

EL CONTRATO DE SEGURO Y LA ACTIVIDAD ASEGURADORA EN CUBA*

INSURANCE CONTRACT LAW AND ACTIVITY INSURANCE IN CUBA.

ALEJANDRO VIGIL IDUATE

Profesor Auxiliar de Derecho Mercantil Universidad de la Habana

vigil@lex.uh.cu

RESUMEN: El presente trabajo ofrece una visión panorámica de la normativa material y de ordenación de los seguros en Cuba. Abordando los aspectos en cuanto al control y regulación administrativa, se abordan los elementos estructurales más destacables del sistema con la finalidad de contribuir al conocimiento de este mercado. Con el mismo propósito, se ha realizado un breve análisis de la normativa materia básica contenida en la ley del contrato de seguro.

PALABRAS CLAVE: Regulación de seguros, Cuba, seguros de daños, seguros de personas, supervisión de seguros.

ABSTRACT: The present work offers a panoramic vision of the normative material and of ordination of the insurance in Cuba. Approaching the aspects as for the control and administrative regulation, the structural most prominent elements in the system are approached with the purpose of contributing to the knowledge of this market. With the same purpose, he has been carried out a brief analysis of the basic normative matter contained in the law of the contract of sure.

KEY WORDS: Regulation of insurance, Cuba, Damage Insurance; Life Insurance, Insurance Supervision.

· El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación “Derecho de Seguros”, desarrollado en la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana.

SUMARIO: I. FUNCIÓN DEL SEGURO.- II. BASE LEGISLATIVA EN CUBA.- 1. Empresarialidad.- 2. Empresa de Seguros Nacionales, ESEN.- 3. Seguros Internacionales de Cuba, ESICUBA.- 4. Características esenciales de las aseguradoras.- III. LEGISLACIÓN, DEFINICIÓN Y CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO.- 1. Clasificación de los seguros.- 2. Principios del seguro.- 2.1. La buena fe.- 2.2. La indemnización.- 2.3. El derecho de subrogación.- 2.4. La contribución o doble seguro.- 2.5. La causa próxima.- 2.6. El interés asegurable.- IV. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE SEGURO.- 1. Nominado.- 2. Principal.- 3. Sinalagmático o bilateral.- 4. La equivalencia de las contraprestaciones.- 5. Oneroso.- 6. Aleatorio o conmutativo.- 7. Tracto sucesivo.- 8. ¿Consensual, solemne o formal?- 9. De adhesión.- 10. Intuitu personae.- 11. Canales de distribución.- V. ELEMENTOS DEL CONTRATO.- 1. Elementos personales.- 2. Asegurador.- 3. Tomador.- 4. Asegurado.- 5. Beneficiario.- 6. Tercero asegurado o protegido.- 7. Tercero perjudicado.- 8. Mediador.- 9. Agente de seguros.- 10. Corredores de seguro.- 11. Auxiliares o Colaboradores - VI. ELEMENTOS REALES.- 1. El interés asegurable u objeto sobre el que recae el contrato de seguro.- 2. El riesgo. 3. El siniestro.- 4. La prima.- VII. ELEMENTOS FORMALES.- 1. La póliza.- 2. Condiciones particulares.- 3. Condiciones generales.- 4. Condiciones especiales.- VIII. PRINCIPALES DERECHOS, CARGAS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES DEL CONTRATO DE SEGURO.- 1. El asegurado.- 2. La prestación del asegurador.- IX. EL REASEGURO.

I. FUNCIÓN DEL SEGURO.

El seguro tiene como función satisfacer la necesidad de previsión frente a todo tipo de eventos dañosos, futuros e inciertos y, en principio, cualquiera sea la fuente que los origina¹, y así garantizar el interés del asegurado, extendido al beneficiario, para reponerlo, financieramente, en una situación personal o patrimonial lo más próxima posible a la anterior de sufrir el siniestro reconocido en la póliza. Si ello no fuera posible, garantiza ofrecer una compensación económica que atenúe los efectos del daño, sin constituirse en un negocio para quien lo solicita, ya que la naturaleza del seguro rechaza que de él pueda obtenerse beneficio, pues incentivaría el fraude. Diferenciado de los contratos de juego y apuesta, que transfieren las pérdidas de muchos a la ganancia de unos pocos, es económicamente valioso por sí mismo, pues sirve a la función social de proteger los patrimonios contra pérdidas fortuitas².

También se destacan la función resarcitoria, la de inversión y la preventiva del contrato. Por la función resarcitoria la aseguradora procede a indemnizar, hasta el límite de lo pactado, por los daños recibidos; la de inversión permite que las

¹ STIGLITZ, R.: *Derecho de seguros*, t.1, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p.13.

² CONTRERAS STRAUCH, O.: "El interés asegurable. Su relevancia en el seguro", *Revista chilena de Derecho de Seguros*, año 8, 2006, núm. 16, p. 51.

aseguradoras utilicen los recursos monetarios que reciben por concepto de prima y los inviertan en determinadas actividades, generalmente limitadas y controladas por el poder público, lo que facilita el aumento de la capacidad de cobertura de las aseguradoras y así los asegurados cuentan con mayor garantía de que se cumpla la función indemnizatoria; mientras, la función preventiva resulta del interés de las aseguradoras de que los riesgos se mantengan en límites permisibles, pues de incrementarse de manera extraordinaria, mayor será la prima a pagar y ello incidiría en una disminución de los asegurados, amenazándose así que se queden un gran número de riesgos sin protección.

II. BASE LEGISLATIVA EN CUBA.

El sustento legal de seguro en Cuba se encuentra en dos decreto-leyes, el No. 177, “Sobre el Ordenamiento del Seguro y sus Entidades”³, en lo adelante DL 177, y el No. 263, “Del contrato de seguro”⁴, en lo adelante DL 263, ambos con rango de ley, así como resoluciones emitidas por la Ministra de Finanzas y Precios y de la Superintendente de Seguros de Cuba, lo que constituye el entramado legal que sustenta la actividad aseguradora actualmente.

1. Empresarialidad.

Para que exista el contrato de seguro se requiere de toda una organización económica y técnica capaz de ofrecer una auténtica y eficaz seguridad en la cobertura de los riesgos que a través del contrato se persigue, lo que presupone la existencia de una especialidad, bien por medio de la asociación de una pluralidad de personas que en común soportan y reparan, mediante su recíproca distribución, los efectos que produzcan los siniestros que puedan producirse sobre ellos (la sociedad mutualista); o por medio de una entidad que recibe de sus asegurados primas periódicas y determinadas por cada seguro estipulado, parte de cuyo importe se integra en reservas especiales destinadas a reparar o a cubrir los daños o las necesidades que los siniestros provocan en los asegurados (las empresas y sociedades de seguros).

La regulación cubana permite como entidades aseguradoras las sociedades anónimas, las empresas estatales y las mutualistas.

Se define por artículo 9 del DL 263 a la entidad de seguros como la persona jurídica, constituida conforme a las leyes de la República de Cuba, dedicada a la comercialización y ejecución de seguros, previamente autorizada por la

³ Publicado en la Gaceta Oficial de la República, No. 30, Ordinaria, de 5 de septiembre de 1997.

⁴ Publicado en la Gaceta Oficial de la República, No. 5, Extraordinaria, de 26 de enero de 2009.

Superintendencia de Seguros para ejercer como tal, de acuerdo con lo establecido legalmente a estos efectos (entendemos que es una reiteración innecesaria, pues si está autorizada por el organismo rector, es en base a lo establecido legalmente), y que cuente con patrimonio suficiente en el territorio nacional para responder por las obligaciones que asume.

La utilizada expresión “entidad de seguros”, que continúa la tradición del legislador iniciada con el DL 177, y contraria al denominador común internacional, “asegurador”, constituye un genérico que no incluye toda forma organizativa cubana que autorizada por la Superintendencia de Seguros se dedique a la comercialización y ejecución de seguros, por cuanto, el DL 177, reconoce como concepto genérico a las entidades aseguradoras, las que incluyen a dos figuras; las entidades de seguros, con dos subclasificaciones, las empresas estatales y las sociedades anónima; y las sociedades mutuas de seguros, con las subclasificaciones de mutuas de seguro a prima fija y mutuas de seguros a prima variable .

Por tanto, resulta posible organizarse en cuatro modalidades las entidades de seguros, pero en la práctica solo operan dos aseguradoras, y de dos formas organizativas diferentes.

2. Empresa de Seguros Nacionales, ESEN.

Organizada como empresa estatal, fue creada mediante resolución ministerial el 22 de diciembre de 1978. Opera fundamentalmente en seguros agropecuarios, automotor, y una modalidad de seguros personales, el seguro temporario de vida a un año, pues en el país no se comercializan seguros de vida a largo plazo, motivado por razones económicas por la imposibilidad de invertir reservas que impide crear la base económica para obligaciones a largo plazo. Igualmente ofrece seguros de gastos médicos para extranjeros que visitan el país y para cubanos que viajen al exterior. Las coberturas de responsabilidad civil se encuentran incorporadas a los seguros de bienes.

Entre sus funciones está, además, desarrollar actividades preparatorias y complementarias al seguro, como la evaluación de riesgos y la tasación de daños, lo que le viene incorporado por mandato del gobierno para el caso de eventos catastróficos, con predominio para los huracanes. También le compete ofrecer servicios de inspección, tasación y ajustes de averías y prevención del riesgo en bienes asegurados en ambas monedas a los asegurados. Atiende tanto a personas naturales como jurídicas, con alcance para todo el país, para lo cual cuenta con oficinas provinciales, y utiliza como canal de venta fundamentalmente los agentes personas

naturales.

3. Seguros Internacionales de Cuba, ESICUBA.

Compañía organizada como sociedad mercantil siendo sus accionistas otras entidades del Grupo Caudal, fundada el 9 de abril de 1963, se especializa en seguros generales, reaseguro, recobro y salvamento, y su principal objetivo es asegurar el patrimonio estatal cubano en cualquier lugar del mundo y los intereses de los inversionistas extranjeros que llegan al país. Opera fundamentalmente seguros empresariales, marítimo, aéreo, mercancías, industrias, almacenes, petróleo y gas, turismo, así como responsabilidad civil. Es el agente colocador de los reaseguros, tanto de la ESEN como propios, para lo cual cuenta con una protección de primer nivel con compañías reconocidas en el mercado internacional, fundamentalmente europeas, es especial el mercado de Londres.

Ambas son empresas que funcionan con capital del estado cubano, manteniendo cada una su línea de trabajo diferenciada, por lo que no existe competencia entre ellas, y forman parte del Grupo Empresarial Caudal, adscrito al Ministerio de Finanzas y Precios.

4. Características esenciales de las aseguradoras.

Para desempeñar la actividad de seguros es necesario que las empresas y sociedades cumplan con principios, obligaciones y requisitos legales que de manera general se entiende por la mayoría de los fueros nacionales. Esto es motivado por el interés estatal de evitar que una aseguradora arrastre a los asegurados las posibles dificultades financieras que podría tener.

Por ellos se entiende que las mismas deben dedicarse exclusivamente a negocios de seguros, estar sometidas a normas de vigilancia oficial, operar bajo el principio de operaciones en masa, crearse con un capital mínimo inicial dispuesto por ley y otorgar una garantía financiera para casos de insolvencia futura.

Se entiende por exclusividad de actuación que la aseguradora debe dedicarse con carácter exclusivo a la práctica de operaciones de seguro o de actividades con ella relacionadas o auxiliares, como el reaseguro y la inversión de su patrimonio.

El sometimiento a normas de vigilancia oficial está motivado por el carácter social o público de la actividad aseguradora y el sistema de adhesión con que se contratan las

pólizas de seguro (la adhesión existe desde el momento en que, generalmente, es la aseguradora la que establece los términos y condiciones que regirán las relaciones contractuales entre ella y el asegurado), lo que exige una vigilancia especial de dicha actividad, ejercida por organismos oficiales especializados⁵, de modo que, en general, toda la actividad de la entidad aseguradora esté sometida a medidas de fiscalización y control técnico, económico y financiero por parte de instituciones estatales.

En los tiempos modernos no es posible que una aseguradora opere con un solo asegurado. Actúa mediante operaciones en masa, no solo por tendencia normal en las empresas, sino por propia exigencia técnica, pues las aseguradoras tratan de conseguir el mayor número posible de asegurados, esto es que cuantas más operaciones logren, tanto más amplia será la diversidad de riesgos alcanzada y mejor el servicio de compensación de riesgos a sus asociados.

Casi todas las legislaciones exigen a las entidades de seguros que tengan un capital mínimo que garantice el cumplimiento de los compromisos económicos por ellas asumidos. En el caso cubano se exige⁶ tener un capital social suscrito, de acuerdo con los ramos de seguros que operen y la actividad de reaseguros, de dos millones de pesos para los seguros de vida (personales); un millón doscientos mil pesos para los seguros de bienes (daños); un millón de pesos para los seguros de crédito, caución y responsabilidad civil; quinientos mil pesos para los seguros de prestación de servicios; y tres millones doscientos mil pesos para la actividad reaseguradora exclusivamente.

Además del capital mínimo, se requieren otras garantías financieras, como depósitos iniciales de inscripción en valores que ofrezcan una especial seguridad, inversión de reservas técnicas en bienes de determinadas características, constitución de márgenes de solvencia y la regulación, en general, de sus inversiones. La ley⁷ regula que las entidades de seguros y las sociedades mutuas depositarán desde su constitución, como garantía de funcionamiento, una cantidad equivalente al diez por ciento (10%) del capital social pagado o del fondo mutual, que deberá ser depositada en Banco, a la orden de la Superintendencia de Seguros.

III. LEGISLACIÓN, DEFINICIÓN Y CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO.

El DL 263 constituye la norma en materia de contrato de seguros en Cuba. En su Disposición Final derogó el Título VIII del Libro Segundo del Código de Comercio y el Título XVII del Libro Tercero del Código Civil, y cuantas más disposiciones legales se opondan a lo dispuesto en ella, quedando así una ley especial, única en la materia. El

⁵ El Artículo 32 del DL 177 creó la Superintendencia de Seguros de Cuba, SSC, encargada de ejecutar el control, la regulación y la fiscalización de las entidades dedicadas a la actividad aseguradora y reaseguradora y, de los corredores, agentes y auxiliares del seguro.

⁶ Artículo 10 del DL 177.

⁷ Artículo 9 del DL 177.

Código Civil y el Decreto Ley No. 304, de la Contratación Económica operan de manera suplementaria en lo que no se dispongan en el DL 263.

La vía legislativa escogida continúa una línea iniciada en el siglo XIX en Bélgica y que numerosos países han continuado, aunque no debemos olvidar países que han mantenido el contrato de seguro dentro del marco civil, como Italia y Brasil, y los que defienden y mantienen su inclusión en la legislación mercantil, los países de América Central.

Valoramos positivo el camino escogido por el legislador cubano en el derecho de seguros, el que sigue la doctrina de la unificación de contratos, tan proclamada por muchos, pero mirada con recelo y poco o nulo respaldo por otros, dirigida a reformular y ampliar las regulaciones generales en materia de contratos, y definir en legislación especial los contratos que por su complejidad lo merecen, evitando las discusiones sobre la ubicación del contrato de seguro en el ámbito civil, administrativo, mercantil o económico.

Así, la definición legal del contrato de seguro, artículo 5 del DL 263, acoge la función social del seguro, con un sentido de protección y garantía, sobrepasando la noción anterior de indemnización. Un concepto atrevido y novedoso que supera la laguna de la ausencia de definición en el Código de Comercio, que solo declaró la mercantilidad del contrato de seguro en el artículo 380, y se aparta de los derogados artículos 448 del Código Civil y 31 del Decreto Ley 15. Se recoge la obligación de la aseguradora a garantizar el interés del asegurado, lo que constituye la principal obligación que presenta la aseguradora. El cobro de la prima no aparece como condición previa, lo que no obsta para que mantenga la condición de obligación del asegurado, solo que se sustrae del concepto para equilibrar y evitar las declaraciones de la aseguradora de sentirse obligado a indemnizar solo contra pago de prima, lo que lamentablemente se mantiene en la actualidad. Los límites del contrato reflejan hasta donde se obliga la aseguradora.

1. Clasificación de los seguros.

La doctrina internacional defiende diferentes especies o clasificaciones del seguro: los seguros de daños patrimoniales y de personas; los seguros comerciales y solidarios; seguros terrestres, marítimos y aéreos; sin olvidar los seguros privados y sociales. Varias de las clasificaciones tienen un carácter puramente comercial en relación con segmentos de mercado identificados, como los llamados seguros empresariales.

La clasificación legal en Cuba presentó contradicciones, pues apareció en varias normas contradictorias, hasta su ordenamiento recientemente. Hoy, el DL 263

reconoce los seguros personales, de bienes (al mismo se integran los seguros marítimos y aéreos), responsabilidad civil y una cuarta clasificación llamada otros seguros. La subclasificación de modalidades y productos de seguro que se incluyen en cada ramo queda a la discrecionalidad de la Superintendente de Seguros de Cuba.

2. Principios del seguro.

En el derecho continental o romano-francés los principios resultan de especial trascendencia para el sistema jurídico, de conjunto con las normas positivas, los conceptos, la naturaleza jurídica del contrato. Defiende Illescas que los principios del derecho “poseen una importancia capital a la hora de determinar el derecho aplicable a la resolución de cualquier conflicto o controversia”⁸, ubicando en materia de contratos de seguros el principio de aleatoriedad gestionada, el principio de muy buena fe, el principio de tutela del contratante débil y el principio indemnizatorio del interés asegurado.

En la doctrina cubana se defienden seis principios básicos del seguro: la buena fe, la indemnización, el derecho de subrogación, la contribución o doble seguro, la causa próxima y el interés asegurable, los que conforman el sostén técnico del contrato.

2.1. La buena fe.

Aunque parece reiterativo pues es un principio general en materia de contratos, *bonam fidem in contractibus consideradi aequum est*, se considera oportuno detallar en los contratos de seguro la necesidad de ser basado su actuar en la buena fe, pues “el asegurador queda librado, en lo que respecta al estado de riesgo, a los informes del tomador⁹”, lo que “justifica ampliamente el rigor con el que las leyes en materia de seguros castigan la previa, contractual y ulterior mala fe del tomador¹⁰”. De tal manera es importante que aparece expreso en la ley cubana¹¹.

El seguro sienta sus bases en el principio de la buena fe, es decir, se presume la ausencia de una intención dolosa, o de un ánimo de defraudar, en él la significación de la buena fe es definitivamente más amplia y repercute de manera sustancial. Basta, para sustentar lo anterior, citar la posibilidad de retener la prima por parte del asegurador cuando se incumple por el asegurado, sobre el deber de mantener el

⁸ ILLESCAS, R.: “Principios fundamentales del Contrato de Seguro”, *Revista Española de Seguros*, 2014, núm. 157, p. 8.

⁹ HALPERIN, I.: *Seguros*, t.1, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 351.

¹⁰ DÍAZ BRAVO, A.: *Contratos mercantiles*, novena edición, IURE Editores, México, 2008, p. 254.

¹¹ DL 263, Artículo 4.- Se presume la buena fe en la concertación, cumplimiento y ejecución del contrato de seguro, salvo prueba en contrario.

estado de riesgo o informar sobre el mismo, en cuanto impone el deber al asegurado de evitar la propagación del siniestro, la obligación de dar noticia de los seguros coexistentes al momento del siniestro y la nulidad del contrato cuando se comprueba la intención de defraudar mediante una declaración excesiva frente al valor real del interés asegurado.

2.2. La indemnización.

Se interesa con el seguro colocar al asegurado en una posición financiera similar o cercana a la que el mismo tenía en el momento justo a la ocurrencia del siniestro que diera lugar a las pérdidas o daños recobrables del seguro. La indemnización es el importe máximo a que está obligado a pagar contractualmente la aseguradora en caso de producirse un siniestro causado por un riesgo cubierto por la póliza. Igualmente aparece de en el DL 263¹².

No obstante, este principio se rompe en los seguros personales, en especial, los seguros de vida, pues se legitima la posibilidad de existencia de varias pólizas sobre la vida, con la posibilidad de cobrarlas todas, de no mediar causales de exclusión.

2.3. El derecho de subrogación.

El asegurador sustituye al asegurado en el ejercicio de las acciones o derechos que tendría éste contra los terceros responsables del daño o pérdida, a fin de poder recuperar de ellos la cantidad por la que civilmente son responsables a consecuencia de los daños producidos y cuya indemnización, en virtud de la póliza de seguro, ha corrido inicialmente a cargo de los aseguradores. Este derecho requiere la actitud diligente del asegurado para su protección ante terceros responsables, dando inicio por tanto al proceso legal para la inculpación de dicha tercera parte.

2.4. La contribución o doble seguro.

Resulta un caso poco característico en el entorno cubano, pues la existencia de solo dos aseguradoras que mantienen segmentado cada una su mercado dificulta la coexistencia de dos o más pólizas que cubren el mismo interés, donde cada asegurador contribuye con los demás aseguradores al pago del siniestro en proporción al importe que sea responsable según la póliza, pero no obstante hoy es posible en contados

¹²DL 263, Artículo 8.- El seguro no podrá dar lugar a enriquecimiento indebido del asegurado o, en su caso, de sus herederos y del beneficiario.

espacios.

El derecho de contribución constituye el derecho de la aseguradora a recobrar de otros aseguradores del mismo interés asegurado en caso que dicha aseguradora haya pagado un importe superior al que debía haber pagado por su proporción en la póliza firmada, con relación a todos los contratos firmados para cubrir un mismo interés. Considerando que el objetivo del contrato de indemnización es colocar al asegurado en la misma posición financiera que mantenía antes del siniestro, si el asegurado recobrase su pérdida de dos pólizas o más por el mismo interés estaría lucrando.

2.5. La causa próxima.

Constituye la causa de mayor importancia y efectividad en la pérdida o daño. No se trata de ciencias exactas, por lo que no se puede ser categórico en que constituye el primer o último suceso en la cadena de hechos que provocaron el siniestro. En cualquier caso, si la causa próxima es uno de los riesgos cubiertos por la póliza, la aseguradora está obligada a indemnizar la pérdida o daño provocada al objeto asegurado siempre sujeto a cualquier deducible estipulado en el contrato.

Resulta importante al momento del siniestro, el análisis de los riesgos asegurados, excluidos y los no asegurados, así como la cadena de eventos y las causas concurrentes.

2.6. El interés asegurable.

Generalmente se asocia el interés con la propiedad de un bien, pero la propiedad en sí no es el interés asegurable, sino que es el objeto de seguro. El interés asegurable es el interés financiero que tiene el propietario en la propiedad – objeto del seguro – pues si la misma no se encuentra asegurada y se destruye o daña, éste sufriera un daño pues tuviera que pagar para reemplazarla o repararla.

El interés asegurado es el patrimonio activo y pasivo del asegurado, que se defiende como la relación económica existente entre un sujeto y un bien que se pretende proteger por un contrato de seguro, en tanto esa relación esté amenazada por un riesgo.

IV. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE SEGURO.

1. Nominado.

Esta determinado y aparece expresamente en leyes especiales y generales, de manera específica y determinada, lo que le confiere carácter nominado amplio que resulta difícil cuestionar. En el caso cubano es el único contrato con una norma legal de rango de ley.

2. Principal.

También llamado sustantivo, el contrato de seguro tiene vida propia. Este carácter indica 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, dentro de los llamados contratos que vencen el obstáculo del riesgo, de carácter principal, independiente de cualquier otro”¹³.

3. Sinalagmático o bilateral.

Por cuanto la obligación del asegurador entendida como cobertura del riesgo – de la que va a derivar la prestación del pago de la indemnización si se produce el siniestro - se corresponde con la del tomador del seguro del pago de la prima, de forma que nos encontramos ante un contrato bilateral.

4. La equivalencia de las contraprestaciones.

Sobre la equivalencia de las contraprestaciones se detiene Barrera Tapias¹⁴, quien valora que “la contraprestación al pago de la prima no es solo la obligación de indemnizar el daño en caso de siniestro, sino que es en verdad la asunción del riesgo”, criterio que en mucho refuerza el anterior.

5. Oneroso.

¹³ PÉREZ-SERRABONA, J. L.: *El Contrato de Seguro. Interpretación de las Condiciones Generales*, Comares, Granada, 1993, p. 67.

¹⁴ BARRERA TAPIAS, C. D.: *Los seguros y el derecho civil*, Colección profesores 2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Publicaciones Pontificia Universidad Javeriana, 1991, p. 15.

Tanto para la teoría conmutativa, como para la aleatoria, existen prestaciones recíprocas, correlativas. El tomador se obliga al pago de una prima de seguro y la aseguradora que asume el riesgo, satisface una indemnización en caso de ocurrencia del siniestro, o asume la obligación de garantizar. Pero siempre hay una prima, como prestación esencial del asegurado, que constituye el precio de la prestación que recibe. Y el daño está previamente determinado su valor, o será determinado mediante inspección y avalúo. Y ello convierte el contrato en oneroso.

6. Aleatorio o conmutativo.

Para numerosos autores está presente el carácter aleatorio, y así se creó la teoría en el siglo XIX¹⁵, pues las partes ignoran en el momento de su conclusión si se verificará el siniestro, o al menos cuándo se efectuará, y generalmente cuáles serán las prestaciones económicas de las partes, de manera que desconocen el beneficio que cada una de ellas podrá obtener del contrato. La prestación de la aseguradora va a depender de la ocurrencia de un evento cuyo riesgo es objeto de cobertura. Es decir, de un acontecimiento futuro e incierto, incluso hechos que se conocen van a ocurrir, pero no se sabe exactamente cuándo; ni las consecuencias económicas de la materialización del siniestro.

Lehr¹⁶ clasifica al contrato de seguro como aleatorio, similar criterio desarrolla Puig Peña¹⁷, que así lo coloca junto al contrato de renta vitalicia, el juego y la apuesta, y la decisión por suerte. Por parte de Manresa y Navarro¹⁸, al comentar el Código Civil español acepta la clasificación de aleatorio, mientras Castán Tobeñas¹⁹ prefiere llamarlo “de suerte”, en lugar de aleatorio. Comparten este criterio Sánchez Calero²⁰, Ponce Gómez y Ponce Castillo²¹, Stiglitz²², Ripert y Boulanger²³, Halperin²⁴,

¹⁵ “Los seguros son contratos aleatorios, porque la utilidad del asegurador depende de que la cosa asegurada se conserve”, SANOJO, L.: *Instituciones de derecho civil venezolano*, tomo III, reimpresión de la primera edición, Imprenta Nacional, Caracas, 1973, p. 11.

¹⁶ LEHR, M.: *Derecho Civil Germánico*, Berlín, 1910, p. 337, *cit pos* OJEDA RODRÍGUEZ, N.: “Clasificación de los contratos”, en Colectivo de autores, *Derecho de Contratos I, Teoría General del contrato*, Félix Varela, La Habana, 2003, p. 99.

¹⁷ PUIG PEÑA, F.: *Tratado de derecho civil español*, t. IV, vol. II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951, p. 78.

¹⁸ MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código Civil español*, t. XII, quinta edición, Instituto editorial Reus, Madrid, 1951, p. 9.

¹⁹ CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y floral*, sexta edición, revisada, Instituto editorial Reus, Madrid, 1944, p. 312.

²⁰ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho mercantil*, Madrid, 1994, p. 78.

²¹ PONCE GÓMEZ, F. y CASTILLO, R. P.: *Nociones de Derecho Mercantil, Banca y Comercio*, reimpresión, México DF, 2004, p. 333.

²² STIGLITZ, R.: *Derecho de Seguros*, II, tercera edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 28.

²³ RIPERT Y G. - BOULANGER, J.: *Tratado de Derecho Civil*, t. IV, La Ley, Buenos Aires, 1964, p. 64.

²⁴ HALPERIN, I.: *Seguros*, *cit.*, p. 35.

Vivante²⁵, Muñoz Paredes²⁶ Díaz Bravo²⁷, Bataller Grau²⁸, entre otros²⁹. En la doctrina cubana, Segura y Cabrera³⁰, autor del primer libro conocido en materia de seguros, propugnó el carácter aleatorio del contrato de seguro, así como Rapa Álvarez³¹.

Por nuestra parte, en un inicio defendimos el criterio aleatorio, atendiendo a la ocurrencia o no de los acontecimientos fortuitos que inciden en la correspondiente indemnización, lo que constituye opinión casi unánime en la escasa doctrina cubana. Sin embargo, hoy nuestra posición varía al concepto conmutativo, por cuanto es interés y necesidad defender la posición del asegurado, elemento más débil en la relación contractual, quien necesita y requiere una garantía de protección financiera, que se la otorga la aseguradora, que previamente ha realizado los cálculos actuariales que le definen que puede asegurar, garantizar, cobrar, y no perder al incorporar en la masa el contrato suscrito.

Hoy la legislación cubana permite un acercamiento más profundo, pues el DL 263 defiende la posición de “garantizar” y se aleja de “indemnizar”³² lo que nos permite acercarnos a una moderna teoría, que se sustenta en la función social del seguro, de protección al consumidor o cliente, y no la individual que busca defender el negocio y la actividad aseguradora.

En numerosas ocasiones se nos pregunta que, si al concluir el período de vigencia del contrato de seguro, y no ha ocurrido ningún percance, se devuelve al pago del mismo, cuando conocemos que no, y alegamos, que no ha perdido dinero, pues estuvo protegido durante la vigencia del contrato. Pues entonces, si defendemos que el contrato de seguro es un mecanismo de protección financiera, ya su definición incorpora implícitamente la importancia de la garantía sobre la tesis de la indemnización. Más importante que recibir una futura indemnización, es sentirse

²⁵ VIVANTE, C.: *Derecho Comercial*, t. 14, vol. I, núm. 10, Ediar, Buenos Aires, 1952, p. 36.

²⁶ MUÑOZ PAREDES, J. M.: *El coaseguro*, Civitas, S.A., Madrid, 1996, p. 33.

²⁷ DÍAZ BRAVO, A.: *Contratos mercantiles*, cit., p. 303.

²⁸ BATALLER GRAU, J.: *Curso de Derecho Privado*, 7ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia 2004, p. 659.

²⁹ DONATI, A.: *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, Vol. II, Milano, 1952, p. 41; VIVANTE, C.: *Derecho*, cit., p. 36; HALPERIN, I.: *Seguros*, cit., p. 34; URÍA, R.: *El Seguro Marítimo*, Bosch, Barcelona, 1940, p. 560; RIPERT y G. - BOULANGER, J.: *Tratado de*, t. IV, cit., pp. 64 y ss.; FERNÁNDEZ, R. L.: *Código de Comercio Comentado*, t. II, Wolter, Buenos Aires, 1950, p. 399, quien lo admite como carácter jurídico del contrato, aunque sostiene lo contrario con relación a la empresa aseguradora, a la organización moderna del comercio del seguro en razón de que la gran cantidad de contratos que celebra una misma compañía aseguradora y los cálculos de probabilidad hacen que, en su conjunto, el negocio no sea aleatorio para ella; MESSINEO, F.: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, t. IV, Ejea, Buenos Aires, 1971, p. 478.

³⁰ SEGURA Y CABRERA, A.: *El Contrato de seguro de vida*, La Universal, La Habana, 1898.

³¹ RAPA ÁLVAREZ, V.: *Manual de Obligaciones y Contratos*, t. I, Universidad de la Habana, La Habana, 1991, p. 169; *Manual de Obligaciones y Contratos*, t. II, segunda edic., Félix Varela, La Habana, 2003, p. 216.

³² Artículo 448 del Código Civil, y artículo 31 del Decreto Ley 15.

protegido de circunstancias desagradables que puedan perjudicar económicamente al asegurado. Y ello refuerza el criterio conmutativo y aleja el razonamiento aleatorio.

A contrario *sensu*, aparece la idea de la conmutatividad, con sentidos o teorías diferentes que la sustentan. Una se detiene en la realización de estudios estadísticos y actuariales previos, otra se sustenta en el carácter de garantía y no indemnizatorio del seguro. Una tercera se sustenta en la equivalencia de las contraprestaciones. En la generalidad aparece Cervantes Ahumada³³, quien niega su carácter aleatorio.

Uno de los pioneros defensores de este planteamiento es el mexicano Rodríguez Rodríguez, quien desde 1952 le otorgaba carácter conmutativo al contrato de seguro, argumentando “que por su consideración en masa demuestra la regularidad de la producción del siniestro, el alea puede existir, si cada contrato se considera aisladamente, pero desaparece cuando se tiene en cuenta el conjunto de los realizados por la empresa”³⁴. Otros autores, como Benítez De Lugo³⁵, Gomes³⁶, Ferreira y Franco, son defensores de tal concepto.

Con respecto a la teoría de la garantía, donde se argumenta este carácter y su función social para declarar su conmutatividad, exponentes importante son los brasileños Tzirulnik, Cavalcanti y Pimentel³⁷, los que argumentan que el asegurador, al contratar, asume no una obligación de indemnizar en caso de verificarse el siniestro, sino en conferir una garantía patrimonial al asegurado durante la vigencia del contrato, entendiendo que es más importante y necesario “estar garantizado”, a “ser indemnizado”, y por ende, se conmuta entre la prima (prestación) y la garantía (contraprestación). Similar posición sostienen los también brasileños Bodes³⁸, Ulhoa Coelho³⁹ y el italiano Giappichelli⁴⁰.

Las aseguradoras desarrollan una depurada ejecutoria técnica en el manejo de los riesgos, asociada a cálculos de reserva, márgenes de solvencia y liquidez, mecanismos adicionales de transferencia de riesgos, inversión de fondos

³³ CERVANTES AHUMADA: *Derecho mercantil*, 4ª ed., Herrero, México, 1982, pp. 569 y 570, *cit pos* DÍAZ BRAVO, A.: *Contratos*, p. 303.

³⁴ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J.: *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, vigesimosegunda edición, Porrúa, S.A., Méjico, DF, 1996, p.144.

³⁵ BENÍTEZ DE LUGO REYNALDO, L.: *Tratado de seguros*, vol. I, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1955, pp. 21-24.

³⁶ GOMES, O.: *Contratos*, Forence, Rio de Janeiro, 1959, p. 474 *cit pos*, ULHOA COELHO, F.: *Curso de direito comercial*, 7ª ed. revisada y actualizada, Editora Saraiva, São Paulo, 2007, p. 156.

³⁷ TZIRULNIK, E./ QUERIOZ F. DE/ CAVALCANTI, B./ PIMENTEL, A.: *O contrato de seguro de acordo com o novo código civil brasileiro*, 2º ed. revisada, actualizada y ampliada, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, pp. 30-31.

³⁸ BODES, N.: *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 726.

³⁹ ULHOA COELHO, F.: *Curso de*, *cit.*, pp. 156-157.

⁴⁰ GIAPPICHELLI, G.: *Diritto delle assicurazioni private*, Turín, 2001, pp. 14-15, *cit.* por TZIRULNIK, E./ QUERIOZ F. DE/ CAVALCANTI, B./ PIMENTEL, A.: *O contrato*, *cit.*, p. 31.

temporalmente libres e incluso gestiones de gerencia de riesgos y prevención de pérdidas, por lo que los cálculos actuariales que realizan, sobre la base de estudios estadísticos y aplicando complejas fórmulas matemáticas basadas en la ley de los grandes números, les permiten prever con relativa certeza los resultados de las diferentes operaciones de cada cartera.

7. Tracto sucesivo.

Se entiende que el contrato de seguro es de ejecución continuada, aun cuando se subdivida en períodos. Su contenido no se agota con la realización de una prestación única, sino en prestaciones sucesivas. La protección financiera que se ofrece da lugar a una relación jurídica duradera que se mantiene durante el período de vigencia del contrato.

Puede celebrarse por períodos anuales o plurianuales. En caso de no reflejarse en la póliza se presume un año. También puede celebrarse por período de tiempo indeterminado.

El contrato de seguro comienza formalmente con su celebración, materialmente con la asunción del riesgo por el asegurador y técnicamente con la percepción de la prima. “A los comienzos formal, material y técnico del seguro corresponden duraciones formal, material y técnica. La duración formal es el tiempo por el que existen las relaciones de seguro... La duración material es el plazo por el cual el asegurador soporta el riesgo, y depende de la convención de las partes. La duración técnica es el plazo para el que se debe imputar la prima pagada; se halla indisolublemente unida a la material, salvo en el caso de la póliza de vida saldada, en el cual la vigencia material se prolonga por un término mayor a la técnica, a su vez la duración material no puede exceder de la formal⁴¹”.

8. ¿Consensual, solemne o formal?

Lo que parece ser una de las verdades más absolutas e irrefutables en derecho, la aseveración del carácter consensual del contrato de seguro, deviene en realidad una de las más apasionadas discusiones y enfrentamientos doctrinales. Era criterio general y unánime la consensualidad, expresado que la forma escrita es solo un requisito *ad probationem*, y que con el mero acuerdo de voluntades, el consentimiento, se perfecciona el contrato. Pero hoy día la polémica es excitada, con posturas doctrinales opuestas, pues no deja de valorarse que la casi mayoría de las

⁴¹ HALPERIN, I./ MORANDI, J.C.F.: *Seguros, Exposición Crítica de las Leyes 17.418 y 20.091*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 429.

legislaciones modernas sostienen que la póliza constituye el medio de prueba del contrato, y los jueces y tribunales exigen la presentación del documento (póliza) para poder exigir justicia, lo que irrevocablemente obliga a revisar conceptos, pues no es entendible que se proclame la liberal consensualidad por un lado, y se exija la póliza por otro. En España, y con sustento jurisprudencial⁴², se defiende el criterio consensual.

En Argentina, la Ley de seguros es explícita en cuanto al carácter consensual en su artículo 4⁴³, pero igualmente le otorga carácter probatorio a la póliza, u otro medio escrito en el artículo 11⁴⁴, lo que hace defender el mencionado carácter consensual por parte de Zunino⁴⁵ y Halperin⁴⁶. No obstante, a nuestro entender, el criterio de la prueba escrita, hace tambalear la consensualidad.

En Colombia a partir de la promulgación de la Ley 389 de 1997, se dio el cambio de la solemnidad a la consensualidad, con un especial recorte de la posibilidad probatoria, conforme a lo cual, el contrato de seguro solamente se puede probar mediante escrito o confesión, indicando, a nuestro juicio de manera injustificada, la improcedencia de los otros medio de prueba.

En Brasil, el artículo 758 del Código Civil del 2002⁴⁷ otorga carácter probatorio a la póliza (y aquí la limitación probatoria se aprecia a que el legislador solo consideró la póliza, el billete de seguro y el documento probatorio del pago de la prima, excluyendo otros documentos; como el certificado de seguro y las notas de cobertura) que sustentan la doctrina de un cambio de formal a consensual, "...pues se refiere a la póliza y demás documentos como prueba, y no para sustanciar el negocio"⁴⁸. Excepción aparte tienen los contratos de seguros pactados con entes públicos, cuya forma escrita es indispensable, según el artículo 60 de la Ley 8.666 de 1993.

⁴² Así las sentencias de 27 de noviembre de 1991 y la de 7 de enero de 1982, que hace alusión a sentencias dictadas el 3 de enero de 1948, el 6 de octubre de 1964 y el 9 de diciembre de 1965, todas del Tribunal Supremo de España interpretaron como consensual el contrato de seguro. De igual forma la sentencia de 7 de noviembre de 1995 reafirma la continuidad de esta postura que descansa en el Artículo 5 de la Ley de Contrato de Seguro: "El contrato de seguro y sus modificaciones o adiciones deberán ser formalizadas por escrito. El asegurador está obligado a entregar al tomador del seguro la póliza o, al menos, el documento de cobertura provisional. En las modalidades de seguro en que por disposiciones especiales no se exija la emisión de la póliza el asegurador estará obligado a entregar el documento que en ellas se establezca".

⁴³ Artículo 4, Ley N° 17.418, de 1967, "El contrato de seguro es consensual; los derechos y obligaciones recíprocos del asegurador y asegurado, empiezan desde que se ha celebrado la convención, aun antes de emitirse la póliza."

⁴⁴ Artículo 11 "El contrato de seguro sólo puede probarse por escrito; sin embargo, todos los demás medios de prueba serán admitidos, si hay principio de prueba por escrito."

⁴⁵ ZUNINO, J. O.: *Régimen de seguros, Ley 17.418*, Astrea, Buenos Aires, s/f., p.72

⁴⁶ HALPERIN, I.: *Seguros*, cit., p. 30.

⁴⁷ Art. 758 "El contrato de seguro se probará con la exhibición de la póliza o el billete de seguro, y a falta de este, por el documento comprobatorio del pago de la prima".

⁴⁸ TZIRULNIK, E./ QUERIOZ F. DE/ CAVALCANTI, B./ PIMENTEL, A.: *O contrato*, cit., p.42.

Es criterio que tal modificación legislativa corresponde, en gran medida, a la necesidad de regular el proceder de las aseguradoras, y defender al tomador-asegurado ante la mala práctica de un sector de las aseguradoras, en relación con la ejecución del contrato de seguro. Amparadas en el requisito de la solemnidad, el contrato se promovió como si fuera de carácter consensual, con lo cual, el amparo se daba desde el momento mismo en que se otorgaba el consentimiento sobre los aspectos esenciales del contrato, sin importar que posteriormente se suscribiera la póliza. Así las cosas, mientras transcurría un lapso importante que dependía de la agilidad administrativa de cada empresa (un mes más o menos), si no se presentaba el siniestro, la póliza era expedida con efecto retroactivo a la fecha de la manifestación del consentimiento. Pero si, antes de la expedición de la póliza o de su entrega, se presentaba un siniestro y se formulaba la reclamación correspondiente, la aseguradora objetaba el pago de la indemnización, bajo el argumento de que, al no estar cumplida la solemnidad, el contrato no existía y, en consecuencia, no comprometía su responsabilidad.

En Cuba se ha defendido en varias tribunas y publicaciones el carácter consensual, en base a interpretación del articulado del código civil, pero ocurre en la práctica y con relativa frecuencia, que no se realizan actos preparatorios, y que, generalmente, hasta que no se paga no se acepta por el asegurador la suscripción del contrato de seguro, amén de que en la práctica judicial, la póliza constituye el elemento principal de prueba, y si no se aporta, el tribunal deniega la demanda, Su importancia es enorme, lo que se demuestra en la centenaria Sentencia No. 4 del Tribunal Supremo de Justicia, del 14 de enero de 1908, que señala “Los contratos de seguro habrán de regirse por los pactos lícitos contenidos en la póliza, y solo a falta de aquellos, por las disposiciones del Código de Comercio; por lo que, no pueden aplicarse a esa clase de contratos los preceptos del citado Código, cuando el caso o cuestión a que se pretenda aplicarse, esté expresa y específicamente previsto en las cláusulas de la póliza⁴⁹”.

Debemos, y tenemos, que avanzar al criterio y práctica reconocida internacionalmente de la consensualidad del contrato de seguro, pero ello requiere el aporte y contribución de todos; el asegurado que exija el cumplimiento de la ley y lo pactado inicialmente, el asegurador que cumpla con lo dispuesto y su palabra empeñada, la doctrina y el aula con los análisis de cada problemática.

Díaz Bravo resume la controversia en dos interrogantes, “¿Acaso es vergonzante el admitir que nuestro contrato es, en realidad, formal, puesto que el documento es el único medio al que pueden acudir las partes para acreditar sus obligaciones y derechos, con exclusión de cualquier otro?”. ¿Qué sentido tiene el seguir sosteniendo, así legal como doctrinalmente, la consensualidad del contrato de

⁴⁹ ALEMÁN Y FORTÚN, J.: *Jurisprudencia administrativa sobre seguros en dos apéndices: el I, contenido de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el II de un índice de la legislación vigente en materia de seguros y fianzas*, Lex, La Habana, 1943, p. 293.

seguro si, por el contrario, doctrinal y legalmente imponemos, como única prueba de su demostración, la documental?”⁵⁰.

9. De adhesión.

Considerando aquel contrato en los que su contenido, las cláusulas del contrato, son obra de una sola de las partes, por lo que el contratante no tiene sino la facultad de firmarlo, de adherirse a lo ya redactado previamente, aunque hay supuestos en los que esto no sucede, pues son los tomadores de seguros de gran potencia económica los que las imponen, o al menos se desarrolla un proceso de negociación importante, como sucede en los seguros llamados grandes riesgos (por ejemplo: industriales, aéreos).

Benítez de Lugo declara como requisitos del contrato de adhesión que; la oferta tiene un carácter general y permanente, dirigida a una persona indeterminada y siendo mantenida por tiempo indeterminado o por cierto tiempo; la oferta emana de un contratante que tiene a su favor un monopolio de hecho y de derecho; el objeto del contrato es la prestación de un servicio privado, pero de utilidad pública, pretendido en todo el mundo, y que solamente una persona determinada puede proporcionar; la oferta aparece bajo la forma de un tipo impreso, con numerosas cláusulas o condiciones que no son susceptibles de rectificación y solo de aceptación en bloque por los adherentes particulares; el contrato de adhesión comprende una serie de cláusulas establecidas todas ellas en función del exclusivo interés del oferente; el adherente se encuentra en la presión de aceptar el contrato tipo que se le ofrece por la presión de una manifiesta necesidad; y que el contrato de adhesión solamente contiene declaraciones imperativas a favor del oferente, sin que cuente para nada la voluntad del aceptante.

Díez-Picazo y Gullón⁵¹ la característica más importante de estos contratos “... es que no van precedidos de una posible discusión sobre su contenido, sino que sus cláusulas han de ser aceptadas o rechazadas. Es la contratación por medio de modelos preestablecidos, muy frecuente en la práctica bancaria, seguros, transportes, etc.” Asimismo Pérez – Serrabona González, apunta que: “dentro de la contratación en masa, y como uno de los más típicos contratos de adhesión, se sitúa el contrato de seguro por cuanto no se puede entender su existencia si no es en base a condiciones generales, previamente redactadas”⁵².

El DL 263 dispone que las aseguradoras no podrán incluir cláusulas, so pena de que

⁵⁰ DÍAZ BRAVO, A.: “¿Consensualidad o formalidad?”, en AA.VV., *I Forum de Derecho de Seguros*, “José Sollero Filbo,” *Anais, Estudio de Derecho de seguros*, (coordinado por el Instituto Brasileño de Derecho de Seguros – IBDS), Max Limonad, Sao Paulo, 2001, p. 84.

⁵¹ DÍEZ-PICAZO, L./ GULLÓN, A.: *Instituciones de Derecho Civil*, vol. 2, Tecnos, Madrid, 1995, p. 439.

⁵² PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L.: *El Contrato*, cit., p. 326.

sean declaradas nulas por la Superintendencia de Seguros o por el tribunal, que modifiquen, unilateralmente, las condiciones de contratación consignadas en las pólizas de seguro o modifiquen la prima; subordinen la efectividad del pago o del servicio a la aceptación de otras prestaciones o servicios complementarios; ni que impongan condiciones discriminatorias o lesivas para el asegurado, aspecto este último novedoso en el país en el momento que se promulgó, pues que se adelantó a lo hoy dispuesto para todos los contratos en el Decreto Ley No. 304, “De la contratación económica”⁵³.

10. *Intuitu personae*.

El contrato de seguro es considerado *intuitu personae*, debido a que las condiciones personales del solicitante, tales como el grado de educación, formación, siniestros acaecidos con anterioridad (si los hay), cultura y tradiciones de la persona, resultan determinantes para que una aseguradora acepte una solicitud de seguro. Esto constituye un elemento decisivo en la formación del consentimiento, sin llegar a extremos de exigir condiciones irrelevantes en la manifestación de voluntad al contratar con el proponente.

Frente a algunas clases de seguros esta característica se desvanece, y llegan a imponerse restricciones tales como las que operan en los seguros obligatorios, en el que la compañía aseguradora no puede resistirse a contratar, así como en los seguros de viajes, donde no se analiza, generalmente, la persona que lo compra.

También desde el punto de vista del asegurado puede afirmarse que la calidad, nombre, reputación y respaldo de la aseguradora, constituyen un factor que toma en consideración el cliente al momento de contratar.

11. Canales de distribución.

Resultan escasos los canales de distribución del seguro en Cuba. Los más utilizados resultan los agentes y la venta directa por las aseguradoras, quedando relegados los corredores, y la banca. La mayoría de los agentes son personas naturales, con beneficios fiscales para favorecer la actividad, vendiendo seguros personales, auto y agropecuario, aunque en este último ocupa un lugar importante en su comercialización las Cooperativas de Crédito y Servicios como agentes para la comercialización en el territorio donde operan sus socios, y el resto de los productores agropecuarios de la zona. La relación banca-seguro, de extrema data e gran importancia, en Cuba solo se encuentra aplicada en los seguros agropecuarios,

⁵³ Gaceta Oficial de la República, No. 62, Ordinaria, de 27 de diciembre de 2012.

y constituye un reto su inclusión en los seguros personales vinculado a los créditos personales.

La escasa penetración de acceso a internet conspira con la venta por tal vía. La venta de seguros telefónicamente o a través de Internet no son canales específicos de distribución, sino instrumentos a disposición de cualquiera de los canales antes mencionados. Internacionalmente se promueve una nueva modalidad financiera en internet: la Compra Asegurada. Al comprar un producto vía web, el consumidor puede contratar el seguro, que garantiza el pago de las cuotas contratadas en el caso de desempleo, muerte accidental o invalidez. Incluso, existen seguros que se venden por las compañías telefónicas, solo enviando en mensaje desde el celular, y esto no se vende en Cuba.

V. ELEMENTOS DEL CONTRATO.

No existe uniformidad conceptual cuando los autores se refieren a los elementos del contrato de seguro.

Para Halperin constituyen elementos esenciales el interés asegurable, el riesgo y la prima, así como los demás elementos comunes al resto de los contratos, mientras Benítez de Lugo refiere de requisitos en lugar de elementos, y señala el consentimiento, los sujetos, el objeto (el riesgo) y el interés asegurable (causa).

Broseta Pont identifica como elementos a la causa (riesgo e interés), el objeto (conjunto de obligaciones), el consentimiento y los elementos personales y reales (sujetos y póliza), y Garrone y Castro Sammartino⁵⁴ señalan como elementos esenciales y necesarios en la definición del contrato de seguro; el interés asegurable, el riesgo, la prima y la prestación del asegurador.

Los franceses Picard y Besson⁵⁵ entienden que son elementos esenciales y necesarios al contrato de seguro; el interés asegurable, el riesgo, la prima y la prestación del asegurador. Contreras Strauch⁵⁶ defiende que son esenciales el riesgo, la obligación de indemnizar y la prima.

1. Elementos personales.

Una parte de la doctrina interpreta como sujetos al asegurador y al asegurado, mientras que otra mantiene al asegurador y al tomador.

⁵⁴ GARRONE, J. A./ CASTRO SAMMARTINO, M. E.: *Ley de seguros. Comentario y jurisprudencia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 18.

⁵⁵ PICARD/ BESSON : *Les Assurances Terrestres en Droit Francais*, LDGJ, París, 1950, p. 50.

⁵⁶ CONTRERAS STRAUCH, O.: “*El interés*”, cit., p. 71.

Para Garrone y Castro Sammartino⁵⁷, son aquellas personas sobre las cuales recaen los derechos y obligaciones del contrato, el asegurador y el asegurado. Para otros⁵⁸, las partes del contrato de seguro son el asegurado y el tomador, quedando el asegurado, cuando no coincide con el tomador, y el beneficiario, como intervinientes, al igual que el resto de los sujetos.

El artículo 9 del DL 263 establece que son partes del contrato de seguro la entidad de seguros y el asegurado, como persona titular del interés asegurado y, por consiguiente, aquella cuyos bienes, persona y responsabilidades están expuestas al riesgo y que ejerce los derechos y responde por las obligaciones de la relación contractual constituida, declarando en artículo siguiente que el tomador y el asegurado pueden ser o no la misma persona. Entendemos atrevida esta declaración, pues no siempre el asegurado es parte del contrato, y no siempre asume obligaciones, pues ocurre que el tomador contrata y se obliga al pago de la prima y demás obligaciones, sin obviar que el asegurado dispone del bien asegurado y debe protegerlo.

2. Asegurador.

Asume la obligación fundamental del pago de la indemnización, si se producen los elementos contemplados en el contrato. Estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado.

El asegurador, no importa la clase de seguros a que se dedique, debe hallarse siempre en disposición de cubrir la totalidad de las obligaciones vencidas, con el importe de las primas percibidas⁵⁹.

3. Tomador.

En ocasiones llamado contratante, es la persona natural o jurídica que contrata el seguro con la entidad aseguradora y que responde del cumplimiento de los deberes y obligaciones que derivan del contrato de seguro. En ocasiones se refiere solo al tomador y en otras al tomador y el asegurado.

4. Asegurado.

⁵⁷ GARRONE, J. A./CASTRO SAMMARTINO, M. E.: *Ley de*, cit., p. 16.

⁵⁸ CARVAJAL-GARCÍA, M.: “Asociaciones de protección e indemnización”, *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, núm. 18, pp. 33-34.

⁵⁹ BARRENA, S. L.: *Seguros*, Sociedad Colombista Panamericana, La Habana, 1956, p. 50.

Persona natural o jurídica titular del interés asegurado y por consiguiente aquella cuyos bienes, personas y responsabilidades, están expuestas al riesgo y que ejerce los derechos y responde de las obligaciones y deberes de la relación constituida. Por lo común “contratante del asegurador y titular de todos los derechos, obligaciones y cargas de la relación aseguradora”⁶⁰. Según el art. 9.2 del DL 263, es la persona titular del interés asegurado y, por consiguiente, aquella cuyos bienes, persona y responsabilidades están expuestos al riesgo y que ejerce los derechos y responde por las obligaciones de la relación contractual constituida;

Su obligación principal es la del pago de la prima acordada por el seguro contratado. Ahora bien, el asegurado puede quedar sometido por la figura del tomador, el cual actuará por cuenta propia (en caso de duda se presume que actúa siempre de esta forma) o por cuenta ajena, procediéndose al cumplimiento y deberes de la persona del asegurado, sin que implique ello que el asegurado no puede realizar o cumplir dichas obligaciones. El tomador, en cuanto que no identifique al asegurado, lo indicará mediante la fórmula de “por cuenta de quien corresponda”. Una vez realizado el riesgo, el asegurado saldrá del anonimato para exigir el cumplimiento del contrato al asegurador que había pactado con el tomador.

5. Beneficiario.

Persona natural o jurídica que no es ni el tomador ni el asegurado, por tanto no es parte del contrato de seguro, pero es titular de los beneficios nacidos en virtud de dicho contrato, y recibe la indemnización a la que se obliga al asegurado en virtud del contrato.

Generalmente se utiliza para referirse a la persona perceptora de la indemnización distinta del asegurado, normalmente en los contratos de seguro de vida, pero que también puede existir en ciertos contratos como son los que sirven para asegurar que, en caso de fallecimiento del deudor, el acreedor puede ser remunerado. El nombramiento del beneficiario puede modificarse, aunque en el último supuesto indicado (para pago de deuda) tiene carácter irrevocable dicha designación.

Igual se utiliza para los seguros de cargas en operaciones de importación (CIF), en los seguros de bienes bajos esquemas de leasing y de otras operaciones bajo financiamiento bancario, donde se nombra a la institución financiera como beneficiario.

Alejada de la práctica cubana actual, no puede olvidarse que esta figura es la utilizada en los seguros de bienes en prenda o hipotecados, donde se nombra beneficiario al

⁶⁰ GARRONE, J. A./CASTRO SAMMARTINO, M. E.: *Ley de*, cit., p. 17.

acreedor.

6. Tercero asegurado o protegido.

En algunos seguros se extiende la cobertura de la póliza a otras personas que no son el asegurado ni el tomador. En los seguros de autos se ampara al Conductor, considerado como cualquier persona que, con la debida autorización del Asegurado o el Tomador, y con la suficiente habilitación legal, lo conduzca o tenga bajo su custodia o responsabilidad en el momento del siniestro. En tal caso, se extiende la Cobertura de Responsabilidad Civil, y la aseguradora, al sólo efecto de lo estipulado para la Responsabilidad Civil, considerará, como si fuera el Asegurado, o cualquier otra persona que con conocimiento y consentimiento de aquél, esté conduciendo el vehículo asegurado, siempre que dicho conductor observe, cumpla y se sujete a los términos y condiciones de la Póliza y aunque le brinda el mismo tratamiento del asegurado, no es tal.

7. Tercero perjudicado.

Persona totalmente ajena al contrato, recibe un daño por parte del asegurado, teniendo la posibilidad de reclamar a la aseguradora, hasta el límite de la póliza.

8. Mediador.

Ejercerá la actividad de mediación entre los tomadores del seguro y asegurados, de una parte, y las entidades aseguradoras autorizadas para ejercer la actividad aseguradora, de otra. Igualmente comprenderá aquellas actividades llevadas a cabo por quienes realicen la mediación que consistirá en la promoción y asesoramiento preparatorio de la formalización de contratos de seguro y la posterior asistencia al tomador del seguro al asegurado o al beneficiario del seguro.

Habrá de reunir los requisitos exigidos por la Ley. Los mediadores de seguros ofrecerán información veraz y suficiente en la promoción, oferta y suscripción de las pólizas de seguro y, en general, en toda su actividad de asesoramiento se clasifican en agentes de seguros y corredores de seguro, y pueden ser personas naturales o jurídicas.

9. Agente de seguros.

De larga data en nuestro mercado, en el siglo XIX operaban en la Habana agentes de compañías españolas, inglesas y norteamericanas. En un momento que se atacó la figura y se pretendió vender solo por medio de oficinas propias, en fecha tan lejana como 1913, Domínguez Roldán defendió la necesidad del agente de seguros para que las aseguradoras puedan vender, alertando del peligro de que sin agentes las aseguradoras no pueden seguir vendiendo, y comenta sobre compañías alemanas, “... que, confiando en su crédito y en sus prestigios, se aventuraron a probar fortuna con este procedimiento no tardaron en sentir los efectos de su equivocación lamentable, porque se inició un descenso de su producción, descenso que, acentuándose rápidamente, las redujo a una situación verdaderamente insostenible”⁶¹.

El DL 177 en su artículo 2 d) define al agente de seguros como toda persona natural o jurídica que expresamente autorizada y vinculada a una aseguradora mediante un contrato de mandato oneroso (agencia), se dedique de forma habitual y permanente a servir de mediadora entre ésta y los posibles tomadores, conservando una cartera de seguros reconocida.

Con el proceso de nacionalización quedó reducida su utilización a lo mínimo, revitalizándose con la creación de la ESEN, que en la década del 80 tramitó su autorización y comenzó su utilización a gran escala, teniendo hoy una presencia significativa, concentrando la gestión y cobro de los seguros personales y de transporte terrestre, fundamentalmente.

10. Corredores de seguro.

Se define en el DL 177, artículo 2 c) que el corredor de seguros es toda persona natural o jurídica que expresamente autorizada y sin que medie contrato de mandato (agencia) con aseguradora alguna, se dedique de forma habitual y permanente a servir de mediadora entre éstas y los posibles tomadores, ofreciendo asesoramiento profesional imparcial a quienes demandan la cobertura de los riesgos a que se encuentran expuestas sus personas, patrimonio, intereses o responsabilidades, conservando una cartera de seguros reconocida.

Los corredores de seguros no mantienen relación o vinculación contractual con las aseguradoras que suponga afección de ningún tipo con ellas, lo que garantiza su total independencia y su total imparcialidad a la hora de seleccionar para sus clientes las opciones que consideren más adecuadas a sus necesidades.

⁶¹ *Revista de Seguros*, 1913, núm. 23, p. 14.

Solo opera una compañía con esta licencia, ASISTUR, aunque en realidad solo vende seguros de las dos aseguradoras, todos diferentes y sin constituirse en un verdadero especialista asesor en la materia.

11. Auxiliares o Colaboradores.

Son entidades de servicios auxiliares del seguro las personas jurídicas expresamente autorizadas para prestar de forma habitual y permanente servicios de: inspección, tasación y ajuste de averías, cálculos actuariales, evaluación y prevención de riesgos, lo que se encuentra recogido en el art. 2 e) del DL 177.

Los peritos dictaminan sobre las causas del siniestro, la valoración de los daños y las demás circunstancias que influyen en la determinación de la indemnización derivada de un contrato de seguro y formulan la propuesta de importe líquido de la indemnización.

El DL 263 es restrictivo, pues hay que disponer de una licencia otorgada por la SSC para actuar como tal, y como en realidad las pocas existentes solo ofrecen servicios a personas jurídicas y no a las naturales, los asegurados personas naturales no pueden nombrar peritos y tasadores, quedando como opción rebatir los dictámenes presentados para proceder a la liquidación e indemnización.

VI. ELEMENTOS REALES.

1. El interés asegurable u objeto sobre el que recae el contrato de seguro.

Resulta el interés del asegurado en el bien objeto expuesto al riesgo, uno de los elementos esenciales del contrato de seguro, la relación que vincula al asegurado con el objeto de los riesgos que se aseguran, interés que debe ser lícito, so pena de nulidad, y susceptible de valoración económico. Es la relación entre el asegurado y un bien, susceptible de sufrir un daño valorable.

Se relaciona con el principio indemnizatorio, por cuanto la aplicación del interés asegurable relaciona a que el seguro es un contrato de mera indemnización y no puede dar origen a que el asegurado obtenga de él ganancia alguna.

El interés debe ser subjetivo, pues está relacionado con persona concreta, que es la interesada en mantener integro el patrimonio, salvo en el caso del seguro por cuenta de quien corresponda, con la consiguiente autorización para la transmisión automática del seguro al comprador de la cosa asegurada, cuando se permite al asegurador analizar al nuevo titular del interés y decidir si mantenerlo como

asegurado o no, y en caso negativo se otorga un plazo para que el asegurado obtenga la aprobación de otro asegurador, manteniendo la cobertura en el intervalo de cambio de asegurador.

En los seguros personales, aunque la noción del interés se desprende de la idea exclusiva del perjuicio económico concreto, no basta esta, pues se acepta el interés de tipo moral, en el sentido de una relación de afecto que interese la vida y no la muerte del asegurado, con el riesgo que entraña cuando se aceptan pólizas sobre la vida de personas sobre las cuales no se tienen vínculos económicos o de afecto, que encubre un juego o apuesta, lo que se prohibió expresamente mediante la *Gaming Act* de 1774 dictada por el Parlamento Inglés.

Mientras para algunas legislaciones⁶² se considera el interés asegurable un elemento esencial para la validez o la fuerza ejecutoria de todo tipo de contratos de seguros, para otras⁶³, solamente se exige como elemento de validez en los seguros de daños. El interés asegurable está presente en todo tipo de seguro, pues sin ese elemento se transformaría en una apuesta, pero, aún siendo el interés un elemento común a todo contrato de seguro, donde ciertamente adquiere una significación particular, es en el seguro contra daños.

2. El riesgo.

Resulta elemento esencial del contrato de seguro, la “posibilidad de ocurrencia de un evento predeterminado capaz de lesionar el interés garantizado⁶⁴”, convirtiéndose en su causa, y consiste en el hecho de que, al tiempo de la celebración del contrato, es incierto para cada una de las partes si le reportará una pérdida o una ventaja que sea proporcionada al sacrificio patrimonial a soportar. Resulta la posibilidad prevista en la póliza de que suceda un acontecimiento o suceso futuro e incierto, imprevisto, que provoque un menoscabo al asegurado, o una necesidad económica⁶⁵.

La Sentencia No. 62 del Tribunal Supremo de Justicia, de 30 de junio de 1909, expone que “el riesgo es en el contrato de seguro la condición esencial, y en atención a la clase del mismo y a la mayor probabilidad o proximidad del suceso aciago, es que los contrayentes estipulan las condiciones fundamentales del contrato⁶⁶”. Ya más cerca de nosotros, el Tribunal Supremo Popular dictó que para el seguro de vida, “...el riesgo está, sobre todo, en tener que pagar la suma

⁶² Reino Unido, Estados Unidos, Canadá (salvo la Provincia de Quebec), Australia, Sudáfrica, Nueva Zelandia, Chile, Uruguay, Brasil y Colombia, entre otros.

⁶³ Francia, Alemania, Italia, España, Argentina, Paraguay.

⁶⁴ TZIRULNIK, E./ QUERIOZ F. DE/ CAVALCANTI, B./ PIMENTEL, A.: *O Contrato*, cit. p. 36.

⁶⁵ En los contratos de seguros de vida, el menoscabo económico no se da para el asegurado, lo que no implica que no se geste una necesidad económica con su muerte.

⁶⁶ ALEMÁN Y FORTÚN, J.: *Jurisprudencia de*, cit., p. 295.

convenida antes de haber percibido el asegurador el número de primas necesario para cubrir la muerte prematura del asegurado⁶⁷”

El riesgo debe ser posible, fortuito (si se verifica el suceso), natural, no provocado ni agravado por el asegurado y real, o sea, que el riesgo exista al celebrarse el contrato y que aún no suceda, que los eventos o sucesos sean asegurables, es decir, que se excluyan como riesgos. Existe una diferencia entre la incertidumbre individual y el riesgo, por cuanto la incertidumbre es un sentimiento humano, y el riesgo es el estado social objetivo.

Asimismo, debe ser determinado en cuanto a que debe precisarse en el contrato y no puede comprender todos los eventos dañosos a que esté sujeto el asegurado. Igualmente, debe ser temporal, por un plazo que se estipule en el contrato.

Es la sombra que sigue al cuerpo de toda actividad económica del hombre, trazando sus éxitos en su ausencia y su fracaso con su presencia, y que esta sombra solo puede ser eliminada por la institución del seguro. Es un elemento imprescindible para la formación de la tasa a ser aplicada para el cálculo de la prima.

La posibilidad de ocurrencia del riesgo es un estado de incertidumbre intermedio entre la posibilidad y la certeza, posible de graduar. El grado de posibilidad de su realización puede tener mayores o menores probabilidades de que se produzca. La incertidumbre del riesgo puede recaer, indistinta o conjuntamente, sobre si el mismo se va a realizar –*incertus an-*, sobre cuándo va a suceder –*incertus quando-* o sobre la intensidad de sus consecuencias –*incertus quantum-*. Para ser asegurado, se valora las condiciones de dispersión, probabilidad e intensidad.

La normativa cubana lo reconoce como la posibilidad, contemplada en el contrato de seguro, de que ocurra un determinado evento, un acontecimiento o suceso futuro e incierto, imprevisto, dañoso en la persona, en sus responsabilidades o en sus bienes.

3. El siniestro.

El siniestro es la posibilidad que se prevé en el contrato de que tenga lugar, en el futuro, un suceso dañoso que podría ser el robo, incendio, terremoto, la muerte, la enfermedad o accidente, la obligación de hacer un pago en el caso de responsabilidad civil, de contribuir en el reaseguro, o la indemnización que deba cubrirse en virtud de otros contratos de seguros, entre otros. El contrato será nulo si en el momento de la celebración el riesgo hubiera desaparecido o el siniestro se hubiere realizado.

⁶⁷ Sentencia No. 10, de 10 de marzo de 1978, de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular, juez ponente, Cisneros Ponteau.

4. La prima.

Es la prestación esencial del asegurado, el precio de la garantía recibida, “el precio del seguro”⁶⁸. En los seguros mutuales el precio se llama “cotización”. Se exige su entrega bien en forma única o bien periódicamente y con carácter anticipado. Como es lógico en este tipo de contratos, la falta de entrega de la misma da lugar a que el contrato quede en suspenso o que incluso pueda rescindirse. Sobre el tomador del seguro pesa la obligación de pago de la prima en las condiciones establecidas en la póliza, y que dicho precio representa un requisito básico en la conmutatividad del convenio, es algo que no puede dudarse.

La prima pura (estadística, neta, teórica o de riesgo) es el equivalente matemático del riesgo, mientras la prima comercial (bruta, cargada o de tarifa) comprende la prima pura más los gastos administrativos de la aseguradora en su actividad, los impuestos y ganancias. Es el precio que el asegurador debe pagar y comúnmente se le denomina “premio”.

Están obligados a pagarla el asegurado, en los seguros por cuenta propia, y el tomador en los seguros por cuenta ajena.

La consensualidad del contrato de seguro hace que la prima se deba desde el momento de su celebración, aunque no sea exigible hasta la entrega de la póliza.

VII. ELEMENTOS FORMALES.

1. La póliza.

Resulta el documento escrito donde consta el contrato de seguro. En él se formaliza el contrato, y recogerá las condiciones del contrato de seguro con las indicaciones necesarias. Deberá ser redactada en español y, si el tomador del seguro lo solicita, en otro idioma. En la ley cubano no se obliga a constar en documento público (ante notario).

Por el principio de consensualidad, con el consentimiento de las partes a través del acuerdo, comienzan los efectos del contrato. La póliza emitida por el asegurador presupone el perfeccionamiento del contrato y constituye un acto de ejecución del mismo. Pueden ser emitidas al portador, a la orden o nominativamente. Es usual en el mercado cubano operar con las condiciones particulares, generales y especiales, definiciones que recoge el artículo 8, numerales 7, 8 y 9, del DL 263.

⁶⁸ GARRONE, J. A./M. E. CASTRO SAMMARTINO, M.: *Ley de*, cit., p. 52.

2. Condiciones particulares.

Recoge los datos identificativos del asegurado, el tomador, el asegurador, el interés asegurado, la suma o valor asegurado, los riesgos cubiertos o el acontecimiento a los que está subordinada la indemnización o la prestación, la prima a pagar por el asegurado, con expresión de la fecha y lugar de pago, el día y la hora de comienzo y terminación del contrato, así como los demás pactos lícitos que hubieren convenido los contratantes.

3. Condiciones generales.

Las Condiciones Generales reflejan el conjunto de normas básicas que establece el asegurador para regular todos los contratos de seguro que comercialice en la misma modalidad de cobertura.

En tales condiciones se establecen normas relativas a la extensión y objeto del seguro, cobertura, forma de liquidación de los siniestros, pago de indemnizaciones, pago de la prima, obligaciones de las partes, sumisión, subrogación, etc.

4. Condiciones especiales.

Su función es matizar o perfilar el contenido de algunas normas recogidas en las primeras. Como ejemplo, la supresión de algunas exclusiones y la inclusión de otras nuevas, así como la inclusión de nuevos riesgos.

VIII. PRINCIPALES DERECHOS, CARGAS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES DEL CONTRATO DE SEGURO.

La principal obligación del asegurado resulta pagar la prima, mientras que un ejemplo de carga, es denunciar el siniestro. En principio, salvo pacto contractual o legal, las cargas pueden ser cumplidas eficazmente por terceros, y pueden ser de información o de conducta, consistiendo en una acción u omisión. Las de información son declaraciones de conocimiento, de ejecución instantánea, a cumplirse en el domicilio del asegurador. Las cargas de conducta son acciones u omisiones, generalmente de acción continuada, que deberán cumplirse en el lugar de ubicación de la cosa o en el domicilio del sujeto sobre el cual recaen, según se trate,

respectivamente, de seguros de intereses o de personas.

El incumplimiento de las cargas produce la caducidad de los derechos, o la suspensión de cobertura. La caducidad es definitiva y solo alcanza al siniestro sobre el cual no se cumplió la carga, manteniendo la cobertura del resto de los restantes riesgos ya producidos o que se produzcan. La suspensión de cobertura es provisoria y alcanza a todos los siniestros que se produzcan antes de la rehabilitación.

El asegurado tiene la carga de mantener el estado del riesgo y denunciar la agravación que sufra el estado del riesgo declarado. La agravación puede ser por acción u omisión, y ser subjetiva o voluntaria, u objetiva o involuntaria.

1. El asegurado.

Las obligaciones legales del asegurado son:

Declarar sinceramente en la solicitud del seguro, sobre los hechos y circunstancias que puedan influir en la aseguradora para valorar el riesgo. En realidad llenar la solicitud del seguro es un deber precontractual, condición para el negocio, pues sin ello no es posible negociar el contrato, y ser veraz es una obligación. Queda en el marco de la incertidumbre hasta donde debe o tiene que conocer el contratante de los hechos y circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo, pues no es un especialista en la materia, lo es el asegurador.

Pagar la prima, lo que constituye, inobjetablemente, la principal obligación de quien contrata el seguro, que la ley impone como obligación al asegurado, pero que en realidad corresponde al tomador. Utilizar la denominación “prima” tiene el inconveniente de que en las sociedades de seguros mutuos a la prima se le denomina “cotización” a la contraprestación monetaria, sociedad que no se encontraba en la visión del legislador, pero que nuestra legislación si recoge, aunque no se acogen hoy por la administración aprobar su creación. En tal sentido, se reconoce como *nomen iuris* de la obligación principal del asegurado el “premio” como genérico que incluye la prima y la cotización⁶⁹.

Se obliga de manera imperiosa al asegurado a prevenir y evitar el siniestro, cuando prevenir, como sinónimo de precaver, es tomar precauciones para evitar un daño, y como protegerse, es prepararse para una cosa con anticipación. Mientras, evitar es impedir que ocurra un suceso desagradable, por lo que el asegurado no siempre encuentra a su alcance cumplir tal obligación. Puede tomar precauciones, pero impedir es más complejo.

⁶⁹ STIGLITZ, R. S.: *Ley de seguros anotada y comentada*, Alterini, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 2.

Notificar a la aseguradora los cambios en el riesgo cubierto, para lo cual cuenta con cinco (5) días para comunicarlo, por escrito. En este caso, la duda de razonamiento queda en que quien tiene el conocimiento para definir si un cambio de circunstancia incidiría en no haber suscrito el contrato o hacerlo más gravoso solo queda en el campo de la aseguradora, no del asegurado. La entidad especializada, la aseguradora, es quien puede determinar si el cambio de circunstancias es significativo o no.

Notificar el siniestro y exigir su pago, en lo que confunde la ley las obligaciones con derechos, pues notificar es una obligación y exigir el pago es un derecho, donde no se dispone cual es la forma y plazo (expresión que realmente corresponde en lugar de término), para notificar, cuando tal plazo debe ser regulado por ley.

Probar la ocurrencia del siniestro, en lo que constituye otra de las definidas obligaciones clásicas del asegurado, pues la carga de la prueba le corresponde a este, considerando que es quien reclama y sustenta en un acontecimiento que le ha sucedido y del que solo él tiene conocimiento. De tal manera, se recoge de manera imperativa por la ley.

Se obliga el asegurado a adoptar las medidas necesarias para salvar, recobrar lo asegurado o para conservar sus restos, en lo que constituye una obligación excesiva, sin límites en su alcance, lo que supone un desequilibrio hacia el asegurado. Acertado resultara que los gastos ocasionados en el salvamento se incluyera en la indemnización, pues ello incitaría financieramente al asegurado a obrar como un buen padre de familia.

Garantizar a la aseguradora el ejercicio de su derecho de subrogación; por lo que en los seguros de responsabilidad civil el asegurado no podrá reconocer su responsabilidad ni celebrar acuerdos con el tercero perjudicado sin el consentimiento de la aseguradora y, de hacerlo, esta última quedará liberada de sus obligaciones, en lo que sucede una obligación encubierta. Asimismo, el asegurado debe (en realidad “tiene” que) prestar la colaboración necesaria ante la defensa asumida por la aseguradora frente a la reclamación del perjudicado.

Por último, sin desmérito de las que se pacten en la póliza, el asegurado debe entregar cualquier documento relacionado con el proceso, civil o penal, en que se le hubiera demandado o acusado.

2. La prestación del asegurador.

En los seguros de daños el asegurador debe indemnizar el daño hasta el límite de la suma asegurada. Para determinar el alcance de la indemnización, se aplica la regla

proporcional.

La suma asegurada tiene varias funciones en el contrato de seguro, es la “base del cálculo de la prima, límite de la prestación del asegurador y parámetro de la aplicación de la regla proporcional cuando corresponda⁷⁰”.

El daño se adecúa en correspondencia al valor del bien al momento del siniestro. Podrá ser venal si su destino era la comercialización, o de su uso si esa era su única función.

El valor venal, objetivo o de cambio, es el valor de mercado del bien, y “se fija según el precio de venta si el asegurado era el productor; según el valor de adquisición si era comerciante; y según el valor de las materias primas, más los gastos, si era fabricante⁷¹”.

El valor de uso está dado por la suma necesaria para reemplazar o reconstruir el bien, menos la depreciación por antigüedad. El principio de la indemnización del daño de acuerdo al valor del bien a la época del siniestro puede variarse a la clausula de valor a nuevo, para lo cual se pacta la reconstrucción o reposición de la cosa.

En los seguros de daños, denunciado el siniestro, el asegurador debe pronunciarse sobre el derecho del asegurado, en un plazo que la mayoría de las legislaciones imponen en defensa del asegurado, lo que no aparece en la ley cubana. El vencimiento del plazo sin pronunciamiento implica aceptación del siniestro con la extensión denunciada.

La función ejercida por el liquidador requiere de un profesional idóneo, donde no es excusable el error de la aseguradora en la cuantificación de los daños y el consecuente encuadre contractual de sus obligaciones, pues debiendo contar con personal técnico especializado en la liquidación de siniestros, el mismo solo puede atribuirse a impericia o negligencia en el proceso de valuación de daños.

El informe no es vinculante, salvo conformidad de ambas partes. En caso de disconformidad con la determinación del daño realizada por el liquidador, suele emplearse una revaluación pericial, si está pactado entre las partes. En todo caso se trata de una técnica pericial o juicio de peritos. Cuando no se alcanza un acuerdo amigable, o no están previstos mecanismos de valuación pericial, la estimación del *quantum* de la prestación a realizar por la aseguradora debe ser determinada por autoridad judicial.

⁷⁰ GARRONE, J. A./ CASTRO SAMMARTINO, M. E.: *Ley de*, cit., p. 84.

⁷¹ GUSTAVO, R.: *Manual de seguros*, Deparma, Buenos Aires, 1998, p. 98.

IX. EL REASEGURO.

Constituye la transferencia de una parte de los peligros o riesgos que un asegurador directo asume frente a los asegurados, mediante contratos o por disposiciones legales, a un segundo asegurador, el reasegurador, que no tiene relación contractual directa con el asegurado. Igual se entiende que es asegurar de nuevo un riesgo ya asegurado. Resulta un contrato independiente de la indemnización y no un contrato accesorio de garantía⁷², le es extraño el asegurado y no constituye su objeto el interés asegurado en la póliza que le dio origen, sino el riesgo del asegurador directo, que se obliga a compartir, en interés del mismo, que es el que paga la responsabilidad que asume, con una parte proporcional de las primas convenidas o con una prima especial.

Permite la compensación estadística necesaria, igualando u homogenizando cuantitativamente los riesgos que componen su cartera de bienes asegurados, mediante la cesión de parte de tales riesgos a otras entidades, sirviendo para distribuir entre otros aseguradores los excesos de riesgos de mayor volumen y permitiendo al asegurador directo operar sobre una masa de riesgos aproximadamente iguales. Facilita la explotación masiva del negocio del seguro, permitiendo a la aseguradora, asumir riesgos por encima de su capacidad económico-financiera.

Según el artículo 3 del DL 177, las operaciones de reaseguros y de mediación en los reaseguros quedan igualmente bajo la jurisdicción del control de la SSC. A tenor del DL 263, como contrato de reaseguro se entiende que el reasegurador se obliga a indemnizar, dentro de los límites establecidos en el contrato, los daños y las pérdidas que afectaran el patrimonio del reasegurado como consecuencia del cumplimiento de la obligación asumida por este como entidad de seguros en un contrato de seguro, señalando que constituye un contrato independiente del contrato de seguro y no origina beneficio alguno para el asegurado, que solo tendrá acción directa frente a su entidad de seguros por el importe de la prestación a que tuviera derecho en virtud del contrato de seguro.

La aseguradora, cumplida su obligación con el asegurado, podrá repetir frente al reasegurador en virtud del contrato de reaseguro, y se encuentra obligada a comunicar a su reasegurador, si así se estableciera en el contrato de reaseguro, en la forma y el término que acuerden, de las alteraciones o modificaciones de los riesgos, de los valores asegurados y, en general, de cualesquiera otras condiciones del contrato de seguro.

⁷² SÁNCHEZ ROCA, M.: *Curso de Legislación Mercantil. (El Código de Comercio)*, Editorial Lex, La Habana, 1959, p. 331.

BIBLIOGRAFÍA

ALEMÁN Y FORTÚN, J.: *Jurisprudencia administrativa sobre seguros en dos apéndices: el I, contenido de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el II de un índice de la legislación vigente en materia de seguros y fianzas*, Lex, La Habana, 1943.

BARRENA, S. L.: *Seguros*, Sociedad Colombista Panamericana, La Habana, 1956.

BARRERA TAPIAS, C. D.: *Los seguros y el derecho civil*, Colección profesores 2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Publicaciones Pontificia Universidad Javeriana, 1991.

BATALLER GRAU, J.: *Curso de Derecho Privado*, 7ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia 2004.

BENÍTEZ DE LUGO REYNALDO, L.: *Tratado de seguros*, vol. I, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1955.

BODES, N.: *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

CARVAJAL-GARCÍA, M.: “Asociaciones de protección e indemnización”, *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, núm. 18.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y floral*, sexta edición, revisada, Instituto editorial Reus, Madrid, 1944.

CONTRERAS STRAUCH, O.: “El interés asegurable. Su relevancia en el seguro”, *Revista chilena de Derecho de Seguros*, año 8, 2006, núm. 16.

DÍAZ BRAVO, A.: “¿Consensualidad o formalidad?”, en AA.VV., *I Forum de Derecho de Seguros*, “José Sollero Filho,” *Anais, Estudio de Derecho de seguros*, (coordinado por el Instituto Brasileño de Derecho de Seguros – IBDS), Max Limonad, Sao Paulo, 2001.

DÍAZ BRAVO, A.: *Contratos mercantiles*, novena edición, IURE Editores, México, 2008.

DÍEZ-PICAZO, L. y A. GULLÓN.: *Instituciones de Derecho Civil*, vol. 2, Tecnos, Madrid, 1995.

DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, Vol. II, Milano, 1952.

- FERNÁNDEZ, R. L., *Código de Comercio Comentado*, t. II, Wolter, Buenos Aires, 1950.
- GARRONE, J. A./ CASTRO SAMMARTINO, M. E.: *Ley de seguros. Comentario y jurisprudencia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- GUSTAVO, R.: *Manual de seguros*, Deparma, Buenos Aires, 1998.
- HALPERIN, I./ MORANDI, J.C.F.: *Seguros, Exposición Crítica de las Leyes 17.418 y 20.091*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1983.
- HALPERIN, I.: *Seguros*, t.1, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1986.
- ILLESCAS, R.: “Principios fundamentales del Contrato de Seguro”, *Revista Española de Seguros*, 2014, núm. 157.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código Civil español*, t. XII, quinta edición, Instituto editorial Reus, Madrid, 1951.
- MESSINEO, F.: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, t. IV, Ejea, Buenos Aires, 1971.
- MUÑOZ PAREDES, J. M.: *El coaseguro*, Civitas, S.A., Madrid, 1996.
- OJEDA RODRÍGUEZ, N.: “Clasificación de los contratos”, en Colectivo de autores, *Derecho de Contratos I, Teoría General del contrato*, Félix Varela, La Habana, 2003.
- PÉREZ-SERRABONA, J. L.: *El Contrato de Seguro. Interpretación de las Condiciones Generales*, Comares, Granada, 1993.
- PICARD/ BESSON: *Les Assurances Terrestres en Droit Français*, LDGJ, París, 1950.
- PONCE GÓMEZ, F./ CASTILLO, R. P.: *Nociones de Derecho Mercantil, Banca y Comercio*, reimpresión, México DF, 2004.
- PUIG PEÑA, F.: *Tratado de derecho civil español*, t. IV, vol. II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951.
- RAPA ÁLVAREZ, V.: *Manual de Obligaciones y Contratos*, t. I, Universidad de la Habana, La Habana, 1991.
- RAPA ÁLVAREZ, V.: *Manual de Obligaciones y Contratos*, t. II, segunda edición, Félix Varela, La Habana, 2003.

- RIPERT/ G.-BOULANGER, J.: *Tratado de Derecho Civil*, La Ley, Buenos Aires, 1964.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J.: *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, vigesimosegunda edición, Porrúa, S.A., Méjico, DF, 1996.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho mercantil*, Madrid, 1994.
- SÁNCHEZ ROCA, M.: *Curso de Legislación Mercantil. (El Código de Comercio)*, Editorial Lex, La Habana, 1959.
- SEGURA Y CABRERA, A.: *El Contrato de seguro de vida*, La Universal, La Habana, 1898.
- STIGLITZ, R. S.: *Ley de seguros anotada y comentada*, Alterini, La Ley, Buenos Aires, 2011.
- STIGLITZ, R.: *Derecho de Seguros*, tercera edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.
- TZIRULNIK, E./ QUERIOZ F. de/ CAVALCANTI, B./ PIMENTEL, A.: *O contrato de seguro de acordo com o novo código civil brasileiro*, 2º ed. revisada, actualizada y ampliada, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.
- ULHOA COELHO, F.: *Curso de direito comercial*, 7ª ed. revisada y actualizada, Editora Saraiva, São Paulo, 2007.
- URÍA, R.: *El Seguro Marítimo*, Bosch, Barcelona, 1940.
- VIVANTE, C.: *Derecho Comercial*, t. 14, vol. I, núm. 10, Ediar, Buenos Aires, 1952.
- ZUNINO, J. O.: *Régimen de seguros, Ley 17.418*, Astrea, Buenos Aires, s/f.

