UNIVERSIDAD DE GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO MERCANTIL

EN TORNO A LA INTERPRETACION DE LAS CONDICIONES GENERALES DEL SEGURO

Tesis presentada para la obtención del Grado de Doctor, por el Licenciado Don JOSE LUIS PEREZ-SERRABONA GONZALEZ y dirigida por el Profesor Doctor Don MIGUEL MOTOS GUIRAO, Catedrático de Derecho Mercantil.

Granada, Junio, 1987.

EN TORNO A LA INTERPRETACION DE LAS CONDICIONES GENERALES DEL SEGURO

Capítulo Primero

LA CONTRATACION EN MASA, FORMA TIPICA DE LA CONTRATACION MERCANTIL

SUMARIO:

1.- MODOS DE FORMACION DE ESTOS CONTRATOS Y SU JUSTIFICACION

2.-SUS GRANDES FORMAS: CONTRATOS DE ADHESION Y CONDICIONES GENERALES. PROBLEMAS DE ENCAJE SISTEMATICO Y TERMINOLOGICOS

3.- LOS CONTRATOS DE ADHESION

A) CONCEPTO

B) NATURALEZA JURIDICA

a) Teoría contractualista.

b) Teoría anticontractualista.

c) Teoría mixta o ecléctica.

C) NOTAS CARACTERISTICAS

D) SU CONTENIDO EN RELACION CON LAS CONDICIO-

NES GENERALES

4.- LAS CONDICIONES GENERALES

A) SU INSERCION EN LOS CONTRATOS MASIVOS

B) SU CONCEPTO Y CLASES

a) Condiciones generales del contrato y condiciones generales de la contratación.

b) Condiciones generales en pólizas aprobadas o autorizadas por la Administración Pública.

c) Condiciones generales en póliza-tipo fijada por la Administración.

d) Condiciones generales en póliza-tipo fijada por Autoridad delegada.

C) NATURALEZA JURIDICA

a) Advertencia previa.

b) Doctrina francesa.

c) Doctrina alemana.

d) Doctrina italiana.

e) Doctrina española.

D) ZONAS DE ACTUACION DE LAS CONDICIONES GENERALES EN LA CONTRATACION MERCANTIL

1.- MODOS DE FORMACION DE ESTOS CONTRATOS Y SU JUSTIFICACION

Es clásica la diferencia que se hace por los autores entre la formación instantánea y la formación progresiva del contrato (1). La primera será aquella por la cual una de las partes acepta la propuesta que le hace la otra, prestando su consentimiento que se manifiesta, según señala el art. 1262 del Código civil, *«por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato»*. Por su parte, la formación progresiva del contrato, es aquella en la que existen unos tratos preliminares en los cuales *«las partes se comunican su intención de contratar... y se prepara el acuerdo, aquello sobre lo que versará el consentimiento de las mismas»* (2).

Este último modo de formación del contrato, reservado ciertamente a los contratos de gran importancia económica o formales o solemnes, cada día va siendo menos habitual y sólo muy aisladamente podremos encontrarlo, pues los empresarios de hoy día, debido a la necesidad de que sean múltiples sus relaciones contractuales; poco el tiempo que se invierta en

la realización de cada una de ellas, por la lucha por el mercado, etc., prefieren otro tipo de contratación que se realiza mediante actos mucho más simplificados por parte de los clientes que no tienen más que aceptar íntegramente el ofrecimiento de prestaciones que le hace el empresario en contratos-tipo, pólizas o formularios, y que, en ocasiones, no son apenas conocidos por aquellos a quienes van dirigidos y en la mayoría de los casos ni siquiera entendidos, bien sea por la falta de preparación de quien contrata- preocupado únicamente de asegurar un determinado bien, por ejemplo- o de enviar una mercancía de un lugar a otro bien sea por la excesiva complejidad de un lenguaje técnico y de difícil comprensión, articulado de modo poco inteligible, o quizás también por el hecho de que quienes las redactan, normalmente, ofrezcan prestaciones idénticas, en condiciones muy semejantes también, que hacen que «*tanto dé comprar mercancías de una empresa o de otra, asegurar en esta compañía o en aquella, operar en uno u otro banco, etc.*» (3). De ahí que los clientes no se preocupen, muchas veces, de cuál es el contenido de los contratos que les ofrecen, movidos por la urgencia (a veces por la necesidad) de celebrarlos.

Por otro lado, ha de tenerse también en cuenta la escasa utilidad que supondría el no estar conforme con alguna cláusula de las contenidas en el contrato; muy poco podría hacer el cliente sino aceptarla en el conjunto de todas las demás, cláusulas, muchas de ellas, deliberadamente incluídas en todo caso por el empresario a pesar de que, en algunas ocasiones, sepa que, de ser conocidas y comprendidas por los particulares, y si, naturalmente tuviesen en su mano el poder celebrar el contrato con otros

empresarios en condiciones más ventajosas, no serían nunca admitidas; pero, como acertadamente ha puesto de relieve DE CASTRO, *«se ha observado que condiciones de las que se avergonzaría un comerciante de proponerlas individualmente, se disimulan en el fárrago de reglas articuladas, escritas de modo esotérico; se excusan como propias de una rama del comercio o de la industria si han sido compiladas por una asociación; así doblemente anónimas, todos los empresarios se aprovechan de ellas, aunque a nadie agrade aparecer como su autor...»* (4).

El hecho es que en numerosas ocasiones no se celebran los contratos habiendo mediado una discusión previa de ambos contratantes, debido a que el contrato está redactado de antemano por un empresario o por un grupo de éstos, dedicados a la misma rama de la actividad mercantil o comercial (como acabamos de señalar), por el propio Estado que ha intervenido en la elaboración de unos contratos tipo, que fija como modelo para la contratación, y a los que hay que someterse, o por agrupaciones empresariales y de consumidores (o por grupos que pueden representar a las partes contratantes), o de cualquier otra forma. En estos casos, en los que el contrato, sea por el medio que sea, está prerredactado, el mecanismo de la contratación se reduce exclusivamente a la aceptación en bloque del contrato, formulario o póliza que se presenta por el empresario al particular, sin que éste pueda hacer otra cosa que aceptar o no contratar, y sin que quepa ningún tipo de discusión. Y así, señala ROYO MARTINEZ, *«con las grandes empresas de transportes y electricidad, con las poderosas entidades bancarias y las compañías de seguros, por no citar sino los supuestos de mayor relieve, y sobre todo, con sus monopolios de*

hecho o con la eliminación de la competencia entre ellas a través de convenios normativos, carteles y trusts, surge un tipo de contratación que pudiésemos llamar «deshumanizada», una contratación de cola, mostrador o ventanilla, de formulario impreso o de fichero...; una contratación en la que no se discute, porque el contrato está ya redactado y no hay sino que firmarlo» (5).

Este modo de contratación es el presupuesto para que pueda existir una contratación en masa y además el resultado de la misma. No puede entenderse la celebración de determinados contratos (piénsese, por ejemplo, en el transporte por ferrocarril) que pueden contarse por millares en un sólo día, si no fuese mediante este tipo de contratación, por razones de economía de tiempo, de utilidad real y efectiva de determinados servicios, y por falta de los medios materiales necesarios para que pudiese actuarse de diferente forma, habiéndose llegado, por estos motivos, como parece evidente, a una absoluta despersonalización de este tipo de relaciones.

Tres son las razones fundamentales que incitan a las empresas a imponer el contrato uniforme: el deseo de racionalizar al máximo los contratos (este tipo de contrato ahorra, en efecto, tiempo y facilita extraordinariamente la celebración de contratos); la posibilidad que tienen las empresas de operar sobre la base de un régimen contractual seguro (al ofrecer el mismo contenido todos los contratos, se hace posible un cálculo exacto de riesgos y responsabilidades); y, el fortalecimiento que consiguen las empresas de su posición preponderante frente al cliente, mediante las

condiciones generales por ellas redactadas y contenidas en el contrato (6).

Tambien es cierto, como posteriormente veremos, que, junto a estas razones que mueven a los empresarios a celebrar sus contratos de esta peculiar forma, existen unas ventajas (y unos inconvenientes) tanto para ellos (fundamentalmente ventajas) como para los particulares que contratan.

2.- SUS GRANDES FORMAS: CONTRATOS DE ADHESION Y CONDICIONES GENERALES. PROBLEMAS DE ENCAJE SISTEMATICO Y TERMINOLOGICOS

Un problema que se plantea desde antiguo, desde un punto de vista doctrinal, es la denominación que hay que dar a estos contratos:

- La doctrina francesa los denominó por boca de SALEILLES (7), por vez primera, *contrats d'adhésion*, terminología que fue luego seguida por DOLLAT, BOURCART, HAURIOU y RIPERT, entre otros, debiéndose también a otro francés, DEREUX, la matización en el concepto (8), que pasa a ser *contrats par adhésion* ya que lo que se quiere es designar un acuerdo realizado por la simple adhesión de una persona a una oferta cuyos términos no puede discutir

(9), fórmula que, en opinión de ROYO MARTINEZ, mejora la de SALEILLES (10).

- La doctrina alemana, sin embargo, prefiere otra expresión que se refiere a la misma cuestión: *allgemeine Geschäftsbedingungen*, o sea, condiciones generales del negocio, utilizada con carácter general por los autores alemanes, como REISER, HUECKHEDEMANN, STAUB, DERNBURG, o WEBER, entre otros (11).

Alrededor de estas expresiones giran también las empleadas por la doctrina y los ordenamientos jurídicos de otros países:

- En Italia, es utilizada la expresión *contratti di adesione* por SALANDRA, DI PACE, MAZZOCHI, etc. (12), y DE MARTINI o GIORDANO, que prefieren la expresión *contratti per adesione* (13), si bien numerosos autores también se han preocupado de *«le condizioni generali di contratto»*, como contenido de aquéllos: DOSSETTO, DI MAIO, GORLA, MARSILI, NUZZO, GENOVESE, etc. (14). Y el propio Código civil italiano recoge ambas expresiones. Así, el artículo 1332 regula la *adesione* al contrato, mientras que el 1341 está expresamente destinado a regular la disciplina de las *«condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti»*.

- La doctrina española, finalmente, también utiliza la expresión *contratos de adhesión* (GULLON y DIEZ PICAZO, CASTAN, ROYO

MARTINEZ, etc.) (15), y *condiciones generales* (DE CASTRO, GARCIA AMIGO, GARRIGUES, OTERO, SANCHEZ CALERO, URIA, VICENT CHULIA...) (16).

Igualmente deben destacarse las sentencias de 13 de Diciembre de 1934 y 27 de Febrero de 1942 (que utilizan la expresión *contratos de adhesión)* o la de 18 de Enero de 1909 (17), que usa la expresión *condición general*, o las más recientes de 25 de Mayo de 1951, 28 de Marzo 1956, la primera de ellas calificando un contrato de seguro como contrato de adhesión, la segunda, tratando de un seguro contra incendios, estudiando la naturaleza de los contratos de adhesión; o la de 4 de Mayo de 1961, de gran interés pues fija las normas de interpretación de los contratos de adhesión. La sentencia de 22 de Junio de 1950 señala, a su vez, las normas de interpretación de las *«condiciones generales del contrato de seguro»*.

Ya se contiene en un texto legal español, tambien, una referencia a las condiciones generales; concretamente, en la Ley de Contrato de Seguro, Ley 50 de 8 de Octubre de 1980 (B.O.E. de 17 de Octubre del mismo año), que, en su artículo 3º, señala que *«Las condiciones generales, que, en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo...»*. Y, con posterioridad a la Ley del Contrato de Seguro, también se recogen las condiciones generales del contrato, en nuestro Ordenamien-

to, en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley 26/84 de 19 de Julio (B.O.E. de 24 de Julio), que en su artículo 10, señala los requisitos que deberán cumplir *«las cláusulas, condiciones o estipulaciones que, con carácter general se apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones públicas y las Entidades o empresas de ellas dependientes»*.

Por tanto, podemos observar que los contratos de adhesión y los contratos celebrados en base a condiciones generales no son meras construcciones doctrinales, pues, en los distintos ordenamientos jurídicos, algunos de los cuales hemos citado exclusivamente a título de ejemplo, ya vienen recogidos, y porque, juntamente con la preocupación doctrinal que viene estudiándolos desde antiguo, existe una auténtica construcción realizada por la Jurisprudencia de los Tribunales y, en nuestro caso, concretamente, por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

3.- LOS CONTRATOS DE ADHESION

A) CONCEPTO

Distinguiendo los contratos de adhesión de las condiciones generales de los contratos, pasaremos a considerar brevemente, qué se entiende por

contratos de adhesión.

SALEILLES (18) señalaba que en estos contratos, que solamente tienen de contratos el nombre, *«il y a la predominance exclusive d'une seule volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi non plus a un individu, mais a une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà, par avance, unilatéralement, sauf adhésion de ceux qui voudront accepter la loi du contrat»*, tesis seguida, con algunas variantes por el resto de la doctrina francesa.

SALANDRA, por su parte (19), mantiene que *«adesione si può avere dunque nella formazione di un negozio giuridico, quando il contenuto di questo è stabilito da una persona che ne prende l'iniziativa, e fatto proprio da un'altra che limita la sua attività a dare il consenso a quanto fu stabilito dalla prima»*, considerando este autor que de una parte hay una sola persona física o jurídica y por otro, una pluralidad, varias personas, sin llegar a mantener la expresión *colectividad*, ya que este término implica la existencia de algún tipo de organización.

En nuestro Derecho, se entiende por contratos de adhesión, según CASTAN *«aquellos en que el contenido, esto es, las condiciones de la reglamentación, son obra de una sola de las partes, de tal modo que el otro no presta colaboración alguna a la formación del contenido contractual, quedando así sustituida la ordinaria determinación bilateral del contenido del vínculo por un simple acto de aceptación o adhesión»* (20); y según GULLON Y DIEZ PICAZO (21) *«aquellos supuestos en los cuales una de*

las partes, que generalmente es un empresario mercantil o industrial que realiza una contratación en masa, establece un contenido prefijado para todos los contratos de un determinado tipo que en el ejercicio de su empresa se conciertan». Son una construcción puramente doctrinal, recogida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, como ya hemos indicado, que carece de asidero legal concreto (a diferencia de lo que ocurre en el derecho italiano, por ejemplo), circunstancia esta que no tiene demasiada importancia, pues lo verdaderamente interesante es que existan algunas normas especiales aplicables a la interpretación de estos contratos, como más tarde veremos, una de cuyas características es la peculiaridad que existe en cuanto al consentimiento que se presta: al ser los detalles regulados, hasta lo más insignificante, es fácil pensar que el que contrata, el que se adhiere (la parte más débil), no conoce una parte del contrato, si bien intentar declarar la nulidad del contrato por defecto de consentimiento sería muy difícil y no llevaría a nada útil. ROYO señala, a este respecto, que *«quien, por citar algún ejemplo, celebra un contrato de seguro, no ignora haber concertado con la compañía un seguro de vida, por tal capital y por cierta prima al año; este es el núcleo conocido y aceptado. Pero no cabe pensar con igual certidumbre que el asegurado ha conocido, medido el alcance, previsto las consecuencias y aceptado, tras la necesaria deliberación.... todo el inmenso fárrago de cláusulas que la póliza suele contener, impresas en letra microscópica, cuajadas de términos técnicos de difícil inteligencia para el profano y pensadas y redactadas por la compañía con toda suerte de reservas mentales» (22).*

Por último, recordemos que los contratos de adhesión son, en opinión

de DI PACE, *«aquellos contratos que respondiendo a las exigencias de las grandes industrias y atendiendo a la exigencia cada vez más acentuada de la contratación en serie (estandartización) y a la uniformidad de la contrataciones vienen predispuestos, la mayoria de las veces en formularios, preparados por aquella parte contratante que goza sobre la otra de una notable superioridad económica, de tal modo que puede imponer las propias condiciones sin que la otra parte tenga la posibilidad de discutirlas o de acepiarlas parcialmente»* (23).

B) NATURALEZA JURIDICA

La polémica se centra en la consideración de estos, en principio, únicamente actos jurídicos, como auténticos contratos o como algo distinto al contrato, simples actos, actos unilaterales, existiendo dos teorías fundamentalmente al respecto, la contractual y la anticontractual, además de alguna ecléctica.

Estando dirigidas a averiguar cuál es la naturaleza jurídica de la relación existente entre ambas partes, en virtud de la adhesión, ambas teorías, brevemente, van a ser consideradas:

a) Teoría contractualista.

Para los defensores de esta teoría (teoría clásica) los contratos de adhesión nacen de una doble voluntad, la del oferente y la del aceptante (la adhesión no es más que un modo peculiar de la aceptación) (24). Esta tesis parte de una especie de ficción: todas y cada una de las cláusulas que forman un contrato, aunque éste haya sido redactado y configurado unilateralmente por una de las partes, se entiende que han sido aceptadas por el contratante que no las ha redactado, mediante su adhesión. La adhesión, consiste en la aceptación incondicionada de las condiciones establecidas por otros, pero también es un acto formalmente al menos, un acto de libre voluntad que no puede ser forzado.

La mayoría de los autores sigue la teoría clásica contractualista por varias razones, fundamentalmente criticando a la teoría anticontractualista el no haber sabido definir qué son exactamente los contratos de adhesión, o mejor, dónde empieza o deja un acto de ser de adhesión. Muy gráficamente DEREUX, partidario como veremos de una teoría que más que ecléctica habría que considerar como particular (25), criticando los argumentos de la nueva teoría, frente a la clásica, se pregunta (26): si en el escaparate de una librería se ve una obra y se compra por el precio que tiene marcado ¿no estamos ante un contrato de adhesión?; si en una tienda de confecciones se observa un traje cuyo precio está marcado por una etiqueta y se decide comprarlo, ¿no es, en este punto, un contrato de adhesión? ¿Y no hay que aplicar en definitiva, concluye DEREUX, «esta misma denominación a todos los contratos formados *intuitu rei*, dado que

en tales mercados el oferente no conoce al aceptante y se declara dispuesto, sin embargo a tratar con cualquiera que acepte su ofrecimiento? No cabría argumentar en contra de este planteamiento la necesidad, para que se dé un contrato de adhesión de que sean muchas las cláusulas, pues el número de éstas no puede hacer que varíe la naturaleza del acto.

A favor de esta teoría se han aportado varios argumentos, entre los que citaremos: Los Códigos, si no consideraran contratos a estos actos, habrían dejado fuera de su ámbito de actuación y aplicación la mayoría de estas actividades como las que acabamos de señalar. Algunos de ellos además señalan unas especiales normas de interpretación para los contratos de adhesión y de especiales garantías para la tutela de la parte económicamente más débil, que encontrarían difícil encaje si no se tratase de auténticos contratos especiales también, aunque esta teoría no es compartida por DI PACE (27) que no se muestra partidario de estas reglas especiales de interpretación, citando, a favor de su argumento (28), la frase de GOUNOT que indica que, siguiendo la teoría clásica, el adherente no podría oponer la ignorancia de ciertas cláusulas porque los jueces le responderían: «*sin duda usted no conoció ni aceptó todo esto. En realidad usted sólo consintió en una cosa: en pagar una cierta cantidad anual; y había pensado así adquirir, sin ninguna otra obligación anormal por su parte, el derecho absolutamente seguro de recibir la suma aseguradora al tener lugar el riesgo garantizado. Usted quería esto y no otra cosa. Pero el mundo de los juristas no es el mundo de la realidad. A nuestros ojos, usted había leído todo, había ponderado todo, había querido todo*», olvidando quizás el principio *in ambiguis contra stipulatorem* y el de la buena

fe. Y finalmente, incluso hay quien cita, entre los argumentos de esta teoría, el propio sentido común (29) porque, en el público, todo el mundo es unánime en considerar el seguro, la compra de un billete de tren o una entrada de teatro, o no importa qué artículo ofrecido por una tienda, como contratos.

b) Teoría anticontractualista.

Para los seguidores de esta teoría, los llamados contratos de adhesión, no son más que actos unilaterales, en los que la igualdad de los llamados contratantes no existe. Sólo producen efectos en favor o en detrimento de los que tienen que adherirse. No son tales contratos porque la adhesión tiene el simple valor de condición de eficacia de un acto ya de por sí válido y completo (30). Este acto asume el carácter de declaración unilateral de voluntad obligatoria que dicta su ley no a un individuo, sino a una colectividad, o el carácter de actos de naturaleza reglamentaria al cual se adhiere otra voluntad, que debe estar sujeta a la primera por la utilidad social del acto (31).

Los defensores de esta teoría unilateral (o anticontractualista), parten de la base de que en estos contratos la voluntad de las partes se encuentra en planos distintos que hacen que no exista igualdad: una parte redispone todo el contenido contractual y la otra sólo se adhiere, porque le viene impuesto; luego carece de sentido hablar de contrato, si no exis-

te ni plano de igualdad ni la posibilidad de discutir las cláusulas del contrato (32). Las cláusulas de estos *contratos* no serían tales, sino declaraciones unilaterales de voluntad obligatoria; actos de naturaleza reglamentaria a los que se adhiere la otra voluntad; o estado de hecho objetivo permanente al que pueden adherirse los interesados, según señalan los distintos autores, franceses fundamentalmente, seguidores de esta teoría nueva (33). La grave consecuencia práctica que tiene esta teoría es que, a la hora de la interpretación de los actos de adhesión, ésta no tendrá por objeto, como es regla general en la interpretación de los contratos, la búsqueda de la común intención de las partes, sino la simple voluntad a la cual ha habido adhesión, ya que la *«interpretación, en este caso, es como la de una ley propiamente dicha»* (34).

Sin embargo, SALEILLES, HAURIOU, DIGUIT, etc., no han sido seguidos por la doctrina en general y sus tesis han sido fuertemente rebatidas, dado que no puede admitirse, en modo alguno, que un particular, por mucho poder de hecho que tenga o dominio del mercado, pueda tener también una facultad de dictar normas, conclusión a la que se llega al considerar las cláusulas de estos actos, como emanadas de un pretendido poder reglamentario que pertenece al empresario y que se justificaría por exigencias de intereses generales (35). Además, se ha argumentado encontra de esta teoría que la desigualdad económica, lejos de ser privativa de los contratos de adhesión, es muy frecuente y a veces necesaria en el tráfico comercial (36), pudiéndose llegar al contrasentido de tener que estudiar en qué plano se encuentran los contratantes para definir si el acto es en sí un contrato o no (aunque se trate del mismo tipo de rela-

ción). Es también de destacar, como argumento práctico en contra de esta tesis, el expuesto por ROYO, cuando indica que dista mucho de parecerse este poder reglamentario en manos de una empresa privada, por muy importante que sea, a un verdadero reglamento, como acto del Poder Público, que habrá de ser interpretado sobre el presupuesto *«de que es norma imparcial y objetiva en sus designios, y precisamente hay que sospechar todo lo contrario del complejo normativo redactado unilateralmente por una empresa»* (37).

Seguir la teoría anticontractualista, traeria como consecuencia el hecho de admitir que una empresa privada goza de poder para dictar normas que habrá que acatar en cuanto tales, y que estarán dirigidas no a la solución de posibles conflictos, sino directamente a lograr un beneficio económico para aquel que las redacta a costa de un perjuicio de aquel que deberá soportarlas.

c) Teoría mixta o ecléctica.

Una teoría ecléctica hace que algunos autores lleguen a mantener (38) que estos contratos de adhesión participan de la naturaleza jurídica del contrato (condiciones particulares) y del reglamento (condiciones generales). Su tesis se asemeja mucho a la de los contractualistas, pues mantienen que se trata de actos dispuestos por una sola parte a la que atribuyen poder reglamentario (justificado por las exigencias de interés

público señaladas), pero, inmediatamente, añaden que también participan de la naturaleza contractual, teoría que puede desestimarse en opinión de MARSILI por ser muy difícil, *«por no decir imposible, concebir un acto que participe a la vez de la naturaleza del contrato y del reglamento, figura híbrida con una serie de elementos que se excluyen mutuamente»* (39).

DEREUX, adscrito, como ya hemos indicado (40), a los seguidores de la teoría mixta, en realidad es seguidor de la contractual (41) pero con alguna matización, pues considera dos tipos de cláusulas en los contratos de adhesión: las esenciales, que normalmente son manuscritas o verbales, y las accesorias, que generalmente están impresas. *«La plupart du temps, les deux parties acceptent sciemmment et librement les clauses essentielles. Quant aux autres, l'adherent connaît ou comprend mal leur teneur, et la portée qu'elles peuvent avoir si on les prend à la letre; il le considère comme destinées simplement á prèciser ou à compléter les obligations-principales, et non comme devant, d'une manièr détournée, dénaturer ou modifier gravement l'essence du contrat»* (42). Las cláusulas accesorias sólo producen efecto contra el adherente si tienen como resultado completar o precisar las esenciales.

Las consecuencias prácticas que se derivan de su teoría, van en una doble dirección: por un lado la necesidad de que queden reducidas -por un poder excepcional del juez, puede ser- a cláusulas accesorias que impongan obligaciones que, atendiendo a las principales, no serían necesarias (señalando como ejemplo el hecho de que en un asegurado contrate una

póliza por un período de diez años y una cláusula accesoria imponga a dicho asegurado la obligación de denunciar el contrato seis meses antes de la expiración del décimo año, de tal modo que si no la cumple, el contrato quedará renovado por otros diez años: «*A notre avis le juge ne doit pas admettre une pareille supercherie*», señala) (43). Por otro la exigencia de que las cláusulas penales insertas entre las cláusulas accesorias deban tener únicamente por fin real, asegurar la ejecución de las obligaciones especificadas en la convención.

Los actos de adhesión, para DEREUX, son contratos y sus efectos deben estar determinados por la común voluntad de las partes, pero el respeto a las cláusulas esenciales debe dominarlo todo. Su teoría es particular porque es cierto que las cláusulas esenciales (las que oferente y adherente así las han considerado) generan efectos jurídicos esenciales; sin embargo, las llamadas accesorias, también incluídas en el contrato y a las que ha habido igualmente adhesión (y por tanto, aunque sólo sean para una parte, tienen la cualidad de accesorias) sólo pueden producir efectos accesorios, pues así lo exige, en su opinión, el principio de buena fe y el de equidad que preside esta materia en el Código civil.

C) NOTAS CARACTERISTICAS

Las notas características de este tipo de contratos, los de adhesión, han sido señaladas por MISSOL y DOMERGUE (44) y sistematizadas por

DI PACE (45), y puden resumirse:

- El contenido del contrato está predispuesto por una sola parte de un modo rígido y uniforme, de tal manera que la otra parte las acepta en bloque o las rechaza, sin posibilidad de discusión.

- La oferta se hace a una colectividad impersonal y en un gran número de ejemplares.
- La parte oferente tiene sobre la otra una superioridad económica.

- La parte que se adhiere se encuentra, la mayoría de las veces, en la necesidad de tener que celebrar el contrato.

- El contrato está formado por una serie de cláusulas de modo que asume el carácter de negocio complejo (esta última circunstancia no es considerada como requisito por MISSOL).

Estas notas características han sido retomas por POLO y estudiadas en su Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Febrero de 1942 (46), que destaca que los contratos de adhesión se entienden en base a una serie de principios:

- Principio de la unidad y la invariabilidad del contenido contractual: no hay siquiera la posibilidad de discusión previa.

- Principio de la complejidad y el tecnicismo, que hace que el adhe-

rente no las conozca o no las entienda ya que, señala GARCIA AMIGO al tratar de las condiciones generales (47), *«las cláusulas están redactadas de modo ininteligible o ambiguo, o en letra menuda, o sencillamente porque el adherente no las lee, o porque no llegan a su poder hasta después de celebrar el contrato o no se conoce su existencia por el adherente»*.

- Principio de la generalidad y permanencia de la oferta: la oferta va dirigida *ad incertam personam* (48).

- Principio de superioridad o prepotencia económica que posee la empresa oferente y en virtud de la cual impone su voluntad a la parte más débil.

- Principio del estado de necesidad, pues la parte sometida se encuentra, casi siempre, en un estado de necesidad provocado por la situación de monopolio o casi monopolio de hecho o de derecho de que goza la empresa sobre los servicios que ofrece.

Estas notas características y estos principios no se dan, desde luego, en todos los ordenamientos o construcciones doctrinales, que eximen, según los casos de algunos de ellos.

D) SU CONTENIDO EN RELACION CON LAS CONDICIONES GENERALES

Finalmente señalaremos que los contratos de adhesión, como dijimos al inicio, son cada vez más frecuentes y en la actualidad, aunque el contrato no ha dejado de ser individual, se ha uniformado su contenido, contenido que no es estudiado ni discutido por las partes ya que es una de ellas la que lo redacta y ofrece, viéndose la otra obligada a aceptarlo.

El contenido de estos contratos está formado por cláusulas insertadas en cada contrato por muy diversas razones, siendo éstas de varios tipos (49):

- Cláusulas peculiares de cada empresa.

- Cláusulas que provienen de acuerdo previo de los empresarios de un mismo ramo y cuya misión es uniformar los formularios (más tarde veremos la distinción que hace GARRIGUES entre condiciones generales de los contratos y condiciones generales de la contratación).

- Cláusulas que provienen de personas distintas de la empresa (del corredor, del abogado o notario, de un organismo corporativo,- etc.).

- Cláusulas que no son sino sumisión a preceptos o remisión a nor-

mas jurídicas, o, a veces, simple repetición de esos preceptos.

Todas estas cláusulas son las que se conocen con el nombre genérico de condiciones generales y que son estudiadas diferenciadas de los contratos de adhesión porque son algo distinto. Las condiciones se formulan privadamente, antes de la conclusión de los contratos y tienen su sentido cuando se celebran muchos contratos. Los contratos de adhesión, en efecto, son actos concretos que dan virtualidad jurídica normativa a las condiciones generales.

El proceso de formación de estos contratos consiste en la manifestación de voluntad con la que una persona física o jurídica, normalmente un empresario, formula un esquema común que sirva para la conclusión de muchos contratos iguales (50), formulación que puede hacerse, por ejemplo, mediante una oferta, o mediante una invitación, en la mayoría de los casos, a que se le haga la oferta a quien propone el contrato, y posteriormente en la manifestación de voluntad que realiza la otra parte, individualizada ya de la pluralidad de la que forma parte y a quien iba dirigido el esquema, adoptándolo, aceptándolo, o mejor, adhiriéndose a él.

No obstante, en general, todos los contratos celebrados en base a condiciones generales son de adhesión (salvo en el supuesto específico de que las condiciones las hubiesen formulado ambas partes a través de un organismo que las representen o a través de un mediador), aunque lo habitual es que las redacte una sola parte, ya sea un empresario particular o la asociación en la que se encuentre encuadrado, pero no todos los con-

tratos de adhesión lo son en base a condiciones generales de los contratos.

4.- LAS CONDICIONES GENERALES

A) SU INSERCION EN LOS CONTRATOS MASIVOS

Ya hemos señalado que *condiciones generales* y *contratos de adhesión* son conceptos distintos pues los primeros *son actos concretos que dan virtualidad jurídica normativa a las condiciones generales*. Por tanto, interesa ahora dar un concepto de lo que son las condiciones generales de los contratos y estudiar su naturaleza jurídica. No obstante, sólo se pretende, en este momento, señalar cuál ha sido la opinión de la Doctrina y la Jurisprudencia a este respecto, pero sin poder entrar, por ser ajeno a nuestro propósito, en un estudio detallado y profundo de la materia, lo que nos alejaría de nuestra cuestión (51).

Ha señalado GARCIA AMIGO (52) que el encuadramiento teórico de las Condiciones Generales, hay que fijarlo en la autonomía de la voluntad, fuente reguladora fundamental de las relaciones contractuales, apareciendo así las condiciones generales como un proyecto de *redacción preventiva* que luego, por las declaraciones negociales, será *lex contractus*. Las con-

diciones generales nacen para regular determinadas formas contractuales que no se encuentran recogidas en textos legales o que lo están insuficientemente, en cuyo caso actuarán como integradoras de lagunas legales, función que le atribuyen algunos autores (53) o bien para desarrollar o matizar normas de derecho dispositivo. Podría citarse a este respecto, a título de ejemplo, el caso, que más tarde veremos detalladamente, del contrato de seguro. Las condiciones generales en este contrato, antes de la aparición de la Ley 50, de 1980, que lo regula, ofrecían un contenido normativo mucho más amplio que el legal, más completo (54), entre otras cosas, porque nuestro Código de Comercio sólo regulaba el seguro contra incedio (386-415) y el de transportes terrestres (432 a 437) y el de vida (416-431), si bien recogía, bajo la rúbrica *De las demás clases de seguros*, en el art. 438, que «*podrá ser asimismo objeto de contrato de seguro-mercantil cualquiera otra clase de riesgos que provengan de casos fortuitos o accidentes naturales y los pactos que se consignen deberán cumplirse, siempre que sean lícitos y estén conformes con las prescripciones de la Sección primera de este título*». Todas estas demás clases de seguros tenían que ser reguladas, aparte de las disposiciones aplicables con carácter general, por las condiciones generales insertas en las pólizas, que necesariamente ofrecían una regulación legal más detallada, al ser ésta, hasta ese momento, prácticamente inexistente. Y también, el mismo contrato, nos sirve de ejemplo, para comprobar su función de desarrollo de normas de derecho dispositivo, pues en la vigente Ley del Contrato de Seguro, se recoge, en el art. 2 de la misma que «*las distintas modalidades del contrato de seguro, en defecto de Ley que les sea aplicable, se regirán por la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo, a no ser que*

en ellos se disponga otra cosa. No obstante se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado». Las normas de esta Ley son cuanto menos, semiimperativas, modificables o derogables, si es en beneficio del asegurado (55), y esa derogación se puede llevar a cabo, mediante la inclusión en las pólizas de determinadas cláusulas, condiciones generales, que traten de proteger al asegurado expresamente, variando el contenido contractual, aunque también pueden modificarse en virtud de cláusulas particulares (56).

B) SU CONCEPTO Y CLASES

El Profesor DE CASTRO (57), define como condiciones generales *«los conjuntos de reglas que un particular (empresario, grupo o rama de industriales o comerciantes) ha establecido para fijar el contenido (derechos y obligaciones) de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar»*, poniendo de relieve el carácter, a su juicio, unilateral de estas condiciones ya que de la definición se deduce que es sólo una de las partes contratantes la que fija ese conjunto de reglas que conforma el contenido del contrato y el hecho de que los contratos que se celebran mediando condiciones generales, serán necesariamente contratos de adhesión, pues, al estar predeterminadas las obligaciones y los derechos de los contratantes por una de las partes, normalmente comerciantes, la otra sólo podrá aceptar íntegramente el contenido del contrato que se le ofrece, es decir, adherirse al mismo.

GARCIA AMIGO (58), por su parte, las define, desde otro punto de vista distinto, señalando que las condiciones generales son la *«serie de cláusulas formuladas preventivamente en forma general y abstracta en vista a la celebración de una forma indefinida de contratos que al ser aceptadas por las partes pasan a regular la relación contractual que aquellas desean crear, estableciendo su contenido normativo -y por efecto reflejo el contenido obligacional o subjetivo- sin que por otro lado coincidan con normas legales o consuetudinarias»*. En esta definición, puede observarse que las condiciones generales son el contenido del contrato, pero no se señala quién es el redactor de las mismas que puede ser bien una de las partes (lógicamente la empresa, o un grupo de empresas), bien por ambas partes interesadas en la celebración del contrato, bien por un tercero ajeno a la relación contractual, con lo que tendremos condiciones generales unilaterales (particulares y de grupo), bilaterales o neutrales (59), aunque en la contratación mercantil apenas tienen cabida sino las primeras y, en general, nos referimos a ellas, cuando hablamos de las condiciones generales.

Desde el ámbito del Derecho mercantil, el prof. SANCHEZ CALERO (60) las define con gran claridad y sencillez indicando que se denomina con esta expresión de *condiciones generales* al clausulado general que un empresario tiene preparado para que sirva para regir los futuros contratos que realice; no entrando en considerar quién las ha redactado, aunque evidentemente está pensando que quienes las redactan son los empresarios que *«intentan eliminar la competencia ilícita entre ellos»* pero *«... también en parte la libre iniciativa y por tanto, se reduce no sólo la competencia*

ilícita o desleal, sino también la lícita» (61).

Pero junto a las definiciones construidas por los tratadistas, no muy abundantes por otro lado (62), y haciendo ahora abstracción del concepto de las condiciones generales en la doctrina extranjera (ya que, como vimos anteriormente, en algunos países no llega a distinguirse el concepto *contrato de adhesión* y *condición general*), actualmente disponemos de una definición legal de condiciones generales, circunscrita al campo de la protección de los usuarios y consumidores. A este efecto se dictó la Ley 26/1984, de 19 de Julio (B.O.E. de 24 de Julio) que, trás señalar los requisitos que deben cumplir las *«cláusulas, condiciones o estipulaciones que, con carácter general, se apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios...»*, en el apartado 2 de su art. 10, señala que *«a los efectos de esta Ley se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de Empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate»*; definición que no se contenía en el Proyecto de Ley que se limitaba a relacionar los requisitos (63). Esta definición engloba lo que el Prof. GARRIGUES, llama *«condiciones generales de los contratos* y *condiciones generales de la contratación»*.

Finalmente, hemos de señalar que existe un Anteproyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, elaborado por la Comisión General de Codificación, del que han sido Ponentes los Vocales de la mis-

ma, Profesores DUQUE DOMINGUEZ y RODRIGUEZ ARTIGAS, que, en su artículo primero, sin entrar en definir específicamente lo que son las condiciones generales, indica que se considera que se utilizan condiciones generales de la contratación cuando una de las partes contratantes impone a la otra que el contenido del contrato, en todo o en parte, sea sustancialmente igual que las cláusulas redactadas previamente y con carácter general por aquéllas o por un tercero, ya estén recogidas en el mismo texto del contrato, en una comunicación o en aviso expuesto al público o de cualquier otra forma (64). Sin perjuicio de que posteriormente se analice más detenidamente este Anteproyecto, conviene ahora indicar dicho concepto que permite incluir en el mismo las cláusulas que están preredactadas, no importando quién sea el que lo haga, presidiendo el Anteproyecto la idea de protección del consumidor, como se declara en la Exposición de Motivos, muy detallada, del mismo. Normalmente, una de las partes está en una posición de inferioridad con respecto a la otra, que las redacta, pues si bien es cierto que el art. 1º del Anteproyecto que hemos transcrito habla de condiciones generales redactadas por una parte o un tercero, la propia Exposición de Motivos parte de la preocupación *«de regular legislativamente el fenómeno tan extendido en el tráfico actual, de los contratos que se perfeccionan en base a formularios, en cuya elaboración no han intervenido las dos partes contratantes, sino que han sido elaboradas por una de ellas, poniendo así de manifiesto la necesidad de proteger al contratante ajeno a su formulación o utilización».*

a) Condiciones generales del contrato y condiciones generales de contratación.

Es al Prof. GARRIGUES (65) a quien se debe la distinción que existe entre las que él, primeramente, llamó «*condiciones generales de los contratos* y *condiciones generales de la contratación*». Condiciones generales de los contratos, son aquellas cláusulas, impuestas por las empresas a los clientes que deben aceptarlas íntegramente sin que exista ningún tipo de discusión precontractual. Las empresas, basándose y amparándose en su poder económico, en su capacidad de organización y en su posición de preeminencia en la desigualdad de posiciones que existe en este tipo de contratación en masa, redactan sus contratos, los ofrecen a todos cuantos quieran contratar con ellas. Y lógicamente, en estos contratos, las cláusulas han sido redactadas con gran atención para que no perjudiquen en ningún caso a la empresa que intenta exonerarse de responsabilidad, forzar a los clientes a renunciar a los derechos que le corresponden...; habiéndose llegado a mantener por el Prof. GARRIGUES (66) que «*para conseguir más fácilmente esta finalidad. las condiciones generales suelen pactarse* (redactarse (67)) *de manera poco clara*». Las más frecuentes utilizadas, en opinión de GARCIA AMIGO (68), son:

- Las relativas a competencia jurisdiccional, sometiéndose a juzgados concretos (válidas según las Ss de 28-2-55 y 9-12-50).

- Las limitativas de responsabilidad.

- Las indicativas de plazos abreviados de prescripción y de caducidad de acciones.

- Las que señalan facultades especiales de resolución y suspensión de contratos.

- Las que fijan el precio alzado y cláusula de reserva de dominio (en la venta).

- Las que determinan los riesgos cubiertos y excluídos (en el seguro), «*su casuismo, su tecnicismo, su amplia extensión, hacen difícil en muchos casos la comprensión de su sentido y alcance aún para los profesionales del Derecho, pero especialmente para los profanos que son quienes normalmente firman el contrato como adherentes*» (69).

Junto a ellas están las condiciones generales de la contratación, que, siendo en esencia lo mismo que las anteriormente citadas, se distinguen de ellas en que no es un sólo empresario el que las redacta y ofrece a su clientela, sino que son impuestas por un grupo o asociación de empresarios, con lo cual su campo de aplicación es mayor pues, en todos o casi todos los contratos de una determinada rama o sector comercial, imperan las mismas normas y todos los contratantes se encuentran sometidos a las mismas e idénticas obligaciones y gozan de los mismos derechos. Pueden incluirse dentro de este grupo los llamados convenios de coalición, de cártel o de sindicación, que dan lugar a condiciones generales uniformes,

estudiados por URIA (70). La distinción entre ambas figuras no es simplemente doctrinal, ya que se derivan consecuencias prácticas de gran importancia como, por ejemplo, el entender que éstas últimas se convierten en fuente objetiva de derecho (71) pues son dictadas por las empresas (a veces publicadas y difundidas); su contenido es inderogable, suplen lagunas de la ley, y a veces sectores enteros, etc.

Conviene destacar que la causa más frecuente de la existencia de estas condiciones generales de la contratación ha venido dada por la gran uniformidad que ofrecen determinados sectores de la contratación (como, por ejemplo, el bancario), y la ausencia de normas legales relativas a dichos sectores, que, las más de las veces, sólo están regulados por normas de carácter dispositivo, que fácilmente son sustituidas por la voluntad de las partes y que, cuando son comúnmente admitidas y se dan por supuestas, dada su repetición constante, ni siquiera hacen necesaria esta aceptación de las mismas por esa voluntad de las partes, que quedan obligadas aún cuando se desconozcan. (Es curioso señalar una cláusula concreta, si bien del sector bancario, en virtud de la que los titulares de una tarjeta de crédito, manifiestan someterse a las normas contenidas *«en este Reglamento y a las que en lo sucesivo se establezcan»* (72). No hay realmente aceptación por parte de los clientes, futuros o inmediatos titulares de las tarjetas de crédito, sino un sometimiento a las normas dictadas por la otra parte -en este caso para más curiosidad llamadas *reglamento*-, actuando esa parte prácticamente igual que el Estado cuando dicta sus normas, y los particulares también igual que ante las normas emanadas de una autoridad pública, sin que tenga poder delegado de ningún tipo, quien

las emite, redacta e impone). Por ello, las condiciones generales de la contratación, a diferencia de lo que ocurre con las condiciones generales de los contratos, no son sometidas a la firma del cliente.

DE CASTRO (73) sin embargo, recogiendo la distinción que se hace entre estas dos figuras, opta por considerar que no son tipos diferentes de condiciones generales, sino de condiciones generales únicas que cumplen diversa función; pero la distinción es relevante, en ambos puntos de vista, como señala SANCHEZ CALERO, *«en cuanto que con las condiciones generales de un sólo empresario se establece una disciplina que afecta únicamente al círculo de clientes que comprenden su actividad, con las condiciones generales impuestas por un grupo o asociación de empresarios se llega a dominar todo un Sector»*.

Un ejemplo de las condiciones generales de la contratación se encuentra en el sector bancario alemán (República Federal de Alemania), no ocurriendo del mismo modo en la práctica española. en la que, también existiendo condiciones generales de la contratación, son mucho más frecuentes, por su utilización preferente, las condiciones generales de los contratos.

b) Condiciones generales en pólizas aprobadas o autorizadas por la Administración Pública.

Hay condiciones generales que, siendo redactadas por un empresario o por un grupo de empresarios, no pueden ofrecerse al público en general, ni incluirse en los contratos, hasta tanto no sean aprobadas o autorizadas por la Administración que las estudiará y observará si son adecuadas, dándoles en su caso el visto bueno para que los empresarios puedan utilizarlas en la contratación.

Los empresarios redactan sus cláusulas y, cuando así lo exige alguna disposición especial, las presentan a la Administración para que compruebe y logre los objetivos que tenga esta necesidad de sumisión o control previo de las condiciones generales, que, normalmente, suele consistir en la protección del contratante débil, en esencia. En este sentido la Ley General para la Defensa de Usuarios y Consumidores exige a las Empresas públicas o concesionarias de servicios públicos, en régimen de monopolio, la necesidad de que sometan sus condiciones generales al control de la Administración, consistente en la aprobación de las cláusulas con las que pretendan contratar, para lograr así la protección de los intereses económicos y sociales.

Las condiciones generales de los contratos de seguro, redactadas por los empresarios aseguradores antes de poder ofrecerse al público, a los futuros asegurados, necesitaban también una autorización previa por parte de la Administración. La Ley del Contrato de Seguro de 8 de Octubre de

1980 preceptúa que estarán *sometidas a la vigilancia de la Administración Pública, en los términos previstos en la Ley;* y el Reglamento de 2 de Febrero de 1912, lo exigía en su artículo 17, Reglamento que estuvo vigente hasta que se aprobó el de 1985; la Ley de 1984, precisa en el 23.4, que los modelos de las pólizas no precisarán aprobación administrativa previa, si bien deberán estar a disposición del Ministerio de Economía y Hacienda antes de su utilización. Tan sólo se requiere, en el nuevo sistema, la aprobación administrativa previa cuando se solicite autorización inicial para operar o para iniciar la actividad en otro ramo. El nuevo Reglamento, de 1985, prescribe en el artículo 48.3, que los modelos de las pólizas se conservarán en el domicilio de la Entidad, con la pertinente diligencia de aprobación o presentación, según el caso, de la Dirección General de Seguros.

Los Tribunales pueden declarar la ambigüedad de una cláusula, su carácter ilegal e incluso su nulidad, que cuando ha sido declarada por el Tribunal Supremo trae como consecuencia, por mandato del art. 3 de la Ley del Seguro Privado, el que la Administración Pública *«obligue a los aseguradores a modificar las cláusulas contenidas en sus contratos»*, ya que han sido ellos quienes las han redactado.

c) Condiciones generales en póliza-tipo fijada por la Administración.

Se imponen con carácter obligatorio e inderogable a la voluntad de

las partes contratantes, señala URIA (75), que no han participado, ninguna de ellas, en la elaboración de las mismas o que han participado, sin tratarse en estos casos de sometimiento a la consideración, aprobación o autorización de la Administración, sino que es ésta, en virtud del poder normativo que tiene quien las dicta, adoptando además forma de fuente materiai, Decretos, Ordenes, Resoluciones Ministeriales, etc. DE CASTRO, no obstante, matiza que sólo podrán tener eficacia especial estas normas en la medida en que la Ley haya atribuido a la Administración facultad reglamentaria sobre un determinado aspecto sobre el que versen, porque en caso contrario, en su opinión, sólo tendrán el valor de las que fueran dictadas por un particular (76).

En España, en algunas ocasiones, la Administración ha utilizado este sistema de dictar normas, auténticas normas, aunque sean condiciones generales, en algunos sectores, como por ejemplo en el asegurador. Concretamente el Real Decreto de 10 de Mayo de 1979 y la Orden de 22 de Octubre de 1982, recogen pólizas uniformes; las resoluciones de 17 de Marzo de 1981 y 24 de Marzo de 1981, recogen como contenido obligatorio de los contratos de seguro determinadas cláusulas que aparecerán en los contratos como condiciones generales, relativas al sistema de vigilancia de la Administración, y el B.O.E. de 18 de Enero de 1982 recoge las condiciones generales de la póliza de Seguro Pecuario, con carácter mínimo e inderogable.

Desde otro punto de vista, estas condiciones generales dictadas por la Administración Pública para una rama concreta, por ejemplo, las seña-

ladas para el sector de seguros, serían o podrían ser también *condiciones generales de la contratación.*

d) Condiciones generales en póliza-tipo fijada por Autoridad delegada.

Es un supuesto distinto de los anteriores, pues lo que hace la Administración es delegar en una entidad (que bien puede ser una empresa que goza de algún monopolio del Estado), o alguna corporación que tienen, la facultad de redactar normas de contratación, como puede ser el caso de los convenios colectivos que son propios del Derecho del trabajo *«pero nada impide el posible juego de esos contratos en la esfera puramente mercantil o industrial, aunque el supuesto no sea, en verdad, demasiado frecuente»* (77). El contenido de los contratos obligará a ambas partes y vincula a todas las categorías interesadas.

C) NATURALEZA JURIDICA

a) Advertencia previa.

Como punto de partida hay que señalar que las teorías que señalamos en su momento sobre la naturaleza jurídica de los contratos de adhe-

sión, prácticamente, se reproducen en idénticos términos en este problema, pues si la teoría contractualista veía en los contratos de adhesión verdaderos y simples contratos, cuando en éstos hay condiciones generales, habrá que entender que no son más que cláusulas de dichos contratos, que obligan por voluntad de las partes que las han aceptado (mediante la adhesión a las mismas). Para la teoría anticontractualista, que entendía que no se puede hablar de contratos en sentido estricto por no haber igualdad entre los contratantes ni discusión precontractual, las condiciones generales que se contengan en los contratos de adhesión serán muy semejantes a las normas legales: su naturaleza se aproximará a la de la ley.

Muy brevemente analizaremos el estado de la cuestión en otros países, para pasar a analizar la naturaleza de las condiciones generales en España, partiendo de la base de que, en nuestro ordenamiento jurídico, tan sólo se hace de ellas una regulación limitada a un campo concreto.

b) Doctrina francesa.

En la actualidad la tesis dominante en la doctrina francesa es la que considera los contratos de adhesión (por adhesión) como contratos que, a efectos jurídicos, en nada se diferencian de los demás. Por ello, las condiciones generales serán cláusulas que obligan en cuanto que son aceptadas por los contratantes. SAINT REMY (78) propuso una distinción entre contratos de adhesión de derecho privado y aquellos en los que-

participa un elemento de derecho público, debiendo incluir entre éstos los contratos administrativos. Los primeros no se distinguen de los demás contratos más que en las normas sobre la interpretación que son especiales, porque el contrato ha sido fijado unilateralmente por una parte que es la menos débil, debiendo protegerse especialmente a la más débil.

Esta doctrina ha hecho abandonar la antigua (anterior a la Guerra) propugnada por DUGUIT, SALEILLES y otros, aunque debe señalarse que estos autores se preocuparon del concepto y de la naturaleza del contrato de adhesión (no en concreto de las condiciones generales), al que negaban el carácter de contrato o, al menos, consideraban contratos especiales, siendo contraargumentados por RIPERT, entre otros, que mantenía la tesis de que la expresión *contrato de adhesión*, no designaba ninguna realidad jurídica concreta, sino que se trataba de una expresión que hizo fortuna (79).

MALINVAUD, no obstante, piensa que el problema de las condiciones generales constituye un problema más social que jurídico, estándose de acuerdo en la necesidad de proteger al más débil (80).

c) Doctrina alemana.

HOCH y KOST señalan que las condiciones generales son la *lex contractus* y que si bien son redactadas por personas cuyo poderío econó-

mico no sólo es superior al de la otra parte contrante sino que en sí mismo puede considerarse como grande, este poderío no puede atribuirles a las normas dictadas o redactadas por los empresarios carácter (o eficacia) de normas jurídicas, oponiéndose a algunos seguidores de la tesis normativa (preguerra), como GROSSMANN-DOERTH, para quienes las condiciones generales son *derecho autocreado*, que necesita una especial manifestación de acato, que el otro derecho, el emanado de los poderes públicos, no necesita para que vincule. RAISER y MANICK, ambos seguidores de la teoría contractualista, matizan, sin embargo, sus posiciones, señalando el primero que desde el punto de vista sociológico (no puede ocurrir así desde el jurídico) las condiciones generales actúan de modo semejante a la ley, y el segundo, la posibilidad de que las condiciones generales puedan pasar a ser contenido de un contrato sin que el adherente haya tenido un conocimiento real de su existencia. Durante la época del Tercer Reich, prevaleció algo más la tesis normativa que encontraba apoyo *en la especial técnica legislativa* del sistema.

En la actualidad, la doctrina alemana mayoritaria se alinea en el sector que considera las condiciones generales como simples cláusulas del contrato, admitiéndose que, cuando las condiciones generales han sido formuladas u homologadas por la Administración estatal, adquieren inmediatamente el carácter de Derecho legal. En el resto de los casos, cuando se trata de simples contratos, antes de ser aceptadas en cada uno de los contratos, no son más que un *nullum jurídico*.

Un grupo de autores alemanes, seguidor en principio de la teoría

contractualista, mantiene, sin embargo, que las condiciones generales no deben interpretarse atendiendo al caso concreto, sino que deben interpretarse como la ley, dando la posibilidad de una revisión judicial de las mismas. Prácticamente nos encontramos, con este sector doctrinal, ante una teoría normativa de las condiciones generales, si no es sus planteamientos generales, sí en cuanto a la transcendencia práctica. En este caso las condiciones generales pueden, sin ninguna dificultad, modificar el derecho dispositivo (81).

d) Doctrina italiana.

La interpretación del articulo 1341 de Código civil italiano de 1942, ha hecho pensar a algunos autores italianos que un grupo de condiciones generales tienen naturaleza normativa. Así, por ejemplo, MESSINEO (82) o DOSSETTO (83) entienden que llegan a alcanzar la naturaleza de un auténtico conjunto de normas reglamentarias *«in quanto destinate a disciplinare in modo uniforme lo svolgimiento di un numero indefinito di rapporti contrattuali»*.

Más modernamente, no obstante, casi toda la doctrina italiana (84) reconoce la naturaleza contractual de estas condiciones, así como con carácter general, también lo hace la Jurisprudencia a través de las sentencias emanadas de la Corte della Cassazione, no faltando alguna que apoya la teoría anticontractualista, que han sido recogidas, sistematizadas

y estudiadas por NAPOLI (85), existiendo, naturalmente, algún autor que sigue prefiriendo la tesis que ve en las condiciones generales auténticas normas emanadas de un poder reglamentario (86).

Otro grupo de autores, no obstante seguir la teoría contractualista, se pregunta si estos contratos con condiciones generales, normalmente contratos de adhesión, son iguales a todos los demás contratos y no tienen ninguna diferencia con ellos que interese a efectos prácticos; a este respecto cabe citar a DE MARTINI (87) que mantiene que no se pueda hablar de una nueva categoría jurídica, pero sí hay requisitos especiales de validez para las cláusulas onerosas. CASSOTANA, por su parte (88), recoge criterios y normas propias para la interpretación de las cláusulas.

SALANDRA también las considera como cláusulas que necesitan la aceptación, pero con alguna particularidad, pues señala que, junto a las condiciones generales que ya vienen impresas en el contrato, existe un espacio en blanco para las condiciones particulares. Para que se perfeccione el contrato es necesario que haya una propuesta de las condiciones generales por parte de aquel que las haya redactado y una aceptación de quien se adhiere al contrato; pero no basta: será necesario además otra propuesta, esta vez de unas condiciones particulares, sugeridas por cualquiera de ambas partes (se entiende que por la parte que no fijó las generales) y una aceptación tras su inclusión en el contrato de esas condiciones particulares, que añaden, suprimen o modifican el contenido de alguna de las generales (89).

De otro lado, KLEINER y AUER, dos autores significativos de la doctrina suiza, se declaran partidarios de la teoría contractualista y estiman que estas condiciones carecen de valor alguno si no han sido objeto de un contrato concreto. Con anterioridad no tienen interés alguno, si bien, al ser aceptadas, los contratos se convierten en contratos especiales.

Sin perjuicio de que, en próximos epígrafes, se analicen las condiciones generales de los contratos en los distintos ordenamientos jurídicos, es conveniente indicar en este apartado que en los países de economía socialista cuando se habla de condiciones generales se está tratando de algo muy distinto a lo que hasta ahora venimos desarrollando, por cuanto el principio de autonomía de la voluntad, en estos países, se encuentra muy disminuído -si no es inexistente en algunos casos-, por lo que no tendrían cabida, ni siquiera teóricamente, las teorías examinadas. En la Unión-Soviética, por ejemplo, las condiciones generales son dictadas por los Ministerios correspondientes. En relación con el ordenamiento polaco, ha escrito RAJSKI (90), «*Il principio della libertà contrattuale é realizzato in limiti ristretti. Ciò risulta dalle funzioni di direzione e coordinamento dell'economia pianificata da parte dello Stato, che realizza in ugual misura gli scopi economici nazionali e gli scopi sociali*».

e) Doctrina española.

La doctrina española en este punto concreto está presidida por la

discusión mantenida por dos de nuestros más ilustres juristas, el Prof. FEDERICO DE CASTRO y el Prof. JOAQUIN GARRIGUES.

GARRIGUES, como ya hemos indicado, distingue entre condiciones generales de los contratos y condiciones generales de la contratación. Las primeras, forman parte del plano contractual y vinculan porque son cláusulas que se han sometido por la empresa -aunque ella las haya redactado- al cliente que presta su consentimiento y las acepta. Las segundas, sin embargo, al estar sometidos los clientes a las mismas, aunque no las conozcan y siempre que se respeten los límites de la buena fe contractual, *«merecen la calificación de verdadera fuente del Derecho mercantil, por cuanto se aplican sin consideración a la voluntad, ni declarada ni tácita, de los contratantes»* (91). Hay un momento en que las condiciones generales alcanzan un grado alto de difusión y objetividad, asemejándose al uso mercantil normativo (92), en base de objetivación generalizadora y, por tanto, deben tener el mismo tratamiento que el uso en esa fase. En efecto, el uso atraviesa varias fases: la tipicidad (repetición de una cláusula en la misma clase de contratos, en una segunda, cláusula de estilo); la cláusula repetida acaba por sobreentenderse; en la última de las fases, la cláusula, en virtud de la objetivación generalizadora, se convierte en norma objetiva de Derecho y se impone a la voluntad de los contratantes que, si no pactan lo contrario, quedan obligados al contenido de la práctica, aunque la ignoren. Si se asemejan a los usos, están sometidas a las mismas restricciones y limitaciones de los éstos: la contradicción con la ley (93). *«No debe olvidarse tampoco*, señala además GARRIGUES (94), *que en la mayor parte de los casos, las condiciones generales están san-*

cionadas de forma directa o indirecta por la Administración pública, lo cual obliga a considerar a aquellas como normas de Derecho objetivo.- Piénsese por ejemplo en las condiciones generales de la contratación bancaria, de seguros y de transportes».

La teoría ha sido rebatida por DE CASTRO (95), que mantiene que las condiciones generales no son una nueva fuente del Derecho Mercantil, porque no encuentran encaje ninguno en la jerarquía de fuentes del art. 2 del Código de Comercio y porque tampoco pueden considerarse, en su opinión como usos comerciales, dado que las características de unos y otros son antagónicas: mientras que el uso es la observancia constante y uniforme de los comerciantes en sus negocios (96), que hace su aparición en los centros de la actividad comercial después de repetirse muchas veces en un largo proceso de evolución, las condiciones generales están creadas unilateralmente, impuestas por una parte y aparecen cuando ésta quiere, en el mercado. La prepotencia de una parte, el que en cualquier momento pueda prescindir de ellas, etc., hace que las condiciones generales no se puedan considerar como fuente del derecho.

URIA entiende que las condiciones generales por sí mismas no pueden alcanzar *«por su peculiar naturaleza, la categoría de Derecho objetivo»*, admitiendo que sí podrían ser consideradas como fuentes si hubiesen devenido en usos, pero sólo por el hecho de ser normas consuetudinarias auténticas. Si su práctica constante ha hecho que se conviertan en usos, serán fuente porque los usos son fuente (97).

SANCHEZ CALERO, por su parte, sostiene que el que las condicio-

nes generales tengan cierto carácter general no lleva consigo que sean derecho objetivo y que puedan calificarse como nueva fuente de derecho, pero señala también que «*sociológicamente las condiciones generales funcionan como si fuesen de Derecho*» (98).

Algo en lo que sí parece que hay acuerdo (excepción hecha del Prof. De CASTRO, que no lo admite con carácter general), es en el hecho de que si se trata de condiciones generales dictadas por la autoridad o dictadas por la autoridad mediante delegación, sí estamos ante auténticas normas, fuentes del Derecho. Así lo entiende URIA, VICENT, etc. (99), y el propio GARRIGUES, al indicar que «*cuando es el propio estado el contenido del contrato..., o cuando remite a las partes a normas estatutarias aprobadas por ley o decreto, o cuando las normas contractuales emanan de entidades que ejercen su poder normativo por delegación del Estado no parece dudoso admitir que estamos ante un verdadero derecho objetivo de la contratación mercantil*» (100).

POLO también defiende la teoría contractual de la eficacia de las condiciones generales, utilizando, como argumentos, la necesidad de consentimiento del adherente y la carencia de poder normativo unilateral de las empresas redactoras, concluyendo que estamos ante verdaderos *contratos* (101).

GARCIA AMIGO entiende que las condiciones generales del contrato no tienen otro valor que el que les da éste, de cuyo contenido forman parte, y antes de que se haya prestado el consentimiento por parte del

adherente a las mismas «*no son nada, jurídicamente*» (102).

La opinión, pues, casi unánimemente, es seguidora de la teoría contractualista y se piensa que las condiciones generales no son fuente del derecho, ni provienen de la *potestad reglamentaria* de los empresarios; son sólo un proyecto de *lex contractus*, hasta que se aceptan, si bien hay que hacer la salvedad de que cuando emanan de un acto administrativo, de un órgano con *imperium* (no cuando han sido simplemente aprobadas) sí pueden tener ese carácter de fuente.

Esta es concretamente también la orientación que sigue la Ley de Contrato de Seguro de 1980, que, en su art. 3, configura las condiciones generales como claúsulas, esto es, como contenido contractual, declaraciones negociales, que en virtud del principio de autonomía de voluntad entran a regir las relaciones jurídicas que nacen de los contratos. «*La circunstancia de que el acto de aprobación sea una disposición administrativa, que en ocasiones tiene carácter general, no debe llevarnos a declarar que las condiciones generales tienen el valor de una disposición general, ya que no puede llegarse a confundir el acto aprobado con el acto de aprobación*», han puesto de manifiesto recientemente SANCHEZ CALERO y TIRADO SUAREZ (103), que analizan la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, el cual considera las condiciones generales de los contratos como claúsulas contractuales.

Sólo resta por decir que GARCIA AMIGO (104) ha puesto de relieve que la tesis de GARRIGUES no favorece a las empresas; todo lo con-

trario. Al ser consideradas como normas con naturaleza *normativo-consuetudinaria*, no podrían nunca derogar o sustituir el derecho legal dispositivo a favor del predisponente. Por otro lado, conviene también hacer la precisión de que no se trata en este caso de un problema pura y exclusivamente terminólogico, ya que, si se consideran normas, le serán de aplicación los principios de interpretación de las leyes; mientras que si son claúsulas y así se consideran, hay que aplicar, para su interpretación, las normas generales de interpretación de los contratos.

Por nuestra parte nos sumámos a las palabras de MOTOS (105): «*sin ánimo alguno de mediación* (en la polémica GARRIGUES - DE CASTRO), *parece difícil negar que las condiciones generales-tipo de contenido obligatorio sean fuente de Derecho. (Así el caso reciente de las aprobadas para el contrato de seguro por resoluciones de la Dirección General de Seguro de 17-III y 24-III de 1981)*».

D) ZONAS DE ACTUACION DE LAS CONDICIONES GENERALES EN LA CONTRATACION MERCANTIL

Propias de la contratación en masa, exigencia y resultado de la misma, dijimos más arriba, las condiciones generales actúan fundamentalmente en aquellos campos del Derecho mercantil (también en otras ramas del Derecho), en que es más fácil la contratación en serie o en que es imprescindible, porque si no se tratara de contratación estandardizada, no

sería posible en sí misma. Las condiciones generales, que configuran los contratos a los que los clientes de las empresas deberán luego adherirse, se pueden encontrar en todas las ramas del Derecho, decimos, y, en concreto, en Derecho Mercantil, en la mayoría de los sectores, si bien son tres, en los que fundamentalmente se usan y han adquirido una extraordinaria importancia y magnitud: la Banca, el seguro y el transporte (106).

En los contratos bancarios, señala HAUPT (107), las condiciones generales se convierten en la codificación del derecho bancario que «*excluye, sustituye, modifica o completa casi en su totalidad los preceptos dispositivos de la Ley que regulan las relaciones de los Bancos y los clientes*», siendo incontables los contratos bancarios que se realizan en masa (aunque no todos lo son).

En el contrato de transporte, en todas sus ramas, se opera a través de condiciones generales que permiten y facilitan el propio sentido de este contrato, que si no fuese contrato en masa, en algunos supuestos, como el de transporte de personas por ferrocarril, por ejemplo, no podría existir, pues su razón de ser estriba en realizar diariamente miles de contratos y en realizarlos en iguales condiciones con todos los contratantes.

En el contrato de seguro naturalmente también. Junto a la obligación de asegurarse en determinados supuestos, surge también la necesidad de asegurarse, en otros, y la técnica aseguradora se basa en el principio de homogeneidad de riesgos, por tanto todos los contratantes que estén sometidos a un mismo riesgo; en iguales o similares circunstancias, deberán

tener derecho a idénticas prestaciones. Los contratos de seguro son todos, en cualquiera de los ramos, contratos en masa, celebrados gracias a condiciones generales, insertas en las pólizas y según los ordenamientos jurídicos, sometidos a unas normas más o menos rígidas de control, debiendo significarse que en el derecho de seguros, que pertenece a la esfera privada, también están presentes dos aspectos predominantes, lo público y lo social, que hacen que el Estado intervenga inspeccionando las empresas aseguradoras, aprobando, en su caso, las condiciones generales, imponiendo la obligatoriedad de determinados seguros. e incluso prohibiendo a las compañías aseguradoras que puedan asegurar determinados riesgos especiales.

En otras ramas de la actividad comercial son igualmente imprescindibles las condiciones generales: contratos de suministro (electricidad, agua....), almacenes generales de depósito, alquiler de vehículos, contratos cinematográficos, etc.

El campo de actuación, desde el prisma espacial, puede decirse que abarca todos los ordenamientos jurídicos; prácticamente en todos los países existe la contratación con condiciones generales, estando o no recogidas en disposiciones legales (108), pues la contratación en masa es un modo de contratación de nuestros días que tiene su origen en el siglo XIX *«cuando las sociedades de seguros se ven forzadas... a forzar la producción en masa de contratos análogos; cuando la aplicación del vapor a las técnicas del transporte dio nacimiento a las grandes compañías de ferrocarriles y navegación que necesitan realizar diariamente miles de contra-*

tos...» (109), circunstancias todas ellas que tuvieron su aparición en el siglo XIX y principios del XX, en todos los países civilizados. De estas condiciones generales el propio URIA quiere buscar su antecedente en la jurisprudencia cautelar, si bien distingue claramente ambas figuras: los antiguos formularios notariales eran un molde *«que determinaba sólo la forma no el contenido del contrato»*, y sobre todo, estaban redactados no por una de las partes que trataba de imponer su posición preeminente a la otra, sino por juristas cuya única intención consistía en la perfección del derecho.

En nuestros días, y en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, aunque contemplados desde diversas ópticas, no se entiende la contratación casi, si no es como contratación en masa, y ésta no puede existir sin que los contratos sean de adhesión y con condiciones generales, y es muy difícil encontrar contratos, en algunas ramas de la actividad comercial sobre todo, que hayan sido fruto de una negociación meditada y lenta de las partes, que han llegado a convencerse de las ventajas que puede reportarles el celebrar un concreto contrato con unas determinadas estipulaciones pactadas y redactadas de común acuerdo. Ahora todo ha quedado dominado por la prisa, por el grupo, por la colectividad, por la rapidez y por la repetición de contratos iguales con idénticas prestaciones, cuyo contenido, ya lo hemos dicho, no es comprendido por quien contrata, hasta el punto de que las condiciones generales aparecen como un sistema astuto que, aparte de poder justificarse, significa sorprender al afectado (110), siendo lamentable esta situación, pues el nacimiento de las condiciones generales se debió a la necesidad de racionalizar esa contratación

en masa pero no estaban dirigidas a reforzar el papel de una de las partes intervinientes en un contrato, concretamente, la parte, de por sí, más fuerte.

Notas del Capítulo Primero

(1) Por todos, *vid.* DIEZ PICAZO, L. y GULLON BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, II, Madrid* 1985, pp. 103-118.

(2) DIEZ PICAZO y GULLON BALLESTEROS, *op. cit.*, p. 105.

(3) URIA, R., «Reflexiones sobre la contratación mercantil en serie», *R.D.M.* 62 (1956) p. 222.

(4) DE CASTRO Y BRAVO, F., «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *A.D.C.*, XIV-11 (Abril-Junio 1961) pp. 319 ss.

(5) ROYO MARTINEZ, M., «Contratos de adhesión», *A.D.C.* II (1941), pp. 54-56.

(6) URIA, R., *op. cit.*, p. 23.

(7) SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, Paris 1901, pp. 229-230.

(8) DEREUX, M., «De la nature juridique des contrats d'adhesion», *Riv. Dir. Comm.*, II, 2ª (1909) p. 504.

(9) *Ibidem.*

(10) ROYO MARTINEZ, *op. cit.*, p. 55.

(11) *Vid.*, por todos, RAISER, L., *Das Recht der allgemeinen Ges-*

chäftsbedingungen. Hamburg 1935, (reimpresión en 1960); y más modernamente, *Die gerichtliche Kontrolle von Formularbedingungen im amerikanischen und deutscheen Recht*. Karlsruhe 1966. *Cfr.* también GARCIA AMIGO, *op. cit.*, pp. 75 ss., nota 3, donde se relaciona la Bibliografía existente en Alemania a la fecha, sobre condiciones generales, con carácter general y con referencia específica a las condiciones generales del transporte, del seguro, venta y suministro, contratos bancarios, y otros contratos. La preocupación doctrinal sobre la materia en Alemania, hace que se hayan dedicado en los últimos veinte años, treinta y dos Tesis Doctorales a las condiciones generales, diez y seis a condiciones generales bancarias, y otras a condiciones generales del transporte. *Vid.*, a este propósito, WEBER, «Zum Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen», *N.J.W.* (1968) p. 2, nota 12.

(12) SALANDRA, V., «I contratti d'adesione», *Riv. Dir. Comm.* XVII (1919) pp. 408-435; DI PACE, «Il negozio di adesione nel diritto privato», *Riv. Dir. Comm.* 39 (1941) 34-47; MAZZOCHI, «Il contratto di adesione. Dottrina e Giurisprudenza», *N. Riv. Dir. Comm.* 44, 2ª (1956) 18-22.

(13) *Vid.* DE MARTINI, «Contratti per adesione e aprovazione specifica di clausole vessatorie», *Giur. compl. Cas. civ.* III (1948);- GIORDANO, A., *I contratti per adesione*. Milano 1951.

(14) Di MAIO, «Il controllo giudizialee delle condizioni generali di contratto», *Riv. Dir. Com.* I (1970) 193 ss.; DOSSETTO, «Autonomia contrattuale, clausole contrattuali principali ed accesorie, condizione generali e particolari di contratto», *Riv. Dir. Comm.* 48 (1950) 248-257; GENOVESE, «Le condizioni generali di contratto e contratti conclusi mediante formulari nel diritto italiano», *Riv. Dir. Civil* (1963) 108 ss.; MARSILI, «Le condizioni generali di contratto», *N. Riv. Dir. Comm.* 49 (1951) 121-143.

(15) ROYO MARTINEZ, *op. cit.*; GULLON y DIEZ PICAZO, *op. cit.*; CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, III, Madrid 1985, 9ª, pp. 453 y ss.

(16) DE CASTRO, «Las condiciones...», *cit*; «*Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad*», *A.D.C 24 (1982)*

987 ss; GARCIA AMIGO M., Condiciones generales de los contratos, Madrid 1969, p. 271; «Sobre la naturaleza jurídica de las condiciones generales de los contratos», *R.D.P.* XLIX (1965) 701-734; GARRIGUES, *Curso de derecho mercantil*, I, Madrid 1982; OTERO, «La protección de los consumidores y las condiciones generales de la contratación», *R.J.C.* (1977) 744 ss.; SANCHEZ CALERO, «Las condiciones generales el contrato de seguro y la protección de los consumidores», *Rev. Española de Seguros*, (1980) 20 ss.; *Instituciones de derecho mercantil*, Madrid 1982, pp.34 y ss; URIA, *op. cit.*, y *Derecho Mercantil*, Madrid 1983, pp.23-25; VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, I, Valencia 1981, pp. 44 y ss.

(17) Comentadas todas ellas por ROYO MARTINEZ, *op.cit.*

(18) SALEILLLES, *op. cit.*, p. 229.

(19) SALANDRA, *op. cit.*, p.409.

(20) CASTAN, *op. cit.*, p.453.

(21) DIEZ PICAZO y GULLON BALLESTEROS, *op. cit.*, p.117.

(22) ROYO MARTINEZ, *op. cit.*, p. 61.

(23) DI PACE, *op. cit.*, p.34.

(24) DEREUX, *op. cit.*, p. 507.

(25) Así la considera ROYO MARTINEZ, *op. cit.*, p. 60.

(26) DEREUX, *op. cit.*, p. 508.

(27) DI PACE, *op. cit.*, p. 39.

(28) GOUNOT, «Le principe de l'autonomie de la volonté», p. 227.

(29) DEREUX, *op. cit.*, p. 509.

(30) MARSILI, *op. cit.*, p. 125.

(31) Así lo señala MARSILI, *op. cit.*, p. 125, citando a este propósito en nota 7 a HAURIOU.

(32) Por todos *vid.* DI PACE, *op. cit.*, p. 37.

(33) Recogida por DI PACE, p. 37.

(34) SALEILLES, *op. cit.*, p. 230.

(35) *Vid.* en este sentido GOUNOT, p. 38.

(36) ROYO MARTINEZ, *op. cit.*, p. 60.

(37) *Ibidem.*

(38) GOUNOT, LUCAS, DEMOGUE.

(39) MARSILI, *op. cit.*, p. 137. En este sentido *cfr.* DI PACE, *op. cit.*,p. 38, donde señala «O è l'uno o è l'altro soltanto, non già un misto di elementi che si escludono a vicenda».

(40) *Vid.*nota 25.

(41) *Cfr.* el propio DEREUX, *op. cit.*, p. 527: «celá posé, la doctrine que nous croyons juste est en principe contrattuelle».

(42) DEREUX, *op. cit.*, p. 527.

(43) DEREUX, *op. cit.*, p. 529.

(44) MISSOL, «L'assurance contrat d'adhésion et le probléme de la protection de l'assuré», pp. 12 y ss; DOMERGUE, *Etude d'ensemble sur le contrat d'adhésion*, Toulouse 1939, pp.21 y ss.

(45) DI PACE, *op. cit.*, p. 35.

(46) POLO, «Comentarios a la sentencia del T.S. de 27 de Febrero de 1942», *R.D.P.* 26 (1942) pp. 712 y ss.

(47) *Vid.* GARCIA AMIGO, *op. cit.*, p. 34.

(48) SALANDRA, *op. cit.*, p. 415, señala *ad incertas personas*, quizás con algún matiz, al pluralizar el destinatario de la oferta.

(49) *Cfr.* ROYO MARTINEZ, *op. cit.*, p. 59.

(50) *Vid.* SALANDRA, *op. cit.*, pp. 414 y 418.

(51) Baste señalar la extraordinaria preocupación de la doctrina por el problema, como se pone de manifiesto en la obra de GARCIA AMIGO, M., *Condiciones generales de los contratos civiles y mercantiles*, Madrid 1969, p. 271, que en nota 3 a 9, (pp. 75-80) recoge la extensísima Bibliografía sobre la materia. *Vid.*, POLO,E., *La protección del consumidor en el Derecho privado*, Madrid 1980, nota 132, pp. 111 ss. en la que se contiene una exhaustiva Bibliografía.

(52) GARCIA AMIGO, M., *op. cit.*, p. 73.

(53) Entre otros, GARRIGUES, *Contrato de Seguro Terrestre*, Madrid 1983, p. 7; *Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid 1982; *Tratado de Derecho Mercantil*, I, 1, pp. 167 ss.

(54) *Ibidem.*

(55) VICENT CHULIA, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, II, Valencia 1982, p. 540.

(56) MENENDEZ señala, sin embargo, en *R.E.S.* nº 29, 1982, Ponencia en Jornadas sobre la Ley del Contrato de Seguro, Madrid 1981, que hay preceptos que deben ser interpretados de modo imperativo, como son las normas de protección a terceros, principio indemnizatorio.

(57) DE CASTRO Y BRAVO, F., «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *A.D.C.* 14 (1961) p. 297.

(58) GARCIA AMIGO, M., *op. cit.*, p. 132.

(59) GARCIA AMIGO, *op. cit.*, pp. 143-144.

(60) SANCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*,

Madrid 1986, 12ª ed., p. 54.

(61) Ibidem. Vid. del mismo autor «Las condiciones generales en los contratos de seguro y la protección de los consumidores», *R.E.S.* 21 (1980) 20 ss.

(62) Así lo señala DE CASTRO, «Las condiciones...», *cit.*, p. 296.

(63) *Vid.* Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de 2 de Diciembre de 1983.

(64) El Anteproyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación está publicado en Madrid, 1984, por el Centro de Publicaciones, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Con posterioridad ha sido elaborado un nuevo Proyecto, del que se trata en el capítulo cuarto de esta Tesis.

(65) *Vid.* GARRIGUES, *Contrato...; Curso...*, *Tratado...* , *cit.*

(66) GARRIGUES, *Tratado...*, p. 169.

(67) Más tarde, en *Curso de Derecho Mercantil*, I, 1982, p. 131, se sustituye la expresión «pactarse» por redactarse».

(68) GARCIA AMIGO, M., *op. cit.*, pp. 82-84. Sobre la posibilidad de acortamiento de los plazos de caducidad y prescripción, *cfr.*- OROZCO PARDO, G., *La interrupción de la prescripción extintiva en el Derecho civil*,, Granada 1986, p. 43, donde se advierte del peligro de admisión de este tipo de cláusulas que acortan los plazos. *Vid.*, del mismo autor, «La alteración convencional de los plazos de prescripción extintiva (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Mayo de 1984)», *Actualidad Civil* 31 (1986) 2149-2161.

(69) GARCIA AMIGO, M. *op. cit.*, p. 84.

(70) URIA, «Reflexiones sobre la contratación mercantil en serie», *R.D.M.*, 21 (1956) 232.

(71) GARRIGUES, *Curso...*, I, p. 130.

(72) *Vid.* «Reglamento de la tarjeta Visa del Banco de Bilbao».

(73) DE CASTRO, «Las condiciones...», *cit.*, pp. 297 ss.

(74) SANCHEZ CALERO, F., *Instituciones...*, p. 54.

(75) URIA, *op. cit.*, p. 231.

(76) Así lo señala DE CASTRO EN «Las condiciones...», *cit.*, nota 12, p. 298.

(77) URIA, *op. cit.*, p. 231.

(78) SAINT REMY, *De la revision des clauses leonines dans les contrats d'adhésion*, Paris 1931, p. 39.

(79) RIPERT, J., *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris 1949, p. 98.

(80) MALINVAUD, P., «Le condizione generali di contratto», *Le condizioni generali di contratto*, a cargo de M. Biancan, II (Milano 1981) 423-462.

(81) GARCIA AMIGO, M., *Condiciones generales de los contratos civiles y mercantiles*, Madrid 1969, pp. 105-117, realiza un detallado estudio sobre la consideración de la naturaleza jurídica de las condiciones generales en la doctrina alemana. *Vid.*, ULMER, P.-BRANDNER H.D., *AGB-Gesetz Kommentar*, Köln 1987; LÖWE, W.-GRAF VON ESTPHALEN, F. - TRINKNER, R., *Kommentar zur Gestz zur Regelung des Rechts der AGB*, Heildelberg 1977; RAISER, L. - LOCHER, H., *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, München 1980; SCHLOSSER, P., «AGB-Gesetz Kommentar», en *STAUDINGERS, Kommentar zum BGB*, 12 ed., Berlin 1980.

(82) MESSINEO, F., *Teoria general del contrato, II*, Buenos Aires 1952, pp. 13-14.

(83) DOSSETTO, M., *Le condizioni generali di contratto ed i contratti conclusi mediante moduli o formulari*, Padova 1951, p. 13.

(84) *Vid.*, por todos, GENOVESE, M., *Le condizioni generali di contratto*, Padova 1954.

(85) NAPOLI, E., «Le condizioni generali di contratto nella Giurisprudenza», *Le condizioni generali di contratto*, a cargo de M. Bianca, II (Milano 1981) 3-82.

(86) COSTANZA, M., «Natura normativa delle condizioni generali di contratto», *Ibidem*, I, pp. 155-170.

(87) DE MARTINI, «Contratti per adesione», *G.C.C.C.* III (1948) 1085-6.

(88) CASSOTANA, M., «Il problema dell'interpretazione delle condizioni generali di contratto», *Le condizione generali di contratto*, I (Milano 1979) 123-154.

(89) SALANDRA, V., «I contratti di adesione», *Riv. Dir. Comm.* I (1919) p. 418.

(90) RAJSKI, J., «Le condizioni generali di contratto nell'esperienze polacca», *Le condizioni generali di contratto*, a cargo de M. Bianca, II (Milano 1981) p. 511.

(91) GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid 1962, p. 131.

(92) GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, I-1, p. 169.

(93) GARRIGUES, *Curso...*, pp. 131-132.

(94) *Ibidem.*

(95) DE CASTRO Y BRAVO, F., «Las condiciones...», *cit.*, pp. 294-341.

(96) DE CASTRO, «Las condiciones...», *cit.*, p. 306.

(97) URIA, «Reflexiones...», *cit.*, p. 233.

(98) SANCHEZ CALERO, *Instituciones....* p. 33.

(99) URIA, *op. cit.*, pp. 230-231; VICENT CHULIA, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, I, Valencia 1982, p. 44.

(100) GARRIGUES, *Curso....* p. 130.

(101) POLO, A., «Comentario a la sentencia...», *cit.*, pp. 714-715.

(102) GARCIA AMIGO, M., «La naturaleza jurídica de las condiciones generales de los contratos», *RDP*, XLIX (1965) p. 730.

(103) SANCHEZ CALERO y TIRADO SUAREZ, «Ley del Contrato de Seguro», *Comentarios al Código de Comercio y Legislación mercantil especial*, dirigidos por Motos y Albaladejo, (Madrid 1984) 62-63.

(104) GARCIA AMIGO, M., «Condiciones generales...», *cit.*, p. 3.

(105) MOTOS GUIRAO, M., «La protección de usuarios y consumidores en el Proyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación», (Módulo en el Marco Audiencia-Universidad, Granada, 11 Mayo 1983).

(106) URIA, *op. cit.*, p. 226.

(107) Según recoge GARRIGUES, en «Contratos bancarios», nota 24, p. 21.

(108) En el mismo trabajo, se hace un estudio de las condiciones generales en el Derecho Comparado.

(109) URIA, *op. cit.*, p. 225.

(110) DE CASTRO. *op. cit.*, p. 300, en nota 22 recoge la frase pronunciada por un magistrado, citando a STOLD.

Capítulo Segundo

EL CONTRATO DE SEGURO. CONTRATO EN MASA

SUMARIO:

1.- DEFINICION LEGAL DEL CONTRATO DE SEGURO

2.- NOTAS CARACTERISTICAS

A) CONTRATO BILATERAL

B) CONTRATO CONSENSUAL

C) CONTRATO ONEROSO

D) CONTRATO ALEATORIO

E) CONTRATO SUSTANTIVO

F) CONTRATO UNICO

G) CONTRATO DE EJECUCION CONTINUADA

H) CONTRATO EN BASE A LA BUENA FE

3.- CONSIDERACIONES RESPECTO A LAS CONDICIONES GENERALES DEL SEGURO

A) COEXISTENCIA CON LAS CONDICIONES PARTICULARES

Y SU DISTINTA POSICION

D) LAS CONDICIONES GENERALES DEL SEGURO

a) Formación.

b) El control de la Administración.

4.- PERFECCION DEL CONTRATO DE SEGUROS: LA CONSENSUALIDAD

5.- LA POLIZA Y LA DOCUMENTACION DEL SEGURO

A) FUNCIONES DE LA POLIZA

a) Probatoria.

b) Procesal.

c) Determinadora del contenido contractual. Normativa.

d) Otras funciones.

B) EL CONTENIDO DE LA POLIZA

C) MENCIONES DE INCLUSION OBLIGATORIA

a) Comunes.

b) Para algunos supuestos concretos.

D) CLASES DE POLIZAS

E) OTROS DOCUMENTOS DLL CONTRATO

F) DIVERGENCIAS ENTRE LA POLIZA Y LA PROPOSICION: CRITERIO DEL LEGISLADOR ESPAÑOL

Especial interés cobra para nuestro estudio la consideración del contrato de seguro como un contrato de masa, pues, siendo un contrado de adhesión, estará necesariamente impregnado de la idea de protección a la parte más débil, al asegurado, y reclamará unas especiales normas de interpretación, llegado el caso de tener que interpretarse por el juez las cláusulas contractuales, que tendrán la particularidad, como en todos los contratos de adhesión, de que, a pesar de estar firmadas o suscritas por ambas partes, sólo una de ellas las ha redactado y, posiblemente, conozca su contenido, mientras que otra simplemente ha prestado su firma, se ha adherido y se ha comprometido a una serie de obligaciones, que sólo muy globalmente conoce.

Creemos conveniente hacer unas reflexiones conceptuales sobre el contrato de seguro, siquiera sea brevemente, y una consideración elemental de sus notas características, que nos permitan configurarlo adecuadamente dentro del derecho de obligaciones y nos sirvan, a su vez, de base para posteriores argumentaciones sobre la interpretación de las cláusulas de este contrato de adhesión. Cobran, asimismo, interés, porque la Ley del Contrato de Seguro contiene ya una definición del contrato, habiéndose

abandonado, en este caso concreto, la regulación por partida doble, en el Código de comercio y en el Código civil, de un mismo contrato. El Código de comercio no definía el contrato de seguro, limitándose a indicar cuándo era mercantil (si fuere comerciante el asegurador y el contrato a prima fija), aunque el Código civil sí lo definía, si bien de un modo incompleto, como *«aquel por el cual el asegurador responde del daño fortuito que sobrevenga los bienes muebles o inmuebles asegurados mediante cierto precio que puede ser fijado libremente por las partes»* (1).

La Ley ha superado esta distinción y ahora nos encontramos con un único contrato de seguro, abstracción hecha de su carácter civil o mercantil, en este momento, distinción *«que debe quedar superada*, según se señalaba en el Preámbulo o Exposición de Motivos del Proyecto de Ley (2), luego no publicado, *por la exigencia técnica de una organización adecuada del asegurador»*, siendo la idea que inspira la Ley, según este texto, *«establecer un conjunto de normas interpretativas tendentes a la protección del asegurado»*.

Para la elaboración de la Ley, fueron tenidos en cuenta, aparte de los textos que constituyen su base: Anteproyectos de 1969 y 1970, redactados por una comisión de mercantilistas españoles (3), estando los preceptos del texto definitivo *«vinculados directamente a los mismos... incluso en su tenor literal...»* (4), la legislación, la jurisprudencia y la doctrina de los países que nos son más afines (5); además de textos provinientes de la C.E.E., en concreto, la Resolución del Consejo de Europa de 16 de Noviembre de 1976 sobre condiciones generales de la contratación, y el Pro-

yecto de Directriz de la C.E.E. presentado por la Comisión al Consejo el 10 de Julio de 1979, sobre disposiciones que regulan el contrato de seguro. «*Por ello*, señala SOTILLO (6), *se procuró ajustar al máximo ambas regulaciones, sobre todo en vista de una próxima incorporación de España a la C.E.E. teniendo presente, no obstante, que se trata simplemente de un proyecto de Directriz*» (7).

La nueva configuración del contrato de seguro en nuestro Ordenamiento, inserta en las coordenadas señaladas, y las consecuencias que ello trae consigo, hace necesario que pongamos de manifiesto, de cara a nuestras pretensiones, su definición y notas características.

1.- DEFINICION LEGAL DEL CONTRATO DE SEGURO

El artículo 1 de la Ley de Contrato de Seguro de 1980 define este contrato como «*aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado, o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas*», inclinándose los redactores del Proyecto, según señala uno de ellos, el Prof. MENENDEZ (8), por seguir el ejemplo de ordenamientos como el alemán o el italiano, en los que se contiene una

definición general del contrato que abarca todas las modalidades frente al francés o al suizo que guardan silencio sobre el particular.

La definición de nuestro texto legal, que ha seguido a la italiana fundamentalmente (y a la alemana), ha sido considerada como descriptiva (9), amplia y unitaria (10), pero, en general, la doctrina la considera necesaria por cuanto el Código de Comercio, como hemos indicado, no definía el contrato de seguro, sino que señalaba cuándo tenía este carácter un contrato de seguro que el Código civil sí definía, aunque de un modo insuficiente. No podemos entrar en una exégesis de la misma sino en la medida en que hagamos referencia al analizar las distintas características del contrato, que de la propia definición -fundamentalmente de ella- y del resto de la Ley, se derivan (11).

2.- NOTAS CARACTERISTICAS

A) CONTRATO BILATERAL

El asegurado, ya lo hemos indicado en varias ocasiones, se obliga a pagar la prima y el asegurador asume una prestación normalmente pecuniaria. La Ley, en su art. 1, exige el *mediante el pago de una prima*, para que el asegurador se comprometa a indemnizar el daño efectivamente cau-

sado. El problema que puede plantearse es que la obligación de la compañía aseguradora está sometida a una condición y ésta a veces no se cumple, por lo que sería muy difícil el que encontrara encaje la nota de tratarse de un contrato sinalagmático, en el que las prestaciones serían exigibles en distintos momentos y, una de ellas, en ocasiones, no podría ser exigida (12). La Doctrina francesa señala (13) que este contrato es *ante todo, un contrato sinalagmático*... El asegurador sólo está obligado a ejecutar su obligación si se produce el siniestro incierto, pero ello no le priva del carácter sinalagmático porque hay dos promesas que sirven recíprocamente de causa. El *alea* del contrato suprime la reciprocidad de las promesas. Por ello, PICARD y BESSON que recogen la sentencia de la Corte Francesa de 29 de Junio de 1939 que mantiene esta tesis, afirman su carácter signalagmático. Así también lo considera, en sentido técnico, DONATI.

El problema planteado no es tal, si entendemos la obligación del asegurador como la asunción del riesgo, e incluso considerándola como la simple promesa de soportar el riesgo (independientemente de que llegue a realizarse o no el siniestro), también podría constituir esta promesa la causa de un negocio oneroso (14).

El art. 1 de la Ley, en el punto que señala la bilateralidad del contrato *(mediante el cobro...)*, ha merecido alguna crítica; concretamente de VICENT CHULIA (15), que señala que al definirse el contrato como necesariamente bilateral, sinalagmático o especulativo se ha olvidado *toda mención a los seguros mutuos*, recogidos en el 1792 del Código civil (16),

cuya particularidad radica en el hecho de que una parte adopta la posición de asegurado (aportando una cuota) y la de asegurador (si no es suficiente con lo aportado se procede a derrames). Estos seguros no tienen por qué, en opinión de VICENT, estar organizados necesariamente por un intermediario con fines especulativos sino que puede ser obra de una autoorganización cooperativa de los interesados.

Más tarde analizaremos ambas partes en el contrato de seguro, el asegurador y el asegurado. El primero de ellos habrá de adoptar determinadas formas que le exige la Ley (no podrá ser una persona física, por ejemplo) que ha hecho que por algún autor se le haya considerado como contrato profesional o empresarial (17).

B) CONTRATO CONSENSUAL

Sin perjuicio de que analicemos en otro momento la polémica que ha existido, y se matiene, sobre el carácter consensual o formal del contrato de seguro (en la que profundizaremos al estudiar la póliza y la perfección del contrato), es preciso ahora señalar que el contrato de seguro es un contrato consensual que requiere la forma escrita como un elemento *ad probationem* de la existencia del mismo, pero no *ad solemnitatem*. Este carácter podía deducirse con una interpretación, quizás forzada, de los arts. 388,1º y 389 del Código de Comercio, pero se encuentra fácil argumentación a su favor, en la nueva Ley, que exige que el contrato «*y sus*

modificaciones o adiciones deberán ser formalizadas por escrito» (art. 5), y que distingue claramente en la sección segunda que son dos cosas distintas la conclusión y la documentación del contrato, señalando también el art. 6 que por acuerdo de las partes podrán retrotraerse los efectos del contrato al momento de la proposición o de la solicitud, inclinándose la Ley, a nuestro modo de ver, por la postura que considera a este contrato como un contrato consensual, carácter que ya le fué otorgado tambien por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, concretamente en sentencia de 6 de Octubre de 1964 (18).

Bien es cierto que en la práctica aseguradora no se da en casi ninguna ocasión el contrato de seguro verbal, pues se contrataba, hasta hace muy poco, en base a pólizas aprobadas por la Administración Pública a cuya consideración han sido sometidas por los aseguradores, pero ello no es óbice para mantener como uno de los caracteres del contrato de seguro (sin entrar por el momento en mayores consideraciones), el de ser un contrato consensual que se perfecciona cuando concurre la oferta y la aceptación (art. 1262 del Código civil).

Es preciso también indicar que esta nota característica general tiene sus excepciones: el art. 737 de nuestro Código de Comercio (vigente) exige la forma escrita para la perfección del contrato de seguro marítimo, en razón de haberse considerado la póliza, en este tipo de contratos y no en otras ramas del seguro, como un título apto para el procedimiento de apremio en los negocios de comercio. El art. 17 del Reglamento del Seguro Obligatorio de Automóviles también exige la forma escrita, justifi-

cándose esta formalidad por la obligatoriedad del seguro (y la consecuente prohibición de circular sin él), razón poco convicente en opinión de - SANCHEZ CALERO y TIRADO. También tiene este carácter formal, y por similares motivos, el seguro obligatorio de caza (19).

C) CONTRATO ONEROSO

El asegurado (llamémosle así con un carácter general) tiene la obligación de pagar una prima al asegurador y éste tiene la obligación de indemnizar siempre que se produzca el evento *(para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura)*, o mejor, la obligación de asumir el riesgo de la que deriva la de pagar la indemnización. De este modo, surgen obligaciones para ambas partes contratantes, desde el momento mismo de la celebración del contrato, y queda descartada la posibilidad de que exista un contrato de seguro gratuito (de difícil encaje, por otro lado, dentro de la esfera mercantil), como parece dar a entender el art. 1.807 del Código civil, que dentro del contrato aleatorio de renta vitalicia indica: *«el que constituye a título gratuito una renta sobre sus bienes, puede disponer, al tiempo del otorgamiento, que no estará sujeta dicha renta a embargo por obligaciones del pensionista»*, si bien este tipo de contrato, el de renta vitalicia, es distinto del de seguro (aunque también aleatorio). Esta nota de la onerosidad del contrato ya venía dada por la incompleta definición que de contrato de seguro daba el derogado art. 1.791 del Código civil (el Código de Comercio no definió el contrato sino

que se limitaba a señalar los requisitos para que fuera mercantil), que hacía recaer sobre el asegurador la obligación de responder «*del daño fortuito que sobrevenga en los bienes muebles o inmuebles asegurados, mediante cierto precio...*» que podía ser fijado por las partes.

La causa de este contrato estriba, pues, en las mutuas prestaciones de los otorgantes, consistentes en el pago de la prima, por parte del asegurado y la asunción de la obligación, por la de el asegurador, que, caso de producirse el siniestro indemnizará el daño efectivamente causado, o satisfacerá una renta, un capital, u otras prestaciones que se hayan convenido.

D) CONTRATO ALEATORIO

El carácter de aleatoriedad del contrato de seguro venía dado por el título X del Código civil, que recogía, dentro del epígrafe general *De los contratos aleatorios o de suerte*, y juntamente con el de juego, apuesta y renta vitalicia, el contrato de seguro, sin que, en opinión de SANCHEZ CALERO y TIRADO (20), la derogación de los artículos del Código civil relativos al contrato de seguro haga perder al contrato esa característica. El «*acontecimiento incierto o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado*», del 1790 del Código civil, en que se basaba el *alea* de estos contratos, ha sido sustituido en la Ley por un *circunloquio* (en opinión del prof. MENENDEZ, redactor del Proyecto de Ley), que ha resultado, según

VICENT CHULIA (21) muy inexpresivo, al menos en cuanto a qué se entiende por caso: «*para el caso que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura*». Se desconoce, según el tipo de seguro de que se trate, si se producirá el evento o, sabiéndose que se producirá, cómo y cuándo. Se da pues una incertidumbre en cuanto al *si*, y en cuanto al *quando*. Es más, se desconoce también a cuánto ascenderá la suma que habrá de pagar la compañía aseguradora, en su caso. Este cáracter aleatorio ha sido negado por parte de la doctrina (VIVANTE en un primer momento), basándose fundamentalmente en que la empresa aseguradora, que exige una especial organización, está estructurada de tal forma que, con unos cálculos preestablecidos desde el inicio de su actividad, sabe que no obtendrá pérdidas. Sin embargo y aún siendo esto cierto (aunque de un modo relativo), lo que no debemos confundir es la actividad que llevan a cabo las compañías aseguradoras, actividad organizada, realizada en base a leyes de mercado, etc. que, naturalmente, no debe ser una actividad aleatoria, con cada uno de los contratos de seguro que esta celebra que, individualizadamente, sí son aleatorios e individualizadamente es como corresponde analizarlos desde un prisma jurídico.

Desde otro punto de vista, se ha argumentado, en el mismo sentido, que el contrato de seguro no es un contrato aleatorio sino indemnizatorio; la compañía aseguradora indemnizará el daño efectivamente causado y no se permite el enriquecimiento injusto por parte del asegurado. Sin embargo, este carácter indemnizatorio que ciertamente tiene el contrato no es contrario al carácter aleatorio, pues la indemnización sólo procederá si se produce un evento que está señalado en el contrato, o cuando se pro-

duzca el evento, si se conoce que en efecto va a llegar a tener lugar. Precisamente de lo que se trata en este sentido es de que el asegurado quede garantizado contra el azar o de suprimir o regularizar, al menos, el azar (22).

Considerado pues como un contrato aleatorio también para el asegurador (que desconoce en cada uno de los contratos si tendrá que indemnizar o no, aunque, en conjunto, compense las indemnizaciones que haya tenido que satisfacer con los contratos en los que no se haya producido el evento y por tanto sólo perciba la prima), cobra sentido el art. 4 de la Ley, que declara nulo (salvo en algunos casos recogidos en la Ley) el contrato de seguro si en el momento de su conclusión no existía el riesgo o había ocurrido el siniestro, entendiendo nosotros por riesgo la definición del Prof. GARRIGUES (23), *«posibilidad de que por azar ocurra un hecho que produzca una necesidad patrimonial»* (24), siendo los elementos del riesgo, la posibilidad e incertidumbre, el azar y la necesidad pecuniaria, en cuyos conceptos no podemos entrar en este momento.

El carácter de contrato aleatorio es reconocido por la Doctrina y el propio Derecho positivo, antes y ahora. El Código civil lo recogía al exigir que el hecho del que dependiera debía ser un hecho *fortuito*. También ha sido puesto de relieve por nuestro Tribunal Supremo, entre otras, en sentencias, de 17 de Marzo de 1949 y 9 de Enero de 1962, que recogen esta naturaleza aleatoria.

E) CONTRATO SUSTANTIVO

Este carácter, señalado por el Prof. GARRIGUES, viene a indicar que el asegurador soporta las consecuencias económicas del riesgo, cumpliendo así su obligación contractual primera, en virtud de un pacto autónomo que debe ser distinto de cualquier otro negocio jurídico. No existiría, de este modo, seguro, entendido en un sentido estricto, si el contrato se tratase de una obligación legal o accesoria a otro contrato. Se trata de un contrato propio, considerado por la vieja doctrina mercantilista (25), dentro de los llamados *«contratos que vencen el obstáculo del riesgo»*, de carácter principal, independiente de cualquier otro.

F) CONTRATO UNICO

La prima del contrato, el precio que el asegurado paga al asegurador, puede hacerse efectiva en distintos períodos (si bien siempre al inicio de cada uno de estos períodos) como recoge la Ley en su art. 14 y 15. Pero el que esa prima pueda pagarse en términos periódicos, si bien también puede ser única y satisfecha de una sola vez, no implica que sean varios los contratos que se han celebrado. La Ley, en el art. 22, indica que la duración del contrato será la determinada en la póliza (no superior a 10 años), señalando también que las partes pueden oponerse a la prórroga (que ha podido pactarse) mediante una notificación escrita a la otra parte. Esta notificación que se hace al final del período de tiempo por el

que está contratado el seguro, queriéndolo dar por finalizado, es la expresión de la facultad de abandonar que tiene todo contratante y que consiste en una condición resolutiva del único contrato celebrado y no en una condición suspensiva de un nuevo contrato (26).

G) CONTRATO DE EJECUCION CONTINUADA

El asegurado paga la prima -la única u otra de las periódicas- y el asegurador, por su parte, se compromete a prestar la cobertura desde un determinado momento (en la póliza, como veremos, constará el día y la hora en que empiezan y terminan los efectos del contrato, por imperativo del art. 8 de la Ley), y hasta otro exacto. De ahí que el contrato haya sido llamado un contrato sucesivo por la doctrina francesa: «*son exécution s'echelonnne néccessariement dans le temps*» (27), siendo la duración del contrato única, aunque esté dividido en distintos períodos de tiempo. Pero además, como ya indicamos más arriba, la obligación de la compañía aseguradora, entendida ésta como la función de satisfacer la necesidad de seguridad que tiene el asegurado, no se cumple en el momento del siniestro sino que se cubre en toda la relación de la duración (28).

El particular que está sometido a diversos riesgos, contrata un seguro con una determinada compañía aseguradora, y si bien, es evidente que producido el siniestro la compañía pagará la indemnización correspondiente, cumpliendo su obligación, no lo es menos, que la compañía también

está cumpliendo con su obligación durante todo el tiempo de duración del contrato porque en ese tiempo el asegurado tiene la *tranquilidad*, la *seguridad*, de que, si su patrimonio sufriera un daño por una causa concreta determinada en el contrato, existe una entidad que se hará cargo de ese daño. Se da una situación de seguro, *se está asegurado*, señala GARRIGUES, poniendo de manifiesto que es una relación y situacion duradera (por mayor o menor tiempo) (29).

H) CONTRATO BASADO EN LA BUENA FE

En opinión de algunos autores (30), no tiene una significación especial el hecho de que el contrato de seguro sea calificado, clásicamente, como un contrato de buena fe, porque en el derecho moderno *«todos los contratos son de buena fe»* y no deben ser interpretados estrictamente, pero también entienden que el término *contrato de buena fe*, aplicado al de seguro, cobra un especial relieve.

Entre nosostros, el Prof. GARRIGUES (31) ha puesto de relieve la característica de la buena fe como peculiar de este contrato. Y la Ley y la Jurisprudencia señalan la necesidad de una buena fe especial en este contrato por varias razones:

- Por ser un contrato mercantil, para el que reclama el art. 57 del Código de Comercio un cumplimiento y una ejecución de buena

fe.

- Por ser un contrato de adhesión, debiéndose interpretar las cláusulas lesivas, si es que las hay, en el sentido que más favorezcan al asegurado y las obscuras en favor de éste y en perjuicio de quien causó la obscuridad (art. 1288 Código civil).

- Por la propia naturaleza de este contrato en el que asegurador redacta las condiciones generales (, debe procurar que impere el principio de la buena fe para que no haya cláusulas lesivas, expresamente prohibidas), pero además, contrata en base a una declaración que le ha hecho el asegurador, antes incluso de existir el contrato, y en base a las declaraciones que le va haciendo durante el curso de vigencia del contrato mantiene éste en las mismas o en otras condiciones; el art. 10 de la Ley prevé la posibilidad de rescisión del contrato si ha habido reserva o inexactitud en la declaración del tomador y exime de la obligación de indemnizar si medió dolo o culpa grave del tomador; igualmente se recoge la posibilidad de rescindir el contrato si no se ha hecho la comunicación de la producción del siniestro, por mala fe, art. 12.2; si el asegurado no pone los medios a su alcance para aminorar las consecuencias del siniestro *«con la manifiesta intención de perjudicar o engañar al asegurador, éste quedará liberado de toda prestación....»* (art. 17); el asegurador no está obligado a pagar la indemnización del siniestro causado por mala fe del asegurado (art. 19), y otros muchos ejemplos se recogen

en la Ley de la presencia, la necesidad de la presencia de la-buena fe.

- Porque así lo ha declarado la Jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, entre otras, ya, en sentencia de 3 de Abril de 1909 en la que señalaba que el seguro descansa en la buena fe de los contratantes.

Por estas razones, esquemáticamente expuestas, podemos concluir que el contrato de seguro es un contrato *uberrimae bonae fidei* (de una buena fe extraordinaria).

3.- CONSIDERACIONES RESPECTO A LAS CONDICIONES GENERALES DEL SEGURO

La Ley del contrato de seguro parte de la base de que este contrato es un contrato de adhesión (a condiciones generales) por ser uno de los celebrados en serie o en masa, y en este sentido se entienden los artículos de la sección 1ª de la Ley, señalando SANCHEZ CALERO (32) que la prescripción del art. 2 de la Ley pone de relieve el carácter imperativo de la misma, no obstante «se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado», viene a confirmar este

carácter, encontrándose sentido, de este modo, al art. 79 del mismo texto que señala que *«no será de aplicación al contrato de reaseguro el mandato contenido en el art. 2 de esta Ley»*. En el caso del reaseguro (el reasegurador se obliga a reparar la deuda que nace en el patrimonio del reasegurado a consecuencia de la obligación por éste asumida como asegurador en un contrato de seguro), al ser dos los aseguradores que intervienen en el mismo, no existiría el plano de desigualdad, a la hora de contratar, que existe en los contratos de adhesión (y en el de seguro en concreto), ni sería necesaria la protección de la parte mas débil, que no existiría, porque no habría adhesión.

El carácter de contrato de adhesión ya venía atribuido al contrato de seguro, antes de la aparición de la Ley, no sólo por la Doctrina (33), sino también por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que así lo había considerado, entre otras, en sentencias de 13 de Diciembre de 1934, 27 de Febrero de 1942, 24 de Febrero de 1944, 28 de Marzo de 1956, 12 de Marzo de 1957, o la más reciente de 2 de Noviembre de 1976. Esta consideración de contrato de adhesión o contrato generalmente de adhesión, viene dada porque el asegurado se somete a la póliza redactada por el asegurador, exigiéndose, por tanto, desde antiguo, unas normas de protección a la parte más débil que son el lógico complemento de este tipo de contratación.

La Doctrina extranjera también ha señalado este carácter de adhesión del contrato de seguro. PICARD y BESSON lo llaman contrato *«generalmente calificado de adhesión»*, puntualizando que el asegurado la mayor

parte de las veces sólo puede aceptar la oferta general que se le hace *«realizada por el asegurador, y que permanece rígida, sometiéndose por tanto el asegurado a la voluntad del asegurador sin discutir»* (34). Ello no permite, sin embargo, en opinión de los autores citados, presumir el vicio de consentimiento de los asegurados y, consecuentemente, la necesidad de anular por ello todos los contratos de seguro, sino que pone de manifiesto la desigualdad económica que existe entre asegurado y asegurador, desigualdad que puede, de hecho, ser una fuente de abusos por parte del asegurador, creador de los contratos.

MESSINEO (35) indica, del mismo modo, que en materia de seguros concurre la figura del contrato de adhesión (a veces del contrato-tipo) a la que se aplican los arts. 1341 y 1342 del Código civil italiano (36), manifestándose en similares términos DONATI (37).

Sin embargo, no ha faltado alguna opinión, concretamente de PARIS LE CLERC (38) que, tras exponer que generalmente el contrato de seguro se considera no sólo como un contrato de adhesión, sino *«como uno de los principales»* (39), mantiene su tesis contraria a considerar este contrato dentro de los de adhesión, negándole este carácter en base a dos razones fundamentales: de un lado, el asegurador no tiene ni un monopolio de derecho, ni un monopolio de hecho y, por otro lado, las partes discuten efectivamente el contenido contractual y sus voluntades se ofrecen libremente. En su comentario a estos dos extremos hace ver cómo las compañías aseguradoras no son un monopolio de derecho, ni de hecho, aunque contengan cláusulas idénticas en sus pólizas, o se hayan puesto de acuerdo los aseguradores para ofrecer un contenido normativo idéntico,

porque hay diferencia entre ellas en aspectos concretos. Por lo que respecta a la segunda cuestión, el autor francés entiende que sí hay discusión y no existe la adhesión porque el asegurado, mediante las cláusulas particulares, puede modificar el contenido de las condiciones generales que están redactadas de tal modo que pueden discutirse, e intentar variarse, artículo por artículo, frase por frase, palabra por palabra.

Esta misma opinión es mantenida por BENITEZ DE LUGO (40) que, analizando los requisitos que ha de tener un contrato para ser considerado de adhesión (41), concluye que en el de seguro no se da ninguno de ellos, por lo que este contrato no puede ser considerado como uno de aquéllos, fortaleciéndose esta tesis, a su juicio, por el hecho de que existe una legislación vigilante del contrato de seguro (que, fundamentalmente se demuestra en que la Administración Pública ha de aprobar las pólizas propuestas por los aseguradores, que *las estudia y censura...)* y ello, indudablemente, ha de constituir para el asegurado una manifiesta garantía» (42).

Pero, si bien es cierto que las condiciones generales, desde un plano puramente teórico, pueden ser discutidas e incluso redactadas de nuevo a iniciativa de los asegurados, dejando de ser condiciones generales (al existir la posibilidad de ser discutidas y variadas en diversos sentidos por todos y cada uno de los asegurados), no es menos cierto que, en la práctica, ello es algo casi imposible. Las compañías aseguradoras -igual que cualquier otro empresario que celebre sus contratos en serie-, no pueden admitir la discusión de cada una de las cláusulas, ni recibir las propuestas

de los aseguradores sobre aspectos regulados en esas condiciones generales, porque dejaría de tener sentido en sí misma la contratación en masa, propia del campo mercantil, y sería más lógico, en ese caso hipotético, que no existieran las condiciones generales pues las ventajas que éstas traen consigo (43) ya no lo serían. En vez de discutir unas cláusulas redactadas con carácter general, sería más adecuado, en ese caso, redactar cláusulas de común acuerdo, tarea que resultaría más fácil y rápida que redactarlas, someterlas a la aprobación de un órgano administrativo, en nuestro caso, y, una vez incluso impresas, pasar a su discusión y eventual modificación. Pero es más, se corre el extraordinario riesgo, de seguir estas teorías, de que si llegamos a pensar que no hay adhesión, porque puede haber discusión -no necesariamente acuerdo de modificación con la compañía-, al contratar se estaría haciendo en base a esas condiciones, convertidas ya exclusivamente en simples cláusulas contractuales que no reclamarían ningún tipo de interpretación especial (42). Es por ello que nuestro Tribunal Supremo ya indicara en la señalada sentencia de 13 de Diciembre de 1934 que el de seguro es «prácticamente» un contrato de adhesión y que, caso de duda en la interpretación de la póliza, se ha de adoptar la interpretación más favorable al asegurado, no considerando peligrosa a nuestro juicio, esta doctrina jurisprudencial (45), que, lejos de ser abandonada, ha sido seguida por el alto Tribunal, que, ya sin ningún tipo de reserva, en la sentencia de 16 de Marzo de 1984, al interpretar una cláusula de una póliza señala que es patente *al menos la existencia en el presente caso de una razonable duda que ha de resolverse favorablemente al asegurado, por tratarse de un típico contrato de adhesión...*».

En nuestro derecho los contratos de seguro están configurados como contratos de adhesión a condiciones generales redactadas unilateralmente por los aseguradores que en ocasiones son sometidas, en la póliza, a la vigilancia de la Administración Pública, en los términos que más tarde veremos (46).

Cada ramo del seguro funciona sobre la homogeneidad de riesgos, y es lógico, señala GARRIGUES, que la determinación del riesgo en cada póliza sea igual a la determinación del riesgo en las restantes pólizas del mismo ramo (47). Esto hace que las compañías aseguradoras que necesitan ofrecer idénticos contratos que obliguen a los asegurados a iguales prestaciones (pago de la prima en distintos períodos, deber de declaración del riesgo, de agravación del mismo...), y a las propias compañías también a prestaciones de idéntico contenido, no celebren sus contratos sobre la base de ir discutiendo con cada uno de los futuros asegurados el contenido de los contratos y posteriormente los documentos en una póliza. A este propósito, las compañías aseguradoras redactan una póliza con un carácter general y a ella quedarán sometidos todos cuantos quieran celebrar el contrato de seguro correspondiente con dicha compañía aseguradora. La técnica de seguros no permitiría otro tipo de contratación que no fuese la contratación en masa.

Además, hasta la aparición de la Ley del contrato de seguro, de 1980, la regulación que hacía el Código de Comercio de cada una de las modalidades del seguro era fragmentaria e incompleta, siendo las pólizas, o mejor, los aseguradores a través de ellas, quienes llenaban estos vacíos

legales. Y, naturalmente, el contenido que se ofrecía a los futuros asegurados, el contenido normativo, era más amplio que el legal -a veces casi inexistente- y era el mismo para todos, a través de esas pólizas.

Estos contratos de adhesión, con condiciones generales, que abundan en materia mercantil, y son característicos de este tipo de contratación, constituyen un supuesto especial de perfección del contrato en el que una voluntad se impone a la otra, que se somete (48), y son extraordinariamente frecuentes en el ámbito del transporte y del derecho bancario, pero *«en el campo del seguro ocupan un papel tan importante que no podría citarse una sola compañía aseguradora que no contratase sobre la base de condiciones generales»* (49).

A) COEXISTENCIA CON LAS CONDICIONES PARTICULARES Y SU DISTINTA POSICION

Es preciso señalar que en el contrato de seguro, junto a las condiciones generales, existen las condiciones particulares, éstas sí redactadas de común acuerdo entre asegurador y asegurado y cuya única diferencia práctica es que no están impresas. En principio, puede considerarse que las condiciones particulares pueden derogar las generales pero, en realidad, sólo se limitan a aspectos que, naturalmente, no han podido ser regulados previamente por el asegurador, estando referidas al tiempo de duración del contrato, a la designación de los beneficiarios, en su caso, a

la descripción del objeto, etc. Teóricamente, al menos, las condiciones particulares pueden derogar a las generales, pero en la práctica ello es extraordinariamente infrecuente y se limitan a concretar aspectos específicos que necesita conocer el asegurador para poder llevar a cabo su misión aseguradora.

Las condiciones particulares del seguro no privan a éste de su carácter de contrato de adhesión, dado que el campo de actuación de las mismas se circunscribe a aspectos no muy relevantes, o sencillamente a cumplimentar los espacios dejados en blanco con tal objeto en la póliza impresa (50). GARRIGUES, llamando a estas condiciones *especiales* -frente a las generales-, señala que *«dan la nota subjetiva y personal a cada contrato, al permitir un derecho de discusión que está excluido para las condiciones generales»* (51).

La Ley del contrato de seguro utiliza el término condiciones particulares, prefiriéndolo al de especiales (52), cuando en el artículo 3, único en el que se hace alusión a las mismas, exige que también éstas estén redactadas con claridad y precisión.

Su posición, con respecto a las generales, es de absoluta primacía, por cuanto las condiciones generales están previamente redactadas por la compañía aseguradora que las ofrece para su adhesión a las mismas, y las particulares, en las ocasiones en que modifican alguna de las generales, lo que demuestran es que ha existido un sometimiento al resto de las propuestas y una supresión de la modificada, supresión o modificación con la

que habrá mostrado su acuerdo también la compañía aseguradora. Por ello, caso de discrepancia entre una condición general y una particular, priva siempre la particular, en aplicación de la regla de interpretación de dar preferencia a lo especial sobre lo general, como ha puesto de relieve el Tribunal Supremo en sentencias de 16 de Marzo de 1929, 4 de Marzo de 1944, aunque en otra sentencia, de 13 de Diciembre de 1973, advierta que las condiciones particulares no pueden prevalecer sobre las generales cuando desvirtúan totalmente el contrato pretendidamente realizado (53).

Abundando en este tema, podríamos encontrarnos con el problema de que una condición general, que haya sido admitida o aprobada por la Administración inserta en una determinada póliza, dictada ésta como contenido mínimo para una determinada rama de seguros, pudiera ser modificada por acuerdo de las partes; se estaría impidiendo el logro del objetivo propuesto al aprobar esa póliza. No obstante, concluimos señalando que las condiciones particulares, mecanografiadas o manuscritas, sirven, sobre todo, para concretar, individualizar un determinado contrato, y van referidas a aspectos igualmente particulares, sin afectar, por lo general, al resto del contenido del contrato del que poco se interesa el asegurado, preocupado sencillamente, sólo por la prestación concreta que busca (54).

B) LAS CONDICIONES GENERALES DEL SEGURO

a) Formación.

Las condiciones generales son redactadas por las compañías aseguradoras que lo hacen partiendo del principio, ya mencionado, de homogeneidad de riesgos. Un grupo de personas están sometidas a un mismo riesgo y acuden a una compañía con idéntica pretensión: la de prevenirse frente a ese riesgo y hacer que el daño económico que puedan sufrir, si llega a producirse un evento concreto, lo soporte otro patrimonio, el del asegurador, a cambio de una prestación económica, la prima. Por ello, las compañías ofrecen idéntico contenido en sus pólizas, y, por ello, se opera con condiciones generales que son las mismas para todos los asegurados.

Son las compañías, las entidades aseguradoras, quienes las redactan, aunque puedan quedar sometidas a un régimen de control que más tarde veremos. Así parece desprenderse el art. 3 de la Ley cuando señala que *«Las condiciones generales... habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario que se suscribirá por el asegurado, y al que se entregará copia del mismo»*, y de otras disposiciones como la Ley de Ordenación del Seguro Privado de 1954, Real Decreto 10 de Mayo de 1979, Orden de 31 de Enero de 1980... Ley de Ordenación del seguro Privado de 2 de Agosto de 1984 -vigente- o el Reglamento de 1985, etc.

Hay, dentro del ámbito de los seguros, condiciones generales que son redactadas por un sólo empresario para ser utilizadas en los contratos que éste celebre, y condiciones generales predispuestas por un grupo de empresarios, un grupo de aseguradores o una asociación, que habría que incluir en la categoría estudiada de condiciones generales de la contratación, con un ámbito mayor que el de las primeras. Distinto modo de formación de estas condiciones generales, lo constituye la posibilidad de que no sean redactadas por un asegurador o un grupo de éstos, sino por la propia Administración Pública. El Real Decreto 1335/ 1979 de 10 de Mayo, por el que se da nueva redacción al art. 27 del Reglamento de seguros de 2 de Febrero de 1912, en su art. 1º.7, otorga esta Facultad al Ministerio de Hacienda que *«podrá establecer para las pólizas de los seguros obligatorios o de los ramos de gran difusión, condicionados generales mínimos que habrán de constar en ellas, sin perjuicio de otras condiciones que las partes estimaren oportuno añadir»*.

En otras ocasiones es la Administración la que redacta unas condiciones generales y las ofrece a los aseguradores de modo que *«pueden ser utilizadas por aquellas entidades que lo deseen, vigentes»*, según la Resolución de 17 de Marzo de 1981, de la Dirección General de Seguros, sobre adaptación de pólizas a la Ley 50/1980 de 8 de Octubre, resolución en la que se aprueban condiciones generales para las pólizas de seguros contra incedios y daños en general (anexo 1); para pólizas de seguros contra robo y expoliación (anexo 2); para las pólizas de seguros de transporte terrestre de mercancías (anexo 3); para las pólizas de seguros de pérdida de beneficios (anexo 4); para las pólizas de seguros de caución en garan-

tías de ejecución de contratos de obra o suministro (anexo 5); para las pólizas de seguros de créditos comerciales (anexo 6); para las pólizas de seguros de responsabilidad civil general (anexo 7); para las pólizas del seguro sobre la vida (anexo 8); y para las pólizas del seguro de enfermedad (anexo 9). En otra Resolución de esta Dirección General, de 13 de Abril de 1981, dictada como continuación de la anterior, se aprueban las condiciones generales para el seguro de asistencia sanitaria y otras para el seguro obligatorio del automóvil, indicándose en el apartado 3º de la Resolución que *«las Entidades que no deseen utilizar los modelos aprobados en los apartados primero y segundo, podrán acudir a los procedimientos mencionados en los apartados segundo y tercero de la Resolución de 17 de Marzo* (55), *siendo necesario señalar que estas disposiciones fueron dictadas con anteriridad, a la aparición del Reglamento de 1985, y, en alguna medida, para suplir las deficiencias o el anacronismo de los preceptos vigentes del Reglamento de 1912».*

Estas condiciones generales redactadas normalmente por los aseguradores deben ser puestas en conocimiento del asegurado aún antes de celebrarse el contrato, momento en el que solamente existe un posible asegurado o tomador del seguro, lo que puede llamarse *presunto tomador* (56), al objeto de que éste conozca exactamente el contenido contractual y decida si desea o no, a la vista del mismo, celebrar dicho contrato. El artículo 3 de la Ley se pronuncia en este sentido que trata de proteger al consumidor de seguros (57), cuando indica que:

«Las condiciones generales que en ningún caso podrán tener

carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser especificamente aceptadas por escrito» (58).

Al tratar el tema de la proposición del seguro, hemos de detenernos en indicar que la Ley ha variado el sistema que normalmente era utilizado con anterioridad a la misma y ha hecho aparecer un documento nuevo: la solicitud. Hasta la aparición de la Ley el mecanismo de contratación se instrumentaba de la siguiente forma: la compañía aseguradora redactaba un documento en el que constaba la solicitud de que pretendía asegurarse frente a un riesgo determinado. DEL CAÑO ESCUDERO (59) indicaba qué datos habrían de incluirse en lo que podía denominarse *proposición:* entidad aseguradora a la que se dirige la proposición y nombre y domicilio del proponente (futuro tomador del seguro); identificación del asegurado cuando no coincida con el tomador; calidad en la que actúa el proponente; designación de los objetos y su valor; declaración sobre el riesgo (objetivo y subjetivo) y otros datos realativos al contrato. Este documento, que era redactado por la compañía aseguradora pero que firmaba como si fuera su autor, y como propuesta del contrato, el futuro asegurado, carecía de fuerza vinculante y no obligaba a las partes puesto que las obligaciones no nacen hasta que se ha producido el concurso de la oferta y la

aceptación -hasta que se firma la poliza en la que consta la voluntad y el consentimiento de los contratantes, en opinión de DEL CAÑO, que lo considera un contrato solemne- (60)

La Ley, sin embargo, decimos, ha establecido un nuevo sistema consistente en que el futuro tomador se dirige a la compañía aseguradora presentándole una solicitud que no puede considerarse como una oferta de contrato (61), sino como una simple *invitatio ad oferendum*, en la que el futuro tomador, aparte de solicitar la concertación de un seguro, tiene ya la oportunidad de declarar todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo, siempre de acuerdo con el cuestionario que el asegurador le someta, con lo que el deber de declaración del riesgo, se transforma en una carga precontractual estructurada como un deber de respuesta. Esta solicitud no vinculará al solicitante por exacta prescripción del artículo 6.

Una vez que se ha presentado una solicitud al asegurador, o incluso sin necesidad de que ésta se haya producido, el asegurador hará lo que ahora se denomina *proposición de seguro*. Esta proposición de seguro sí es la verdadera oferta del contrato (62) que el asegurador efectuará, posiblemente tras la recepción y lectura de la solicitud, y que ha de contener los términos en los cuales, una vez conocido el riesgo descrito, el asegurador está dispuesto a celebrar el contrato. La proposición se presume (63) que ha de hacerse por escrito, deduciéndose ello de su irrevocabilidad durante un plazo, del párrafo final del artículo 8 de la Ley y de que la proposición tiene como antecedente la declaración de riesgo, a lo que

habría que añadir que ha de ser por escrito ya que el artículo 3 indica que si existe, en ella deben de contenerse las condiciones generales, que difícilmente, en otro caso que el escrito, podrían estar incluidas en la proposición.

Por lo tanto, ya desde la oferta de contrato por medio de proposición -puesto que podrá existir una oferta oral o suscribirse directamente la póliza- se conocen o han de conocer las condiciones generales a las que el futuro asegurado se adhiere, aceptando así la oferta y quedando perfeccionando el contrato, y es ésta proposición la que acepta y lo que contrata, pues si el contenido de la póliza difiere de la proposición, el asegurado dispone del plazo de un mes para reclamar ante la entidad la divergencia observada a fin de que sea subsanada, todo ello, claro está, si lo que ha ocurrido es que se han aceptado en bloque, como suele ser habitual, las condiciones generales ofertadas, sin que hayan sido modificadas algunas de ellas o se hayan acordado otras cláusulas distintas, según señala el artículo 8 de la Ley, *in fine* (64)

Esta proposición, y en ello puede verse su carácter de auténtica oferta (65), vinculará al proponente durante un plazo de quince días, según el artículo seis, plazo que puede ampliar, si lo desea, la compañía aseguradora. A nuestro juicio esta parte del artículo sexto no ha sido objeto de una redacción muy afortunada porque puede inducir a error. Entiende SANCHEZ CALERO que la proposición, según el texto de la Ley, sólo puede hacerla el asegurador, a diferencia de lo que ocurría en el Anteproyecto de 1970, art. 6 (y en el de 1969, art. 5) cuando decía: *«la*

proposición de seguro vinculará al proponente durante un plazo determinado, siempre que éste lo acepte expresamente y el plazo no exceda de quince días o de treinta si fuese preciso el examen médico. Para que se produzca esta vinculación será necesario que las condiciones del contrato sean conocidas por el proponente», con lo que podía ser proponente o el asegurador o el tomador. En el mismo sentido VICENT CHULIA (66) indica que *«la proposición del seguro, que en la terminología de la Ley sólo puede hacer el asegurador (al revés que en el anteproyecto de 1970...»*.

En la discusión parlamentaria de la Comisión de Justicia, al texto del proyecto de ley se presentaron, en concreto al artículo 6 y al tema que nos ocupa, tres enmiendas: una del grupo Centrista, una de Coalición Democrática y otra del grupo de Minoría Catalana, coincidentes las tres en la justificación, y del siguiente tenor: Enmienda nº 40 presentada por el Grupo Centrista-UCD: «Propuesta de la enmienda. Redacción que se propone: *La proposición de seguro no obliga al proponente ni a la entidad aseguradora mientras no quede formalizado el correspondiente contrato, de conformidad con lo establecido en el artículo anterior. Sin embargo, la oferta de seguro hecha por el asegurador le obligará a contratar el seguro en las condiciones ofrecidas durante un plazo de quince días.* Justificación: Las reglas generales de la contratación, tanto mercantil como civil, establecen la no vinculatoriedad de las declaraciones unilaterales de voluntad, mientras que se haya producido el mutuo consenso y la perfección del contrato. Por otra parte, en aras de la protección del asegurado, de modo excepcional, se concede un plazo de quince días, durante los cuales

el asegurador debe mantener la oferta, siempre que en dicho periodo temporal se acepte por el futuro asegurado la misma».

Las enmiendas nº 92 y 135, presentadas respectivamente por el Grupo de Coalición Democrática y el Grupo Minoría Catalana, señalaban: «Propuesta de enmienda. Redacción que se propone: *La proposición de seguro no obliga al proponente ni a la entidad aseguradora mientras no quede formalizado el correspondiente contrato, de conformidad con lo establecido en el artículo anterior. Sin embargo, la oferta de seguro hecha por el asegurador le obligará a contratar el seguro en las condiciones ofrecidas durante un plazo de quince días, si dentro de ese plazo es aceptada por la persona a quien fue hecha...*». La Ponencia mantuvo el texto del proyecto y más tarde, en el Pleno del Congreso y del Senado (67), sólo se incorporó el último párrafo del actual artículo 6, en virtud de la enmienda nº 172 del Grupo Socialistes de Catalunya.

Con esos antecedentes en la discusión parlamentaria, en los que es evidente que los enmendantes que la proposición es hecha por el tomador; con los textos de los anteproyectos, que permitían que proponente fuera uno u otro; y con la terminología usada hasta la fecha en la que, como hemos visto, la declaración que el futuro asegurado hacía al asegurador recibía el nombre de propuesta o de proposición; y además, con la simple lectura del artículo *«la proposición de seguro por el asegurador vincula al proponente...»* pudiera llegarse a pensar, aunque sólo sea teóricamente, que si la proposición que vincula al proponente es la que es hecha por el asegurador, también podrá ser formulada por alguien que no sea éste, por

el tomador. También, a nuestro juicio, ello es imposible pero no por la redacción del artículo 6, sino que éste hay que ponerlo en relación con el artículo 3 de la Ley en el que se indica que las condiciones generales *«deberán incluirse por el asegurador en la proposición de seguro, si la hubiere»*, lo cual nos hace ver que sólo es el asegurador el que puede formular esa proposición al tener ésta que contener condiciones generales que él mismo redactó o que le fueron propuestas por la Administración, en su caso. Al tomador del seguro no le sería posible incluirlas en la proposición, o si lo hiciese (porque el documento lo hubiese preparado el asegurador) carecería de sentido.

Quizá hubiese sido más sencillo suprimir las palabras «por el asegurador» de modo que esa parte del artículo hubiese quedado redactada: «La proposición de seguro vinculará al proponente durante un plazo de quince días», en el entendido que ya desde el artículo tres queda claro que sólo él puede hacer la proposición, la oferta de contrato, evitándose la tautología actual. O, mejor, para reforzar esta idea que posiblemente también haya sido la del legislador en el texto vigente, la siguiente redacción: *«La proposición de seguro vinculará al asegurador proponente durante el plazo de quince días»*.

De cualquier modo, estimamos, sin duda alguna, que la proposición, como oferta que es del contrato, sólo puede ser realizada, o formulada, en los casos en que exista, por el asegurador. Al asegurado le corresponde dirigirse a la compañía aseguradora solicitando la oferta de contrato, por medio del nuevo documento: la solicitud (68).

Por tanto, una vez redactadas las condiciones generales suelen llegar al asegurado a través de la proposición y deben llegar, tras una redacción no importa por quién realizada, que ha de lograr que se presenten de forma *clara y precisa*, sin permitirse que haya ninguna *lesiva para los asegurados y destacándose de forma especial las limitativas de los derechos*, para lo que será necesario el control previo.

b) El control de la Administración.

Uno de los caracteres o de los principios ordenadores de la Ley ha sido el de protección del asegurado; la especial organización de las compañías aseguradoras (69) y su posición como contratante más débil, reclaman una actuación pública que dé respuesta a las preocupaciones (70), en una Ley que sigue o desarrolla el principio de protección de los consumidores, recogido en el artículo 51 de la Constitución Española.

Esta tutela y protección al asegurado, y este carácter de la Ley puede observarse, entre otros, en el artículo 3º, apartado segundo de la misma que dispone que *«las condiciones generales del contrato estarán sometidas a la vigilancia de la Administración Pública en los términos previstos por la Ley»*. Las condiciones generales están, de este modo, sometidas a la vigilancia, al control, de la Administración, dentro de la idea general de que las propias entidades aseguradoras están también sometidas al mismo, que puede encuadrarse entre los tres tipos de control que, nor-

malmente, se ejerce sobre las condiciones generales: el control legal, el administrativo y el judicial (71).

Por algunos autores (72) se ha mantenido que en los Ordenamientos jurídicos hay medidas para regular el control de las condiciones generales, partiendo siempre de la tesis contractualista, y así, por ejemplo, en nuestro derecho (73) los límites subjetivos a la validez de las condiciones generales serían la Ley, la buena fe objetiva, las buenas costumbres y el orden público (artículos 1255, 1271, y 1275 del Código civil), sin referirse a las normas que, en concreto, son dictadas para regular las condiciones generales, sino haciendo mención únicamente a los preceptos que, de un modo global, regulan los contratos y sus cláusulas.

Centrándonos en el control administrativo, que es al que parece hacer referencia la Ley (74), al indicar el legislador que las condiciones generales estarán sometidas a la vigilancia de la Administración *en los términos previstos en la Ley*, se plantea el problema de concretar a qué *ley* se refiere (75). El legislador debe referirse a una Ley que específicamente se dicte para regular el control sobre las compañías (en el momento de la aparición de la Ley de 1980 existía un Proyecto de Ley de Ordenación del Seguro, de 1977) (76) y una Ley vigente, de 1954) y, por supuesto, a cualquier ley formal o material, y no sólo a la Ley de Contrato dea Seguro que no regula ni detalia ningún tipo de intervención administrativa a este respecto (77).

Hasta agosto de 1984, la ley vigente en materia de control de enti-

dades aseguradoras, era la Ley de 16 de Diciembre de 1954, de Ordenación de los Seguros Privados. En ella, en su artículo 4º, se preceptúa que «*las entidades españolas que deseen obtener la autorización y subsiguiente inscripción en el Registor especial, previsto en el artículo anterior, deberán presentar con la correspondiente solicitud los siguientes documentos: 3º. Las bases técnicas, tarifas, pólizas y contratos que se propongan utilizar en sus operaciones...*», prescribiendo, en el artículo 10, que será denegada la autorización para operar y la subsiguiente inscripción en el Registro: «*4º. Cuando en las pólizas o contratos figuren condiciones ilegales, ambiguas o lesivas para los asegurados*».

La Administración, por tanto, no se limita a vigilar, sino que desde antes de que den comienzo sus operaciones las diversas compañías han *homologado* la póliza, las condiciones generales, sin que se trate de una simple *homologación* administrativa sino que, como ha puestgo de relieve MOTOS GUIRAO (78), se trata «*de un deber impuesto categóricamente a la Administración*», preguntándose sobre la responsabilidad de la Administración caso de ser declarada nula alguna de estas cláusulas, admitidas y aprobadas, previamente, por ella (79).

Esta ley del 54 que comentamos, en su Disposición Transitoria 10ª, deja subsistente lo dispuesto en el Reglamento de 2 de Febrero de 1912 «*hasta que se publique el que se dicte para la aplicación de esta ley*». Reglamento, el previsto, que nunca se publicó. El reglamento de 1912, cuyos preceptos han sido derecho vigente hasta 1985 se dictó, en su día, para la aplicación de la Ley de 14 de Mayo de 1908, sobre Registro e

inspección de las Empresas de Seguros, antecedente de la Ley de 1954.

En dicho Reglamento, artículo 16, se contiene la exigencia de que los modelos de pólizas o contratos *«... se presentarán con la instancia en que se solicite la inscripción de la compañía...»* y la consecuencia que trae el que no sean aceptables algunos modelos, también está prevista en el mencionado artículo:

«Será negada la inscripción cuando todos los modelos presentados dejen de cumplir las condiciones y requisitos que determinan las leyes y este Reglamento. En el caso de resultar aceptables algunos modelos y otros no, se podrá otorgar la inscripción, y con ella, el funcionamiento de la empresa; pero prohibiéndole emplear los modelos de pólizas que no fueron aprobados».

El art. 17, para concretar el control previo de la Administración dice:

«Las entidades aseguradoras sólo podrán usar en la contratación las pólizas cuyos modelos tengan presentados y aprobados en su expediente de inscripción, o que posteriormente hayan sido presentados a la inspección de seguros y aprobados por ella... A la instancia, a los modelos de póliza y a las tarifas, acompañarán siempre las explicaciones y datos necesarios para su examen y comprobación». Y el 18 prohibe que las entidades aseguradoras puedan *«modificar, tachar ni enmendar las condiciones de los modelos de pólizas y de proposiciones* (80), *ni admitir manuscritos que las*

modifiquen», si bien el Decreto 30 de Septiembre de 1949, con referencia de este artículo, en su segundo párrafo, prevé

«No obstante, las que operen a prima fija y las mutuas cuyos consejos estén autorizados expresamente por sus estatutos o por acuerdos de Juntas generales, podrán suprimir, modificar o añadir otras manuscritas, siempre que ello se haga por declaración suscrita, expresa y terminante por las dos partes contratantes, y que la modificación, supresión o adición no implique convención prohibida por las leyes o por este Reglamento, y que se haga a petición y con beneficio del asegurado» (81); y viene a poner de manifiesto que por asegurado no debe entenderse sólo el específico contratante, sino *primordialmente la masa total de los asegurados*. El artículo 2 del Decreto concreta que *«dichas modificaciones, que deberán figurar en la misma póliza o en forma de apéndice no alterarán las condiciones esenciales de aquélla...»* (82).

Se trata, pues, de un sistema de control previo por parte de la Administración de las que serán las condiciones generales. El Estado interviene exigiendo una autorización administrativa (83), por lo que todas las pólizas con las que se opera, tienen cierto carácter oficial (84) al haber sido aprobadas por la Administración. Este es, en esencia, el sistema que se seguía antes de la aparición de la Ley de 1984, el de previa aprobación administrativa, en el que la Administración posee un amplio poder discrecional, ha señalado SANCHEZ CALERO (85), para sanear en defensa del asegurado el tráfico de seguros.

En el año 1977, referida al Seguro Colectivo o Seguro de Grupo, se dicta la Orden de 24 de Enero, derogando la de 16 de Diciembre de 1943, en la que, abundando en esta idea, se señala que la póliza, entre otros documentos, en la que se contendrán las condiciones generales (y las particulares y especiales) requerirá *la aprobación previa de la Dirección General de seguros*. También el Reglamento del 12, en su artículo 27, señalaba que «*toda modificación en cualquiera de los documentos presentados como base del modo de funcionar la entidad aseguradora* (entre los que hay que incurrir los modelos de pólizas o contratos, según el 16 y siguientes), *será previamente sometida a la Inspección de seguros y ésta, dentro de un plazo que no podrá exceder de cuarenta días, deberá comunicar al interesado su aprobación o desaprobación, según proceda*». Pero, aún antes incluso de la aparición de la Ley de 1980 (cuando ya se había publicado el Proyecto de 30 de Abril de 1977 -Proyecto de Ley de Ordenación de seguros-, este artículo hubo de ser reformado, en concreto por el Real Decreto 1335/1979 de 10 de Mayo, entendiendo que «*la exigencia de la aprobación administrativa previa de los documentos aludidos (las bases técnicas, tarifas y póliza que se proponga utilizar) constituye un serio obstáculo para la iniciativa de las Empresas más dinámicas que desean ofrecer nuevos servicios, para la libre competencia y, en definitiva, para el adecuado desarrollo del Sector*» y partiendo de la base de la importante evolución experimentada y el nivel técnico alcanzado por las entidades. Este Real Decreto suprime, en algunos supuestos, el requisito de la autorización previa, al redactar de nuevo el artículo 27 del Reglamento, que, en su segundo párrafo, queda redactado de la siguiente forma:

«No obstante lo dispuesto en el número anterior, los modelos de pólizas, las bases técnicas y las tarifas que se propongan utilizar las Entidades aseguradoras con posterioridad a su inscripción en el Registro Especial previsto en el artículo tercero de la Ley, no precisarán aprobación administrativa previa en aquellos ramos o modalidades de seguros para los que así lo acuerde el Ministerio de Hacienda, si bien deberán ajustarse a cuanto se dispone en los números cuatro a seis de este artículo, y será preciso que la entidad interesada tenga completo su margen de solvencia y debidamente cubiertas sus reservas técnicas. En estos casos, con antelación no inferior a treinta días respecto a la fecha en que se propongan utilizar dicha documentación, presentarán en la Dirección General de Seguros tres ejemplares de la misma, sin perjuicio de cumplimentar lo que disponga la legislación específica sobre política de seguros. Las entidades a que se refiere este número podrán, sin embargo, solicitar la aprobación previa de los modelos de pólizas, las bases técnicas y las tarifas cuando se refieran a nuevos riesgos o modalidades de seguros» (86).

En este mismo artículo, ya reformado, en el punto cuatro, se insiste en la necesidad de que los modelos de las pólizas ajusten su contenido a lo establecido en el Reglamento, artículo 24 (condiciones y requisitos a que deben ajustarse los modelos de pólizas de las Compañías mercantiles) y artículo 25 (contenido de las condiciones generales de las pólizas de seguros a prima fija), recogiéndose una novedad: las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados y los riesgos excluidos de la cobertura, se *destacarán* en las pólizas, además de que deben *«estar suscritos por un Abogado en ejercicio los modelos que se presenten en el Ministerio de*

Hacienda» (nuevo artículo 27, cuarto, apartado a).

Mientras, se van dictando estas disposiciones que van liberalizando el sistema de la previa aprobación administrativa y pasando a un sistema nuevo que consiste en la comunicación a la Administración, en una fructífera etapa legislativa (87), con la promulgación de la Orden de 31 de Enero de 1980, que desarrolla el Real-Decreto de 1979, Resolución de 17 de Marzo de 1981, de la Dirección General de Seguros sobre adaptación de pólizas, Resolución de 13 de Abril de 1981, sobre idéntica materia, etc. (88), van apareciendo y son publicados diversos Proyecto de lo que habrá de ser la nueva Ley de Ordenación de Seguros que adoptan en su articulado, en este tema, medidas similares a las señaladas por las disposiciones que van emanando del legislativo y del ejecutivo (89).

Así, el Proyecto de Ley de 1977 (90), cuyas líneas maestras perviven en el de 1984, suprime el requisito de la previa aprobación de las pólizas, sustituyéndolo por la previa presentación de modelos con la firma de letrado. Señala TIRADO SUAREZ, que era digno de destacar que se admitía el valor del precedente administrativo (91). El Proyecto que se convirtió en Ley fue el de 21 de Septiembre de 1983 -con anterioridad existió el de 5 de Junio de 1981 que caducó automáticamente al disolverse las Cortes-, que, tras la discusión parlamentaria en el Congreso y Senado fué aprobado, con las lógicas modificaciones, el 26 de Julio de 1984 y publicado en el Boletín Oficial del Estado el 4 de Agosto del mismo año, con el nombre de Ley Ordenadora del Seguro Privado, derogando la Ley de 1954.

Por lo que se refiere a la intervención de la Administración, el capítulo V de esta Ley regula las *Condiciones para el acceso a la actividad aseguradora*, recogiendo el artículo 22 lo relativo al *control de la Administración* y el 23 los *Estatutos, pólizas y tarifas*. El primero de los citados está referido fundamentalmente al ejercicio de la actividad aseguradora, su publicidad, su situación financiera y el estado de solvencia de las compañías que estarán sometidos al control de la Administración, a través, según la Ley -lo que le ha merecido algunas críticas-, del Ministerio de Economía y Hacienda.

El artículo 23 se inicia con un primer apartado que indica que «*los estatutos de las entidades aseguradoras se ajustarán a lo establecido en la Ley, sus disposiciones complementarias y a la legislación que le sea aplicable con carácter subsidiario*», para entrar en el segundo a concretar que «*el contenido de las pólizas deberá ajustarse a la Ley del Contrato de Seguro y a la presente*», párrafo en el que sólo se limita el legislador a recordar que las condiciones generales, como parte de la póliza, deberán estar de acuerdo con la ley, pero sin indicar ningún tipo de control administrativo. Este control se contempla en el punto 4 del citado artículo 23: «*Los modelos de pólizas, bases técnicas y tarifas de primas no precisarán aprobación administrativa previa, pero deberán estar a disposición del Ministerio de Economía y Hacienda antes de su utilización en la forma y con la antelación que reglamentariamente se establezca. No obstante será necesaria la aprobación administrativa previa cuando se solicite la autorización inicial o la necesaria para ampliar la actividad a nuevos ramos*».

Queda suprimido pues, en parte, el sistema del control previo. Las Compañías aseguradoras no necesitan esa autorización previa que recogía la Ley del 54; simplemente basta con poner a disposición del Ministerio de Economía y Hacienda, de la Administración, todos los documentos que señala el punto 4. Sin embargo, no queda suprimido ese control en todos los supuestos: cuando se solicite la autorización inicial o la necesaria para ampliar la actividad a nuevos ramos (las condiciones de acceso a la actividad aseguradora se encuentran recogidas en el artículo II de la Ley), sí se necesitará la aprobación administrativa previa, con lo que el sistema de control previo sigue existiendo en algunas ocasiones. La Ley, como hemos señalado no se pronuncia sobre el modo en que habrán de depositarse los documentos ni el plazo con que deberán obrar a disposición del Ministerio, tema que deja para que sea regulado por un futuro reglamento de la Ley.

El apartado 5 de este artículo 23 se inicia: «*El citado Ministerio podrá suspender la utilización de los documentos a que se refiere el número 4, cuando no se hubiere justificado el cumplimiento de lo dispuesto en los números precedentes y hasta tanto se acredite dicho cumplimiento. Asimismo podrá prohibir su utilización cuando se incumpla lo dispuesto en dichos números*». Podemos decir que el control, en cuanto tal, sólo es llevado a cabo por la Administración cuando se trate de compañías que solicitan autorización inicial o que vayan a ampliar su actividad a nuevos ramos. En los demás casos el control ha sido sustituido por un régimen de *vigilancia*. que al ser muy amplia, permitirá que la Administración suspenda, si lo estima conveniente, la utilización de determinados documentos

(por ejemplo, las pólizas), si no se justifica el haberlos cumplido. Pero también puede suspender la utilización de los documentos cuando se incumpla lo dispuesto en los cuatro números del artículo 23, esto es, -referido a las pólizas-, cuando, por ejemplo, el contenido de la póliza no se ajuste al contenido de la Ley del Contrato de seguro y a la Ley sobre ordenación del seguro privado; el número 2 dice textualmente: «*el contenido de la póliza deberá ajustarse a la Ley del Contrato de seguro y a la presente*», con lo que la Administración debe convertirse en intérprete de la Ley y manifestar su opinión (su juicio), sobre si un determinado documento, una determinada póliza, está o no de acuerdo con la ley; en definitiva, realizar el papel de jugador que decida lo que es o no legal, cosa que escapa, a nuestro modo de ver, a lo que debiera ser la *vigilancia* (92).

La Disposición Derogatoria de la ley, en el punto 2, declara vigente el Reglamento de Seguros de 2 de Febrero de 1912 y demás disposiciones que desarrollan o complementan la Ley de 16 de diciembre de 1954, en cuanto no se opongan a la presente Ley, y hasta tanto se dicte el Reglamento de la misma. Y la Disposición Final Sexta 1. indica que «*el Gobierno, en el plazo de un año a partir de la publicación de esta Ley, a propuesta del Ministerio de Economía y Hacienda y oída la Junta Consultiva de Seguros, dictará el reglamento para su desarrollo*». A punto de sobrepasar el límite fijado por la Ley, el Boletín Oficial del Estado de 3 de Agosto de 1985, inicia la publicación del Real-Decreto 1348/1985, de 1 de Agosto, por el que se aprueba el Reglamento de ordenación del Seguro privado (que se completará en los Boletines de los días 5 y 6 de Agosto del mismo año).

El nuevo Reglamento incluye los modelos de pólizas que se proponga utilizar una compañía aseguradora, entre la documentación que las sociedades anónimas y mutuas a prima fija deben presentar con la solicitud de autorización, dirigida al Ministerio de Economía y Hacienda, para lograr la autorización administrativa que exige el art. 8 (apartados 2 y 3). Pero señala en su artículo 48, reproduciendo el artículo 23, 4 de la Ley de 1984, que «*los modelos de pólizas... no precisarán aprobación administrativa previa, pero deberán estar a disposición del Ministerio de Economía y Hacienda y presentarse en el mismo antes de su utilización*»; y en el párrafo 3 del mismo artículo 48 puntualiza que «*los modelos de pólizas... que hayan sido aprobados a la entidad o que ésta utilice en aplicación del sistema de simple presentación en la Dirección General de Seguros*». Se recogen los dos sistemas que hemos llamado de control y de vigilancia. El Reglamento da un paso más en materia de pólizas, pues, tras repetir, como hace el 23.2 de la Ley, que el contenido de las pólizas deberá ajustarse a la Ley (a las del Contrato de seguro y a la de Ordenación del Seguro Privado), exige, en su artículo 49.2, que la póliza de seguro esté redactada de forma que sea de fácil comprensión para el asegurado (93).

Este es, en esencia, el *nuevo* sistema de vigilancia de la Administración Pública de las condiciones generales, o, si se prefiere, los términos en los que la Ley prevé el sometimiento de las condiciones generales a la Administración Pública. Las referencias siempre son hechas a la póliza porque el legislador de la Ley del 84, y, como es lógico, el del Reglamento, ha preferido la expresión *póliza*, en la que ya van incluidas las condiciones generales, a la expresión *condiciones generales*, no sin que exis-

tiera alguna polémica a este propósito, en sede de discusión parlamentaria (94).

El sistema del artículo 3 de la Ley de Contrato de seguro, vista la Ley de Ordenación del Seguro Privado y su Reglamento, es, señala MENENDEZ un *«sistema de control general y permanente de las condiciones generales...»*, tras indicar que *«la norma* (se refiere al párrafo segundo del artículo 3), *se atiene, en efecto a los cambios introducidos en los últimos tiempos en nuestro Ordenamiento, en el sentido de reducir el ámbito de actuación de la Administración, pasando de un sistema de previa autorización y, en ocasiones, incluso, de reglamentación del contenido contractual (seguros obligatorios, seguros de grupo, etc.), a otro en que se limita el procedimiento de autorización previa, y se instaura un procedimiento formalmente menos ambicioso de simple vigilancia»* (95).

La ley vigente en la materia del control administrativo, o de la vigilancia administrativa, si se prefiere, es, en la actualidad, la Ley del Contrato de Seguro, la Ley de Ordenación del seguro Privado de 1984 (96) y su Reglamento de 1985 junto a otras disposiciones de menor rango, pero debe señalarse que el Reglamento ha derogado, entre otras, la Orden de 27 de Julio de 1942, sobre duplicado de pólizas; Orden de 10 de Abril de 1969 que establece normas generales de la póliza del seguro de Asistencia Sanitaria; Decreto de 21 de Diciembre de 1973 sobre pólizas cuyo condicionado general se publique en el B.O.E.; Orden de 31 de Enero de 1980 sobre ramos de seguros en los que se puede prescindir del trámite de aprobación previa de pólizas y tarifas; Resolución de 17 de Marzo de 1981

sobre adaptación de pólizas a la Ley de contrato de seguro y sobre el mismo tema, y la Resolución de 13 de Abril de 1981. Asimismo queda derogada la Orden de 12 de Agosto de 1981 que refunde y actualiza la normativa aplicable al seguro sobre la vida (97) y, lógicamente, el Real Decreto de 10 de Mayo de 1979 por el que se da una nueva redacción al artículo 27 de reglamento de 2 de Febrero de 1912, primera de las disposiciones derogadas.

En nuestro Derecho, sin embargo, consideramos que no acaba en lo indicado el control de la Administración Pública por lo que se refiere a las pólizas de seguro. La Ley de 19 de Julio de 1984, para la defensa de los consumidores y usuarios, dictada en desarrollo del artículo 51 de la Constitución Española regula y define las condiciones generales. Entendemos que las del contrato de seguro están también sometidas a esa ley, por cuanto encajan perfectamente en el concepto que de las mismas da el artículo 10 (98) y porque la Ley es dictada para la protección de los consumidores y usuarios, «*personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden*», según al artículo 1º, 2 de la Ley/26 de 19 de Julio (99).

El asegurado ha sido considerado por la Doctrina como consumidor y por ello está también protegido, no con carácter específico, por esta Ley cuya valoración global no puede considerarse positiva quizá, como acerta-

damente critica VICENT CHULIA (100), porque se ha producido la situación lamentable de que *«una Ley que aborda aspectos fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico-privado no haya salido de los trabajos de la comisión general de Codificación»*. Estas condiciones generales de la Ley de 19 de Julio de 1984 deben tener como características la de concreción, claridad y sencillez en la redacción, *con posibilidad de comprensión directa* y estar impregnadas de *buena fé y justo equilibrio de las prestaciones*, según se desprende de un complicadísimo y poco sistemático artículo 10 (101).

El profesor VICENT CHULIA (102) llama la atención sobre el hecho de que en un sólo artículo de la Ley se haya intentado disciplinar una materia que ha exigido en otros Ordenamientos Jurídicos una Ley íntegra, haciendo mención de la existencia de un Anteproyecto de Ley, redactado por los Profesores DUQUE DOMINGUEZ y RODRIGUEZ ARTIGAS (103). El mencionado Anteproyecto, de 1983 (104), introduce *una novedad en materia de control de las condiciones generales*, consistente en no limitar ese control al momento de inserción de las condiciones en los contratos concretos, sino añadir un control judicial sobre el contenido de las mismas, incluyendo en su articulado algunos criterios de interpretación, con aplicación fundamentalmente de los principios del Código civil y del Código de Comercio y los que son mantenidos por la Jurisprudencia y la Doctrina, siendo ésta la principal innovación del Proyecto. No puede dudarse que el de seguro sea uno de los contratos de los que se encuentran regulados en el Anteproyecto, pues en él se señala cuándo debe considerarse que en un contrato se utilizan condiciones generales, abarcán-

dose en el texto, como señala la exposición de Motivos «*desde las formas más sofisticadas, como puede ser el formulario minucioso y técnicamente complicado que elaboran los servicios jurídicos de una empresa o de una agrupación de empresarios, hasta las formas más simples...*», incluyendo también los supuestos en los que las condiciones generales no son redactadas por quien las utiliza. El artículo 1º del texto propuesto considera que se utilizan condiciones generales, a los efectos de la Ley, «*cuando una de las partes contratantes impone a la otra que el contenido del contrato, en todo o en parte, sea sustancialmente igual que las cláusulas redactadas previamente y con carácter general por aquélla o por un tercero...*», no distinguiendo terminológicamente entre las condiciones que están redactadas por un sólo empresario, por un grupo de ellos o por una tercera persona, recibiendo en todos los supuestos el nombre de *condiciones generales de la contratación* (105).

Cabe, por último, señalar, que tanto el control que se realiza en el momento de la inserción de las condiciones en el contrato, que fundamentalmente consiste en la necesidad de que el contratante que las acepta tenga una *información veraz y suficiente* de las condiciones, de tal modo que puedan ser suficientemente conocidas, como el control judicial, novedad del texto que sigue de este modo una Resolución del Consejo de Europa que debe ir dirigido al examen y valoración del contenido de las condiciones para evitar las abusivas, tienen su base e idea inspiradora de protección de los consumidores y la protección de las igualdad de los contratantes, «*reconociendo implícitamente el principio de autonomía contractual y estableciendo las reglas necesarias para los abusos de esta*

autonomía», habiéndose tenido en cuenta, para alcanzar esos objetivos, las numerosas Leyes del derecho Comparado en la materia (106), los trabajos prelegislativos que se iban redactando para la protección del consumidor y «*en un nivel más concreto, se ha tenido en cuenta la progresión de los trabajos sobre el contrato de seguro que cristalizaron en la Ley de Contrato de Seguro de 8 de Octubre de 1980 y en cuyo artículo 3º se contiene la disciplina de las condiciones generales de la contratación, adaptada a las circunstancias en que se desenvuelve la contratación en este sector*» (107).

No se conoce en nuestro derecho positivo, ni en el proyectado, tanto a nivel general como, en concreto, por lo que se refiere al contrato de seguro, la existencia de determinados órganos que lleven a cabo el control (extrajudicial, por supuesto) de las condiciones generales de modo similar al de otros ordenamientos. SANCHEZ ANDRES señala, a este respecto, la existencia en Francia de la Comisión de cláusulas abusivas que hace recomendaciones de modificación o supresión en lo que se puede llamar un control extrajudicial de carácter preventivo; en Israel (Ley de 1964), una Comisión de Prácticas restrictivas, a la que han sido presentadas muy pocas solicitudes de aprobación previa; en Inglaterra un *General Director of Fair Trading* entre cuyas misiones puede estar la de valorar el contenido, la claridad, etc. de formularios (lo que afecta sólo colateralmente al tema de las condiciones generales); en los países escandinavos, y en concreto en Suecia (Ley de 1971) un *Ombudsman* de los Consumidores (*Konsumentenombudsman*) protagonista del sistema de protección de los consumidores cuya intervención se sigue a través de dos vías: examinando

las condiciones a petición de los consumidores o de oficio (y si observa alguna que considera abusiva lo comunica al empresario para que la suprima dando cuenta, en su caso, al Tribunal) y entrando en contacto con asociaciones empresariales (a petición de éstas o por su propia decisión) para tomar parte en la elaboración de las condiciones, pudiéndose indicar su participación en la elaboración de las mismas (108).

4.- PERFECCION DEL CONTRATO DE SEGURO EN LA CONSENSUALIDAD

Uno de los artículos cuyo contenido aparece más ambiguo en la Ley es el 5, y en concreto su primer párrafo: *«el contrato de seguro y sus modificaciones o adiciones deberán ser formalizadas por escrito»*. Su lectura e interpretación, en relación con el resto de la Ley, por los distintos autores, hacen que unos se inclinen por calificar el contrato, a la luz del precepto citado, como consensual y otros, como formal.

La ambigüedad del texto ya fue advertida en sede de discusión parlamentaria; poco claro debió parecer el texto propuesto -que luego fue aprobado- a los firmantes de la enmienda nº 41 (del grupo Centrista-UCD), cuando proponían otro distinto: *«el contrato de seguro se perfecciona por el mero consentimiento, debiendo constar por escrito con las*

al 382 del Código de Comercio (114), en base a similares razones: la dicción clara del artículo 5 exige que el contrato se formalice por escrito; la posibilidad de que puedan retrotraerse los efectos del contrato al momento de la solicitud o proposición, lo que quiere decir que la eficacia del contrato se inicia desde que las partes firman la póliza; la no vinculación jurídica de las partes hasta que la póliza o documento sustitutivo no se expida y la preeminencia que el último párrafo del artículo 8 otorga a la póliza sobre la propuesta o el iter negocial anterior.

Frente a esta posición doctrinal otra muy numerosa considera el contrato como consensual. El Profesor GARRIGUES -que era seguidor antes de la aparición de la Ley de la teoría formalista, no tanto por el 382 del Código de Comercio, sino por el 52- considera que tras la aparición de la Ley de 1980 «*la póliza es un simple documento probatorio*» en base a dos razones principales: la exigencia de que el contrato haya de formalizarse por escrito se puede cumplir mediante la entrega de la póliza o también mediante la entrega de un documento de cobertura provisional y porque al posibilitarse que los efectos del contrato se retrotraigan al momento de la proposición o de la solicitud, se posibilita, igualmente, que el contrato se perfeccione, antes de emitir la póliza (115).

SANCHEZ CALERO (116), que en la anterior regulación era seguidor del criterio consensualista, entiende que la Ley ha seguido el principio de considerar el contrato como consensual, alegando la rúbrica de la Sección 2ª de la Ley -que habla de conclusión y documentación-, el principio general del Código civil y del Código de Comercio -de libertad de forma-

y, sobre todo, el párrafo segundo el artículo 6 que permite la retroacción de los efectos del contrato al momento de la solicitud o de la proposición. También nuestro Tribunal Supremo parece inclinarse por la tesis de la consensualidad del contrato de seguro voluntario en sentencia de 7 de Enero de 1982 (117) especialmente en un, no en exceso concreto, tercer considerando de la misma, habiendo señalado de la CUESTA RUTE, al comentar este fallo del Alto Tribunal que, *«el razonamiento del Tribunal Supremo se orienta a favor de la doctrina que sustenta la consensualidad del contrato»*. Más recientemente, y por otro tipo de argumentos, MIROSA MARTINEZ, al estudiar la póliza de seguro de vida (118), se muestra también partidario de la doctrina consensualista debido a que carece la Ley de cualquier expresión *«suficientemente significativa de la voluntad de otorgar al contrato carácter formal»*.

Por nuestra parte, nos sumamos a la tesis consensualista por cuanto entendemos que las argumentaciones mantenidas son, de todo punto convincentes y no traen como consecuencia el que se pierda la idea de protección del asegurado (119) sino lo contrario, y porque tal y como está estructurado el nuevo iter negocial, en el que ocupan un destacado lugar los tratos previos, la proposición del asegurador -oferta de contrato (que puede no existir)- que vincula a éste durante quince días y la solicitud, en virtud de la cual la compañía aseguradora conoce el deseo de contratar del asegurado, al cual no vincula el hecho de haberla realizado, entendemos que el momento de perfección del contrato está, tras la usual invitación para que se haga la propuesta, por parte del futuro asegurado, y la oferta realizada por el asegurador (proposición), en la aceptación, declara-

ción de voluntad del tomador, del que va a convertirse en tomador en ese mismo momento. Así, al concurrir la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el objeto del contrato, como dice el 1262 del Código civil, se manifiesta el consentimiento y queda perfeccionado el contrato que, eso sí, deberá luego formalizarse por escrito, a efectos meramente probatorios, por indicación del artículo 5.

Esa entendemos que es la intención de la Ley que distingue en la rúbrica de la sección segunda, como dos cosas distintas, perfección, por un lado, y documentación, por otro; ese es el principo general de los artículos 1254 y 1258 del Código civil y 51 y 52 del Código de Comercio y la conclusión que se obtiene de una correcta interpretación del artículo 6, párrafo 2º de la Ley de 1980, cuando permite retrotraer los efectos del contrato al momento de la solicitud o de la proposición -cosa que se hará constar en la póliza cuando se haya llegado a ese acuerdo de las partes y se hayan retrotraído los efectos, perfeccionado ya el contrato-; o del artículo 8, *in fine*, cuando regula la posible disconformidad de la póliza no sólo con la propesición, con la oferta, sino también con las *cláusulas acordadas*, no siendo más que excepciones a esta regla general las exigencias del artículo 737 del Código de Comercio al regular el seguro marítimo y no recomendar que se formalice por escrito ni dejar lugar a mayor interpretación, sino declarar el carácter solemne, al decir que habrá de constar por escrito en póliza firmada por los contratantes *para ser válido el contrato;* o el artículo 17 del Reglamento del Seguro Obligatorio de Automóviles que indica que el contrato existe desde que la entidad aseguradora hace entrega al tomador del certificado de seguro (aunque no se haya

pagado la prima) (120).

5.- LA POLIZA Y LA DOCUMENTACION DEL SEGURO

El documento de mayor trascendencia e interés en el contrato de seguro es la póliza, en la que se contienen las condiciones generales y particulares, los pactos y las estipulaciones que han convenido las partes, ya que es la póliza, según la vieja sentencia de 22 de Diciembre de 1894, la ley que se ha de guardar y cumplir, incluso con preferencia al propio Código de Comercio.

La exigencia de que el contrato se documente viene ya recogida en las Ordenanzas de Barcelona de 1435, Edicto de los Magistrados de Barcelona de 22 de Noviembre de 1435 (121), y después lo ha sido en otros cuerpos legales. Así por ejemplo, y sin que estos datos intenten en modo alguno un estudio de la evolución histórica del documento, las Ordenanzas de Burgos de 1538 -de Don Juan y Doña Juana-, publicadas en 1553, contienen, en concreto en una de ellas, *Ordenanzas de seguros marítimos que formaron el prior y cónsules de la universidad de mercaderes de Burgos en 1537*, un modelo de *carta o póliza de seguros* (prohibiéndose que el contrato se celebre de palabra y exigiéndose que, al hacerlo por escrito, sea conforme a la póliza). En las Ordenanzas de Sevilla de 1554 y, en

concreto, en las Ordenanzas para los seguros marítimos que formaron el prior y cónsules de la Universidad de mercaderes de Sevilla, con respecto a la navegación a las Indias occidentales en 1555, se contienen cinco modelos de pólizas y se impone a los corredores que intervengan en estos contratos la obligación de incluir el contenido de las mismas, íntegramente, en sus libros.

En 1737 las Ordenanzas de Bilbao, que constituyen el primer cuerpo de Derecho mercantil español que recoge las operaciones terretres y marítimas, y cuya importancia puede darnos una idea el hecho de que «*desde que se publicaron tuvieron una especie de prioridad y universalidad*» (122), el capítulo XXII trata *De los seguros, sus pólizas y formas de hacerse*, y se ofrecen dos modelos de pólizas -una para mercaderías y otra para navíos-, a cuyo contenido se exige claridad en el número I: «*... porque la experiencia ha mostrado después acá, que de no hacerse las pólizas de dichos seguros con la debida forma y claridad, han resultado muchas dudas, diferencias, y pleitos, en grave perjuicio de los Negociantes...*». En el texto se permite que las pólizas se hagan «*ante Escribano, o entre los mismos Asegurados, y Aseguradores, por medio de Corredor, o sin él, como mejor les pareciese*», debiendo tener las dos últimas «*la misma fuerza y validación, que las otorgadas ante Escribano, por Instrumento público, y se les ha de dar igual fe, y crédito, para que se cumplan, guarden y executen....*» (123).

El Código de SAINZ DE ANDINO, de 1825, regulaba los seguros de *conducciones terrestres*, en el título VIII del libro II, mientras que la

Sección 3ª del Libro III se consagraba a los seguros marítimos. Por lo que se refiere a la póliza, el artículo 418 regulaba dos tipos de póliza, «*que podrá ser solemne, otorgándose ante escribano o corredor; o privada entre los contratantes*», puntualizando el 419 que las privadas no pueden ser ejecutivas sin que conste la legitimidad de las firmas por reconocimiento judicial u otro tipo de prueba. El artículo 840 utilizaba otra expresión más rigurosa: «*El contrato de seguro ha de constar de escritura pública o privada para que sea eficaz en juicio*», recogiendo el largo artículo 841 el contenido contractual (124).

El Código de 1885 exigía en su artículo 382 que el contrato de seguro se consignara por escrito en póliza o en otro documento público o privado lo que trajo consigo, al interpretar este artículo, la doble posición de la doctrina española que se dividió al concretar si se trataba de un contrato consensual o formal (125). El 383 recogía el contenido de dicha póliza -el 737, aún vigente, exige la póliza para la validez del contrato de seguro marítimo- (126). El Código civil, en su artículo 1793, señalaba que «*el contrato de seguro deberá consignarse en documento público o privado suscrito por los contratantes*»; documento que, según el 1794, debería contener la designación y situación de los objetos asegurados y su valor, la clase de riesgos cuya indemnización se estipula, el día y hora en que se inician y terminan los efectos del contrato y las demás convenciones que hubieran contenido los contratantes, contenido menos especificado y concreto que el exigido por el 383 del Código de Comercio. Como sabemos, el contrato de seguro, hasta la aparición de la Ley de 1980, se regulaba por partida doble tanto en el Código civil como en el

Código de Comercio. Este último no definía el seguro, limitándose a señalar cuándo era mercantil, siguiendo en ello al de SAINZ DE ANDINO, que tampoco definía este contrato, cosa que, sin embargo sí hacían las Ordenanzas de Bilbao: «*... se acostumbran a hacer varios contratos de seguros, así por Mar, como por Tierra, que consisten en tomar a su cargo los Aseguradores el riesgo, daños, y contingencias en casos fortuitos...*». El Código civil, en el artículo 1791, indicaba: «*Contrato de seguro es aquel por el cual el asegurador responde del daño fortuito que sobrevenga en los bienes muebles o inmuebles asegurados, mediante cierto precio, el cual puede ser fijado libremente por las partes*», definición que, muy pronto, resultó insuficiente.

Cuando el legislador español redacta la Ley de Contrato de Seguro, quedando superada la distinción de seguro civil y mercantil, dedica el artículo 8 a fijar el contenido que como mínimo ha de contener la póliza; contenido que, en esencia, coincide con los requisitos que para las pólizas de seguro eran exigidos en los textos anteriormente citados:

- Identificación de los contratantes (127).
- Concepto en el cual se asegura (128).
- Naturaleza del riesgo cubierto (129).
- Designación de los objetos asegurados (130).
- Suma asegurada (131).
- Importe de la prima (132) y forma de su pago (133).
- Duración del contrato (134).
- Nombre del agente (135).

El texto del Proyecto incluía sólo siete menciones pero con la aceptación de varias enmiendas se añadieron los requisitos que figuran en cuarto y noveno lugar, designación de los objetos asegurados y nombre del agente.

Pero hemos de preguntarnos primero qué es la póliza y para qué sirve. El término póliza (136), ha venido siendo utilizado desde antiguo para definir el documento en el que los contratantes pactaban el contrato y que era suscrito por ambos. DONATI la describe como *«una scrittura privatta redatta in più esemplari -di solito tre uno riservato al contraente e due destinati all'assicuratore uno per la sede dell'impresa e l'altro per l'aggente destinato a svolgere mansioni nell'esecuzione del contratto- e sottoscrita dall'assicuratore o dal contraente o loro rappresentanti»* (137). En ella deben incluirse todas las cláusulas del contrato, las condiciones generales y particulares del contrato (y las especiales si es que las hay), y, con la dicción del artículo 8 de la Ley, podremos decir que todo lo que se haya pactado ha de constar en la misma y si algo no queda incluído se tendrá por no existente y no afectará, en absoluto, a la relación contractual que ha quedado plasmada en ese documento, hoy privado, exclusión hecha de lo preceptuado en algún texto legal.

La Ley habla ya de la póliza en el artículo 3 al indicar que las condiciones generales deben constar necesariamente en la póliza del contrato o en un documento complementario. En este artículo no se dice que las particulares también deban incluirse, pero es evidente que ello debe ocurrir pues lo que pretende dicho artículo es que el asegurado conozca el

contenido contractual.

Ahora bien, conviene precisar que *condiciones generales* y *póliza* son cosas distintas; las primeras, a las que sólo hace referencia el artículo 3º han de estar incluidas necesariamente en ésta, regulada en la sección IIª de la Ley, si bien hay determinadas cuestiones que afectan a ambas del mismo modo. Cuando nos hemos referido al control administrativo de las condiciones generales, lo hemos hecho en el entendido de que éstas forman parte de la póliza. Por ello, cuando el artículo 23 de la Ley de Ordenación del Seguro Privado dice que las pólizas no precisarán aprobación administrativa, está diciendo también, y sobre todo, que las condiciones generales, insertas en esas pólizas, no precisan la aprobación administrativa, prefiriendo el legislador de la Ley de Ordenación del Seguro Privado la expresión *póliza* a la de *condiciones generales*, lo que dio pie a que, a la hora de redactar el párrafo 2º del artículo 23 -*El contenido de las pólizas deberá ajustarse a la Ley del contrato de seguro y a la presente*-, el grupo Minoría catalana, entendiendo que el término *condiciones generales* era más correcto que el de *póliza*, por cuanto era el utilizado por la Ley de Contrato de Seguro, en su artículo 3, y por la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios, presentara una enmienda tratando de sustituir una expresión por otra, enmienda que fue rechazada por considerarse el término *póliza* suficientemente claro, además de venir recogido también en el artículo 5, 8 y otros de la Ley del Contrato del Seguro (138).

A) FUNCIONES DE LA POLIZA

a) Probatoria.

Haciendo abstracción, por haber sido objeto de comentario, del carácter formal o consensual que pueda atribuirse al contrato de seguro y, partiendo, de la consideración del documento como necesario para la perfección del contrato, es preciso considerar la función probatoria de la póliza.

El Código de Comercio, en su artículo 383, indicaba que el contrato *«se consignará por escrito en póliza u otro documento público o privado suscrito por los contratantes»*, expresión que venía a completarse con otra muy ambigua (139) contenida en el artículo 7 del Reglamento de Seguros de 1912 que, tras señalar que *«requiere para su perfección el consentimiento de las dos partes contratantes»*, puntualizaba que prácticamente, *que ninguna parte adquiere obligaciones mientras no se formalice el contrato mediante la expedición de la póliza por la compañía y su aceptación por parte del asegurado al estampar en aquélla su firma»*. Pero la Ley, ya lo hemos señalado, sólo dice que *«el contrato y sus modificaciones o adiciones deberán ser formalizadas por escrito»*, sin que el nuevo Reglamento indique nada al respecto (el antiguo se veía en la obligación de entrar en materias que no correspondían a su objeto: regular la ordenación de los seguros privados y no el contrato).

Y si hemos partido de la base de que el contrato no es formal, sino

consensual, por qué precisará la Ley que debe formalizarse por escrito. Precisamente para que sirva como documento que pruebe la existencia del contrato frente al cual cualquier otro carece de valor (140). Por ello, se encuentra sentido al mandato legal de que el asegurador esté obligado a entregar al tomador del seguro la póliza, o, al menos, el documento de cobertura provisional, documento en el que se contienen los acuerdos a los que han llegado las partes. No es prueba la póliza de la ejecución del contrato, sino de que ha existido su conclusión o que se ha producido alguna modificación en el mismo, e incluso, en alguna ocasión, constituye su contenido una presunción a favor del asegurado (en concreto así ocurre en el artículo 38) (141). No quiere ello decir que sea el único medio de prueba (hay otros, y otros documentos), pero sí que es el principal, que si es destruido o perdido podrá ser sustituido por otro que entregará el asegurador al tomador y cuyo contenido, naturalmente, coincidirá con el del extraviado. También cumple esa función en la L.O.S.P. -superado el sistema de registro de pólizas-, ya que las entidades aseguradoras las conservarán entre su documentación, provistas, según el artículo 23.5, de la correspondiente diligencia de aprobación o de presentación, de la Dirección General de Seguros (artículo 48.3 del Reglamento).

b) Procesal.

La primera y principal obligación del asegurado, del tomador, es la de pagar la prima en las condiciones estipuladas en la póliza, según prevé

el artículo 14 de la Ley que igualmente establece un mecanismo para el caso de que la primera prima (si es que existen otras sucesivas o periódicas), o la única, no haya sido pagada, por culpa del tomador (142). Se atribuye a la póliza una función procesal en contra del asegurado, pues el asegurador, en ese momento, además de quedar liberado de su obligación si tiene lugar el siniestro, tiene derecho, a su elección, a resolver el contrato o exigir la prima debida *en vía ejecutiva con base en la póliza* (143), coincidiendo en este punto el texto con la propuesta modificada de la Directriz Comunitaria en materia de contratos de seguro de 30 de Diciembre de 1980 (144), y siguiendo, en cierto modo, el artículo 389 del Código de Comercio que reconoce el derecho del asegurador a resolver el contrato: *«si no hiciese uso de este derecho, se entenderá subsistente el contrato y tendrá acción ejecutiva para exigir el pago de la prima o primas vencidas, sin otro requisito que el reconocimiento de firmas en la póliza»*.

La Ley no hace alusión a este requisito pero no parece que pueda haber duda de que esa función ejecutiva la cumple en cuanto que haya habido reconocimiento de firma, como exige el 1429 de la L.E.C., para todos los títulos ejecutivos.

c) Determinadora del contenido contractual. Normativa.

El artículo 8 señala las indicaciones que debe contener la póliza -de

las que más tarde nos ocuparemos- como mínimo, ya que junto a ellas pueden existir, y de hecho, existirán, otros *pactos lícitos* o cláusulas acordadas. En este aspecto su función es de capital importancia pues cada una de las menciones de la póliza, en la que, como sabemos, se incluirán las condiciones generales y las particulares, una vez firmadas por el asegurador y el asegurado (o el tomador), son las cláusulas contractuales y, en el momento de la conclusión del contrato, no se diferencian, aunque su proceso de elaboración sí haya sido distinto al resto de los contratos, de las cláusulas de cualquier otro contrato.

Todas las dudas y cuestiones que surjan entre los contratantes se resolverán en base a la póliza que, una vez redactada -o completada, si se quiere-, individualiza el contrato y diferencia uno de otro.

Pero cumple, además, al determinar el contenido contractual, una función normativa (145). El artículo 385 del Código de Comercio indicaba que el *«contrato de seguro se regirá por los pactos lícitos consignados en cada póliza o documento y, en su defecto, por las reglas contenidas en este título»*. Su dicción, contrasta con la contenida en el vigente artículo 2 de la Ley: *«Las distintas modalidades del contrato de seguro, en defecto de Ley que le sea aplicable se regirán por la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo, a no ser que en ellos se disponga otra cosa»*, artículo que no sólo quiere poner de relieve que la Ley debe considerarse como una disposición general para las distintas modalidades de seguro, en el supuesto de que carezcan de una normativa que les sea aplicable, sino que llama la atención sobre el carácter imperativo de todos

sus preceptos *«a no ser que en ellos se disponga otra cosa»*, con un último apartado que constituye una excepción -general- a esta regla general: *«No obstante se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado»*. Su razón de ser radica en el principio de protección del asegurado que inspira la Ley, que trae como consecuencia el que sus preceptos, cuya aplicación beneficiará al asegurado, no sean de carácter dispositivo precisamente para que los aseguradores no puedan limitar ni restringir las ventajas o consecuencias que se deriven para los asegurados, pero, no obstante ello, y potenciando ese principio protector, cualquier cláusula contractual que sea más beneficiosa para el asegurado que la propia Ley *se entenderá válida*, esto es, que a pesar de violar una norma de carácter imperativo, no se convierte en nula (146), posibilidad ésta de derogar algunos preceptos que aparece en el texto con gran amplitud, pues la posibilidad de derogación o la excepción a la imperatividad se refiere a todos los preceptos de la Ley (147).

Por ello la función normativa y determinadora del contrato es de gran interés, pero debe hacerse una matización: es menor que antes de la aparición de la Ley de 1980. En el Código de Comercio sólo se dedicaban seis artículos a disposiciones generales del seguro y como modalidades sólo se recogía el seguro contra incendios, el seguro sobre la vida y el seguro de transporte terrestre. Las pólizas tenían que cumplir también esa función de desarrollar, de integrar el contenido contractual. Hoy, una Ley con ciento seis artículos, de los que veinte y cuatro regulan la relación contractual en general y que recoge, dentro de los dos títulos genéricos, seguros contra daños -con sus disposiciones generales y ocho tipos- y los

seguros de personas -con disposiciones comunes y tres modalidades-, regula casi completamente el contrato y, al no existir, en la misma medida que antes, lagunas legales, es menos necesario que el asegurador, al redactar las condiciones generales o la póliza, se ocupe y trate de cuestiones que silencia la Ley, puesto que ya no ocurre, lo que debería traer como consecuencia que las pólizas fueran mucho más breves de lo que eran -y de lo que son- (148), y que no incluyeran, como cláusulas contractuales, circunstancias, datos, hechos o pactos, que ya son artículos concretos de la Ley, cuya repetición, lejos de ayudar, puede, incluso, inducir a errores o, al menos, a que el tomador no comprenda exactamente su contenido. Con la nueva regla del artículo 2, se establece, en efecto, la primacía de la Ley frente a los pactos lícitos (149).

d) Otras funciones.

Cumple también la póliza otras funciones como puede ser la de servir pra la transmisión del crédito, según se prevé en el artículo 9, que ya existía en el artículo 430 del Código de Comercio. referida a los seguros de vida. E igualmente puede cumplir funciones, como ha puesto de relieve SANCHEZ CALERO en algunos supuestos, constitutivas, por prescripción de alguna disposición especial o porque así lo hayan acordado las partes, posibilidad que cabe, dentro del artículo 6 (150).

B) GLOSA DEL CONTENIDO «MINIMO» DEL ARTICULO 8 DE LA L.C.S.

Más arriba hemos indicado las menciones que han de contenerse en la póliza del contrato, según establece el artículo 8 de la L.C.S. Sin embargo, hay que precisar que no sólo son esas las menciones que se contendrán en la póliza -la propia Ley dice que se contendrán *como mínimo*-; esto es, puede haber otras, bien porque la Ley lo exija, bien porque lo decidan las partes contratantes. Aparte de ello también conviene poner de relieve que, a pesar de la concreta dicción del precepto -*deberá contener como mínimo*-, algunas de las menciones indicadas en él podrán no estar incluídas en la póliza, o, en algunos casos, más aún, no podrán estar incluídas, según el tipo de seguro que se trate.

Por ello nuestro comentario debe ir dirigido en varios sentidos: analizar, someramente, el *contenido mínimo*, el artículo 8 de la Ley; señalar las cláusulas o menciones que necesariamente se deberán incluir en la póliza, aunque no lo diga el artículo 8; considerar las menciones de inclusión facultativa o potestativa, y, por último, plantearnos las consecuencias que trae consigo la falta de inclusión de alguna de las *menciones necesarias*.

El contenido mínimo, en principio, viene dado por los nueve números del artículo 8 que ya hemos reseñado, si bien debemos puntualizar que, mientras en todas las pólizas deberán contenerse *«el nombre y apellidos o denominación social de las partes contratantes y su domicilio* (nº 1), *el*

concepto en el cual se asegura (nº 2), *la naturaleza del riesgo cubierto* (nº 3), *la suma asegurada o el alcance de la cobertura* (nº5), *el importe de la prima, recargos e impuestos* (nº 6), *el vencimiento de la prima, lugar y forma de pago* (nº 7) y *la duración del contrato* (nº 8)», sólo en algunas de ellas se darán otras indicaciones; así, señala lógicamente la Ley, que la designación del beneficiario sólo será exigible en el caso de que exista -habiendo establecido una norma especial a este respecto, para el seguro de vida, en el artículo 84- (151), o que el nombre o nombres de los agentes será exigible *«en el caso de que intervengan en el contrato»* (nº 9). Pero dentro del *contenido mínimo*, el número 4 del comentado artículo prescribe: *«La designación de los objetos asegurados y su situación»*, circunstancia e indicación que no podrá contenerse en las pólizas de los seguros de accidentes y de enfermedad y asistencia sanitaria, o sea, en los seguros de personas e incluso en algunos seguros de daños como el de caución, o el de crédito o el de responsabilidad civil. De ahí que insistamos en que el contenido mínimo de la póliza no está compuesto por todas las indicaciones del artículo 8, sino sólo por algunas de ellas. Hay otras menciones, no contenidas en el indicado precepto y que deben contenerse en toda póliza, sin embargo, por lo que formarán parte, por tanto, del contenido mínimo de ésta.

Analizaremos, someramente, cada una de las indicacines del artículo 8 de la Ley:

- Identificación de los contratantes:

En el punto 1 exige el legislador que se contenga *el nombre y apellidos... de las partes contratantes*, esto es, del asegurador -que necesariamente será una persona jurídica(152) y del tomador, persona física o jurídica que contrata con la aseguradora y que puede o no coincidir con el asegurado, que tambien deberá designarse, no exigiendo la Ley, para él, que conste su nombre, apellidos y domicilio, puesto que ello tendrá mucho menos interés que en las figuras anteriores, con tal de que quede suficientemente identificado, cosa que puede hacerse de diversas formas. Sólo interesa saber quién sufre el riesgo, sin importar más otros datos. Y si existiere, debe identificarse también quién sea el beneficiario el que reciba la indemnización o la suma pactada, caso de que se produzca el siniestro.

La exigencia de que, de existir, aparezcan reflejados en la póliza, unos con más formalidades que otros, todos los **elementos personales**, radica en que el contrato de seguro puede celebrarse de forma que no haya más que dos personas, tomador (que será también asegurado) y asegurador-seguro en nombre propio-; o bien no coincidiendo el tomador-contratante con el asegurado -seguro por cuenta ajena-; e incluso, actualmente, se permite por el legislador de 1980, el llamado seguro *por cuenta de quien corresponda*, que ya era admitido en el Derecho comparado por la Ley Belga de 1874 (artículo 5), por el Código de Comercio de Holanda (arts. 265 y 657), el Código argentino (arts. 504 y 512) o por el Código chileno (art. 519), y que tenía difícil encaje en nuestro Código aunque sí era admitido para el seguro marítimo, en el que el tercer asegurado está *«determinado o determinable por el procedimiento que las partes acuer-*

den» (artículo 7 de la L.C.S.). Junto a ellos puede existir la figura del beneficiario que tiene derecho a recibir la prestación del asegurador (153), al que corresponden los derechos que se derivan del contrato (154).

- Concepto en el cual se asegura:

El artículo 7 permite que el contrato se celebre por cuenta propia (del tomador) o por cuenta ajena y, del tercer asegurado, indica que puede ser una persona determinada o determinable. El tomador puede celebrar el contrato en nombre propio pero por cuenta de otra persona determinada, repetimos, o determinable por algún procedimiento que, entendemos, debe constar también en la póliza. Hasta la aparición de la Ley se dudaba por algún sector doctrinal la posibilidad del *seguro por cuenta de quien corresponda*, que ahora sí está previsto, debiéndose recordar, sin embargo, que para el seguro marítimo es imprescindible que, si el contrato se ha celebrado *por cuenta de otro*, en la póliza debe constar, por imperativo del 738.3º, *el nombre, apellidos y domicilio de la persona en cuyo nombre se hace el seguro*, con lo que esta modalidad contractual no puede darse.

La Ley advierte que, caso de que exista duda -de si el contrato se ha celebrado por cuenta ajena o por cuenta propia- se entenderá que se ha pactado de esta última forma. Sin embargo, creemos que esa duda difícilmente se dará, pues las pólizas, impresas, son, por regla general, extraordinariamente claras a este respecto.

- Naturaleza del riesgo cubierto:

En la póliza queda individualizado el riesgo en función de que se señala qué riesgo se cubre en concreto y, como suelen indicar las pólizas, qué riesgos quedan excluidos o en qué condiciones sí quedarían cubiertos por pago de sobreprimas, etc.

El riesgo, «*posibilidad de que por azar ocurra un hecho que traiga consigo una necesidad patrimonial*» (155), cuyas características son las de que se debe tratar de un riesgo **incierto**, en cuanto a si se producirá el evento o, al menos, en cuanto a cuándo se producirá, **posible**, **fortuito** que no dependa directamente de la voluntad del asegurado, **actual** o **futuro** (156), y causante de una necesidad patrimonial, debe ser igualmente determinado en el contrato, y esta exigencia de que conste la naturaleza del riesgo que se cubre es la que permite a la compañía y al asegurado, conocer exactamente este elemento esencial del contrato y aclarará a qué clase de seguro sirve de apoyo el documento y, junto a la clase, deberá consignarse tambien la especie.

- Designación de los objetos asegurados y de su situación:

En la póliza debe constar cuál es el objeto asegurado y su situación. Esta exigencia está pensada, naturalmente, para los seguros de daños y no puede exigirse en los seguros de personas (157) o en algunos tipos especiales de seguro (158).

La exigencia de la Ley es lógica para conocer cuál es el bien expuesto al riesgo que puede sufrir el siniestro y cuál es su localización. La compañía conocerá estos datos, muy probablemente, desde que el contratante, o futuro contratante entonces, hizo su declaración, de acuerdo con el Cuestionario que le sometió el asegurador en la forma prevista en el artículo 10 de la Ley (159).

La razón de ser de esa exigencia se encuentra en otros artículos del texto legal: el artículo 47, en el seguro de incendios, prescribe que la destrucción o deterioro de los objetos *fuera del lugar prescrito en la póliza*, excluirá la indemnización del asegurador (a menos que se hubiera comunicado el traslado de los mismos, por escrito, y no hubiera mostrado su disconformidad la compañía en un plazo de 15 días); el artículo 52, seguro contra robo, fija entre las causas que eximen de su obligación de indemnizar al asegurador (salvo que exista pacto expreso en contrario), que el objeto asegurado haya sido sustraído fuera del lugar descrito en la póliza o con ocasión de su transporte, *«a no ser que una u otra circunstancia hubieran sido expresamente consentidas por el asegurador»*.

- Suma asegurada o alcance de la cobertura:

La suma asegurada es el límite de la prestación del asegurador que, mediante el cobro de una prima, se obliga, dice el artículo 1, *«a indemnizar al asegurado, los daños producidos, dentro de los límites pactados, o a satisfacer una renta, un capital u otras prestaciones convenidas»*.

En la póliza debe constar en qué consiste exactamente la prestación del asegurador, cuál es la cantidad máxima hasta la cual responde porque ha asumido esa obligación de indemnizar.

El asegurado tiene la facultad de valorar el objeto asegurado y ese valor que le da puede coincidir con el valor real del objeto (seguro pleno), puede ser menor (infraseguro, regulado en el artículo 31) y puede ser, al menos teóricamente, superior (sobreseguro, prohibido en el artículo 32).

- Importe de las primas, recargos e impuestos. Vencimiento de las primas, lugar y forma de pago:

Del mismo modo que en la póliza se contiene la obligación del asegurador, también habrá de hacerse referencia a la primera obligación que tiene el asegurado que es la de pagar la prima, cuya determinación (prima, recargos e impuestos), vencimiento, lugar y forma de pago, deberán hacerse constar. En este sentido señala el artículo 14 de la Ley que el tomador del seguro está obligado al pago de la prima *en las condiciones previstas en la póliza*, concretando que, si se han pactado primas periódicas, la primera de ellas se exigirá cuando se haya firmado el contrato, fijando el artículo siguiente las consecuencias que se derivan del incumplimiento de pago por parte del tomador tanto de la primera y sucesivas, como de la única, lo que puede acarrear, como hemos visto más arriba, la suspensión de la cobertura, por parte del asegurador, o, en su caso, la rescisión del contrato.

Si la póliza guarda silencio sobre cuál será el lugar de pago de la prima, se entenderá, por aplicación del artículo 14, *in fine*, que deberá hacerse en el domicilio del tomador del seguro, sin que ello obste para nada el que pueda fijarse otro lugar distinto, que necesariamente habrá de hacerse constar, pero si no hay un lugar señalado expresamente, como parece pretender el punto 7 del artículo 8, se pagará en el domicilio del tomador.

Las dos menciones con número 6 y 7, del artículo 8, pretenden que en el documento esencial quede suficientemente explícito a cuánto asciende la prima, el precio del seguro, cuándo hay que pagarla, el lugar de pago, como hemos indicado, y la forma en que éste debe hacerse. Nada dice la Ley sobre si debe incluirse o no el régimen de consecuencias porque éste está recogido en el artículo 15 de la misma, de un modo muy pormenorizado.

- Duración del contrato:

Es lógico que se contenga en la póliza la duración del contrato, el tiempo durante el cual la compañía aseguradora está prestando su cobertura frente al riesgo. Pero no se ha limitado la Ley a decir que en la póliza debe hacerse constar qué día se inician los efectos del contrato y qué día terminan, porque ello no es suficiente. Dada la trascendencia de este contrato y las dificultades que traería consigo la interpretación y consideración de los términos *duración* y *día*, la Ley recoge algo que se contenía en toda póliza: es necesario fijar qué día y a qué hora comien-

zan y finalizan los efectos del contrato. La exigencia es mayor que en el resto de los contratos mercantiles, porque el interés práctico es también mayor. Suele indicarse en las pólizas que los efectos del contrato empiezan a producirse a un plazo de la firma de la póliza o del acuerdo, pero también es posible que se retrotraigan los efectos del contrato *por acuerdo de las partes* al momento de la proposición o de la solicitud, como señala el artículo 6º que da carta de naturaleza al seguro retroactivo o putativo.

Hay momentos, dentro del término general de *duración*, durante los cuales la cobertura queda en suspenso. Cuando se trata de primas periódicas y deja de pagarse una (no la primera), la cobertura del asegurador queda suspendida *un mes después del día de su vencimiento* (art. 15). Pero, si el contrato no se hubiera resuelto o extinguido, en el caso de que se hubieren pasado los plazos indicados en el artículo 15 y el asegurador no hubiese reclamado el pago dentro de los seis meses siguientes al vencimiento de la prima no satisfecha, y el tomador pagase la prima, el contrato vuelve a producir sus efectos a las veinte y cuatro horas del día en que el tomador pagó la prima.

- Nombre de los agentes:

Advierte el artículo 8 que este sólo será requisito exigible en el caso de que haya habido intervención de algún agente. Además es una mención que debe figurar porque en otro caso no quedaría completa la enumeración de las partes que han intervenido en el contrato. Si la com-

pañía se ha hecho representar por su agente o si, simplemente, éste ha intervenido en la celebración del contrato o lo ha propiciado, debe aparecer en el contrato, pues, además, el artículo 21 prescribe la fuerza que tienen las comunicaciones efectuadas a un agente afecto representante del asegurador o las realizadas por uno libre.

En este mismo punto hay que precisar que el artículo 8, que comentamos, en su último párrafo habla -y sobre el tema volveremos- de *cláusulas acordadas*. Estos acuerdos han podido pactarse por el futuro asegurado o tomador y el agente, por lo que debe figurar el nombre del agente que intervino en la celebración o promoción del contrato, agente que suele conservar una póliza.

C) MENCIONES DE INCLUSION OBLIGATORIA

a) Comunes.

El artículo 8 contiene una regla para solucionar el problema que se podría plantear caso de no coincidir el contenido de la póliza con el de la proposición precisando que el tomador del contrato dispone de un plazo para reclamar ante la compañía aseguradora, a fin de que ésta subsane la divergencia existente, y finalizando el precepto con el mandato de que lo establecido en ese párrafo debe insertarse en toda póliza de seguro; luego también una indicación de inclusión obligatoria.

Algo que debe incluirse también en la póliza son las condiciones generales porque así lo exige el artículo 3: *«las condiciones generales... habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza...»*.

b) Para algunos supuestos concretos.

Según los distintos ramos o clases de seguros de que se trate, juntamente con los requisitos que se han puesto de relieve con carácter general, hay otras exigencias concretas para las pólizas específicas (160).

Sin ánimo de ser exhaustivos, podemos citar en el seguro de incendios la posibilidad de que se incluyan en la póliza daños distintos de los contenidos en el artículo 49, que serán indemnizados por el asegurador; en el seguro de robo, los artículos 51.1 y 53.1 exigen, por vía indirecta, que se consigne en la póliza el plazo que deberá transcurrir desde que desaparece la cosa asegurada hasta que se indemniza, previendo la posibilidad de que la cosa asegurada se recupere, antes del transcurso de dicho plazo; en el seguro de transportes terrestres, el artículo 58 establece la necesidad de que se fije en la póliza un plazo dentro del cual debe entregarse la mercancía porteada, pudiendo establecerse en ésta un plazo máximo de cobertura, caso de inmovilización o depósito de las mercancías; en la póliza del seguro de crédito debe fijarse un porcentaje de la pérdida final que resulte de añadir al crédito impagado los gastos originados

por las gestiones de recobro..., tal como exige el artículo 71; en el artículo 73 señala que, por él mismo, el asegurador -del seguro de responsabilidad civil-, se obliga a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado, de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un *hecho previsto en el contrato...*: deberá, pues, determinarse cuál sea ese hecho; para el caso de reaseguro, prevé el artículo 78 que puedan alterarse o modificarse la suma asegurada, el valor del interés, y, en general, las condiciones del seguro directo, que deben comunicarse en la forma y los plazos establecidos en el contrato, por lo que en este tipo especial de seguro, regulado en la sección novena del segundo título de la Ley, habrán de incluirse en la póliza la forma y plazos de la comunicación citada; en el seguro de vida puede existir reticencia o inexactitud en la declaración del tomador, pero aún en ese caso el asegurador no puede impugnar el contrato una vez transcurrido el plazo de un año, a contar desde la fecha de su conclusión, *«a no ser que las partes hayan fijado un término más breve en la póliza»*; en el seguro de accidentes el artículo 103 lleva a pensar que en la póliza se concretarán unos baremos para fijar el grado de invalidez; por lo que se refiere al seguro de enfermedad, el art. 105 indica que *«cuando el riesgo asegurado sea la enfermedad, el asegurador podrá obligarse, dentro de los límites de la póliza...»*.

A ello habría que añadir la aceptación por escrito de las cláusulas limitativas, si es que existen, en cualquier tipo de seguro; los criterios de adecuación de la suma y las primas, caso de seguro pleno, recogido en el artículo 29 (161), independientemente de que se exijan otras menciones en algunos tipos concretos de pólizas.

Por todo ello, podemos hacer una consideración final: el contenido mínimo de la póliza no es exclusivamente el recogido en el artículo 8 de la Ley, que, además, incluye en su enumeración, menciones que no siempre son necesarias y que, por, ello no forman parte del contenido mínimo.

Junto a todo ello, en la póliza se contienen también todos los pactos lícitos que se acuerden entre los contratantes, si es que no se han incluido en el apartado de condiciones generales o particulares.

Como se observa, el contenido del artículo 8 conformará lo que hemos llamado *condiciones particulares* del contrato; se trata de la parte no impresa que es redactada de común acuerdo por el asegurador y el asegurado y que permite individualizar un contrato de otro, aunque las condiciones generales (y las especiales si es que la hay y entendidas como ya se ha señalado) sean iguales para toda la masa de los asegurados. El hecho de que, a pesar de esa igualdad de los adherentes (162), existan condiciones particulares, o sea, exista, fundamentalmente, el contenido previsto en el artículo 8 de la Ley, sirve para que conozcamos el contenido concreto y específico de cada determinado contrato de seguro.

A veces se incluyen más cosas aún. Es frecuente, por ejemplo, tras la aparición de la Ley, que se contenga una cláusula (normalmente forma parte del condicionado general), por la que las partes contratantes se someten expresamente a los juzgados del domicilio del asegurado (muy frecuente era practicar lo contrario: renuncia a los fueros propios y sometimiento expreso a los Tribunales del domicilio del asegurador). Pero

esa cláusula, y como ella tantas otras, no son auténticas cláusulas sino preceptos legales repetidos en la póliza revestidos de la forma de claúsula; en concreto, el del ejemplo citado, es el artículo 24 de la Ley que advera que será juez competente, para todas las cuestiones que surjan entre asegurador y asegurado, el del domicilio de este último, insistiendo, además, en que es nulo todo pacto en contrario. Se recoja o no, como sería conveniente este tipo de precisiones en la póliza, su virtualidad será la misma. Sería recomendable y beneficioso para todos que se abandone la costumbre existente de incluir preceptos o disposiciones legales en las pólizas, que, al menos, serían menos prolijas.

Por otro lado también se contienen en las pólizas cláusulas que son necesarias para adaptar o modificar las normas legales en algunos casos en los que la Ley ordena que se pacte sobre un extremo concreto, dejando sin embargo libertad a las partes para que regulen dicho extremo. En este sentido son señalados por DEL CAÑO hasta veinte casos en los que será necesario un pacto expreso, según hemos indicado (163).

En resumen, nos parecen justas y acertadas las conclusiones a las que llega DEL CAÑO, y manifestamos nuestro acuerdo con ellas: *«El contenido de las pólizas debe ajustarse estrictamente al mínimo legal, abandonando el antiguo parternalismo, que entonces era necesario, pero que ya no lo es por las razones antes mencionadas». «Aplicando este criterio, al término de un plazo relativamente breve, la póliza podrá ser sumamente sencilla; con lo cual se lograría mayor claridad, alguna economía, supresión de la llamada y criticada (letra pequeña) de las pólizas y, en*

caso de divergencia entre los interesados, los Tribunales aplicarían o interpretarían preceptos legales y no cláusulas contractuales. También se conseguiría simplificar el trabajo de la Administración al revisar las pólizas, lo que permitiría dedicar mayor atención a otros temas, en beneficio del conjunto del sector» (164).

Ello, sin embargo, por muy loable que nos parezca, no ha ocurrido. Tan sólo podemos afirmar que la Administración si ha visto suavizada su obligación de revisar las pólizas pero no porque se hayan hecho realidad los postulados que se citan, sino porque la legislación ha variado en esta materia: mientras que antes el Reglamento de Seguros de 1912 exigía, por ejemplo, que las pólizas debían ser aprobadas por la Administración Pública, ahora, el vigente de 1985, dice en su artículo 48, al igual que hace la Ley en el 23 que «*los modelos de pólizas... no precisarán aprobación administrativa previa, pero deberán estar a disposición del Ministerio de Economía y Hacienda...*».

D) CLASES DE POLIZAS

Pero no todas las pólizas son exactamente iguales en cuanto a su contenido, su forma o la designación de los objetos asegurados o al titular. En este sentido, DEL CAÑO ESCUDERO adopta varios criterios para una posible clasificación de las pólizas del seguro (165). Así, por la determinación del objeto, la póliza podría ser ordinaria o flotante o de

abono; por el modo de estar designado su titular, nominativa, a la orden o al portador; por el número de personas o cosas que comprende, individual o colectiva. Por los seguros que comprende, simple y combinada; por los datos que se contienen en ella, provisional o definitiva; por la forma de fijar la suma asegurada: estimada o no estimada, etc.

A algunas de ellas vamos a referirnos:

- Pólizas nominativas, a la orden y al portador:

Frente a la posición mantenida por el Código de Comercio, que no recogía expresamente la existencia de pólizas al portador y sólo muy indirectamente lo hacía en el caso de pólizas a la orden, el artículo 9 de la Ley del contrato de seguro preceptúa que *la póliza del seguro puede ser nominativa, a la orden o al portador*, con lo que quedan aclaradas las posibilidades legales de emisión en estas formas. El que la póliza de un contrato de seguro puede adoptar cualquiera de esas formas, no puede llevar a concluir que se trata de títulos-valores, sino que más bien son *«documentos que invisten a su poseedor de una determinada cualidad, de un determinado derecho como contratante originario o como cesionario»*, como señala BLANCO CAMPAÑA, que sigue en ello a la doctrina italiana (166). También como título impropio eran consideradas estas pólizas por SCALONE que las iguala a las libretas de depósito, billetes de lotería, billetes de transporte de personas, entradas de teatro..., dentro del epígrafe general *títulos de legitimación que tienen afinidad exterior con los títulos de crédito en sentido estricto* (167). En cualquier caso, prescribe

el artículo 8, la transferencia de la póliza efectuada según la clase de título, esto es, la transmisión mediante endoso si es una póliza a la orden, o mediante la simple *traditio* si es al portador, también produce la transferencia del crédito contra el asegurador, con iguales efectos que si se hubiera cedido aquél, porque hay incorporación del derecho al título.

Por lo que se refiere al contenido de esta póliza, tema que nos interesa, hay que decir que no es necesario que se contenga en la póliza expresamente la cláusula *a la orden* o la cláusula *al portador*, sino que es suficiente que se haya pactado el endoso o la entrega para que se considere que se trata de una póliza de esa clase, debiendo ser su emisión, en alguna de estas formas, objeto de pacto entre asegurador y asegurado. Pone de relieve BLANCO CAMPAÑA (168), que no se ha previsto ningún tipo de simplificación en el contenido de este tipo de pólizas. En este aspecto, una Directriz de la Comunidad Económica Europea propone que se puedan derogar las normativas relativas al contenido de la póliza, en los casos de seguros de corta duración. La solución práctica a esa situación estaría, señala, dictando disposiciones especiales para concretas modalidades de seguros que prescidirán de la emisión de póliza y la sustituirán por otro documento, a lo que da pie el tenor del artículo 5 de la Ley, y ello, referido siempre a seguros concluidos para un período de menos de un año, o de corta duración.

No serán muy frecuentes estas pólizas y se darán normalmente en los seguros de daños, pero no hay límites para su utilización (169).

- Póliza flotante o de abono:

Se trata de un tipo especial de pólizas del contrato, en las que lo que se asegura es un conjunto de riesgos que se consideran, a esos efectos, como uno sólo y que están pensadas, principalmente, para quien necesita múltiples relaciones aisladas, pues se evitan gastos y pérdidas de tiempo innecesarias (170). El contenido de estas pólizas varía del que hemos estudiado y ello porque el interés asegurado sólo se determina genéricamente, si bien sí existe limitación temporal y espacial. Se trata de pólizas que aseguran en bloque las mercancías por un valor total máximo.

Pero la póliza flotante *«resulta ser un documento insuficiente para probar por sí misma la efectiva existencia de una pluralidad de coberturas especificadas por concretas circunstancias»* (171), por lo que suele emitirse un nuevo documento, el **certificado de seguro**, que no sustituye a la póliza pero sí la concreta. En esta póliza una persona es la que figura como su titular, el tomador que ha celebrado el contrato, y otra como titular del interés, el asegurado, que puede o no coincidir con el primero, habiéndose facilitado mucho la existencia de este documento y del seguro de abono con la regulación en la Ley del seguro por cuenta de quien corresponda, pero en ella puede haber una indeterminación del objeto que se asegure, como señala la Sentencia de 24 de Abril de 1966.

El contenido de esta póliza tiene que ser necesariamente distinto del contenido el resto de las pólizas porque está pensada para cubrir un seguro *en abono*, aquel que *«pretende cubrir cuantos intereses de una de-*

terminada clase se sometan a riesgo por el asegurado dentro de un cierto tiempo» (172), mientras que el resto de las pólizas van referidas a la cobertura de un riesgo concreto y especificado sobre una cosa concreta siendo la causa del contrato un concreto interés también. Por ello, el artículo 8 de la Ley exige que en las pólizas flotantes deberá especificarse, además de todo lo indicado en los 9 puntos precedentes, *«la forma en que debe hacerse la declaración de abono»*. Esta declaración de abono o de alimento, ha de tener un contenido necesario, todas las circunstancias que individualizan el interés asegurado, la gravedad de los riesgos de las obligaciones de los portes (173), sin que las legislaciones ni la mayor parte de los condicionados tipos, hayan prestado demasiada atención a la forma de hacerse la declaración (174).

- Póliza estimada y no estimada:

Póliza estimada o tasada es, en opinión de CORTES, aquella que constituye una cláusula mediante la cual las partes establecen el valor resarcible, comprometiéndose recíprocamente a tomarlo como base de la liquidación del daño (175). En ellas las partes aceptan expresamente el valor asignado al interés, no tomándose, por tanto, como referente el valor que tenían los objetos asegurados en el momento inmediatamente anterior a la producción del siniestro, cosa que, en ocasiones, es muy difícil de determinar, como ocurre por ejemplo en el supuesto del buque, por lo que los seguros sobre cascos suelen estipularse en condiciones de póliza estimada (176). El resto de las pólizas serán pólizas normales o no estimadas.

- Pólizas no valoradas:

En una póliza puede fijarse cuál es el valor del interés, que puede coincidir o no con la suma asegurada. En determinados contratos el valor del interés está fijado a *priori* (seguros de indemnización subjetiva), mientras que en otras ocasiones no se ha valorado el valor del interés, sino que hay que esperar a que se produzca el siniestro para realizar tal valoración. Las pólizas que no han fijado, en su contenido, el valor del interés, reciben el nombre de pólizas no valoradas (177).

- Simple o combinada:

Si se trata de pólizas que documentan un contrato de seguro, en cualquiera de las modalidades contenidas en la Ley del Contrato de Seguro de 1980, o fuera de ella, son pólizas simples. Pero, junto a ellas la práctica aseguradora ha hecho proliferar numerosas pólizas, que reciben el nombre de **combinadas**, en las que habrá de hacerse constar los riesgos que se cubren y la naturaleza de los mismos, que serán varios, pues es el supuesto de que en un sólo contrato se cubren varios riesgos (robo e incendio, por ejemplo).

- Otros tipos:

No podemos entrar en consideración de otros muchos tipos de pólizas existentes, porque su interés para nosotros está limitado. Sólo hemos intentado hacer mención somera de aquellas modalidades de pólizas que

traen como consecuencia de su existencia, peculiaridades en orden su contenido, modo de hacerse las declaraciones, etc.

No obstante, citaremos la póliza abierta, amortizable, de intermediario (todas en íntima relación con el seguro de abono), pólizas individuales o colectivas, provisionales o definitivas, o pólizas ofrecidas por la Administración con carácter mínimo o como modelo de las que pueden hacerse en el futuro; póliza homologada por la Administración, póliza simplemente depositada, etc.

E) OTROS DOCUMENTOS DEL CONTRATO

Otros muchos documentos suelen existir en los contratos de seguro como son el apéndice, el certificado, el recibo, la nota de cobertura provisional, etc., además de la póliza, sin duda el de mayor interés, y de otros dos que ya hemos estudiado: la solicitud y la proposición.

Entraremos en consideración de un documento al que se hace referencia el artículo 5: el documento de cobertura provisional. Dicho artículo advierte sobre la posiblidad de que exista contrato de seguro sin póliza, en cuyo caso sí existirá otro documento, señalando, previamente, que *«el asegurador está obligado a entregar al tomador del seguro de póliza, o al menos, el documento de cobertura provisional»*. CABALLERO SANCHEZ relaciona tres modalidades de *coberturas anticipadas:* la que llama *precon-*

trato de seguro, el caso de documento provisional justificativo -al que hace alusión el artículo 5- y la *nota de cobertura* llamada también *carta de garantía* o *carta de cobertura*. Las características de esta figura que se da cuando existe la nota de cobertura son: se trata de un auténtico contrato, con declaración unilateral del asegurador, sin necesidad de forma determinada (no tienen porqué incluirse las condiciones generales) puede ser expedida por los aseguradores o por sus agentes, hasta su fecha de expedición se retrotraen los efectos de la póliza, cuando ésta existe, etc., pudiendo definirse como *«contrato de seguro mediante el cual a través de una declaración unilateral del asegurador se cubren provisional y temporalmente unos riesgos»* (178).

Eso no es el documento de cobertura provisional al que alude la Ley. El artículo 5 obliga al asegurador a entregar la póliza al asegurado y precisa que tiene obligación de entregarle la póliza o si no es posible, hasta tanto, un documento de cobertura provisional, sobre el que la Ley no es nada explícita en cuanto a su contenido, forma, etc., que hará la función de certificación previa de una póliza que se entregará posteriormente. En este documento no hay necesidad de incluir las condiciones generales del contrato, aunque sí las particulares, o sea, los requisitos que el artículo 8 de la Ley exige para la póliza, a fin de que quede concretado e individualizado el contrato, apareciendo este documento como una *minipóliza*.

F) DIVERGENCIAS ENTRE LA POLIZA Y LA PROPOSICION: CRITERIO DEL LEGISLADOR ESPAÑOL.

Hemos analizado con detenimiento la *proposición del contrato*. Y hemos dicho, lo que parece lógico y digno de poco comentario, que el contenido de la proposición ha de coincidir con el contenido de la póliza. En este sentido se contiene un párrafo en el artículo 8 que concede al asegurado derecho a reclamar a la compañía aseguradora, en el plazo de un mes desde que se le entrega la póliza, para que subsane la divergencia. La norma, ha escrito SANCHEZ CALERO, debe entenderse en el sentido de que ha querido proteger al tomador del seguro, concluyendo que la firma no supone la aceptación de la modificación del contenido contractual pactado, en su caso; que el plazo de un mes, que señala la Ley, puede ser ampliado; que pasado el mes o el plazo que se haya fijado, sin haber manifestado la disconformidad ante la entidad aseguradora, sana la divergencia y que *«el carácter tuitivo de esta facultad se pone de manifiesto en la exigencia de que se contenga en toda póliza»* (179).

Por nuestra parte, creemos necesario hacer algún otro comentario. El contenido de este párrafo, que deberá insertarse en toda póliza de seguro, lleva a lo siguiente: Cuando el asegurado o tomador tenga en su poder la póliza, podrá comprobar, durante el plazo de un mes, si lo que en ella hay escrito coincide con la oferta de la compañía aseguradora -con la proposición- o con las cláusulas acordadas -debe referirse, sin duda, a condiciones particulares-. Si hay coincidencia, no ocurre nada, pero si hay discrepancia, puede reclamar ante la Entidad aseguradora en el plazo

de un mes. Y habremos de entender, así lo dice SANCHEZ CALERO (180), que la compañía tiene obligación de hacer la modificación o si no la hace, de devolver las primas al asegurado, aunque nada de eso dice concretamente la Ley. Pasado dicho plazo, se estará a lo dispuesto en la póliza.

Si la norma se creó, como efectivamente así se haría, para proteger al asegurado, hemos de manifestar nuestra duda de que tal y como está redactada logre su objetivo. Ya parte el legislador de la idea de que el contenido de la póliza pueda diferir del contenido de la proposición (o las cláusulas acordadas) cuando es una posibilidad en la que no habría que entrar. Si el asegurado ha pactado un determinado contenido contractual con el asegurador es impensable que pueda haberse variado el contenido por una de las partes. Mejor podría haberse dicho que el contenido de la póliza tiene que coincidir, no podrá ser distinto, del de la proposición (o las cláusulas acordadas) y que si hubiese alguna divergencia se estará a lo pactado. El problema podría haber sido entonces un problema de prueba, como también lo será ahora cuando se trate de comprobar si hay diferencia entre la póliza y las *claúsulas acordadas*.

Además, el plazo de un mes nos parece excesivamente corto y ello por dos razones: primera, es poco tiempo para sanar esta anomalía; si transcurrido un mes, sin protesta del asegurado, se entiende que consiente en la alteración, el plazo es demasiado breve. Segunda, en la práctica, se nos antoja difícil imaginar a un asegurado, recién entregada la póliza, comprobando su contenido y cotejándolo con algún otro documento. Todos

los problemas suelen presentarse cuando se ha producido el siniestro, por lo que no hubiese sido desacertado, quizá si complicado, el decir que se estará siempre a lo dispuesto en la proposición si no hubo pacto en contra, en cuyo caso se estará a lo pactado. Si además las condiciones generales deben constar en la proposición y en la póliza (o en un documento complementario) como pueden ser distintas. Y si lo son, cómo es posible que por descuido o por falta de una exagerada diligencia en el caso del asegurado, pueda entenderse que consiente con la modificacion. Quizás el problema pueda radicar también en ello, en la exigencia de que las condiciones generales deban de ser incluidas en dos documentos, proposición y póliza, cuando, con que se incluyeran en uno, sería posiblemente suficiente. No es de extrañar pues la perplejidad de los aseguradores cuando se preguntan: «*Por qué tratándose de pólizas, las condiciones generales pueden entregarse al asegurado en un documento complementario, mientras que tratándose de proposición, han de estar incluidas en ella?*» (181).

Por ello, creemos que serviría de mayor protección al asegurado el prohibir que el contenido de la póliza pueda diferir del contenido de la proposición o de las cláusulas acordadas sin que hubiera ningún mecanismo establecido para salvar esta discordancia y menos que éste fuera el lapso de tiempo sin protesta. El silencio del asegurado, silencio lógico, de confianza en la compañía -de ignorancia en ocasiones- no puede entenderse como consentimiento de modificación del contenido contractual.

Acaba diciendo el artículo 8 que *lo establecido en este párrafo se insertará en toda póliza del contrato de seguro*. Es innecesaria la preci-

sión pues con que lo diga la Ley es suficiente. Aún en el supuesto de que una póliza no contenga una cláusula en este sentido, los efectos y consecuencias que se derivan de la infracción son las del artículo 8, sin que entendamos que preceptos legales deban repetirse en las pólizas, como si de esta forma adquirieran un mayor rango.

Se echa en falta, por último, en la Ley, la sanción que se impondrá al asegurador que ha obrado de ese modo, variando el contenido de su proposición, a la hora de documentar el contrato. La firma del documento no basta para probar que se está conforme con lo allí escrito. El contrato es consensual y por ello se regirá por las cláusulas acordadas. Para que la firma equivalga a consentimiento, será necesario que vaya acompañada de un silencio del asegurado -que siempre se dará-, por espacio de un mes.

Notas del Capítulo Segundo

(1) Art. 1791 del Código civil.

(2) Boletín Oficial de las Cortes Generales (B.O.C.G.), serie A, nº 34-I.

(3) La Comisión estuvo formada por los profesores MENENDEZ, OLIVENCIA, BROSETA, DUQUE y SANCHEZ CALERO.

(4) Así lo señala SOTILLO MARTI, en «El debate parlamentario de la Ley de Contrato de Seguro», *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, dirigidos por VERDERA, II (Madrid 1982) p. 1303.

(5) VERDERA y TUELLS, «La Ley de contrato de Seguro: encuadramiento constitucional y directrices básicos», *Presentación de los Comentarios a la Ley de contrato de Seguro, I (Madrid 1982) p. 57.*

(6) *SOTILLO MARTI, op. cit.*, p. 1304.

(7) VERDERA, E., *op. cit.*, p. 58, indica que, por razones obvias, no pudo ser tenida en cuenta la importante propuesta de modificación de 30 de Diciembre de 1980.

(8) MENENDEZ, «Preliminar art. 1-4», *Comentarios....* p. 84.

(9) Así la considera SANCHEZ CALERO y TIRADO SUAREZ, en «Ley de contrato de seguro, vol. 1», *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil especial*, dirigidos por Miguel MO-

TOS y Manuel ALBALADEJO, (Madrid 1984) p. 9, en la que también señalan que la definición podrá ser criticada por cierta «falta de rigor», por la expresión «u otras prestaciones convenidas», debiendo entenderse que, al señalar la Ley, «satisfacer una renta o un capital», está citando ejemplos de indemnización por parte del asegurador, que cabrían todos en la expresión «prestación convenida», del derecho alemán.

(10) MENENDEZ, *op. cit.*, p. 85. En contra, VICENT CHULIA,- «Concepto y caracteres del contrato de seguro», *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*. I (Madrid 1982) p. 144, considera que sigue la teoría dualista. Otro redactor del Anteproyecto, SANCHEZ CALERO, *op. cit.*, p. 9, también entiende, como MENENDEZ, que se sigue el concepto unitario de seguro.

(11) *Vid.* para mayor profundidad SANCHEZ CALERO y TIRADO, *op. cit.*, p. 7 a 28, y, en especial, la Bibliografía que, sobre el tema, se contiene en nota 1, p. 8.

(12) Según opinión de MOLLER, recogida por GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, Madrid 1983, p. 44.

(13) PICARD y BESSON, *Les assurances terrestres*, I, Paris 1975, p. 68.

(14) El art. 1274 del Código civil señala: «En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por otra parte ...».

(15) *Vid.* VICENT CHULIA, «Concepto y caracteres del contrato de seguro en la nueva Ley», *Comentario a la Ley...* p. 144, y *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, tomo 2, Valencia 1982, p. 537-538.

(16) «También pueden asegurarse mutuamente dos o más propietarios el daño fortuito que sobrevenga en sus bienes respectivos. Este contrato tiene el nombre de seguros mutuos, y. cuando en él no se ha pactado otra cosa, se entiende que el daño debe ser indemnizado por todos los contratantes en proporción al valor de los bienes que cada uno tiene asegurados».

(17) Concretamente así lo considera VICENT CHULIA, *Ibidem*, que, por otro lado niega el carácter mercantil del contrato, mientras que otros autores basan, en ese carácter profesional del asegurador, la naturaleza mercantil del contrato, tesis que compartimos, sin entrar ahora en la polémica.

(18) En este mismo sentido *Vid.*, S. 3 de Enero de 1984, que recoge la validez de un contrato de seguro celebrado por teléfono, *Vid.*, en contra, SS. 24 de Febrero de 1927 y 18 de Febrero de 1967, que demuestran la posición vacilante de nuestra Jurisprudencia en esta materia.

(19) SANCHEZ CALERO y TIRADO, «Ley de contrato de Seguro», *Comentarios al Código de Comercio y Legislación mercantil especial*, dirigidos por MOTOS y ALBADALEJO, (Madrid 1984) p. 107.

(20) SANCHEZ CALERO y TIRADO, *op. cit.*, p. 24.

(21) VICENT CHULIA, «Concepto y caracteres...», p. 144.

(22) PICARD y BESSON, *op. cit.*, p. 69.

(23) GARRIGUES, *El contrato de Seguro Terrestre*, Madrid 1983, p. 11.

(24) Esta definición de GARRIGUES no es completa según VICENT CHULIA, que en *op. cit.*, p. 139, señala que se está dando con ella una visión totalmente restrospectiva del contrato, en cuya definición se ha «quedado corta no sólo la Ley, sino nuestra mejor doctrina».

(25) DIAZ DOMINGUEZ, *Tratado elemental de Derecho Mercantil*. Granada, 1908. p. 473

(26) Cfr. GARRIGUES, *op. cit.*, p. 46.

(27) PICARD BESSON, *op. cit.*, p. 60.

(28) *Ibidem.*

(29) GARRIGUES, *op. cit.*, p. 46.

(30) PICARD, BESSON, *op. cit.*, p. 71.

(31) GARRIGUES, *op. cit.*, p. 46-50.

(32) SANCHEZ CALERO y TIRADO SUAREZ, «Ley del contrato de seguro», *Comentarios al Código de Comercio y Legislación mercantil especial* dirigidos por Miguel MOTOS y Manuel ALBALADEJO, (Madrid 1984) p. 26.

(33) URIA, *Derecho Mercantil*, Madrid 1972, p. 468, lo incluye entre los contratos de adhesión. En la última edición, de 1985, aparecida ya la Ley de Contrato de Seguro, también merece tal calificación.

(34) PICARD y BESSON, *Les assurances terrestres*, I, París 1975, p. 70.

(35) MESSINEO, *Derecho Civil y Comercial*, I, Buenos Aires 1955, Traducción de SENTIS MELENDO, p. 164.

(36) 1341: «Las condiciones generales del contrato establecidas por uno de los contratantes serán eficaces respecto del otro si en el momento de la conclusión del contrato éste los ha conocido o hubiera debido conocerlas usando la diligencia ordinaria. En todo caso, no tendrán efecto, si no fuesen específicamente aprobadas por escrito, las condiciones que establezcan a favor de quien las ha impuesto, limitaciones de responsabilidad, facultades de rescindir el contrato o supender su ejecución, o sanciones a cargo del otro caducidades, limitaciones a la capacidad de oponer excepciones con terceros, prórroga o renovación tácita del contrato, cláusulas compromisorias o derogaciones a la competencia de la autoridad judicial».

1342: «Contrato concluido mediante formularios.- En los contratos concluidos mediante la firma de formularios dispuestos para disciplinar de modo uniforme determinadas relaciones contractuales, las cláusulas agregadas al formulario prevalecen sobre las del formulario cuando fuesen incompatibles con éstas, aunque las últimas no hubie-

sen sido canceladas. Se observará, además, la disposición del párrafo segundo del art. precedente».

Traducción del C. Civil Italiano de SENTIS MELENDO, en MESSINEO, *Manual de Derecho Mercantil y Comercial*. I, Buenos Aires 1954.

(37) DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*. II, Milano 1955.

(38) PARIS LECLERC, *Le contrat d'assurance. Sa nature juridique*. Paris 1932, 391 págs.

(39) PARIS LECLERC, *op. cit.*, p. 30.

(40) BENITEZ DE LUGO, L., *Tratado de seguros*. I, Madrid 1955, p. 26.

(41) BENITEZ DE LUGO, L., *op. cit.*, p. 27-29; señala que los requisitos para que un contrato sea considerado de adhesión son: en todos ellos la oferta tiene un carácter general y permanente y va dirigida a persona indeterminada; la oferta emana de un contratante que tiene a su favor un monopolio de hecho o de derecho; el objeto del contrato es la prestación de un servicio privado, de utilidad pública; la oferta aparece bajo la forma de un contrato-tipo impreso, con cláusulas que no son susceptibles de rectificación, las cláusulas están establecidas en interés exclusivo del oferente; el adherente tiene que aceptarlas por la presión de una manifiesta necesidad; en ellos no cuenta nada la voluntad del adherente.

(42) *Ibidem*.

(43) GARCIA AMIGO, M., «Condiciones generales de los contratos», *R.D.P.* (Madrid 1969) pp. 24 a 34, señala entre las ventajas: delimitación casi perfecta de las prestaciones debidas; rapidez en los negocios; uniformidad en el contenido de los contratos; integración de las lagunas legales; igualdad para todos los adherentes.

(44) Sobre la interpretación de las cláusulas así concebidas, *vid.* PARIS LECLERC, *op. cit.*, pp. 31 ss., donde se expone y analiza la interpretación llevada a cabo por los Tribunales franceses y las

distintas consecuencias que se derivan, a la hora de la interpretación, si se considera el contrato como formal, de buena fe, o de adhesión.

(45) Dicha doctrina «tiene un indudable peligro, que nos permitimos apuntar y que confiamos en ver rectificada ante la notoria sabiduría de nuestro alto Tribunal...», señala BENITEZ DE LUGO, *op. cit.*, pp. 29 y 30.

(46) En la Doctrina española se ha hablado de otro tipo de adhesión. Concretamente VELLVE señala que no consiste en la adhesión al asegurador que presenta la póliza ya impresa para ser suscrita, sino que se trata de una adhesión «a la masa de los asegurados que componen una omisión de riesgos». En este sentido cada asegurado contrata con la aseguradora y, subyacentemente, contrata con «la masa» en comunión de riesgos. *Vid.* VELLVE, E. «La bilateralidad del contrato de seguro y la autonomía de cada una de sus pólizas», *RDP*, 609-612.

(47) GARRIGUES, J., *Contrato de Seguro Terrestre*, Madrid 1983, p. 7.

(48) *Vid.*, GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo III, *Obligaciones y contratos mercantiles*, Madrid 1964, p. 59.

(49) URIA, «Reflexiones...», *cit.*, p. 226.

(50) DEL CAÑO ESCUDERO, V., *Derecho español de Seguros*. I, Madrid 1983.

(51) GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*. II, Madrid 1983, p. 266. Son llamadas «condiciones particulares» por este mismo autor en *Contrato de seguro...*, p. 8.

(52) DEL CAÑO ESCUDERO, *op. cit.*, p. 426, distingue entre «condiciones especiales», «tienen por objeto modificar las condiciones generales o regular situaciones no previstas en éstas», y «condiciones particulares», «también suelen estar escritas a máquina y su objeto fundamental es individualizar el contrato, especificando el nombre del tomador del seguro, la descripación de los bienes asegu-

rados...».

La Orden de 24 de Enero de 1977 también distingue entre condiciones particulares y condiciones especiales. Así, en su artículo 10, Documentos de contratación, señala que habrá de incluirse entre ellos, la póliza «que comprenderá las condiciones generales de los seguros de grupo, las especiales de la modalidad que se contrate y las particulares del grupo asegurado que incluirán la relación de asegurados». En esta Orden se contienen tres anexos: Anexo número 1. Seguro de grupo-Condiciones generales. Anexo número 2. Seguro de grupo - Condiciones especiales del seguro temporal renovable. Anexo número 3. Seguro de grupo. - Condiciones especiales del seguro de los riesgos complementarios.

Según el art. 10.2 de la citada Orden, «los modelos de documentos contenidos en el número anterior (Propuesta de seguro de grupo. suscrita por la entidad aseguradora, que contendrá las condiciones de adhesión, modalidad de cobertura...; póliza ..; boletín de adhesión suscrito por el asegurado... y certificado individual de seguro), requerirán la aprobación previa de la Dirección General de Seguros y las pólizas se ajustarán a las condiciones generales, a las especiales del seguro temporal renovable y a las especiales de los riesgos complementarios que se publican...», con lo que podemos observar que se obtiene un nuevo concepto de lo que son las condiciones particulares y especiales, para el legislador, en este caso de seguros de grupo, que ya habían sido regulados por Orden de 16 de Diciembre de 1943, derogada por la de 24 de Enero de 1977.

El mismo autor, en «El contenido mínimo de la póliza en la póliza de seguro, *Comentarios*.... pp. 367-378, distingue entre condiciones generales, para todos los contratos de la misma modalidad que suscribe un asegurador; particulares, las que suelen estar escritas a máquina y su objeto fundamental es individualizar el contrato; y especiales, cuyo objeto es modificar o aclarar las generales, si bien señala que «algunos también incluyen en este grupo de condiciones aquellas que siendo propiamente generales, se refieren a cada una de las modalidades que cubre una póliza y no son comunes a todas las modalidades» (p. 371). Tras hacer una llamada de atención sobre la conveniencia de que el legislador concrete estos conceptos, concluye que «se estima conveniente mantener la clasificación de las cláusulas o condiciones de las pólizas en particulares, generales y especiales» (p. 378).

(53) Las primeras sentencias son recogidas por GARRIGUES, *Contrato de Seguro Terrestre*, Madrid 1973, p. 49, en el análisis que realiza de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo por lo que se refiere a las fuentes del derecho contractual de seguros, y luego en edición de 1983 y por otros autores. La última es recogida por BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid 1986, p. 500.

(54) ROYO MARTINEZ, M., «Contratos de adhesión», *A.D.C.* (1949) p. 59, recoge esta idea en un párrafo muy gráfico: «Quien, por citar algún ejemplo, celebra un contrato de seguro de vida, por tal capital y por cierta prima al año; este es el núcleo conocido y aceptado (del contrato). Pero no cabe pensar con igual certidumbre, que el asegurado ha conocido, medido el alcance previsto las consecuencias, y aceptado, tras la necesaria deliberación... todo el inmenso fárrago de cláusulas que la póliza suele contener impresas en letra microscópica, cuajadas de términos técnicos de difícil inteligencia para el profano, y pensadas y redactadas por la compañía con toda suerte de reservas mentales. Y precisamente en esas cláusulas generales, en esa parte no leida o no entendida del contrato, se suelen ocultar, como el alacrán en su agujero, las etipulaciones de caducidad, los pactos comisorios, las exoneraciones de responsabilidad a favor de la compañía, las posibilidades de desistimiento unilateral y tantas otras asechanzas premeditadas contra los intereses del hombre sencillo e ingenuo».

(55) Resolución de 17 de Marzo de 1981, apartado segundo: «Las entidades aseguradoras que, para dar cumplimiento a la citada Ley 50/1980, deseen elaborar sus propias condiciones generales, diferentes de las mencionadas en el apartado primero de esta Resolución, deberán tramitarlas conforme a lo dispuesto en el artículo cuarto de la Ley de 16 de Diciembre de 1954, sobre Ordenación de los Seguros Privados, en el artículo 27 del reglamento de Seguros de 2 de Febrero de 1912 (modificado por el Real Decreto 1.335/-1979, de 10 de Mayo) y en la Orden Munisterial de 31 de Enero, en su caso.

Ello no obstante, dichas entidades tampoco vendrán obligadas a presentar nuevas bases técnicas y tarifas, sino que podrán limitarse a aportar fotocopia certificada de las que tuvieren aprobadas y pretendan continuar aplicando con la nueva póliza».

Apartado tercero: «Las entidades aseguradoras que con motivo de la adaptación de sus contratos o por cualquier otra causa, deseen modificar las bases técnicas y tarifas que tuvieren aprobadas, deberán presentarlas simultáneamente con la nueva documentación contractual adaptada a la citada Ley 50/1980, para tramitar todo ello conforme a las disposiciones mencionadas en el párrafo primero del apartado segundo de esta Resolución y demás de aplicación».

Para una mayor información de las Resoluciones de 17 de Marzo y 13 de Abril de 1981, su razón de ser, contenido, naturaleza y valor interpretativo, *Vid.* TIRADO SUAREZ, J., «Comentarios a la Disposición Transitoria y Final de la Ley de Contrato de Seguro», en *Comentarios....* p. 1087 a 1126, poniendo de manifiesto que «la mayor trascendencia de estas resoluciones se encuentra en el hecho de que interpretan la Ley de Contrato de Seguro y al mismo tiempo, por comparación con la práctica anterior, nos muestran aquéllas cláusulas contractuales que en la autorizada opinión de la Dirección General de Seguros se encuentran derogadas por la Ley de Contrato de Seguro.

(56) SANCHEZ CALERO, F. y TIRADO SUAREZ, J., «Ley del contrato de seguro», *Comentarios al Código de Comercio y Legislación mercantil especial*, dirigidos por Miguel MOTOS y Manuel ALBALADEJO (Madrid 1982), p. 68.

(57) *Ibidem.*

(58) SANCHEZ CALERO, *última op. cit.*, pone de manifiesto el acierto del artículo que hace que las condiciones generales deban de incluirse en la proposición, no bastando por ejemplo, como alguna vez se pensó, con su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Para que el asegurado pueda conocerlas realmente habrá que incluirlas en la proposición, si la hay, no bastando con la publicidad legal.

(59) DEL CAÑO ESCUDERO, F., *Derecho Español de Seguros*, Madrid 1974, segunda edición, p. 423.

(60) DEL CAÑO, *op. cit.*, p. 387, y en tercera edición, 1983, en p. 397 del tomo I.

(61) *Cfr.* en este sentido SANCHEZ CALERO, *op.cit.*, y GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*. Madrid 1983, p. 91, si bien este último en p. 90, habla de la «propuesta o solicitud del tomador del seguro», mientras que el primero, en ocasiones, identifica «propuesta» con «proposición».

(62) Así lo señala GARRIGUES, *op. cit.*, p. 93.

(63) SANCHEZ CALERO, *op. cit.*, p. 119.

(64) Art. 8, in fine: «Si el contenido de la póliza difiere de la proposición del seguro o de las cláusulas acordadas, el tomador del seguro podrá reclamar a la entidad aseguradora en el plazo de un mes, a contar desde la entrega de la póliza, para que subsane la divergencia existente. Transcurrido dicho plazo sin efectuar la reclamación, se estará a lo dispuesto en la póliza. Lo establecido en este párrafo se insertará en toda póliza del contrato de seguro».

(65) VICENT CHULIA, F., «*Compedio crítico de Derecho mercantil*, *cit.*, p. 548, estima que no es así porque la proposición carece de los requisitos necesarios de la oferta: ser completa y dirigida con el propósito serio de contratar. En *Hacia una modernización del Derecho mercantil (1984-1985)*, VICENT, p. 141, mantiene su divergencia con el Prof. SANCHEZ CALERO por lo que se refiere al concepto y caracteres del contrato de seguro. «Por el contrario, acogemos, señala VICENT, su interpretación según la cual la proposición de seguro constituye verdadera oferta de contrato, porque vincula al proponente como dice el art. 6º; de ahí que las entidades aseguradoras prefieran la simple solicitud de seguro».

(66) *Vid.*, *Compendio crítico de Derecho mercantil*. II, Valencia 1982, p. 547.

(67) *Vid.* Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados nº 83 y 84 y Diario de Sesiones del Senado, nº 70.

(68) Desde el punto de vista de los aseguradores la cuestión parece también poco clara. En este sentido, CATELO MATRAN, J., «Algunos problemas inmediatos que plantea a los aseguradores la Ley de Contrato de Seguro», *Comentarios*..., p. 1270, se pregunta: «¿Por

qué el legislador ha complicado innecesariamente la terminología de aseguradores y asegurados? ¿Porqué no ha denominado proposición a la solicitud, y oferta de seguro a la proposición? ¿Ha tenido en cuenta el legislador que con su innecesario cambio terminológico originará problemas de confusión entre, por ejemplo, la proposición del Seguro Obligatorio de automóviles y la solicitud del Seguro Voluntario de Automóviles; o entre las propuestas-pólizas de Seguros Combinados?».

(69) A quien vaya a ser empresario se le obliga por la Ley a adoptar una determinada forma asociativa. «La actividad aseguradora sólo podrá ser ejercida, dice el artículo 7 de la Ley de Ordenación del Seguro Privado de 1984, por entidades privadas que adopten la forma de sociedad anónima, sociedad mutua a prima fija, sociedad mutua a prima variable, montepío o mutualidad de previsión social cooperativa y por las delegaciones previstas en el artículo 12». La Ley del 54 también obligaba a una determinada forma asociativa, impidiendo que fuese asegurador una persona física o sociedades personalistas, cuando en su artículo 1 prescribía: «Estas operaciones sólo podrán realizarse por Sociedades Anónimas o Asociaciones Mutuas que se hallen constituídas legalmente en España o extranjero».

(70) *Vid.* ANGULO RODRIGUEZ, L., «Discurso inaugural», p. 20; VERDERA, «La Ley de Contrato de Seguro: encuadramiento constitucional y directrices básicas», pp. 66 y 73; MENENDEZ, «Preliminar. Artículos 1 a 4», pp. 115 y ss.; VICENT CHULIA, «Concepto y caracteres del contrato de seguro», pp. 150 y 152; y otros en *Comentarios a la Ley del Contrato de Seguro*. CUNEF, Madrid, 1982. *Vid.* también, en el mismo sentido, el Preámbulo de la Ley, que no ha sido publicado desafortunadamente, en el que se indica «La elasticidad del Proyecto... se ha querido coordinar con la preocupación de protección al asegurado...» (B.O.C.G., Serie A, nº 34 I) y las intervenciones en el Pleno del Congreso de los Diputados del Sr. SOTILLO MARTI, del Grupo Socialista: «El derecho privado de seguros se conforma con una protección a la parte más débil en el contrato privado, que es el asegurado»; y la del Sr. RUIZ NAVARRO, del grupo Centrista: «Ciertamente en esta ley se protege de una manera más específica al asegurado, al consumidor...» (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, nº 83 y 84), y la del Senador señor BROSETA PONT, en el Senado: «... Pero

latió también en los trabajos de la Ponencia... aquel principio que late en todas las modernas legislaciones y que consiste en establecer una jurídica y correcta protección del asegurado, en tanto en cuanto, como es tradición en este tipo de contratos, es la parte más débil de la relación contractual». Y la del Señor BALLESTEROS DE RODRIGO, del Grupo Socialista: «... y el norte inspirador de nuestras enmiendas habían sido dos principios. Uno, la defensa constante del asegurado, de los derechos del asegurado, de los intereses del asegurado como parte económicamente más débil y que necesita ser protegida por el Derecho ...» (Diario de Sesiones del Senado, nº 70).

(71) Al control judicial, en España y en otros ordenamientos jurídicos, nos referimos en otro lugar de este trabajo.

(72) DE CASTRO y BRAVO, F., «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *A.D.C.*, 14 (1961). pp. 295 a 341. En el mismo sentido, GARCIA AMIGO, M., *Condiciones generales de los Contratos*. Madrid 1969, pp. 239 a 271, donde trata pormenorizadamente el «control legal de las condiciones generales».

(73) *Vid.* GARCIA AMIGO, *op. cit.*, pp. 243 a 271.

(74) *Vid.* MENENDEZ, *op. cit.*, *Comentarios*.... p. 127: «para la mejor comprensión del contenido del precepto parece aconsejable abandonar la clásica referencia a las modalidades de control de las condiciones generales (legislativo, administrativo y judicial) y considerar, más bien, el sentido de este control».

(75) *Cfr.* LINDE PANIGUA, E., «La Administración en la Ley 50/1980 de 8 de Octubre, de Contrato de Seguro», *Comentarios*.... p. 243, «... Por consiguiente, el párrafo segundo del artículo 3º de la Ley debe entenderse referido implícitamente a la Ley de 1954 o a la que la sustituya, y explícitamente a la propia Ley de Contrato de Seguro de 1980».

(76) Este proyecto no llegó a convertirse en Ley y, tras él, fueron publicados los de 1981 y 1983.

(77) Para una mayor consideración del tema de la mención y tratamiento que se hace de la Administración en la Ley de contrato de

seguro, *vid.* LINDE PANIGUA, *op. cit.*

(78) *Cfr.* MOTOS GUIRAO, M., «La Administración Pública, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y las condiciones generales de los contratos», *Comentarios...*, p. 212. También hace referencia a qué ley hay que entender referida la mención del artículo 3 de la Ley 50/ 80.

(79) MOTOS GUIRAO, M., *Ibidem.* «En estos derroteros sería dudoso si la declaración de nulidad de alguna de estas cláusulas, proclamada por los Tribunales de Justicia, es justa si no acarrea inevitablemente la correspondiente responsabilidad para la negligente Administración que incumplió su deber».

(80) Recuérdese que la proposición a la que hace referencia esta disposición, no es la misma a que hace referencia la Ley de 1980, si bien el mandato negativo igual pudiera aplicarse a aquélla o a ésta.

Este control también podemos encontrarlo en Italia en términos similares; para los seguros de vida es necesario que el Ministerio de Economía, con el Decreto de autorización del ejercicio de la actividad, apruebe las tarifas y las condiciones generales propuestas por los empresarios y en los seguros obligatorios de automóvil, las condiciones generales de la póliza y sus modificaciones no sólo han de ser aprobadas por el Comité Interministerial de Precios sino que este organismo puede imponer después nuevas tarifas y condiciones generales. *Vid.* también GERBO, F., «Le condizioni generali del contratto nel settore assicurativo privato», *Condicioni generali di contratto* a cargo de Maximo BIANCA, pp. 190-199.

(81) Decreto 30 de Septiembre de 1949, artículo 1: «La referencia que el artículo 18 del Reglamento de 2 de Febrero de 1912 hace que las posibles modificaciones en las condiciones de los modelos de pólizas no vayan nunca en perjuicio del asegurado, se debe entender en el sentido de que en éste no se ha de ver sólo la persona del contratante específico sino primordialmente la genérica de la masa total de los asegurados».

(82) *Vid.* S. de 13 de Diciembre de 1973, prohibiendo que las condiciones particulares desvirtúen completamente el contrato pretendidamente realizado.

(83) GARCIA AMIGO, M., *op. cit.*, p. 214. En nota 6, *Ibidem*, cita, como ejemplos, la Ley Francesa 30-XII-38, el Decreto 15-II-59 del derecho italiano, los artículos 2.1º y 4 de la Bundesgesetzetreffend Beaufsichtigung von Privatenunternehmen im Gebiete des Versicherunswesens, de 25-VI-1885 y el artículo 5 de la alemana Versicherungstaufsichtgesetz, de 1931.

(84) *Cfr.* POLO, «Comentario a la Sentencia...», *cit.*, p. 243.

(85) SANCHEZ CALERO, «Ley de Contrato de Seguro», *cit.*, p. 79.

(86) *Vid.* Orden de 31 de Enero de 1980, del Ministerio de Hacienda por la que se determinan los ramos de seguro en los que puede prescindir del trámite de aprobación previa de pólizas y tarifas. Ramo de accidentes: Los seguros individuales. Ramo de Enfermedad (indemnizaciones): Todas las modalidades. Ramo de Transportes: Todas las modalidades. Ramo de Incedios: Todas las modalidades. Ramo de Robo: Todas las modalidades. Ramo de Cinematografía: Todas las modalidades. Ramo de Cristales: Todas las modalidades. Ramo de Averías y Montaje de Maquinaria y Construcción: Todas las modalidades. Ramo de Responsabilidad Civil General (sin incluir riesgos nucleares): Todas las modalidades. Ramo de Pérdidas de Beneficios: Todas las modalidades.

(87) La del Profesor LUIS DE ANGULO al frente de la Dirección General de Seguros, ha merecido esa calificación, por parte de TIRADOSUAREZ, F., *Ley Ordenadora del Seguro Privado - exposición y crítica*, Universidad de Sevilla 1984, p. 27.

(88) En la primera de las citadas se aprueba el contenido de las condiciones generales de determinados ramos del seguro «que pueden ser utilizadas por aquellas entidades que lo deseen, en tanto no elaboren otras propias...»; en la segunda, dictada como continuación de la anterior, se aprueban condiciones generales para el seguro de asistencia sanitaria y seguro obligatorio de automóvil. De la de 17 de Marzo, ha dicho MOTOS GUIRAO, «La Administración Pública...», *Comentarios...*, p. 213, «... hasta ahora según mis noticias con escasa aplicación».

(89) El Real-Decreto 478/1978 de 2 de Marzo prácticamente reprodu-

cía el artículo 28 del Proyecto de Ley de 1977. El comentario Real-Decreto 1.335/1979 de 10 de Mayo, por el que se da una nueva redacción al artículo 27 del Reglamento del 12, coincide fundamentalmente en su contenido con los artículos 35 y 36 del proyecto de 1977.

(90) *Vid.* Boletín Oficial de las Cortes Españolas, nº 1571, p. 37.9-25-948.

(91) *Cfr.* TIRADO SUAREZ, *op. cit.*, p. 27, nota 8.

(92) TIRADO SUAREZ, *op. cit.*, p. 145, nota 13, critica esta función que se da a la Administración. Como veremos, el artículo 3 de la Ley del Contrato de Seguros, en su último párrafo, otorga a la Administración una función, si no calificadora, sí de gran interés en este aspecto.

(93) Lo que traerá consigo el que estén redactadas las cláusulas de esa póliza, de forma clara y precisa. *Vid.*, ILLESCAS ORTIZ, R., «El lenguaje de las pólizas en el seguro», *Comentarios....* pp. 355-366.

(94) El grupo Minoría Catalana defendió, sin éxito, el cambio del término «póliza» por el de «condiciones generales». *Vid.* Diario de Sesiones de la Comisión de Justicia e Interior, nº 161, de 9 de Mayo de 1984.

(95) MENENDEZ, «Preliminar», *Comentarios....* pp. 128-129.

(96) LINDE PANIAGUA, «La Administración en la Ley...», *Comentarios...*, p. 242, señala que la Ley a la que se refiere el artículo 3 de la del Contrato de Seguro, es, además de la propia Ley 50/1980, otra, al margen de ella, que vendrá a regular la intervención de la Administración, ley que sustituirá a la de 1954. MOTOS GUIRAO, «La Administración...», *Ibidem*, también, al tratar de la ley a la que se refiere el artículo 3, hace una mención del Proyecto de Ley de Ordenación del Seguro Privado.

(97) Que en su artículo 1º, párrafo 2, señala que los modelos de pólizas no necesitarán aprobación administrativa.

(98) Artículo 10: «Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que, con carácter general, se apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones públicas...».

(99) Definición criticada, entre otros, por SANCHEZ CALERO, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 16, p. 690, y por BERCOVITZ, «Comentarios a la L.C.U.», *Estudios sobre consumo*, 3 (1984) pp. 11 y ss.

(100) VICENT CHULIA, *Compendio....* p. 32.

(101) Para un estudio ordenado y sistemático del mismo, *vid*. VICENT CHULIA, *op. cit.*, p. 34-36, donde dice, al analizar el concepto que de condiciones generales da el artículo 10: «La anterior definición habrá de ser interpretada adecuadamente, de modo que no abra fáciles vías para eludir la Ley. En concreto, será aplicable el artículo 10 aunque la 'prerredacción' se haya confiado a un tercero (asesor jurídico, notario o 'grupo de empresas', contratando éstas y no el grupo); el requisito de que el adherente no haya podido evitar el clausulado, si quería adquirir el bien o servicio, no debe reducir el supuesto del artículo 10 a las empresas con posición de dominio, en el mercado, excluyendo aquellos en que el consumidor o usuario haya podido acudir a la competencia; la mera 'discusión' (ineficaz) del clausulado tampoco debe bastar para sustraerse a la aplicación de la Ley».

(102) *Ibidem.*

(103) El Anteproyecto fué revisado por una Sección Especial, integrada por los miembros de la ponencia y los Vocales de la Sección de Derecho Privado (General) y Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, don Aurelio MENENDEZ MENENDEZ, don Manuel AMOROS GUARDIOLA, don José María CHICO ORTIZ, don Jesús DIAZ DEL CORRAL, don José FERRANDIZ VILELLA, don Ramón LOPEZ VILAS, don Jesús BLANCO CAMPAÑA, don Roberto BLANQUER UBEROS, don Carlos M. HERNANDEZ CRESPO y don José Luis MARTINEZ GIL.

(104) Existió uno redactado por la misma Ponencia de los Profesores

DUQUE y RODRIGUEZ ARTIGAS de Octubre de 1979, con 18 artículos, una Disposición Transitoria y una adicional. El de 1983, con 30 artículos, una Transitoria y una Adicional, es de Julio de 1983 y fué publicado por el Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, en 1984.

(105) Existe aún otro texto, el reformado del Anteproyecto de Ley. El nuevo Anteproyecto, de Enero de 1987, consta de 36 artículos, una transitoria y una Adicional. A él nos referimos más adelante, con detenimiento.

(106) Entre otras, los preceptos que el Código civil italiano dedica a la materia, la ley israelita de 1964, la ley sueca de 1971, la ley alemana de 1976, la ley mejicana de 1975, la finlandesa de 1978 y la austriaca de 1979.

(107) Así lo señala la amplia Exposición de Motivos que precede al texto articulado, tras destacar la especial atención prestada al Proyecto de Ley del Consumidor aprobado por el Consejo de Ministros de 4 de Septiembre de 1981, al Anteproyecto alternativo presentado por los partidos de la oposición y al «Borrador de Proyecto de Ley General para la defensa de los consumidores de Ley General para la defensas de los consumidores y usuarios», elaborado por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Sanidad y Consumo de 1984.

(108) *Cfr.* el documentadísimo trabajo de SANCHEZ ANDRES, A., «El control de las condiciones generales en derecho comparado: panorama legislativo», *Revista de Derecho Mercantil*, 157-158, (1980) pp. 385-436. *Vid.*, también ALPA, G., *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Bologna 1977, donde se recoge el control formal de los contratos de adhesión en Italia (pp. 184-191), la Ley tedesca («AGB-Gesetz») y la propuesta del Consejo de Europa y de la CEE (pp. 210-212), el control en Norteamérica, a través de la Magnuson-Moss act (pp. 212 ss.), el modelo francés (pp. 290-293), el modelo suizo (pp. 293 ss.). *Vid.*, igualmente, ALPA, G., *Diritto privato dei consumi*, Bologna 1986.

(109) SOTILLO MARTI, A., «El Debate parlamentario en la Ley de contrato de Seguro», *Comentarios...*, p. 1306.

(110) *Vid.* Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados nº 83 y 84.

(111) VICENT CHULIA, «Concepto y caracteres del contrato de Seguro», *Comentarios....* pp. 147 y 148.

(112) *Ibidem* recoge todos los supuestos y casos en los que se exigen «documentos en la Ley». *Cfr. Compendio crítico de Derecho mercantil*, II, pp. 547 y 548, y *Hacia la modernización del derecho mercantil*, p. 141.

(113) BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho mercantil*, Madrid 1986, p. 497.

(114) En el mismo sentido, DEL CAÑO ESCUDERO, *Derecho español de seguros*, I, Madrid 1983, p. 404.

(115) *Vid.* GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, Madrid 1973, pp. 119 y ss. y edición de 1983, pp. 97 y 98.

(116) SANCHEZ CALERO, F., «Conclusión, documentación, contenido del contrato», *Comentarios....* p. 279 y «Ley de contrato de seguro», vol. 1º, *Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial*, dirigidos por Miguel MOTOS y Manuel ALBALADEJO, pp. 104 a 107.

(117) DE LA CUESTA RUTE, J.M., «Forma y prueba del contrato de seguro, Comentario jurisprudencial», *La Ley* de 1982, 3, pp. 132-139.

(118) MIROSA MARTINEZ, P., «Algunas notas sobre el régimen de la póliza en la Ley del contrato de seguro», *Revista Jurídica de Cataluña, 3* (1985) 733-763.

(119) MIROSA MARTINEZ, *op. cit.*, p. 746, «No está ni con mucho claro que, en el caso del seguro, la mejor protección del asegurado se alcance con la exigencia constitutiva de forma escrita para el nacimiento del contrato... mayor tutela de tales intereses se obtiene a través de una pronta cobertura de los riesgos escasamente compatible con el formalismo».

(120) El seguro marítimo se sigue regulando por el Código de Comercio, artículos 737 a 805.

(121) «Mediante carta o escritura...», señala BENITEZ DE LUGO, L., «Tratado de seguros», I, Madrid 1955, p. 79, al que hemos seguido, fundamentalmente, en este punto.

(122) BLANCO CONSTANS, F., *Estudios elementales de Derecho mercantil*, Granada 1901, I, p. 228, siguiendo a PARDESSUS. En el mismo sentido, *cfr.* BENITEZ DE LUGO, *op. cit.*, p. 86 donde dice apoyando la idea de PARDESSUS en «Us et cotumes de la mer», «como que, aún dictadas para la villa de Bilbao, ellas fueron la legislación mercantil que casi exclusivamente se observó en la mayor parte del reino hasta la publicación del Código de Comercio».

(123) En el número XLIX, del capítulo veinte y dos, se contienen los dos modelos de pólizas «para formula o exemplar... además de las que se imprimirán a su tiempo, con los huecos en sus lugares correspondientes para que cada Mercader tenga en su poder las que según sus Comercios les parezca habrá de menester. Y a tenor de las que aquí se ponen, una de Mercaderías, y otra de Navíos, es este».

El número I del Capítulo veinte y dos señala que en las pólizas se ha de contener «los nombres, apellidos y vecindad del asegurador, o Aseguradores, y Asegurado; el valor de las Mercaderías, y cosas aseguradas; si de propia cuenta del Asegurado, o de comisión; los nombres también del Navío, Capitán, o Maestre; el lugar, o el Puerto donde las Mercaderías, o cosas aseguradas se carguen; la Abra, o Puerto de donde el Navío deba salir; el de donde vaya destinado para su descarga; y si hubiese de hacer Escalas, el nombre de los Puertos donde deba hacerlas; la fecha (con día y hora) de la Póliza; desde cuándo ha de empezar a correr el riesgo; y cuándo acabará en el Puerto de su destino; la cantidad, o cantidades que cada Asegurador tomare a su cargo, que las deberá cada uno expresar sobre su firma; el premio que según convenio se hubiere de pagar por el seguro, con expresión de haberle recibido de contado, o en otra forma; la obligación que ha de hacer el Asegurador al Asegurado de pagar en caso de desgracia todos los daños que sobrevengan a lo que asegure; el plazo para la paga de ésto, y con la expresa sumisón al Juzgado del Consulado de esta Villa, y estar, y