acuerdo anterior entre las partes, diferencias que deben ser resaltadas en la póliza, por lo que implícitamente no cabe otra plasmación que la escrita pese a la predicada libertad de formas. (Véase el artículo 2: 502, trasunto fiel del artículo 8 in fine de nuestra LCS que recoge idéntico supuesto de discordancia entre póliza y proposición d seguro o cláusulas acordadas).

83. Conforme, DONATI, *Trattato di Diritto delle Assicurazioni Private*, cit., p. 329 quien precisa con maestría los dos supuestos que no han de confundirse, aquel en el cual las partes elevan el documento a requisito para la conclusión del acuerdo, y aquél, en el que las partes consideran el documento como requisito de eficacia del acuerdo.
84. En parecidos términos PÉREZ-SERRABONA, *La póliza*, cit., p. 122.

Cumple además una *función de legitimación*, lo cual nos lleva a plantearnos su posible naturaleza cartular. Ciertamente las pólizas no son títulos ávidos de circulación como sucede con otros tipos de documentos, especialmente los títulos o efectos cambiarios y las acciones de una sociedad anónima. Siendo lo normal que salvo concretos ramos de seguro, en los que el *intuitu personae* tendrá una mayor o menor relevancia, las pólizas se emitan con carácter nominativo, sin detrimento que según los casos y las circunstancias, también se emitan con cláusulas de legitimación a la orden o al portador, en función, sobre todo, si se prevé o no la transmisión de la póliza.

Ha de advertirse que así como en determinados seguros la póliza ni tan siquiera es precisa para reclamar la indemnización bastando la comunicación del siniestro y, en su caso, la peritación pertinente, en otros, su presentación reviste especial significado, configurándose como un requisito para que el asegurador abone la indemnización. De hecho, en nuestra regulación el artículo 9 LCS se encarga de aclarar que dicha transmisión genera únicamente los efectos que produciría la cesión ordinaria. En cierto sentido, la circulación tiene más bien una impronta restrictiva, limitada⁸⁵. Como bien se ha señalado, todo dependerá en última instancia de cuál haya sido la configuración dada al documento por las partes y la finalidad de la contratación del seguro, por lo que la póliza cumplirá, en todo caso, una función probatoria, a la que, eventualmente, se podrá unir una función legitimadora con el distinto y querido alcance que las partes le hayan conferido⁸⁶. Como es obvio el ejercicio de un derecho exige por un lado acreditar su existencia y su vigencia, pero por otro que la persona que trata de ejercitarlo está legitimado y tiene derecho para hacerlo. Es más, aunque se haya emitido la póliza, nada obsta para que se pueda transmitir extracartularmente. Pensemos en el seguro de hogar cuando fallece el tomador y los herederos continúan con la cobertura del riesgo al tener ahora un interés sobre la herencia, o cuando el tomador del seguro no paga la prima pero sí lo hace el asegurado o en su defecto el beneficiario del seguro.

En el ámbito del derecho del seguro no se puede hablar de una incorporación plena del derecho al documento como sí sucede en el derecho de los títulos-valor y, particular y decididamente en las letras de cambio. La vinculación pues entre el derecho y el documento –póliza– no tiene la suficiente entidad como para supeditar la transmisión del derecho con la efectiva transmisión del título. Basta remitirnos a la LCS para comprobar que tal supeditación es inexistente, dado que el propio artículo 34 prevé para el seguro contra daños que, a la hora de transmitir el bien u objeto asegurado, el adquirente se subrogará en los derechos y obligaciones que correspondían al *tradens* anterior titular de ese bien. Estamos ante una subrogación *ope legis* en la que no es necesario la transmisión de la póliza⁸⁷.

85. Conforme, DE DIOS MARTÍNEZ, *Títulos-valor simples y documentos de legitimación*, Madrid, 2003, p. 268.

86. Vid. en este sentido ASCARELLI, *Teoría general de los títulos de crédito*, México, 1947, p. 215; DE DIOS MARTÍNEZ, cit., p. 269.

87. En idéntico sentido SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro*, cit., p. 554; MARTÍNEZ JIMÉNEZ, “La cesión de la póliza de seguro”, RDM, 1992, pp. 69 y ss., p. 114

La póliza constituye un medio o instrumento para canalizar la transmisión de los derechos, pero no es el único como tampoco es estrictamente necesaria su *traditio* para que se transmitan los derechos frente al asegurador. Todo dependerá además de la configuración que le hayan dotado las partes, o por mejor decir, que haya impuesto y modulado la aseguradora. En cierto sentido de ellos depende la aptitud circulatoria o no de la misma. Detengámonos un momento en analizar las pólizas emitidas de forma nominativa, que en tanto títulos directos o *Rektapapier*, carecen por consiguiente de vocación circulatoria. Ahora bien el que la póliza sea emitida con carácter nominativa tampoco quiere decir que impida, en principio, su transmisión, salvo que en la misma se haya hecho constar su intransmisibilidad, o bien que no se cumpla con los dictados de los artículos 34 y 35 de la LCS.

Unamos a esta circunstancia el hecho de que el objeto del seguro, el interés, tiene que existir en todo momento, y no sobrevenidamente, por lo que aun a pesar de que pueda devenir en parcial un interés originariamente pleno, para que podamos hablar de transmisión de la póliza hay que hablar paralelamente de la transmisión del interés asegurable, es decir, el adquirente y subrogante de la póliza adquiere además una suerte de relación jurídica y económica sobre la cosa objeto del seguro que normalmente se concreta en un derecho real de propiedad. Si el cesionario no deviene titular del interés de poco sirve que hablemos de transmisión o aptitud circulatoria de la póliza. Por tanto, para analizar la función legitimadora de la póliza es preciso incidir sobre la cláusula de legitimación que las partes han configurado, pues de ella dependerá en buena medida el ejercicio de los derechos documentados de un modo u otro. Hemos de distinguir en suma, entre pólizas emitidas a la orden o al portador, de una parte, y pólizas nominativas de otra.

Si la póliza es emitida con una cláusula a la orden o al portador indica que se emiten, con carácter general, en el ámbito o marco de seguros en los que lo normal es que se produzca una circulación de los derechos contra el asegurador (*vgr.* seguros de transporte terrestre de mercancías). Son cláusulas de legitimación variable y en las que el *intuitu personae* del tomador del seguro no reviste especial trascendencia para la aseguradora. Es más, en la medida en que lo normal es que existan alteraciones en la persona del asegurado o beneficiario en tanto posición activa de la relación aseguradora, cobran un mayor significado la certeza y rapidez en la identificación del titular de la indemnización. Bastaría en efecto la mera tenencia de la póliza en el caso de cláusulas de legitimación al portador, y la mera tenencia más el endoso de legitimación del asegurado o al que aparezca como tal tras una serie no interrumpida de endosos en las pólizas con cláusulas a la orden. Son por tanto títulos de presentación necesaria u obligada pues, de otro modo, el asegurador difícilmente se liberaría del pago o prestación

que además es contundente al señalar que “en torno al problema de si es necesaria la tradición del documento al cesionario, para que la cesión opere válidamente, ... entendemos que no puesto que para ello es suficiente que concorra la voluntad de ambas partes”; DE DIOS MARTÍNEZ, *Títulos-valor simples*, cit., p. 270.

que efectuó frente a un simple acreedor aparente que no acreditó su condición⁸⁸. No se olvide además, que el pago al legitimado por el documento sin indagar más en su titularidad constituye una facultad y no una obligación del asegurador, quién no obstante podrá y en aras a liberarse del pago hecho de buena fe, exigir prueba de la titularidad. Acaso ¿tiene el legitimado por el documento un derecho inexcusable a exigir el pago de la prestación sin demostrar su titularidad?, o a *sensu contratio* ¿puede exigir esta carga, esta demostración de titularidad y no sólo de legitimación la aseguradora? Ahí radica la endeblez de la legitimación en cuanto a título valor impropio.

El documento cobra un papel principal tanto en beneficio del tomador o asegurado como del asegurador, ya que la mera posesión del asegurado permite que éste desactive toda pretensión del asegurador de excepcionar el pago. Del mismo modo la no posesión de la póliza permite a la aseguradora exonerarse de pagar a quién no puede identificarse.

En definitiva, la póliza es un *título suficiente* que legitima al tenedor o endosatario de la misma para ejercitar sus derechos frente a la aseguradora⁸⁹. Su función consiste en identificar y simplificar precisamente esa identidad de titularidad de derechos frente a la aseguradora, sobre todo cuando se prevé *ab initio* como un instrumento circulante. A priori, esta simplificación favorece y beneficia tanto al asegurador como al propio asegurado o beneficiario en su caso. No podemos compartir las premisas de aquellos que entienden que la legitimación favorece únicamente al asegurador, por lo que no existiría legitimación activa. Tal premisa se basa en que el crédito que puede

88. No le falta razón a DONATI, *Trattado di Diritto delle Assicurazioni Private*, cit., p. 330 cuando señala: “La polizza all’ordine o al portatore, come tale, non atiene alla costituzione del diritto verso l’assicuratore (incorporazione) ma soltanto al suo esercizio: essa ha natura di documento di legittimazione a favore del debitore”.

89. Mantener la función legitimadora de la póliza lleva de la mano auspiciar a la misma como un título valor. De hecho en la doctrina italiana esta es una clasificación más, la de título de crédito, o lo que es lo mismo, es un paso más, dado que si la póliza a la orden y al portador es concebida por el legislador como un mero documento de legitimación siempre queda la posibilidad de preguntarse si las partes pueden elevar la póliza a un verdadero y propio título de crédito lo que debe quedar bien claro en las cláusulas contractuales. Así, DONATI, *Trattado di Diritto delle Assicurazioni Private*, cit., p. 332 y 333 que analiza los requisitos de los títulos valores como la literalidad, la incorporación y la autonomía sobre el propio título, la póliza. A nadie escapa que la literalidad es esencial pero sobre todo se agudiza en la póliza y las cláusulas o condicionados en los que se regulará con minucioso detalle los entresijos de la relación contractual. Del mismo modo si se postula la incorporación, la emisión de la póliza a la orden o al portador, también nominativa, se erige en presupuesto mismo y necesario –función constitutiva– de la póliza. Respecto al requisito de la autonomía señalar que el derecho frente a la aseguradora no dimana únicamente del legitimado por el documento, sino directamente en relación con el mismo, dado que al mismo no pueden oponérsele excepciones personales que sí se le opondrían a sus predecesores cartulares.

derivar de una póliza de seguros contra la aseguradora no es equiparable en términos de liquidez al que dimana de una letra de cambio, ya que la tramitación del siniestro y la determinación del monto de la indemnización requieren operaciones adicionales que se suman a la necesaria tenencia de la póliza. Se esgrime además la aplicación del principio indemnizatorio, en la medida en que, quien reclame la indemnización deberá contar además de con la póliza con acreditar el interés asegurado, esto es, ser titular de esa relación jurídica económica que le une con la cosa o bien asegurado⁹⁰. Ambos postulados son rechazables, dado que en primer lugar una cosa es la legitimación activa que cartularmente se habilita por la mera posesión o por ésta y el endoso en el caso de que la cláusula de legitimación sea al portador o a la orden respectivamente, y otra bien distinta y que nada tiene que ver con la anterior son las distintas y en ocasiones entreveradas operaciones de liquidación que la aseguradora ha de realizar para proceder a abonar una indemnización líquida. Como bien se ha señalado, la legitimación se refiere a la simplificación de la prueba de la titularidad de la prestación cartularizada, mientras que la liquidación alude a la concreción del objeto sobre el que recae esa titularidad⁹¹.

En cuanto al contenido efectivo de la póliza, el artículo 2: 501 no se aparta demasiado de los cánones tradicional del derecho de seguros privado en los estados miembros. Exige que la misma refleje una serie de informaciones, datos, descripciones, riesgos, valoraciones, derecho aplicable, siempre y cuando, sea relevante. Término este poco preciso y escasamente valorativo de un modo objetivo y que hay que reconducir a supuestos de seguros en los que no todas las menciones ni son necesarias ni a lugar las mismas. Es obvio que un seguro de sumas como los de vida o muerte no tiene sentido la descripción del objeto del seguro. O la inclusión de la mención y designación del beneficiario en los seguros de daños donde de suyo no cabe la figura.

Omiten los Principios a diferencia del dictado del artículo 8 LCS, la expresión de mínimo, de contenido mínimo, cambiándose por el más ambiguo de relevante. Un artículo este que ha sido declarado imperativo por el artículo 40.4, h) y 5 b) de la LOSSP. Aparte de ser requisitos esenciales de la póliza ya que permiten identificar los elementos esenciales del propio contrato de seguro, el contenido contractual se completa con las condiciones particulares necesarias y obligadas del contrato, que terminan de concretar e identificar a los sujetos, al objeto del contrato de seguro, los bienes, intereses o personas sobre los que el seguro pende, así como la concreción de la duración efectiva tanto formal como material de la cobertura, la prima, etc.

90. Estos postulados son defendidos entre otros por EIZAGUIRRE, "La opción por el concepto amplio de título-valor", RDBB, 1995, nº 57, pp. 46 y ss., p. 52 quien se refiere a los debilitamientos de los efectos del endoso; el propio GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 100 hace una implícita mención a las obligaciones adicionales a las que queda sujeto el asegurado; vid. MARTÍNEZ JIMÉNEZ, "La cesión de la póliza de seguro", cit., p. 116; GARCÍA LUENGO, "Consideraciones sobre el seguro por cuenta ajena", cit., p. 73.
91. Seguimos en este punto a DE DIOS MARTÍNEZ, *Títulos-valor simples*, cit., p. 277.

En primer lugar, la indicación del nombre y domicilio de la partes contratantes, esto es, nombre y apellidos o denominación social de las partes contratantes y su domicilio. Parece obvio que en el documento hayan de constar los datos de identificación de los contratantes. En cambio nada se nos dice en los principios sobre la necesidad de suscribir la póliza, no se contiene ninguna previsión relativa a la firma de las partes. A pesar de ello, es evidente que la firma es necesaria para que se produzca la perfección del contrato, una firma que exterioriza y acredita el consenso entre las partes; es decir, si el asegurado ha hecho una propuesta escrita previa, la póliza debe contener la firma del asegurador a título de aceptación; y, si la perfección del contrato se ha subordinado a la firma de las partes, la póliza deberá ser firmada por ambas. En este sentido, la firma deberá ser manuscrita (del tomador o asegurado, su apoderado o representante legal), no pudiendo reemplazarse por la utilización de un tampón u otro procedimiento mecánico, a pesar de que estos últimos hayan sido indirectamente aceptados en la práctica de ciertos seguros como el obligatorio de automóviles.

Es más, al ser el contrato de seguro un contrato que contiene condiciones generales que forman parte inescindiblemente del propio contrato, sólo lo hacen cuando se aceptan por el adherente y son firmadas, omisión también de los principios europeos que nada dicen en ninguno de sus artículos, sin que en modo alguno pueda entenderse que ha habido incorporación o aceptación cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente a cerca de la existencia de las mismas y no le haya facilitado un ejemplar que en el contrato de seguro se canaliza a través de la entrega de la proposición en el que se incorporan o adjuntan las condiciones y, en todo caso, cuando se produce la entrega de la póliza que ha de firmar siempre el tomador⁹². Por consiguiente, las condiciones deben incorporarse a la póliza o en su defecto al documento complementario o anejo a la misma, que debe firmar el tomador del seguro si bien se admite que la exteriorización de su consentimiento pueda manifestarlo de otro modo con tal de que conste su conocimiento y aceptación de las condiciones, con la excepción de las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado que expresamente exigen como condición de validez su aceptación específica por escrito y, por tanto, la firma del contratante⁹³.

Por otro lado, la necesidad de que la póliza recoja también nombre y domicilio del asegurado y del beneficiario, se dirige a aquellos supuestos en los que no exista identidad entre tomador y asegurado; e incluso, cabe añadir que no siempre será posible cumplir este requisito. Una primera excepción a la norma la constituyen los casos de seguros por cuenta de quien corresponda, o bien, cuando la póliza se extienda como título o documento de legitimación al portador. La segunda, se presenta en relación con la designación del beneficiario, una designación que aunque nada se diga igualmente en la redacción de los PEDCS, se puede realizar en la póliza, pero también en una posterior declaración escrita comunicada al asegurador, o bien, por último, en testamento, que suele ser una de las vías más utilizadas.

92. Vid. PÉREZ-SERRABONA, La póliza, cit., p. 108.

93. Vid. entre otras las STSS de 29 de enero de 1996 y 3 de noviembre de 1997.

Igualmente ha de reflejarse en la póliza la identidad y domicilio del mediador de seguros siempre que el mismo hubiere participado en la negociación y perfección del contrato. La negociación puede ser directa y desintermediada o por el contrario a través de intermediarios sean éstos o no dependientes del asegurador. Tanto la intervención de mediador afecto como la del mediador libre representante, suponen una facilitación de los trámites no sólo para la conclusión del contrato, sino también durante la vida del mismo, ya que las comunicaciones y pago de primas que realice el tomador del seguro a cualquiera de ellos surtirán los mismos efectos que si se hubiesen realizado directamente al propio asegurador. No recoge como en la legislación española la exigencia de especificar, en su caso, “el concepto en el cual se asegura”. Es opinión generalizada de la doctrina española, la escasa incidencia que posee esta indicación, en cuanto que, normalmente, estará explícita al concretar los elementos personales del contrato (por cuenta propia o ajena –persona determinada o no–). Su inclusión proviene, sin duda, del antiguo artículo 383 del C. de co. que, si bien contenía idéntica mención, sólo hacía referencia a la necesidad de que la póliza contuviera “los nombres del asegurador y asegurado”, lo cual, desde luego, resultaba incompleto para satisfacer la exigencia que, actualmente, solventa el primer apartado del artículo 8 de la Ley.

Exige la póliza cuando proceda la indicación sobre el objeto del seguro y los riesgos cubiertos. De un lado es preceptiva y sine qua non la inclusión de la naturaleza del riesgo o riesgos cubiertos, amén de la designación del objeto del seguro, lo que ha de entenderse por los bienes y objetos asegurados y no tanto como por el propio objeto del seguro, pues este en puridad sería el interés del seguro en cuanto elemento esencial del contrato y que vendría en cierto modo suplido por los dos apartados antecedentes de designación de tomador y asegurado en su caso. Es necesario que individualice, delimite, especifique el riesgo cubierto, y aconsejable aunque los PEDCS lo omitan, una referencia en la póliza tanto a su naturaleza (incendio, robo, transporte terrestre, ...) como a la designación de la cosa sobre la que recae⁹⁴. En este sentido, es

94. Sobre la determinación de la naturaleza del riesgo es interesante la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 10 de enero de 2003 en la que se produce una cancelación de un festival musical por problemas meteorológicos. No constituye un seguro de lucro cesante sino de daño emergente al ser objeto de cobertura los gastos derivados de la suspensión, aplazamiento o cancelación de las actividades. Inicia la Aseguradora recurrente sus alegaciones de disconformidad con la sentencia de instancia, discrepando de la naturaleza del seguro concertado, al que califica como seguro de lucro cesante. Y es lo cierto que tal pretensión debe ser desestimada, pues con independencia de que la Ley de Contrato de Seguro haya incardinado dicho seguro dentro de los de daños, cuestionándose incluso que su calificación como tal sea correcta, es lo cierto que **el propio contenido de la correspondiente relación aseguratoria especifica claramente que el riesgo objeto de cobertura son los gastos que se produzcan con ocasión de la suspensión, aplazamiento o cancelación de las actividades a realizar, y que por tanto la suma indemnizatoria habrá de fijarse en función de tales gastos mencionados en el art. 7 del Condicionado General. Es evidente, en consecuencia, que no estamos en presencia de un seguro de lucro cesante previsto en el art. 63 Ley de Contrato de Seguro, entendido como una expectativa de beneficio o la ganancia que se haya**

claro que esta última mención será precisa en los seguros sobre las cosas; pero difícilmente se podrá proclamar su carácter general para todos los seguros, puesto que en los de personas falta la certeza necesaria para que pueda hablarse del objeto asegurado⁹⁵.

Sobre estas dificultades tanto de concretar el objeto asegurado como hablar del mismo en el ámbito de los seguros de personas, es interesante la Sentencia del Supremo de 24 de noviembre de 2006 (TOL1.073.431) cuando señala: “La designación de los objetos asegurados y de su situación es una mención –introducida por la ponencia del Congreso– que reproduce sustancialmente parte del número 3 del artículo 383 del Código de Comercio, que no quiso ser recogida por el proyecto del Gobierno, cuyos redactores pensaron seguramente que tal indicación es necesaria para todos los seguros. Parece claro que en los seguros de personas difícilmente puede hablarse del objeto asegurado. Se hace referencia, en este apartado, a la cosa que es objeto del interés asegurado. Indicación que, como se ha dicho, será precisa, en particular, en los seguros sobre las cosas (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Mayo de 1995) referente al incumplimiento por parte del tomador del seguro de lo previsto en este apartado de designar el objeto asegurado.”

El riesgo se define como la posibilidad de que se verifique un evento dañoso. La noción comprende sus dos elementos: la posibilidad y el evento. A su vez, el concepto de posibilidad queda delimitado por la imposibilidad y la certeza. Hay imposibilidad cuando queda eliminada la posibilidad de que un determinado evento se verifique. Hay certeza o necesidad cuando es seguro que el evento se verificará. En consecuencia, habrá posibilidad cuando no haya ni imposibilidad ni certeza, es decir cuando no sea descartable pero tampoco seguro que el evento se produzca. Además la noción de posibilidad abarca dos elementos: el evento debe ser futuro e incierto. Lo primero, pues de haberse verificado, no habrá riesgo asegurable, y lo segundo, pues si es seguro que el evento acaecerá, dejará de ser posible para transformarse en necesario o cierto, y si es seguro que no se verificará caemos en la hipótesis de la imposibilidad. Así las cosas si el evento dañoso es provocado dolosamente por el asegurado, deja ya de ser incierto. Técnicamente el riesgo queda eliminado como posibilidad. Ese elemento queda sustituido entonces por el de necesidad o certeza.

El concepto de riesgo con independencia desde la óptica desde la que se estudie, aparece siempre como elemento esencial en el contrato de seguro. Tanto en relación con el seguro de daños como en el seguro de personas y los seguros mixtos, el riesgo

dejado de obtener, sino ante un concreto seguro de daños *strictu sensu*, es decir de un daño emergente, entendido como el resultado inmediato y directo del hecho productor de la lesión patrimonial.

95. Por el contrario, PICARD y BESSON no dudan acerca de la posibilidad de que la persona asegurada pueda designarse como el objeto del riesgo, a tenor del artículo 112.4 del *Code des assurances* francés (vid., BESSON, “Le contrat d’assurance”, en PICARD-BESSON, *Les assurances terrestres*, tomo I, 5ª ed., Paris, 1982).

constituye elemento esencial para la validez del contrato de tal modo que éste será nulo si en el momento de la celebración del mismo no existe o ya se ha verificado el siniestro. El riesgo tiene una relevancia esencial en el contrato de seguro pues del mismo por un lado deriva la causa, ya que el riesgo incide e integra la causa, y de otro lado, la misma finalidad económica y social perseguida por las partes no es otra más que la cobertura de ese riesgo asegurado⁹⁶. Como no podía ser de otro modo la aseguradora tiene que llevar a cabo una evaluación y un pronóstico del riesgo.

Precisamente pasa por ser una de las características esenciales del contrato de seguro su *Zukunftsbezogenheit*, en la que el asegurado necesita la cobertura porque no sabe si en el futuro le hará falta. Es el hecho de la necesidad de la cobertura *Deckungsbedarf* la esencia misma del contrato. Los contratos de seguro se acuerdan necesariamente para un espacio de tiempo determinado, de ahí que jurídicamente esto signifique que el contrato de seguro representa una *Dauerschuldverhältnis*⁹⁷. El largo plazo por lo general suele ser el distintivo o la característica del seguro, lo que por otra parte hace aumentar la complejidad del mismo. Se contrata o se adquiere sin lugar a dudas un *dynamisches Produkt* que se desarrollará en sí⁹⁸.

Este concepto expresa indistintamente dos ideas: es el objeto asegurado, y a la vez significa la posibilidad de que se produzca el evento dañoso, es decir, la posible concurrencia por azar de un acontecimiento que produce una necesidad económica o unas consecuencias económicas perjudiciales o lesiona un interés. La repulsa o aversión al riesgo implica a su vez la distinción entre prevención y aseguramiento. Ambos son métodos para minimizar la pérdida, sin embargo una pérdida que puede evitarse por un gasto menor que la pérdida esperada es prevenible, mas no todas las pérdidas son prevenibles; sin embargo, mediante el aseguramiento se pueden reducir los costos creados por el riesgo de la pérdida, puesto que el asegurado cambia la posibilidad de una pérdida por un costo más pequeño pero cierto –la prima del seguro–. El traslado del riesgo a una entidad aseguradora elimina la mayor parte del costo extra⁹⁹. El riesgo para poder ser asegurable debe reunir una serie de requisitos: ha de ser posible, aleatorio, que su realización provoque una necesidad de contenido patrimonial, que sea susceptible de tratamiento estadístico, que amenace por igual a todos los asegurados

96. Vid. entre otros GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 113 y 114; SÁNCHEZ CALERO, *Ley contrato seguro*, cit., p. 114 quien señala expresamente que el riesgo incide en la causa; RONCERO SÁNCHEZ, *El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima*, Elcano, 2002, p. 221.

97. Para mayor profundidad, REHBERG, *Der Versicherungsabschluss als Informationsproblem*, cit., p. 32.

98. Sobre este punto vid. DREHER, *Die Versicherung als Rechtsprodukt*, Tübingen, 1991, p. 148.

99. Así por ejemplo, combinando el riesgo de incendio de un asegurado con muchos otros riesgos de incendio no relacionados con el primero, la compañía de seguros transforma un riesgo en un (costo) casi cierto y así elimina la desutilidad del riesgo. Es por ello por lo que la compañía puede cobrar una prima de seguro que cubre todos sus propios costos y todavía es atractiva para el asegurado porque es menor que la desutilidad que asigna al riesgo. Vid., POSNER, *El análisis económico del derecho*, México, 1998, p. 103.

y, al mismo tiempo, el riesgo goza de toda una serie de condiciones técnicas como serían: la independencia, la individualización, la frecuencia, la intensidad, la acumulación y la homogeneidad¹⁰⁰.

La determinación de la *suma asegurada* o el alcance de la *cobertura* como delimitación máxima de la prestación del asegurador, es la mención que recoge el apartado (f) del artículo 2: 501 de los PEDCS. La suma asegurada aparecerá tanto en los seguros de daños como en los de personas, pero en otras modalidades, significativamente en los seguros asistenciales o prestacionales, como el seguro de asistencia sanitaria, o el seguro de responsabilidad civil, el dato que realmente interesa conocer es hasta dónde alcanza la garantía asumida por el asegurador, en virtud de la alusión a “otras prestaciones convenidas” que hace el artículo primero de la Ley. Amén de la posibilidad de que se prevea la fijación convencional de la indemnización en la denominada *póliza estimada* (también llamada “valorada” o “tasada”). Las partes, de común acuerdo, fijan en la póliza o con posterioridad a la celebración del contrato, el valor del interés asegurado que habrá de tenerse en cuenta para el cálculo de la indemnización. Se procede en suma a una fijación convencional del valor del interés. Se desplaza a un segundo plano las reglas de seguro que establecen que para la determinación del daño se debe tener en cuenta el valor del interés asegurado en el momento inmediatamente anterior a la producción del siniestro. Cuando las partes acuerdan ya inicialmente ya en un momento ulterior tasar ese bien u objeto asegurado, lo relevante no es el valor del interés en el momento que se produce el siniestro, ese valor final por tanto, sino que el valor relevante a tener en cuenta para calcular la indemnización es el que las partes acordasen en la póliza estimada o tasada.

Bajo este aspecto, la cuantía del daño, la suma asegurada y el valor del interés asegurable son tres elementos imprescindibles a la hora de establecer el cálculo de la indemnización; pero su combinación puede presentar algunos problemas, sobre todo cuando resulte discutible el valor del interés asegurado en el momento de la producción del siniestro. Precisamente para tratar de evitar los problemas que pudieran surgir en estos casos, se ha difundido la fijación convencional del valor del interés asegurado, de manera que, aceptado este valor expresamente por las partes contratantes, con el compromiso de no discutirlo ni tampoco de debatirlo, surtirá efectos a la hora de fijar la indemnización, resultando de este modo mucho más ágil y sencilla que en otros supuestos la liquidación del siniestro. El asegurado debe probar la existencia del siniestro y por tanto la lesión patrimonial del interés que en definitiva era la relación o

100. Sobre estos extremos, vid. CID CID/MONTES BOTELLA, “Un método de ayuda para la selección de riesgos en la entidad aseguradora”, RES, 1999, 98, pp. 391-398, p. 399. Estos autores proponen como método de estimación de las probabilidades de siniestro la regresión logística, cuyas aplicaciones principales son la predicción y la explicación. Mediante la predicción se trata de determinar si un individuo va a sufrir o no el siniestro. Tal previsión se hace naturalmente en términos de probabilidad, realizándose a partir de los valores que toman las variables predictoras, cuyos valores se conocen a partir de la información requerida al asegurado en el momento de la solicitud del seguro.

vínculo jurídico-económico que le unía con la cosa asegurada. Mas queda liberado de la prueba del valor del interés que de suyo ya ha aceptado el asegurador. Más discutible es si en caso de pólizas tasadas se aplica o no la regla proporcional¹⁰¹. A nuestro juicio, se produce en las pólizas tasadas una exclusión convencional de la regla proporcional dada la aceptación del valor asegurado por parte del asegurador¹⁰².

Mención significativa es la de la prima o, como bien señala el apartado (f) el método para su cálculo, el cuál si es verdaderamente importante y relevante para las segundas y subsiguientes primas. Es obvio que en una prima única o en la primera de ellas aparecerá en la póliza el reflejo de la misma, pero no las sucesivas. De ahí la acertada previsión de incluir el parámetro de cálculo de las mismas. Segregan los principios otros aspectos tales como el vencimiento de las primas, lugar y forma de pago. El importe de la prima puede ser simplemente *determinable* por referencia, por ejemplo, a las tarifas del asegurador, cuando se trate de primas periódicas, y no de prima única. En nuestro derecho, si en la póliza no se ha determinado ningún lugar para el pago de la prima, “se entenderá –de acuerdo con esa previsión legal– que éste ha de hacerse en el domicilio del tomador del seguro”, de modo semejante a como establece el artículo 1171.3 del C.c., que sitúa en el domicilio del deudor el lugar de pago de la obligación, cuando nada se hubiera estipulado en otro sentido. No obstante debemos precisar, los costos del aseguramiento, que son susceptibles de desglosarse en dos categorías: 1) costos de mediación, y 2) costos de transacción. El primer conjunto es el de costos de estimar: a) la probabilidad de que el riesgo se materialice, y b) la magnitud de la pérdida si el riesgo se materializa. El producto de los dos es el valor esperado de la pérdida y la base para el cálculo de la prima de seguro apropiada que se incluirá en el precio del contrato. El principal costo de transacción es el de combinar el riesgo con otros riesgos para reducirlo o eliminarlo¹⁰³.

Información primordial es la de la dimensión temporal del contrato, la duración con su vigencia material de cobertura de riesgos. Ya sabemos que los PEDCS acuñan expresiones novedosas tales período contractual y periodo de cobertura. La duración del contrato, con expresión del día y la hora en que comienzan y terminan sus efectos, exigencia recogida en el número 8 del artículo 8 puede considerarse esencial, del mismo modo que son esenciales también las menciones –antes señaladas– a que se refiere el primer número. Los datos relativos al momento en el que comienzan los

101. Sobre este particular vid. MONGE GIL, *La regla proporcional de la suma en los seguros de daños*, Elcano, 2002, pp. 130 y ss.

102. En cierto sentido la póliza estimada implica una tácita derogación de la regla excepción convencional a la misma, ahora bien, pueden coexistir pólizas tasadas con situaciones de cobertura parcial o infraseguro que dan lugar a la entrada en juego de la regla. Para DE ANGULO, *La liquidación del siniestro en el seguro contra daños en las cosas*, Barcelona, 1989, p. 106, si estamos ante una situación de infraseguro siempre se aplicará la regla proporcional, por lo que condiciona su no aplicación cuando la fijación del valor del interés o valor asegurable y la suma asegurada está en seguro pleno.

103. Cfr. POSNER, cit., p. 104.

efectos de la relación jurídica, identifican el punto de partida de las obligaciones que asumen las partes, que, por lo demás, no tiene necesariamente que coincidir con la fecha en la que se hubiere producido la perfección del contrato. Asimismo este dato servirá para determinar tanto el vencimiento de las primas periódicas como la finalización del contrato. Pero, además, cabe añadir algo tan elemental como que este requisito sirve para determinar el momento a partir del cual el riesgo queda cubierto.

En este punto, y por lo que se refiere a los problemas que pueden plantearse en materia de duración del contrato, interesa recordar que la doctrina distingue frecuentemente entre la duración *formal*, *material* y *técnica* del contrato. El momento de la celebración del contrato señala el paso de la fase de los tratos previos a la fase post-contractual de la relación. Solamente desde este momento se inicia la llamada duración *formal* de la relación, con el consiguiente efecto de vinculación entre las partes, si bien los efectos de sus respectivas obligaciones pueden aplazarse si la eficacia del contrato está subordinada a plazo o condición (p.ej. al pago de la prima, a un día y hora posterior). Por su parte, la llamada duración *material* determina el plazo de tiempo durante el cual el asegurador asume la garantía del riesgo que, en definitiva, es a lo que obliga la mención del artículo 8, y que puede ser:

- a) *Proporcional* al tiempo de exposición al riesgo (p.ej. seguro de vida entera o de transporte de mercancías).
- b) Por un *tiempo determinado* (p.ej. todos los seguros de daños o bien el temporal para el caso de muerte).
- c) Por un *tiempo indeterminado* (p.ej. en ocasiones, en los seguros de abono).

Por último, la llamada duración *técnica* hace referencia al cómputo del tiempo tenido en cuenta para el cálculo de la prima, de modo que se haga coincidir con los períodos del seguro a que alude el artículo 22 de la Ley (diez años máximo y posibles prórrogas anuales).

En relación con la fijación del día y la hora en que terminan los efectos del contrato, cabe señalar como principio general, que se trata del momento a partir del cual el asegurador no debe garantizar nada y el asegurado deja de deber la prima. Sin embargo, existen algunas excepciones a este principio como lo es la relativa a la suspensión de la eficacia material, cuando el asegurado entiende que durante un determinado período de tiempo el interés asegurado no va a estar expuesto al riesgo; o la prevista para el caso de falta de pago de una de las primas por el tomador, supuesto en el que, según el artículo 15.2 de la Ley, se suspende la cobertura del asegurador al mes siguiente al día del vencimiento y, de no reclamar el asegurador el pago de la prima en los seis meses siguientes a ese día del vencimiento, el contrato se extingue.

BIBLIOGRAFÍA

- SÁNCHEZ LORENZO, (2009), “La actividad aseguradora en el contexto de las libertades comunitarias de establecimiento y de prestación de servicios”, RES, nº 140.
- BATALLER GRAU, (2003), “Un mercado europeo del seguro: claves para una re-visión”, en *Derecho Privado Europeo*, (CÁMARA LAPUENTE(Coord.)), Madrid.
- FERNÁNDEZ ROZAS, (2009), “Comunitarización del derecho internacional privado y derecho aplicable a las obligaciones contractuales”, RES, nº 140.
- FUENTES CAMACHO, (2009), “Los contratos internacionales de seguros antes y a partir del Reglamento Roma I”, RES, nº 140.
- SÁNCHEZ CALERO, (2009), “Consideraciones preliminares sobre el régimen comunitario de los contratos de seguro”, RES, nº 140.
- BLANCO-MORALES/CARBONELL, (2002), *La actividad aseguradora en el espacio económico europeo*, Madrid.
- BATALLER GRAU, (2003), “Un mercado europeo del seguro: claves para una re-visión”, en *Derecho Privado Europeo*, (CÁMARA LAPUENTE(Coord.)), Madrid, pp. 741-757.
- PÉREZ CARRILLO, (2005), “Derecho privado europeo y seguro”, *Estudios de derecho mercantil europeo*, (PÉREZ CARRILLO (Coord.)), Madrid.
- SHÄFER/OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, cit., p. 466.
- SCHWINTOWSKI, (1987), *Der Private Versicherungsvertrag zwischen Recht und Markt*, Baden-Baden.
- SHÄFER/OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, cit., p. 466 in welchem Maße die Existenz von Informationskosten wegen Qualitäts- und Preisunsicherheit zu Fehlentwicklungen führen kann, die administrative Beschränkungen der Privatautonomie, umfassenden Verbraucherschutz, staatliche Qualitätsnormen und Qualitätsprüfungen, Gebote und Verbote rechtfertigen.
- MEYER, (1996), “Verbraucherpolitische Informationen und Forderungen”, *Lebensversicherung, Internationale Versicherungsverträge und Verbraucherschutz*, Versicherungsvertrieb, (BASEDOW, et.al., (Dir.)), Baden-Baden.
- MÜLLER, (2000), “Konzept der transparenten Bedingungsgestaltung bei Versicherungen aus aufsichtsbehördlicher Sicht”, en *Transparenz und Verständlichkeit, Berufsunfähigkeitsversicherung und Unfallversicherung, Reform des Versicherungsvertragsgesetzes*, (BASEDOW, et.al.(Dir.)), Baden-Baden, 2000.
- JARAMILLO J., (2005), *Distorsión funcional del contrato de reaseguro tradicional. Su problemática actual*, Bogotá.
- MORANDI, (1987), “Il principio della buona fede nell’assicurazione en ella riassicurazione”, *Assicurazione*.
- BETTI, (1969), *Teoría general de las obligaciones*, Madrid.
- RUBIO VICENTE, (2003), *El deber precontractual de declaración del riesgo en el contrato de seguro*, Madrid.
- DE LOS MOZOS, (1965), *El principio de la buena fe*, Barcelona.

- TIFFREAU, "Le silence et le contrat d'assurances", RGAT, 1989, num. 4.
- ARNELUTTI, (1955), *Teoría general del derecho*, Madrid.
- HEDEMANN, (1958), *Tratado de derecho civil. Derecho de las obligaciones*, III, Madrid.
- ORDOQUI CASTILLA, (2010), *Abuso de Derecho*, Bogotá.
- COLEMAN, (2010), *Riesgos y daños*, Madrid.
- SHAVELL, (1979), "On moral hazard and insurance", *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 93.
- SCHLENKER, (2005), *Die vorvertraglichen Anzeigepflichten des Versicherungsnehmers*, Baden-Baden.
- VEIGA COPO, "El deber de concreción, claridad y sencillez en la redacción del condicionado en un contrato de seguro", *La Ley*, 1 de julio de 2005.
- EMBID IRUJO, (1995), "La protección del asegurado: su consideración como consumidor", *Cuadernos Derecho Judicial*, Madrid.
- p. 24; GUIASOLA PAREDES, (2000), *Cláusulas limitativas y delimitadoras del riesgo en el contrato de seguro*, Madrid.
- p. 92; FERRANDO VILLALBA, (1996), "Interpretación de las cláusulas generales limitativas de los derechos del asegurado", *RES*, nº 87.
- RÚZ MUÑOZ, (1992), *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*, Madrid.
- DE CASTRO, (1961), "Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes", *ADC*.
- KOSTRITSKY, (1988), "Illegal Contracts and Efficient Deterrence: A Study in Modern Contract Theory", *Iowa Law Review*, 1, vol. 74.
- VATTIER, (1995), "Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión", *RCDI*.
- CARBONETTI, (2001), "Clause abusive in materia assicurativa", *Diritto ed economia dell'assicurazione*.
- LIMONCELLO, (2002), "Le clausole relative al foro competente", *Diritto ed economia dell'assicurazione*.
- PASQUAU LIAÑO, (1999), "Comentarios a los artículos 9 y 10 de la LCGC", *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, (BERCOVITZ(Dir.)), Pamplona.
- LINDACHER, (1981), "Kenntnisnahmemöglichkeit und Kenntnisnahmeobliegenheit bei AGB", *JZ*.
- SCHLOSSER, (1983), *Staudinger, Kommentar zum BGB*, 12ª ed., Berlín.
- SHÄFER/OTT, (2000), *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 3ª ed., Hamburg.
- MACDONALD EGGERS/PICKEN/FOSS, (2004), *Good faith and insurance contracts*, 2ª ed., London.