

El alea en el contrato de seguro

Alejandro VIGIL IDUATE

Profesor Asistente de Derecho de la Empresa
Facultad de Derecho. Universidad de La Habana.

Sumario:

1. La filosofía y la suerte. 2. Clasificación y generalidades del contrato aleatorio. 3. Carácter aleatorio del contrato de seguro. 4. Carácter conmutativo del contrato de seguro. 4.1. La realización de estudios estadísticos y actuariales previos como justificación del carácter conmutativo. 4.2. El carácter de garantía. 4.3. La equivalencia de las contraprestaciones. 5. Razonando y concluyendo.

1. La filosofía y la suerte

El término aleatoriedad implica la cualidad de aleatorio; esto es, de aquello que pende de la suerte, del azar o de algún suceso fortuito y, por lo mismo, inseguro.

Ambos términos, aleatoriedad y aleatorio, para muchos autores¹, se derivan etimológicamente de la palabra latina *alea-ae* que significa dos cosas: 1. Juego de dados, juego de azar en general; 2. Azar, casualidad, riesgo, suerte, fortuna. Para otros², su origen es árabe, *azahr*, dado para jugar. Resulta excelente contar con un criterio propio y remoto, pero una antigua locución latina no podemos dejar pasar por alto, *alea iacta est*, lo que motiva a pensar que el origen latino no es desdeñable.

El término azar en el pensamiento antiguo estuvo relacionado a un sentido mítico o mágico, lo que coadyuvó en la formación de conceptos y sistemas religiosos, que de una manera u otra se mantienen en el pensamiento actual. La significación lógico-racional, que remite a la idea de causalidad, indeterminación y aleatoriedad, tiene una presencia más cercana en la historia humana. Con el paso del pensamiento mítico al pensamiento lógico la idea de imputación es desplazada por la de causalidad. La idea de causalidad, que implica necesidad, no supone sin más la posibilidad de predecir con exactitud, certeza, lo que acontecerá en el mundo físico³.

En el pensamiento jurídico, el hecho o suceso aleatorio, es entendido como un evento o acontecimiento futuro e incierto a cuya realización vincula el Derecho a la producción de

¹ MONTORO BALLESTEROS, Alberto, *La aleatoriedad en el derecho y el problema de la justicia*, Anales de Derecho, nº 23, Universidad de Murcia, 2005, p. 72.

² RODRÍGUEZ HERRERA, E., *Sinónimos jurídicos*, Habana, 1942, s/e., p. 94

³ La moderna epistemología científica, a partir de los datos de la física cuántica, sustenta el principio de indeterminación de HEISENBERG, que entiende que (al ser imposible predecir con absoluta precisión -dentro del átomo- la posición y velocidad de las partículas subatómicas) en el mundo natural existe el azar y la probabilidad, de manera que en el ámbito de la ciencia no cabe la certeza absoluta sino sólo un conocimiento probable de base estadística.

determinados efectos jurídicos. Este suceso aleatorio puede manifestarse y operar de dos formas: como condición, y como término.

Como condición se entiende el acontecimiento futuro e incierto de cuya realización depende la producción de determinados efectos jurídicos, “*incertus an et incertus quando*”; mientras que como término es el evento que se sabe que ha de producirse pero se ignora cuando, “*certus an et incertus quando*”.

El hecho o suceso aleatorio viene definido por las notas de futuridad, incertitud y contingencialidad o suerte. La futuridad hace referencia a la condición o cualidad de futuro, lo que significa que el suceso aleatorio no es algo actual sino potencial: algo que puede tener lugar u ocurrir en el futuro. La incertidumbre es cualidad consistente en la falta de certeza. Mientras la imposibilidad se valora como exclusión total de la realización de un suceso o lo que es lo mismo: certeza de que algo no ocurrirá.

La incertidumbre puede revestir las dos formas ya mencionadas en la condición: *incertus an e incertus quando* y presentarse con diferente grado de intensidad: cierto pero incierto cuándo, (la muerte); incierto pero probable, (posibilidad de que el evento planificado se desarrolle sin complicaciones); improbable pero no imposible (posibilidad de que un enfermo aquejado de gravísima enfermedad, salve la vida); y posible pero imprevisible (caso del hecho o suceso fortuito).

Todo este fundamento causal, de incertidumbre, da sustento a la teoría de los contratos aleatorios.

2. Clasificación y generalidades del contrato aleatorio

Una clasificación ubica los contratos en onerosos y gratuitos, siendo el primero aquel donde todas las partes asumen obligaciones; desglosándose a su vez los onerosos en conmutativos y aleatorios, correspondiendo a los primeros aquellos en los que el equivalente pecuniario de la contratación está bien determinado desde el momento mismo de la celebración del contrato, mientras que en los aleatorios no lo está, dependiendo su determinación de un aconteciendo venidero.

CIFUENTES⁴ define al contrato aleatorio como aquel por el que “una de las partes corre voluntariamente un albur en cuanto a la posibilidad de su ventaja, lo cual se llama un alea aceptada desde el principio”.

La clasificación de contratos aleatorios, en contraposición con la clasificación de conmutativo, es netamente doctrinaria, aunque aparece reflejada en algunos códigos civiles, lo que constituye la base inicial de la clasificación. ¿Cuándo aparece por primera vez la clasificación de aleatorio? En el Código napoleónico, pero aquí comienzan las contradicciones. En su art. 1.964 dispone que “*El contrato aleatorio es un convenio recíproco, cuyos efectos dependen de un acontecimiento incierto, tanto en cuanto a las*

⁴ CIFUENTES, Santos, *Elementos de derecho civil, Parte general*, 4ª edición, actualizada y ampliada, 2ª reimpresión, ASTREA, Buenos Aires, 1999, p. 373.

ventajas como en cuanto a las pérdidas; y ya para todas las partes, ya para una o varias de ellas”, pero el artículo 1.104 da otra definición⁵, “según la cual, se exige que las ganancias o las pérdidas dependan, para cada una de las partes, de un acontecimiento incierto”.

Franceses a favor de una y otra variante son varios. Por el artículo 1.964 se deslindan opiniones de LAURENT, DEMOLOMBE, AUBRY y RAU, BAUDRY, LACANTINERIE y WAHL, PLANIOL, GUILLOUARD, FUZIER, HERMAN; mientras que por el artículo 1.104 defienden TROPLONG, DURANTON, MERCADÉ, LAROMBIÈRE, COLIN y CAPITANT, entre otros.

El alea, o suerte, se encuentra presente e incide directamente sobre la posición a asumir por las partes, y la valoración de su importancia decide en muchas ocasiones cuál es la clasificación dada. Y la valoración no solo es legislativa. Una sentencia del Tribunal Supremo español, de 14 de noviembre de 1911, declara que los contratos aleatorios se diferencian de los conmutativos en que en los primeros el equivalente de lo que una de las partes ha de dar o hacer no está bien determinado, como en los segundos, desde el momento de su celebración.

En materia legislativa, existen códigos que han clasificado los contratos, cual es el caso de España, que dedica el Título XII, De los contratos aleatorios o de suerte, y la disposición general del artículo 1.790, donde estipula que *“Por el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado.”*

A continuación y dentro del Título, aparecía el Capítulo II, *Del contrato de seguro*, con siete artículos, del 1791 al 1797, todos derogados por la Ley No. 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro, que no lo ubica como aleatorio ni conmutativo y se limita a definir el concepto de contrato de seguro en su artículo 1: *“El contrato de seguro es 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”*. Continúa el Código con el Capítulo III, *Del juego y de la apuesta*, y el capítulo IV, *De la renta vitalicia*. El efecto de tal clasificación se siente hasta nuestros días, el peso de tan distinguida y voluminosa norma nos arrastra en numerosas apreciaciones.

Por extensión del Código español, el decimonónico Código Civil vigente en nuestro país hasta la promulgación del vigente, incluía la figura de los contratos aleatorios, lo que hoy no aparece al considerarse como inactuales. Otros códigos, como Italia 1942, Portugal 1967 y Perú 1987, tampoco incluyen la clasificación.

No es posible definir a los contratos aleatorios como aquellos en que está presente el riesgo de ganancia o pérdida, pues los contratos de sociedad son un exponente del riesgo de perder una inversión; si se les caracteriza como aquellos en que la prestación no está determinada,

⁵ MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil español*, tomo XII, 5ª edición, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1951, p.12.

pues dependen de un evento incierto, se les confunde entonces con los condicionales, que consisten en que no existe ganancia o pérdida si la condición deja de cumplirse. En cambio, en el contrato aleatorio una de las dos partes gana o pierde, porque es siempre cierto que sucederá o no sucederá.

Sucede de tal manera que en el contrato aleatorio aparecen dos obligaciones condicionales y contradictorias: una de las partes se obliga bajo una condición, y la otra, bajo una condición opuesta, sin existir estas dos condiciones al mismo tiempo, y si una se cumple, de cualquier manera se ignora el resultado.

La diferencia entre el contrato aleatorio y el condicional, siguiendo el criterio de CASTÁN TOBEÑAS⁶ “...estriba en que en el contrato simplemente condicional, depende del acontecimiento incierto que llegue o no el contrato a producir efecto, mientras que en el contrato aleatorio la función de la condición estriba en decidir, no si ha de producir efecto el contrato, sino únicamente cuál ha de ser este efecto.”, por lo que defiende llamarlo “de suerte”, en lugar de aleatorio, definiéndolos como “aquellos en que cada una de las partes tiene en cuenta la adquisición de un equivalente de su prestación, pecuniariamente apreciable, pero no bien determinado en el momento del contrato, y sí dependiente de un acontecimiento incierto, corriendo los contratantes un riesgo de ganancia o de pérdida”.⁷ Existe una estrecha relación entre riesgo-siniestro y el azar.

Se han clasificado los contratos aleatorios en sencillos y dobles⁸, según sea una sola de las partes la que se exponga al riesgo, o sean ambas, incluyendo el seguro en la primera y el juego y la apuesta en la segunda. Esta clasificación es discutible, a la vista de que no puede ser por una sola de las partes, pues la otra no es mera pasiva, también presenta obligaciones, y asume riesgos, como puede ser el impago, entre otros.

CASTAN TOBEÑAS⁹ comenta de manera positiva la clasificación de CHIRONI en cuanto al mayor o menor grado de aleatoriedad, que ubica al seguro en los que interviene la suerte, junto a la renta vitalicia, el juego y la apuesta, en aquellos otros en que la suerte es la razón constitutiva, mientras MANRESA Y NAVARRO¹⁰ detalla sobre CHIRONI que la división es entre aquellos “en los cuales el riesgo es la razón constitutiva del contrato, y aquellos otros en que interviene un elemento aleatorio, pero no como fundamento esencial”¹¹.

Continúa MANRESA Y NAVARRO¹², vocal de la Sección primera de la Comisión general de Codificación, y uno de los autores del Código Civil español de 1889, que “cuando el contrato se concluye entre dos particulares, las probabilidades de ganancia o de pérdida son, necesariamente recíprocas. Siempre habrá un contratante que ganará y otro que perderá. Tal sucede por ejemplo, en la apuesta celebrada entre dos personas, en la renta

⁶ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, 6ª edición, revisada, Instituto editorial Reus, Madrid, 1944, p. 311.

⁷ *Idem*, p. 312.

⁸ MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios...*, *cit.*, p. 15.

⁹ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil...*, *cit.*, p. 312.

¹⁰ MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios...*, XII, *cit.*, p. 15.

¹¹ *Idem*.

¹² *Ibidem*, p.13.

vitalicia constituida por un particular, etc. Pero no pasa lo mismo en un contrato de seguro, celebrado entre una compañía a este género de operaciones y un particular. La compañía se contenta con reunir a los asegurados, organizar entre ellos una mutualidad y, con las primas desembolsadas por los mismos, pagar las indemnizaciones a los que son alcanzados por el siniestro. No corre, pues, ningún riesgo ni soporta ninguna alea. No hay alea más que para el asegurado, el cual paga una prima anual para protegerse contra un riesgo que es posible no se realice...”

En materia de contratos, la controversia entre aleatorio y conmutativo es extensa, aunque hay que reconocer que la definición de aleatorio presenta un mayor número de seguidores.

3. Carácter aleatorio del contrato de seguro

LEHR¹³ clasifica al contrato de seguro como aleatorio, similar criterio desarrolla PUIG PEÑA¹⁴, que así lo coloca junto al contrato de renta vitalicia, el juego y la apuesta, y la decisión por suerte.

Para numerosos autores está presente el carácter aleatorio, ya que 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.

Es ese el criterio de SÁNCHEZ CALERO¹⁵ cuando expresa: “las partes ignoran, en el momento de su conclusión, si se verificará el siniestro, o al menos, cuando se efectuará y, generalmente cual será la entidad de las prestaciones económica de las partes, de manera que desconoce el beneficio que cada una de ellas podrá obtener del contrato”, mientras URÍA¹⁶ expone que “el alea, que no falta jamás en las relaciones del asegurador con cada asegurado, decide que aquel venga o no obligado a realizar la prestación prometida y hacer variar el importe mismo de la prestación”, y también de los mexicanos PONCE GÓMEZ y PONCE CASTILLO¹⁷, entre otros. Otros autores¹⁸ mantienen similar posición.

¹³ LEHR, Mathias, *Derecho Civil Germánico*, Berlín, 1910, p. 337, *cit. pos* OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy, *et al.*, *Derecho de contratos*, tomo 1 - *Teoría general del contrato*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006, p. 99.

¹⁴ PUIG PEÑA, Federico, *Tratado de Derecho Civil español*, tomo IV, volumen II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951, p. 78

¹⁵ SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones de Derecho mercantil*, Madrid, 1994, p. 78.

¹⁶ URÍA, Rodrigo, *Derecho Mercantil*, 24ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 770.

¹⁷ PONCE GÓMEZ, Francisco y Rodolfo PONCE CASTILLO, *Nociones de Derecho Mercantil*, Editorial Banca y Comercio, reimpresión, México DF, 2004, p. 333.

¹⁸ *Cfr.* DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, volumen II, Milano, 1952, p. 41; VIVANTE, Cesar, *Derecho Comercial*, tomo 14, volumen 1 ("Del contrato de seguro"), Ediar, Buenos Aires, 1952, p. 36; HALPERIN, I., *Seguros*, tomo I, Depalma, Buenos Aires, p. 34; URÍA GONZÁLEZ, R., *El seguro marítimo*, Bosch, Barcelona, 1940, p. 560; RIPERT y G. - BOULANGER, J., *Tratado de Derecho Civil*, tomo IV, La Ley, Buenos Aires, 1964, pp. 64 y sigs.; FERNÁNDEZ, R. L., *Código de Comercio Comentado*, tomo II, Wolter, Buenos Aires, 1950, p. 399, quien lo admite como carácter jurídico del contrato, aunque sostiene lo

El argentino STIGLITZ¹⁹ expone que “no debe confundirse la aleatoriedad del seguro con el contrato de seguro. El primero, visualizado en su concepción técnica, requiere para su explotación comercial y su administración de una empresa cuya función consiste en eliminar o disminuir las consecuencias del azar. En cambio, el contrato de seguro, por esencia, constituye un contrato aleatorio, al que le es inherente el azar”, reitera que “El contrato de seguro es aleatorio por naturaleza”²⁰, aunque al final alerta “que a través de cláusulas abusivas el contrato de seguro, aleatorio por esencia, se transforma, de más en más, en contrato conmutativo”²¹.

Para RIPERT y BOULANGER²² “...el carácter aleatorio puede ser más o menos grande pues, por ejemplo, unas veces el acontecimiento incierto desempeña el papel de una condición suspensiva, que impide toda prestación por parte de uno de los contratantes, de manera que si la condición no se realiza, esa parte no habrá dado nada en virtud del contrato, hipótesis que corresponde al negocio del seguro si no se produce el siniestro”.

VIVANTE²³ hace más de un siglo afirmó que “no hay duda de que la industria de los seguros tiende a hacerse cada día más equilibrada y prudente mediante una apreciación estadística de los riesgos y de las primas y un bien ordenado sistema de reaseguros”. No obstante, reitera que, “este ordenamiento, muy lejos de excluir la índole aleatoria de cada uno de los contratos, la supone necesariamente, pues no se puede obtener el equilibrio de los riesgos si no existen tales riesgos. Aquella doctrina comete el error de confundir el contrato con los caracteres de la industria a la que pertenece. En efecto, cualquiera sea el ordenamiento industrial de la empresa aseguradora, el hecho es que ninguno de los contratantes puede saber si sacará del contrato una ganancia o una pérdida hasta que se verifique el evento, que es lo que caracteriza el contrato aleatorio”.

HALPERIN²⁴ expone que la explotación por una empresa elimina el alea para el asegurador, donde se pierde de vista el contrato confundiéndolo con la organización para su explotación industrial por una de las partes y valora que, “por el contrario, esta organización supone el alea, puesto que se constituye para contratar en masa y eliminar por este sistema el alea para ella”.

Defiende el carácter aleatorio DÍAZ BRAVO²⁵ cuando alerta que se “confunde la operación individual del contrato con la operación masiva de la empresa aseguradora que,

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*, tomo IV, Ejea, Buenos Aires, 1971, p. 478.

¹⁹ STIGLITZ, Rubén, *Derecho de Seguros*, II, 3ª edición, actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 28.

²⁰ *Idem*, p. 152.

²¹ *Ibidem*, p. 470.

²² RIPERT y G. - BOULANGER, J., *Tratado...* cit., IV, p. 64.

²³ VIVANTE, C., *Derecho Comercial...*, cit., tomo 14, volumen I, p. 36.

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

²⁵ DÍAZ BRAVO, Arturo, *Contratos mercantiles*, 9ª edición Iure Editores, México, D.F., 2008, p. 303.

normalmente, debe ser en verdad redituable”, y expone que SÁNCHEZ FLORES²⁶ igualmente lo clasifica como aleatorio.

Por su parte HERNÁNDEZ DE PRADO²⁷ esboza un criterio que recoge varias tendencias, pues valora que “...el tomador se compromete al pago de una prestación determinada (la prima de seguro), en cambio, la contraprestación del asegurador está sometida a condición (...) solamente se hará efectiva si se produce el siniestro durante la vigencia del contrato...el contrato no es conmutativo, sino aleatorio para el asegurador, quien se verá o no obligado a efectuar una prestación dependiendo de la suerte (aleas)”. LEIVA FERNÁNDEZ²⁸ enmarca el seguro dentro de los contratos aleatorios.

Para BATALLER GRAU²⁹, este es de “aquellos contratos en los que alea es querida por las partes como momento esencial y necesario de la función de los mismos, que incide directamente sobre él como causa típica, de manera que por voluntad de las partes se da vida a una causa aleatoria”.

SIGNORINO valora que lo normal es afirmar que el seguro es un contrato aleatorio por excelencia, que sin alea no hay seguro, sin alea el mismo se transforma en lo que la doctrina tradicional llama "juego o apuesta" y lo que la moderna doctrina identifica como falta de riesgo, o de incertidumbre.

Se considera aleatorio para este sector de la doctrina, ya que la existencia o no de las prestaciones dependerá de la ocurrencia de un acontecimiento incierto, estipulado en el contrato mismo, pues mediante este las partes contratantes pactan, expresamente, la posibilidad de una ganancia o se garantizan contra una pérdida potencial, según sea el resultado de un acontecimiento de carácter fortuito. La postura de que la empresa de seguros elimina el alea del contrato, al absorberlo en su estructura organizativa y saber qué y cuánto es lo que tendrá que pagar si ocurre el evento previsto, ha sido rechazada por la gran mayoría de estos autores, al sostener que se ha confundido al contrato con la organización técnico-económica para su explotación y que las partes siguen, a pesar de la explotación a través de la forma de empresa, sin saber si sacarán del contrato un beneficio o una pérdida hasta que se verifique el evento³⁰.

²⁶ SÁNCHEZ FLORES, Octavio Guillermo de Jesús, *El contrato de seguro privado*, Editorial Porrúa, México, 2000, pp. 84-102 *cit. pos* DÍAZ BRAVO, Arturo, *Contratos mercantiles...*, *cit.*, p. 303, donde expone que SÁNCHEZ FLORES lo clasifica como contrato de adhesión, aleatorio, bilateral o sinalagmático perfecto, consensual, nominado o típico, oneroso, basado en la buena fe, de tracto sucesivo o continuo, de masas, de empresa, mercantil, de garantía y principal.

²⁷ HERNÁNDEZ DE PRADO, Olegario, *Peritos tasadores de seguros, incendio y riesgos diversos*, capítulo 2, “El contrato de seguro”, Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid, Madrid, 1992, p. 19.

²⁸ LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *El alea en los contratos*, La Ley Buenos Aires, 2002, p.12, incluye el seguro dentro de los contratos aleatorios que lo son por su naturaleza y dentro del grupo que conforman aquellos en los que al menos una de las partes busca protegerse del azar.

²⁹ BATALLER GRAU, Juan, *et al*, *Curso de Derecho Privado*, 7ª edición, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2004, p. 659.

³⁰ VIVANTE, Cesare, *Instituciones de Derecho Comercial*, trad. de Ruggero Mazzi, Publicaciones del Instituto Cristóbal Colón, Roma, 1928, p. 318.

Contrato aleatorio es, a criterio de LEIVA FERNÁNDEZ³¹, “...aquel en el cual la ventaja que las partes obtienen del mismo no es apreciable con motivo de su formación, por depender esa ventaja de un acontecimiento incierto al que los contratantes han querido subordinar sus probabilidades de ganar o perder”. ¿Y realmente existe en el seguro el interés por alguna de las partes de ganar o perder?

En la doctrina cubana, SEGURA Y CABRERA³², autor del primer libro conocido en materia de seguros, defendió el carácter aleatorio del contrato de seguro, así como RAPA ÁLVAREZ³³. Igual criterio ostentan las profesoras PÉREZ BONACHEA y DENIS LORENZO³⁴.

4. Carácter conmutativo del contrato de seguro

A *contrario sensu* de aleatorio, tenemos el carácter conmutativo. Aunque en verdad, el interés práctico de esta distinción ha disminuido, “*desde el momento en que la rescisión por lesión ha desaparecido*”³⁵. La lesión viciaba los contratos conmutativos, y no influía en los aleatorios.

La idea de la conmutatividad se sustenta en sentidos o teorías que convergen en una idea central. Una se detiene en la realización de los estudios estadísticos y actuariales previos, otra se sustenta en el carácter de garantía y no indemnizatorio del seguro, y una tercera se sustenta en la equivalencia de las contraprestaciones. Y aunque se defiende la conmutatividad, no se olvida el azar, y las contradicciones entre ambos conceptos. MORANDI³⁶ entiende que “la mutualidad de asegurados como elementos de la técnica del seguro hace desaparecer el alea de la insolvencia del asegurador”, y MUÑOZ PAREDES³⁷ reflexiona que aunque “el contrato de seguro, singularmente considerado, sigue siendo un contrato aleatorio, la industria aseguradora no lo es, o lo es cada vez menos”.

4.1. La realización de estudios estadísticos y actuariales previos como justificación del carácter conmutativo

La negación del carácter aleatorio se apoya considerando que las entidades de seguros 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 temporalmente libres e incluso gestiones de gerencia de riesgos y prevención de pérdidas, por lo que los cálculos actuariales que realizan, les

³¹ LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., conferencia magistral, “El alea en los contratos”, en la *VI Jornada Internacional de Contratos*, La Habana, 26 de enero del 2007.

³² SEGURA Y CABRERA, Andrés, *El contrato de seguro de vida*, Ed. La Universal, La Habana, 1898.

³³ RAPA ÁLVAREZ, Vicente, *Manual de obligaciones y contratos*, tomo I, Universidad de la Habana, La Habana, 1991, p. 169; *Manual de obligaciones y contratos*, tomo II, 2ª edición, Félix Varela, La Habana, 2003, p. 216.

³⁴ PÉREZ BONACHEA, Mayren y Yudeidy DENIS LORENZO, “Estudio teórico-doctrinal del contrato de seguro asociado a la perspectiva del ordenamiento jurídico cubano y la necesidad de afianzar la legislación en ese sentido”, en *Revista Espacios Públicos*, agosto, 2008, año/volumen 11, número 22, Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca, México, pp. 186-204.

³⁵ MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios...*, XII, p. 14.

³⁶ MORANDI, Juan Carlos Félix, *Estudios de Derecho de Seguros*, Panedille, Buenos Aires, 1971, pp. 11-19.

³⁷ MUÑOZ PAREDES, José María, *El coaseguro*, Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1996, p. 33.

permiten prever con relativa certeza los resultados de las diferentes operaciones de cada cartera.

Defiende este planteamiento el mexicano RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, “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”³⁸.

Otro defensor del carácter conmutativo es el español BENÍTEZ DE LUGO³⁹, quien en 1955 publicó “en el contrato de seguros, precisamente por las características de su concierto y por la forma en que se distribuye el riesgo entre la gran mutualidad aseguradora y asegurada, los siniestros que pudiesen operar sobre cada uno de ellos, considerando aisladamente, serán los previstos con arreglo a las leyes de la estadística...”, concluyendo que “En el contrato de seguro, en fin, las prestaciones a que se comprometen ambas partes están perfectamente determinadas al tiempo de su celebración, y cada una de ellas sabe ciertamente a lo que se compromete y cuál es su interés pecuniario”.

Otros autores, como GOMES⁴⁰ en 1959, FERREIRA⁴¹ en 1963 y FRANCO⁴² son defensores de tal concepto, así como CERVANTES AHUMADA⁴³, quien niega su carácter aleatorio.

4.2 El carácter de garantía

Con respecto a esta teoría, donde se argumenta el carácter de garantía del contrato de seguro y su función social para declarar su conmutatividad, exponentes entre varios son los brasileños TZIRULNIK⁴⁴, CAVALCANTI y PIMENTEL⁴⁵, 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

³⁸ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, 22ª edición, Ed. Porrúa, SA., Méjico, DF, 1996, p.144.

³⁹ BENÍTEZ DE LUGO REYNALDO, Luis, *Tratado de seguros*, volumen I, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1955, pp. 21-24.

⁴⁰ GOMES, Orlando, *Contratos*, Ed. Forence, Rio de Janeiro, 1959, p. 474 *cit. pos* ULLOA COELHO, Fabio, *Curso de direito comercial*, volumen III, 7ª ed. Revisada y actualizada, Editora Saraiva, São Paulo, 2007, , p. 156.

⁴¹ FERREIRA, Waldemar, *Tratado de dirito comercial*, Editora Saraiva, São Paulo, 1963, *cit. pos* ULLOA COELHO, Fabio, *Curso de direito comercial*, 7ª ed. Revisada y actualizada, Editora Saraiva, São Paulo, 2007, vol. III, p. 156.

⁴² FRANCO, Vera Helena de Mello, “O contrato de seguro”, en *Novos contratos empresariais*, coordinada por Carlos Alberto Bittar, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990, p. 189, *cit. pos* ULLOA COELHO, Fabio, *Curso de direito comercial*, volumen III, 7ª ed. Revisada y actualizada, Editora Saraiva, São Paulo, 2007, p. 156.

⁴³ CERVANTES AHUMADA, *Derecho mercantil*, 4ª ed., Editorial Herrero, México, 1982, pp. 569 y 570, *cit. pos* DÍAZ BRAVO, Arturo, *Contratos mercantiles*, Iure Editores, 9ª edición, México, D.F., 2008, p. 303.

⁴⁴ TZIRULNIK, Ernesto, *Estudos de direito do seguro*, colaboração de Alessandro Octaviani, Editora Max Limonand, São Paulo, 1999; TZIRULNIK, Ernesto, *Regulação de siniestro*, 3ª ed., Editora Max Limonand, São Paulo, 2001, p.58, nota 70.

⁴⁵ TZIRULNIK, Ernesto, Flavio de Queiroz B. CAVALCANTI y Ayrton PIMENTEL, *O contrato de seguro de acordo com o novo código civil brasileiro*, 2ª ed. revisada, actualizada y ampliada, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, pp. 30-31.

por ende, se conmuta entre la prima (prestación) y la garantía (contraprestación). Similar posición sostienen los también brasileños BODES⁴⁶, ULLOA COELHO⁴⁷ y el italiano GIAPPICHELLI⁴⁸.

Hoy, la nueva formulación del contrato de seguro en la legislación brasileña, el artículo 757, Código Civil del 2002⁴⁹, les brinda refuerzo a sus ideas.

4.3. La equivalencia de las contraprestaciones

Sobre la equivalencia de las contraprestaciones se detiene BARRERA TAPIAS⁵⁰, 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 se asemeja y refuerza el carácter de garantía, aunque dirigida a una proyección económica, que lo hace mantenerse como una subdivisión.

5. Razonando y concluyendo

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 nos replanteamos posiciones⁵¹.

En el contrato de seguro el principal interés y necesidad es 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 entidad de seguros, la 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. El interés de la aseguradora es ingresar y rentabilizar con los fondos temporalmente libres, siempre dispuesta a enfrentar cualquier pago o prestación.

En el contrato de seguro las partes no planifican ganar o perder. El asegurado no quiere ver afectado su patrimonio, y si ocurriera un siniestro, el seguro le repondrá hasta una situación similar a como se encontraba, sin ganancia. Y la entidad de seguros planifica rentabilizar

⁴⁶ BODES, Nelson, *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, pp. 726 y ss., cit. pos TZIRULNIK, CAVALCANTI y PIMENTEL, *O contrato de...*, cit., p. 31, nota 3.

⁴⁷ ULHOA COELHO, Fabio, *Curso de direito comercial*, 7ª ed., Revisada y actualizada, Editora Saraiva, São Paulo, 2007, vol. III, pp.156-157.

⁴⁸ GIAPPICHELLI, G., *Diritto delle assicurazioni private*, Turín, 2001, pp. 14-15, cit. pos TZIRULNIK, CAVALCANTI y PIMENTEL, *O contrato de...*, cit., p. 31, nota 3.

⁴⁹ El art. 757 del Código Civil brasileño reconoce la garantía como la prestación fundamental de la aseguradora: “Por el contrato de seguro, el asegurador se obliga, mediante el pago de la prima, a **garantizar** el legítimo interés del asegurado (...) contra riesgos predeterminados”, mientras que el 787 reitera la idea, “En el seguro de responsabilidad civil, el asegurador **garantiza** el pago de pérdidas y daños debidos por el asegurado al tercero”.

⁵⁰ BARRERA TAPIAS, Carlos Darío, *Los seguros y el Derecho civil*, Colección profesores 2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Publicaciones Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1991, p. 15.

⁵¹ Cfr. VIGIL IDUATE, A., “Modificación legislativa en sede contractual de seguros. El Decreto-Ley N° 263/2008”, en *Revista Cubana de Derecho*, 2009, No. 33, enero-junio 2009.

los fondos captados mientras no ocurra una contingencia, que de suceder, hará que tenga que pagar con la mutualidad de fondos de que dispone.

El Decreto-Ley No. 263, “Del contrato de seguro”⁵² al conceptualizar el contrato de seguro, opta por definir como elemento principal la garantía, cuando de manera expresa dice: “garantizar el interés del asegurado”⁵³ y abandona la concepción de “indemnizar”⁵⁴ presente en la definición que aparecía en el Código Civil, ahora derogada; orientándose a la moderna teoría que sustenta la función social del seguro, de protección al consumidor o cliente, y no la individual y mercantilista que busca defender el negocio, la actividad aseguradora y la ganancia de esta. Se refuerza lo anterior con la concepción de la prima que aparece en la propia norma, como contraprestación por la cobertura de riesgo que la entidad de seguros ofrece⁵⁵, lo que resulta otro cambio sustancial en la proyección legislativa. O sea, lo fundamental es garantizar al asegurado por parte de la entidad de seguros, y para ello la prima es la contraprestación.

Un axioma muy empleado en clases dice, “lo mejor es estar asegurado, y que no ocurra nada”. En numerosas ocasiones los estudiantes nos preguntan que, si al concluir el período de vigencia del contrato de seguro y no ha ocurrido ningún siniestro, se devuelve la prima, entendiendo ellos que al no producirse el siniestro no procede que la aseguradora mantenga el cobro. Entendiendo que no es posible tal devolución, respondemos, el asegurado no ha perdido dinero, invirtió para estar protegido durante la vigencia del contrato. Pues entonces, si defendemos que el contrato de seguro es un mecanismo de protección financiera, entonces esta posición incorpora implícitamente la importancia de la garantía sobre la tesis de la indemnización, sin olvidarnos de los principios del seguro y entre ellos el indemnizatorio. Más importante que recibir una futura indemnización, es encontrarse protegido el asegurado de circunstancias desagradables que puedan perjudicarlo económicamente. Y ello, a nuestro entender, refuerza el criterio conmutativo y aleja el razonamiento aleatorio.

Importante es no intentar realizar un balance económico entre las prestaciones, pues no resulta esta la esencia del fenómeno. Un asegurado paga diez en concepto de prima y recibe cien en concepto de indemnización, gracias a la mutualidad de intereses que la entidad de seguros logra articular. Las prestaciones son equivalentes como obligaciones, no por la cuantía. Si retomamos la sentencia del Tribunal Supremo español, de 14 de noviembre de 1911, en el seguro el asegurado sabe lo que debe dar, la prima, y la entidad de seguro conoce el límite máximo que le corresponde, todo lo cual se plasma en póliza. La incertidumbre es cuando, no cuanto.

⁵² *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, No. 5, de 26 de enero del 2007.

⁵³ Artículo 5: “*El contrato de seguro es aquel por el cual la entidad de seguros se obliga, mediante el cobro de una prima, a garantizar el interés del asegurado o del beneficiario en cuanto a las consecuencias que resulten del riesgo cubierto por el contrato*”.

⁵⁴ Cfr. artículo 448 del Código Civil, y artículo 31 del Decreto-Ley No. 15/79.

⁵⁵ Artículo 43: “*El asegurado está obligado a pagar como contraprestación por la cobertura del riesgo que la entidad de seguros le ofrece, una remuneración o prima en las condiciones que conste en el contrato de seguro y en el domicilio de la entidad de seguros, si no hay estipulación expresa en contrario*”.

En el entendido de que las aseguradoras sí asumen riesgos, tanto por el riesgo de impago de la prima, así como riesgos financieros, riesgos operacionales, riesgos asociados al mercado, al desarrollo de nuevos productos y el descubrimiento de efectos dañinos no conocidos previamente, se desmorona el concepto de que la aseguradora no enfrenta *ningún riesgo ni soporta ningún alea*. La entidad de seguros cobra una prima, en ocasiones de manera parcial y en otras ofrece crédito y no le pagan, y sobrevienen siniestros de manera inmediata que no se encontraban calculados. Coberturas de cola larga inciden en los cálculos económicos con sensibles variaciones. Es cierto que muchas veces un contrato de reaseguro respalda el actuar de la aseguradora, pero estos no siempre cubren el importe adeudado o pagado. Y los riesgos asumidos son altos, y en ocasiones infranqueables. Ejemplos recientes nos lo recuerdan.

La quiebra de la firma holandesa Ineas, primera aseguradora europea exclusivamente *on line*, dejará sin cobertura de seguros a 95.000 consumidores en toda Europa en seguros de automóviles. Los tribunales panameños oficializaron el proceso de quiebra contra la aseguradora *British American Insurance*, por irregularidades en el manejo de sus fondos, lo que colocó en una compleja situación a miles de clientes en este país, privados de beneficios por pólizas contratadas en las carteras de seguro de salud, vida y renta vitalicia. La quiebra de *American International Group* (AIG), con intervención estatal, puso en peligro el andamiaje financiero de *Wall Street*, pues una de sus principales funciones consiste en garantizar a sus asegurados el pago de sus inversiones, que pueden ser desde una hipoteca, un paquete de acciones u otros productos financieros. En el 2007 la aseguradora contaba con el riesgo -como toda aseguradora- de impagos y en apenas un año se quedó sin liquidez al acumular pérdidas de 13.162 millones de dólares.

Es solo una muestra de los riesgos que presenta la actividad, y que no puede ser solo visto el riesgo de los asegurados, pues la visión debe ser amplia.

Diferenciado de los contratos de juego y apuesta, que transfieren las pérdidas de muchos a la ganancia de unos pocos, el contrato de seguro “es económicamente valioso por si mismo, en el sentido que sirve a la función socialmente útil de proteger los patrimonios contra pérdidas fortuitas”,⁵⁶ sin intención de absolutizar, pues SIGNORINO⁵⁷ brillantemente expone que la función económica del contrato de seguro se subdivide en función económica-individual, función económica-general y función social.

Es cierto que tenemos la limitación en nuestros seguros, fundamentalmente los de responsabilidad civil, que se encuentran orientados a la indemnización y no a la protección en todos los sentidos. Se mantiene el seguro centrado en la responsabilidad civil, y no en el daño, ya que por lo general se ampara a los que provocan el daño, mediando declaración de culpabilidad, y no se extiende la protección a quienes reciben el perjuicio. Es un reto actual,

⁵⁶ CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo, “El interés asegurable. su relevancia en el seguro”, en *Revista chilena de Derecho de Seguros*, año 8, No. 16, Santiago de Chile, octubre de 2006, p. 51.

⁵⁷ Cfr. SIGNORINO BARBAT, Andrea, “Los microseguros como ejemplo tangible de la función social del seguro”, en *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, ed. Pontificia Universidad Javeriana, No. 30, año 18, enero-junio de 2009, pp. 14-15.

reorientar los seguros a una verdadera función social, y no hay limitaciones legislativas ni doctrinales para hacerlo.

Si analizamos que el azar está presente, pero no constituye la razón *per se*, que el alea define cuando, pero ya la relación contractual funciona desde su perfección. Que cuanto es la indemnización ya está pactado, solo hay que esperar a si sucede el siniestro, o no. Si valoramos que las entidades de seguros realizan los estudios de riesgo, con cálculos actuariales diversos que les permiten prever con relativa certeza los resultados de las diferentes operaciones de cada cartera. Si analizamos el equilibrio de las prestaciones dadas entre el asegurado y la entidad de seguros y entendemos que ninguna de las partes busca una ventaja patrimonial. Si revisamos que las aseguradoras sí asumen riesgos en el contrato de seguro. Si consideramos la necesaria función social presente en los actuales seguros, fundamentalmente los obligatorios.

Por estas y muchas razones, valoramos el carácter conmutativo del contrato de seguro, con el compromiso de continuar el estudio integral del contrato de seguro, orientándonos a la protección de la parte más débil en la relación contractual, el asegurado, proponiendo e incitando el desarrollo de nuevas pólizas de seguro que permitan masificar esta compleja relación contractual y cumplir con el pensamiento de Alfredo MANES, “el número de habitantes asegurados es el índice de la cultura de una nación”, y como siempre hay un riesgo de no ser aceptada nuestra posición por los que defienden el carácter aleatorio les extendemos la diestra, recordando al célebre PORTHIER “en los contratos aleatorios, las ganancias son el precio del riesgo que se aventura”.

Bibliografía

I. Fuentes doctrinales:

BARRERA TAPIAS, Carlos Darío, *Los seguros y el derecho civil*, Colección profesores 2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Publicaciones Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1991; **BENÍTEZ DE LUGO REYNALDO, Luis**, *Tratado de seguros*, volumen I, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1955; **CASTÁN TOBEÑAS, José**, *Derecho Civil español, Común y foral*, 6ª edición, revisada, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1944; **CIFUENTES, Santos**, *Elementos de Derecho civil, Parte general*, 4ª edición, actualizada y ampliada, 2ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1999; **CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo**, “El interés asegurable. Su relevancia en el seguro”, en *Revista chilena de Derecho de Seguros*, año 8, No. 16, Santiago de Chile, octubre de 2006; **DÍAZ BRAVO, Arturo**, *Contratos mercantiles*, 9ª edición, Iure Editores, México, s.f.; **HERNÁNDEZ DE PRADO, Olegario**, *Peritos tasadores de seguros, incendio y riesgos diversos*, Capítulo 2, “El contrato de seguro”, Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid, Madrid, 1992; **MANRESA Y NAVARRO, José María**, *Comentarios al Código Civil español*, tomo XII, 5ª edición, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1951; **MONTORO BALLESTEROS, Alberto**, “La aleatoriedad en el derecho y el problema de la justicia”, en *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, N° 23, 2005; **MORANDI, Juan Carlos Félix**, *Estudios de Derecho de Seguros*, Panedille, Buenos Aires, 1971; **MUÑOZ PAREDES, José María**, *El coaseguro*, Civitas, Madrid, 1996; **OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy, et al.**, *Derecho de contratos*, tomo 1 - *Teoría general del contrato*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006; **PÉREZ BONACHEA,**

Mayren y Yudeidy DENIS LORENZO, “Estudio teórico-doctrinal del contrato de seguro asociado a la perspectiva del ordenamiento jurídico cubano y la necesidad de afianzar la legislación en ese sentido”, en *Revista Espacios Públicos*, agosto, 2008, año/volumen 11, No. 22, Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca; **PONCE GÓMEZ, Francisco y Rodolfo PONCE CASTILLO**, *Nociones de Derecho Mercantil*, Editorial Banca y Comercio, reimpresión, México DF, 2004; **PUIG PEÑA, Federico**, *Tratado de Derecho civil español*, tomo IV, volumen II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951; **RAPA ÁLVAREZ, Vicente**, *Manual de obligaciones y contratos*, tomo I, Universidad de la Habana, La Habana, 1991; *Manual de obligaciones y contratos*, tomo II, 2ª edición, Félix Varela, La Habana, 2003; **RODRÍGUEZ HERRERA, E.**, *Sinónimos jurídicos*, Habana, 1942, s/e.; **RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín**, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, 22ª edición, Ed. Porrúa, Méjico, D.F., 1996; **SÁNCHEZ CALERO, Fernando**, *Instituciones de Derecho mercantil*, Madrid, 1994; **SEGURA Y CABRERA, Andrés**, *El contrato de seguro de vida*, Ed. La Universal, La Habana, 1898; **SIGNORINO BARBAT, Andrea**, “Los microseguros como ejemplo tangible de la función social del seguro”, en *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, ed. Pontificia Universidad Javeriana, No. 30, año 18, enero-junio de 2009; **STIGLITZ, Rubén**, *Derecho de Seguros*, II, 3ª edición, actualizada, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001; **TZIRULNIK, Ernesto**, *Estudos de direito do seguro*, colaboração de Alessandro OCTAVIANI, Editora Max Limonand, São Paulo, 1999; **TZIRULNIK, Ernesto, Flavio de Querioz B. CAVALCANTI y Ayrton PIMENTEL**, *O contrato de seguro de acordo com o novo código civil brasileiro*, 2ª ed. revisada, actualizada y ampliada, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003; **TZIRULNIK, Ernesto**, *Regulação de sinistro*, 3º ed., Editora Max Limonand, São Paulo, 2001; **ULHOA COELHO, Fabio**, *Curso de direito comercial*, volumen III, 7ª ed., revisada y actualizada, Editora Saraiva, São Paulo, 2007; **URÍA, Rodrigo**, *Derecho Mercantil*, 24ª edición, ed. Marcial Pons, Madrid, 1997; **VIGIL IDUATE, A.**, “Modificación legislativa en sede contractual de seguros. El Decreto-Ley N° 263/2008”, en *Revista Cubana de Derecho*, 2009, No. 33.

II. Fuentes legales:

Código Civil, Ley No. 59, Ciencias Sociales, La Habana, 1989; **Decreto-Ley No. 263 de 2008**, “Del contrato de Seguro”, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, No. 005, Extraordinaria, de 26 de enero de 2009.