



Madrid, 4-5 de Marzo de 1991

**El seguro de lucro cesante en el derecho
español.**

Fernando Blanco Giraldo.
Abogado. TABACALERA, Jefe del Departamento de
Gerencia de Riesgos.

EL SEGURO DE LUCRO CESANTE EN EL DERECHO ESPAÑOL

Fernando Blanco Giraldo
Abogado

S U M A R I O

	Página
I. ANTENCENDETES LEGALES MAS PROXIMOS	3
II. LUCRO CESANTE Y SEGURO DE LUCRO CESANTE	5
III. EL INTERES, LA SUMA ASEGURADA Y EL PRIN- CIPIO INDEMNIZATORIO	7
IV. EL RIESGO	12
V. EL SINIESTRO	15

I. ANTECEDENTES LEGALES MAS PROXIMOS.

En una breve referencia a los antecedentes legales más próximos, de esta clase de seguros, vamos a tomar como punto de partida el Código de Comercio de 1.885. Dos son los preceptos a los que hay que atender de este texto legal: el derogado artículo 395, en materia de seguro de incendios, y el 748, relativo al seguro de beneficios en el ámbito marítimo.

El artículo 395 supuso el reconocimiento normativo de la asegurabilidad del lucro cesante a consecuencia de incendio, exigiendo como único requisito para su validez que se suscribiera mediante pacto expreso. En concreto dicho artículo establecía: *"El seguro contra incendios no comprenderá, salvo pacto en contrario, los perjuicios que puedan seguirse al asegurado por suspensión de trabajos, paralización de industria, suspensión de rendimientos de la finca incendiada, o cualquiera otras causas análogas que ocasionen pérdidas o quebrantos"*.

El artículo 748, incluido en el párrafo rotulado *"De las cosas que pueden ser aseguradas y de su evaluación"*, reguló el seguro de beneficios, en el campo de los seguros marítimos, de la siguiente manera: *"El seguro de beneficios se regirá por los pactos en que convengan los contratantes, pero habrá de consignarse en la póliza: 1º. La cantidad determinada en que fija el asegurado el beneficio, una vez llegado felizmente y vendido el cargamento en el puerto de destino. 2º. La obligación de reducir el seguro, si, comparado el valor obtenido en la venta, descontados los gastos y fletes, con el valor de compra, resultare menor que el valuado en el seguro"*.

El beneficio esperado está constituido por la diferencia entre el precio de compra y el que se calcula que producirá la venta de la mercancía al llegar a su destino, descontados los gastos y fletes.

Es importante destacar el apartado segundo de este artículo, por su encomiable consideración con el principio indemnizatorio. Estamos ante el aseguramiento de un beneficio razonablemente cierto en el puerto de destino, si no se frustra el transporte de las mercaderías - de ahí que esperado -. No obstante, al haber sido fijado el beneficio apriorísticamente, constituiría un enriquecimiento injusto para el asegurado el pago por el asegurador de la cantidad fijada en la póliza, si ésta no tuviera adecuada correspondencia con el valor real de las mercancías en el puerto de destino. Argumento que justifica

la obligación de reducir el seguro si, comparado el valor obtenido en la venta, con el valor de compra, resultare menor que el valuado en la póliza de seguro.

El antecedente legislativo más próximo al comienzo del presente siglo, fue la Real Orden de 14 de noviembre de 1.910, relativa al seguro de paralización de industrias con ocasión de incendio. Esta disposición, promulgada con base en el dictamen emitido por la Junta Consultiva de Seguros, de 29 de octubre del mismo año, determinó que como seguro complementario al de incendio su contratación se realizaría, o bien bajo la condición de estar sujeta a tasación pericial la indemnización que al asegurador debiera satisfacer al asegurado, o bien fijando previamente la indemnización en un tanto por ciento alzado, cuya cuantía no podía exceder del diez o quince por ciento del importe de la cantidad abonada por el siniestro principal, prescribiendo la obligación de modificar todos aquellos contratos en vigor que tuvieran fijado un tanto por ciento alzado por indemnización superior al citado.

Esta disposición fue modificada por la Orden de 13 de octubre de 1.958, que autorizó que la garantía suplementaria por paralización del trabajo a causa de incendio pudiera llegar hasta el veinticinco por ciento de la suma asegurada contra incendios.

Finalmente, llegamos a la vigente Ley 50/1.980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, en la que con notable avance legislativo se ha regulado específicamente el seguro de lucro cesante, en los artículos 63 a 67, ambos inclusive, incardinados en la sección 5ª del Título II.

En el seguro de lucro cesante, respecto al Proyecto de Ley publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, de fecha 19 de mayo de 1.979, se realizaron las siguientes modificaciones: La primera, con fundamento en las enmiendas 11 y 166, de UCD y Minoría Catalana, respectivamente, se varió el epígrafe de la sección quinta y el artículo 61 (artículo 63 del texto definitivo), denominándose "seguro de lucro cesante" en lugar de "seguro de pérdida de beneficios", con lo que se pretendió abarcar toda la tipología contractual que puede practicarse, de modo que el seguro de lucro cesante constituyera el género y el seguro de pérdida de beneficios, una modalidad de aquél; la segunda, motivó la creación de un nuevo artículo 62 en el proyecto (artículo 64 del texto definitivo), como consecuencia de la aceptación sustancial de las enmiendas 53 y 165, presentadas por UCD y Minoría Catalana, respectivamente; la tercera correspondió al artículo 63 del proyecto (artículo 65 del texto definitivo), al ser aceptada la enmienda 127, correspondiente al Grupo Socialista; la cuarta se efectuó en el artículo 64 (artículo 66 del texto definitivo), por aceptación parcial de la enmienda número 10 de UCD.

Al artículo 65 (concordante con el 67 del texto definitivo) no se presentó ninguna enmienda.

II. LUCRO CESANTE Y SEGURO DE LUCRO CESANTE.

No tenemos en nuestro derecho positivo un precepto que defina el concepto normativo de daño. En cambio si contamos con regulación específica de las partidas que integran el contenido resarcitorio del mismo, a cuyo fin responde el artículo 1.106 del Código Civil al expresar que *"la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida... sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor..."*, es decir, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante.

Ambas categorías del daño se distinguen entre sí por su realización divergente, de tal modo que el daño emergente es la consecuencia actual y directa (*"valor de la pérdida"*) del acontecimiento productor de la lesión patrimonial, aunque con carácter incidental puede además manifestarse de modo posterior e indirecto, derivado en todo caso de un suceso principal (gastos de remoción de escombros de la fábrica incendiada; gastos por retirada del vehículo siniestrado; gastos de incineración de las mercancías averiadas, etc.), en tanto que el lucro cesante se genera siempre con posterioridad al daño emergente. Es, pues, futuro y consecencial (*"la ganancia que haya dejado de obtener"*).

La incidencia de ambas facetas del daño puede resumirse del siguiente modo: con carácter general, el daño emergente afecta al patrimonio por minoración directa, mientras que el lucro cesante lo daña por no adición del beneficio esperado.

Nuestra Ley de Contrato de Seguro ha incardinado el seguro de lucro cesante dentro de los seguros de daños. No obstante, se suscita la duda razonable de que su calificación como seguro de daños sea correcta. La razón que se alega es que la *"... pérdida de rendimiento económico que hubiera podido alcanzarse en un acto o actividad de no haberse producido el siniestro..."*, en dicción literal del artículo 63 de la Ley, es una expectativa de beneficio, no un elemento patrimonial real. Y, desde luego, no es una cosa.

En apoyo de la interpretación anterior contribuye de forma destacada el artículo 64 de la Ley: *"Cuando el tomador del seguro o el asegurado realicen, respecto a un determinado*

objeto, un contrato de seguro de lucro cesante con un asegurador y otro de seguro de daños con otro asegurador distinto...". A la vista de esta redacción podría decirse que la Ley de Contrato de Seguro, a pesar de regular esta modalidad asegurativa entre los seguros de daños, no lo considera como tal. Ello explicaría esta diferenciada atención entre "un contrato de seguro de lucro cesante con un asegurador y otro de seguro de daños con otro asegurador distinto". Sin embargo, pienso que la diferencia que realmente se pretende destacar consiste en que estamos ante un seguro contra daños, pero no ante un seguro contra daños a las cosas. Este planteamiento me inclina a opinar que el lucro esperado es un valor patrimonial inmaterial, susceptible de ser objeto de cobertura de seguro, aunque incapaz de ser objeto asegurado por carecer de realidad material en el momento de la perfección del contrato.

Que el lucro cesante es un valor patrimonial inmaterial, se ve claramente si reparamos que en el momento en que se transforma en un activo real, el daño que en dicho valor puede producirse ya no es lucro cesante sino daño emergente.

Si examinamos la cuenta del fondo de comercio o "good will", que recoge el Plan General de Contabilidad, advertimos que la misma tiene como significado el reconocimiento y admisión de la valoración inmaterial de la empresa.

Una empresa puede estar interesada en la adquisición de otra y estar dispuesta a pagar un importe superior al valor que refleja su Patrimonio Neto, por considerar que la actividad que se pretende adquirir tiene destacados valores que no están reflejados en el balance: una buena clientela, un buen nombre y reputación, una situación preeminente en el mercado. En definitiva, un conjunto de valores inmateriales que otorgan a la empresa tanto un valor superior como la previsión de beneficios superiores a la media del sector.

Luego, si el fondo de comercio es un valor inmaterial contablemente admitido, con mayor razón habrá de admitirse la expectativa de beneficio como un valor patrimonial inmaterial susceptible de ser objeto de cobertura de seguro.

El objeto del contrato de seguro de lucro cesante es garantizar que el interés que se tiene en la realización del beneficio esperado no se frustre. Y es un interés que por ser considerado legítimo y protegible por el ordenamiento jurídico puede ser objeto de aseguramiento. Pero este interés, como objeto del contrato, no ha de confundirse con el concepto de objeto asegurado. El lucro previsto puede ser objeto de seguro, pero no es objeto asegurado precisamente porque, como antes he apuntado, carece de realidad en el momento de la perfección del contrato. No es objeto. Y si lo fuera entonces no cabría hablar

de lucro cesante sino de daño emergente.

En el seguro contra daños a las cosas el objeto asegurado es el bien material que está expuesto al riesgo. Pero el lucro esperado al no ser una cosa, carece de substancialidad material. De ahí que no pueda considerarse que estamos ante un seguro contra daños a las cosas. El lucro cesante, como ha señalado el Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de marzo de 1.984, "es una probabilidad objetiva de realizar la ganancia".

El párrafo segundo del artículo 63, señala que "este seguro podrá celebrarse como contrato autónomo o añadirse como un pacto a otro de distinta naturaleza". Esta precisión legislativa, incorporada ya en el Proyecto de Ley remitido por el Gobierno a las Cortes, carece de justificación aparente por lo que debía haber sido suprimido del texto definitivo.

De la redacción final dada a los artículos 64 y 67 se infería meridianamente la autonomía legal de este tipo de seguros, sin necesidad de su expresión explícita. Basta con leer ambos artículos. El primero, prescribe: "Cuando el tomador del seguro o el asegurado realicen, respecto a un determinado objeto, un contrato de seguro de lucro cesante con un asegurador y otro de seguro de daños con otro asegurador distinto...". Y el segundo, confirmando lo innecesario del párrafo que examinamos, señala: "Si el contrato tuviera exclusivamente por objeto la pérdida de beneficios...".

Resulta evidente que estos artículos parten del presupuesto de considerar autónomo el seguro de lucro cesante, pues de otra manera no se explicaría las referencias que en los mismos se contienen. Tampoco supone una aportación original la expresa permisibilidad de su contratación como pacto unido a otro de distinta naturaleza (por ejemplo, a un seguro de incendios), ya que esta posibilidad se encuentra admitida, para todo tipo de seguros, en el artículo 2º de la Ley, legitimador de la validez de las cláusulas más beneficiosas para el asegurado, donde indubitadamente han de incardinarse las tendentes a ampliar el ámbito de cobertura de la póliza.

III. EL INTERES, LA SUMA ASEGURADA Y EL PRINCIPIO INDENIZATORIO.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 17 de junio de 1.982, ha definido el interés como "la ventaja que la no producción del resultado dañoso representa para el asegurado". El artículo 63 de la Ley de Contrato de Seguro señala

cuál es el interés en el seguro de lucro cesante, al expresar como objeto del contrato "indemnizar al asegurado la pérdida del rendimiento económico que hubiera podido alcanzarse en un acto o actividad de no haberse producido el siniestro".

Delimitado el interés en evitar la pérdida del rendimiento económico esperado, queda por precisar que ha de entenderse por "rendimiento económico". En mi opinión, esta locución hay que interpretarla en sentido amplio, "como cualquier resultado beneficioso, susceptible de producir un rendimiento cuantificable económicamente".

Si profundizamos en el concepto de interés, observaremos que éste tiene una doble proyección: interés subjetivo y concreción valorativa del interés.

El interés subjetivo, consiste en que sólo puede contratar el seguro quien tenga interés económico en que el siniestro no se produzca, lo que normalmente irá unido a una relación jurídica determinada; en tanto que la concreción valorativa del interés será el valor atribuido por el sujeto a la relación económica que constituye el interés que asegura.

En el seguro de lucro cesante tendrá interés subjetivo quien tenga interés en que el rendimiento económico previsto no se frustre- por ejemplo, tendrá interés en que el espectáculo se realice no sólo el organizador del mismo, sino también la entidad bancaria que le prestó el dinero para su montaje.

Ahora bien, el interés no reside en la realización o no del acto o actividad, sino en que no se malogre el lucro esperado por causa de la producción del riesgo cubierto por la póliza. Un ejemplo de siniestro de lucro cesante con realización de la actividad, sería la celebración al aire libre de un espectáculo para el cual se hubiera suscrito un seguro contra el riesgo de lluvia, cuyo acaecimiento mermaría los ingresos previstos por falta de asistencia. Si la lluvia efectivamente se produce, el siniestro se habría realizado aun cuando se celebrara el espectáculo y la cuantía del lucro cesante sería la diferencia entre los ingresos previstos de no haber llovido y los efectivamente ingresados. Un ejemplo de siniestro de lucro cesante sin realización de la actividad, sería el derivado de la paralización de la empresa a consecuencia de la rotura o avería de la maquinaria.

Más complejo es determinar la concreción valorativa del interés, como valor dado por el tomador del seguro al rendimiento económico esperado. En algunas modalidades de seguro la cuestión no plantea especiales problemas. Así, en el seguro de pérdida de beneficios a consecuencia de incendio, el valor

del interés está constituido por el Beneficio Bruto de la empresa, concepto integrado por los gastos fijos (entendido como aquellos que no varían en función directa de la actividad de la empresa) y el beneficio neto de explotación antes de Impuestos (del que hay que excluir previamente la debida provisión para todos los gastos permanentes). En el seguro contra el pedrisco el valor del interés se corresponde con el valor del mercado que lo frutos hubieran tenido al tiempo de la recolección. Y en el seguro contra la lluvia el valor del interés será el beneficio total esperado del espectáculo. Pero en otros casos la fijación del valor del interés será problemático. Pensemos, por ejemplo, en una empresa que patrocinara a un destacado piloto de carreras motociclistas. La inversión del patrocinador, orientada a la contraprestación publicitaria que espera obtener (difusión indirecta de su nombre comercial o marcas), a la vista de la categoría profesional y los medios materiales de que va a disponer el piloto, podría malograrse a consecuencia de un suceso, ajeno a la voluntad del piloto- accidente, enfermedad, etc.-, que le impidiese tomar parte en las carreras. Si el siniestro llegara a producirse el patrocinador ciertamente no obtendría el rendimiento publicitario previsto. Este rendimiento publicitario y no la cantidad invertida en el patrocinio sería el valor del interés y su concreción no cabe duda que ofrecería dificultades.

Por otra parte, es importante no confundir el valor del interés con la suma asegurada. Esta, conforme al artículo 26 de la Ley, representa *"el límite máximo de la indemnización a pagar por el asegurador en cada siniestro"*, pero no es el valor del interés. Buena parte de las pólizas de seguros de lucro cesante que actualmente se comercializan confunden ambos conceptos. Debe, pues, quedar claro que el valor del interés ha de corresponderse con el valor total del beneficio esperado, en tanto que la suma asegurada será el límite máximo de indemnización que pagará el asegurador en caso de siniestro, y que habrá sido fijada por el tomador al suscribir el contrato; pero esta suma no tiene necesariamente que ser igual a aquélla. Valor del interés y suma asegurada son conceptos distintos.

Esta diferencia se advierte con nitidez en los seguros de daños a las cosas. Y, especialmente, en el denominado seguro a primer riesgo, en el que valor asegurable (valor del interés) y el valor asegurado (suma asegurada) no siendo coincidentes no lleva aparejada la aplicación de la regla proporcional en caso de siniestro. En la praxis aseguradora estos valores se definen, en ocasiones, como capitales asegurados y límite de indemnización, respectivamente.

De lo expuesto se deduce que las pólizas de seguros de lucro cesante que se refieren a la suma asegurada como parámetro de comparación del beneficio esperado, incurren en un error conceptual ya que tal concepto correspondería aplicarlo al valor del interés.

El principio indemnizatorio está directamente vinculado con el problema que hemos abordado. La existencia de dos valores económicos distintos- valor del interés y suma asegurada- lleva consigo que el principio indemnizatorio constituya el freno a la percepción de una indemnización superior al daño sufrido. A ello responde el artículo 26 de la Ley: *"El seguro no puede ser objeto de enriquecimiento injusto para el asegurado. Para la determinación del daño se atenderá al valor del interés asegurado en el momento inmediatamente anterior a la realización del siniestro"*.

La primera cuestión que se nos presenta al interpretar este artículo, es que hay que entender por enriquecimiento injusto. Y, la segunda, si todo enriquecimiento en el contrato de seguro hay que calificarlo de injusto, o, en otras palabras, si puede generarse un enriquecimiento justo. En relación a la primera, se entiende por enriquecimiento injusto o sin causa aquel incremento que percibe el patrimonio de una persona, a costa de otra, sin razón jurídica que lo justifique.

Todo contrato exige para su validez la existencia de tres requisitos esenciales (artículo 1.261 del Código Civil): 1) consentimiento de los contratantes; 2) objeto cierto que sea materia del contrato; 3) causa de la obligación que se establezca. Ya dije que el seguro de lucro cesante, como seguro contra daños, tiene por objeto indemnizar al asegurado la pérdida de rendimiento económico que hubiera podido alcanzarse en un acto o actividad de no haberse producido el siniestro. Este interés en el rendimiento económico esperado es el objeto del contrato. Luego, la causa del mismo, entendida como razón jurídica por la cual se contrata, es la cobertura contra el riesgo de que el rendimiento económico esperado desaparezca. Si no existiera el riesgo no habría causa y el contrato sería nulo, como determina el artículo 4 de la Ley.

El riesgo, como causa del contrato, está circunscrito al rendimiento económico que hubiera podido alcanzarse; pero, en ningún caso, a cantidad superior. Si mi interés está cuantificado en cien, el riesgo está circunscrito a la cobertura de cien. Si yo asegurara ciento cincuenta, los cincuenta en exceso de cien constituiría una pretensión de enriquecimiento, carente de justificación jurídica.

Sentado lo anterior, a la segunda cuestión planteada- si todo enriquecimiento en el contrato de seguro hay que calificarlo de injusto-, ha de responderse negativamente. La producción de un daño patrimonial tiene como consecuencia evidente la disminución de valor del acervo patrimonial del sujeto. Y toda disminución de valor no es otra cosa que un empobrecimiento patrimonial. El contrato de seguro al tener una finalidad indemnizatoria pretende compensar el patrimonio del sujeto, disminuido o empobrecido a consecuencia de la realiza-

ción de un evento. Es por ésto que la ocurrencia del evento que frustra el rendimiento económico esperado, supone un empobrecimiento patrimonial por no adición del beneficio. Y el pago de una indemnización que satisface la expectativa de beneficio es un enriquecimiento en virtud de la justa causa que supone el contrato de seguro de lucro cesante, como título jurídico.

Afin con la protección del principio indemnizatorio se encuentra el artículo 67 de la Ley de Contrato de Seguro. Establece este artículo: "*Si el contrato tuviera exclusivamente por objeto la pérdida de beneficios, las partes no podrán predeterminar el importe de la indemnización*". Ciertamente la predeterminación del importe de la indemnización puede vulnerar el principio indemnizatorio, pues un pacto que amparara el pago de cantidad específica, con la sola producción del siniestro y sin medición del daño o beneficio frustrado, sería contrario a la finalidad compensatoria del contrato de seguro y se convertiría en apuesta. En mi opinión, cuando alguien pretende suscribir un contrato de lucro cesante es porque es capaz de determinar el rendimiento económico que espera alcanzar y desea asegurarse contra la contingencia de su no realización. Y si se es capaz de valorar el rendimiento económico esperado es porque éste representa el total del daño que se puede sufrir y, en consecuencia, si el daño total es medible no hay razón aparente que justifique una indemnización predeterminada.

La predeterminación de la indemnización no es lo mismo que la póliza estimada. La póliza estimada fija el valor del interés que habrá de tenerse en cuenta para el cálculo de la indemnización, pero no el importe de la misma que estará en función del daño sufrido. El artículo 67, en cambio, prohíbe que se fije previamente la indemnización a percibir en caso de siniestro, porque tal supuesto no supone una garantía de la adecuación de la indemnización al lucro perdido ni de la suma asegurada al valor del interés.

No obstante lo anterior, la redacción dada al precepto permite sostener que cuando el seguro de lucro cesante constituya un pacto añadido a otra modalidad de seguro, sí podrá predeterminarse la cuantía de la indemnización. Esta conclusión es plausible al tenor de la letra de la Ley: "*Si el contrato tuviera exclusivamente por objeto la pérdida de beneficios, las partes no podrán predeterminar el importe de la indemnización*", lo que "*sensu contrario*" supone afirmar que cuando el contrato no tenga por objeto exclusivo la pérdida de beneficios, las partes sí podrán predeterminar el importe de la indemnización. Esta interpretación otorgaría carta de naturaleza a la vigencia del seguro de paralización de industrias a consecuencia de incendio, con la limitación del veinticinco por ciento de la suma asegurada de incendio, establecido por la Orden de 13 de octubre de 1.958.

Esta conjetura de la admisión legal del seguro de porcentaje no debe hacernos soslayar la arbitrariedad que le es inherente en el resarcimiento del daño, pues como es sabido un incendio de escasas consecuencias materiales puede producir una importante paralización de la empresa y viceversa.

IV. EL RIESGO.

El riesgo, en el seguro de lucro cesante, no viene definido en la Ley. El artículo 63 al expresar que *"El asegurador se obliga ... a indemnizar al asegurado la pérdida del rendimiento económico que se hubiera podido alcanzar"*, está definiendo las consecuencias de la ocurrencia del riesgo: el daño. Por deducción lógica si el daño lo constituye la pérdida del rendimiento económico que se hubiera podido alcanzar, habrá que concluir que el riesgo genérico es la posibilidad de perder dicho rendimiento a causa del riesgo específico asegurado en el contrato: la lluvia, en el seguro contra la lluvia; el granizo, en dicha modalidad; la avería de maquinaria, en el seguro de interrupción de la empresa por tal causa, etcétera. El riesgo específico, por tanto, no solo actúa como elemento delimitador de la cobertura, sino que sirve además para diferenciar las distintas modalidades de seguro de lucro cesante.

Esta distinción entre riesgo genérico y específico, de aparente importancia sólo en el plano teórico, tiene en realidad su plasmación práctica. En ocasiones, la pérdida del lucro previsto- riesgo genérico- puede deberse a la realización de un riesgo específico en un tercero. Pensémos en una cadena de televisión que efectue sus emisiones por vía satélite. Este tipo de empresas no suelen ser propietarias de estos aparatos, por lo que arriendan su uso a la empresa de telecomunicaciones propietaria del mismo. Si el satélite sufriera un daño que le impidiera bien recibir o emitir, la cadena de televisión no podría propagar las imágenes a todo su ámbito territorial de difusión, lo que inevitablemente llevaría a una pérdida de audiencia y de anunciantes.

El artículo 66 de la Ley de Contrato de Seguro expresa claramente esta distinción: *"El titular de una empresa puede asegurar la pérdida de beneficios y los gastos generales que haya de seguir soportando cuando la Empresa quede paralizada total o parcialmente a consecuencia de los acontecimientos delimitados en el contrato"*. Riesgo genérico sería la posibilidad de perder los beneficios, y riesgo específico a consecuencia de los acontecimientos delimitados en el contrato.

Dos cuestiones más destacan en el análisis del riesgo

del seguro de lucro cesante: la posibilidad de asegurar el riesgo empresarial derivado de la propia actividad y la posibilidad de asegurar el riesgo de huelga legal.

Respecto al primer punto, en nuestro derecho no existe prohibición legal que impida asegurar el riesgo de desaparición de la esperanza de beneficio, a causa del fracaso de una expectativa empresarial (ej. organizado un espectáculo con antelación suficiente, no se venden todas las estradas previstas a causa de que el mismo día se celebran otras actividades de primer orden, que distribuye la asistencia, por lo que no se obtienen los beneficios calculados. Otro ejemplo sería el de un distribuidor único al que de pronto le surgen empresas competidoras, que le restan cuota de mercado y, en consecuencia, le producen una pérdida de beneficios).

Si el acto o actividad no es contrario a la ley, a la moral o al orden público (artículo 1.255 del Código Civil) y el siniestro no es causado por mala fe del asegurado (artículo 19 de la Ley de Contrato de Seguro), no existen razones jurídicas que prohiban su aseguramiento. Las razones hay que buscarlas, entonces, en el orden técnico.

La Orden de 7 de septiembre de 1.987, que clasifica los ramos de seguro, en su artículo 2º, apartado uno, punto 16, bajo el rótulo de "*Pérdidas pecuniarias diversas*", autoriza, con amplio margen para la contratación, los seguros cuyo objeto sea la cobertura del riesgo de pérdidas pecuniarias derivadas de: a) riesgos del empleo; b) insuficiencia de ingresos (general); c) mal tiempo; d) pérdida de beneficios; e) persistencia de gastos generales; f) gastos comerciales imprevistos; g) pérdida de valor en venta; h) pérdidas de alquiler o de rentas; i) pérdidas comerciales indirectas distintas de las mencionadas precedentemente; j) pérdidas pecuniarias no comerciales; k) otras pérdidas pecuniarias; l) subsidio por privación temporal del permiso de conducir. Esta variedad de alternativas, algunas de las cuales son lo suficientemente genéricas como para dar cabida a casi todo tipo de posibilidades de contratación, constituyen una puerta abierta para el desarrollo de los seguros de lucro cesante, entre los que hay que incluir el riesgo empresarial especulativo.

En cuanto al segundo punto, la asegurabilidad de la huelga, como es sabido en el seguro marítimo se admite el riesgo de pérdida o daño causado por los huelguistas sobre los bienes asegurados. En el seguro de lucro cesante, la cuestión que se plantea alude a si es lícita la cobertura contra la pérdida de beneficios a causa del riesgo de huelga legal. El argumento de su licitud parte de la enmienda número 4 que el Grupo Comunista presentó durante la discusión del Proyecto de Ley de Contrato de Seguro, en el Congreso. Esta enmienda pretendía la adición de un segundo párrafo al artículo 63 (artículo 65 actual), del

siguiente tenor: "En todo caso, será nulo el seguro sobre la pérdida de beneficios o gastos que se deriven de la existencia de una huelga legal en el seno de la empresa o del cierre patronal de la misma". La motivación que se aportó fue esta: "Si la empresa tiene asegurados los resultados de una huelga o cierre patronal es claro que no tendrá ningún interés en la negociación con los trabajadores y ello produce, o puede producir, un desequilibrio en los posibles conflictos entre ambas partes".

La enmienda, al no ser admitida, ha llevado a sugerir que había que atribuir a este hecho un significado legitimador de su asegurabilidad.

El ejercicio de huelga legal se encuentra recogido en el artículo 28.2 de la Constitución, en la Sección Primera del Capítulo II del Título I, rotulado "De los derechos fundamentales y de las libertades públicas". "El derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses", es pues un derecho fundamental, por lo que es irrenunciable. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de octubre de 1.981, ha señalado: "El apartado 2 del artículo 28 de la Constitución, al reconocer el derecho a la huelga como derecho fundamental, lo hace en favor de los trabajadores y para la defensa de sus intereses. Hay que entender por ello que el derecho constitucionalmente protegido es el que se atribuye a las personas que prestan en favor de otros un trabajo retribuido, cuando tal derecho se ejercita frente a los patronos o empresarios, para renegociar con ellos los contratos de trabajo introduciendo en ellos determinadas novaciones modificativas".

El Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, dispone en su artículo 6, apartado 5, que "En tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma...". Regla que pretende reforzar el derecho a la huelga limitando las defensas del empresario contra la misma. Y del artículo 8, apartado 2, del mismo texto legal, se deduce que el fin perseguido con la huelga es forzar la negociación para llegar a un acuerdo. Es meridiano que si el empresario pudiera cubrirse contra la pérdida de beneficios derivados de una huelga, bien contratando otros empleados, o aun mejor, asegurandose contra este riesgo, el derecho de huelga quedaría vacío de contenido efectivo.

En evitación de que en el ejercicio de los derechos puedan obtenerse resultados opuestos a la finalidad pretendida por el Derecho, éste responde negando la eficacia de los actos contrarios a las leyes o realizados en su fraude (artículos 6.4 y 1275 del Código Civil). Conclusión valorativa que en la mayoría de los casos- como en el supuesto que estamos examinando- se obtiene de una interpretación integradora de las

normas que conforman el ordenamiento jurídico, sin necesidad de tener que recurrir a una explícita prohibición.

V. EL SINIESTRO.

Como acertadamente se ha puesto de relieve, el término siniestro a pesar de ser reiteradamente utilizado en la Ley de Contrato de Seguro, no es definido en ningún artículo. Lo único que se atisba, a través del artículo 4, es que existe distinción entre riesgo y siniestro, aunque no se especifique cuál sea ésta.

Por siniestro se entiende la realización del riesgo cubierto por el contrato. Suele identificarse el siniestro con el daño, pero ambos son conceptos diferentes. El artículo 18, en su párrafo tercero, apunta esta distinción: *"El asegurador que en virtud del contrato sólo deba indemnizar una parte del daño causado por el siniestro..."*. Luego, el siniestro es la causa del daño, pero no el daño en sí mismo. Del artículo 18 también se infiere una conclusión similar: *"El asegurador está obligado a satisfacer la indemnización al término de las investigaciones y peritaciones necesarias para establecer la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que resulten del mismo"*.

En el seguro de lucro cesante también concurre esta distinción. Que siniestro y daño son conceptos distintos, se advierte si tenemos en cuenta que puede haber siniestro sin daño y viceversa. En el primer caso, estaría el supuesto de una empresa que se asegurara contra la falta de suministro de su proveedor, que efectivamente se produce sin causar daño al asegurado debido a que éste posee un importante "stock" de productos de aquél. Y, en el segundo caso- daño sin siniestro-, estaría el supuesto de pérdida del beneficio esperado, causado por un riesgo excluido de la cobertura de seguro o aquel en que la cuantía del daño fuera inferior a la franquicia establecida.

Esencialmente, habrá siniestro indemnizable cuando habiéndose producido el riesgo acotado en el contrato ésta sea la causa de la pérdida del rendimiento económico.

La Ley, sin embargo, recoge como daños indemnizables otras partidas que la pérdida de rendimiento económico. Así, el artículo 65, expresa: *"En defecto de pacto expreso, el asegurador deberá indemnizar: Primero.- La pérdida de beneficios que produzca el siniestro durante el periodo previsto en la póliza. Segundo.- Los gastos generales que continúan gravando al*

asegurado después de la producción del siniestro. Tercero.- Los gastos que sean consecuencia directa del siniestro asegurado"

Para determinar la cuantía de la pérdida de beneficios el Tribunal Supremo ha establecido, en sentencia de 15 de marzo de 1.989, que no es válida la prueba documental consistente en la declaración correspondiente al Impuesto de Sociedades, dado su carácter fiscal y que obedece a una declaración unilateral para tal finalidad, que no es la pretendida por el seguro que cubre el lucro cesante.

En cuanto al significado que hay que atribuir al término siniestro, empleado por el precepto al referirse a los gastos generales que continúan gravando al asegurado después del siniestro, parece estar haciendo referencia a un siniestro de daños materiales (ej. incendio del establecimiento fabril) y no al de pérdida de beneficios. En efecto, en un seguro de incendio, el siniestro concluye con la destrucción de los objetos asegurados. Puede decirse que es instantáneo y absoluto. Sin embargo, en el seguro de lucro cesante el siniestro, cuando se trata de una empresa, rara vez es instantáneo, pues la paralización total o parcial de la fábrica- y con ello la pérdida de beneficio y la continuidad del siniestro- se prolonga durante semanas y a veces meses.

La expresión "*después de la producción del siniestro*" sólo tiene sentido si consideramos que el término "*siniestro*" alude al daño físico que da origen a la pérdida de beneficios. El beneficio sólo se obtiene después de cubrir los gastos. Si el contrato únicamente indemnizara al asegurado el beneficio neto que hubiera obtenido de no paralizarse la empresa, no se estaría cumpliendo la función indemnizatoria que se pretende, ya que al tener que deducirse del beneficio los gastos generales, evidentemente se estaría obteniendo una cantidad inferior al beneficio íntegro que en su caso se habría logrado.

Por último, los gastos que sean consecuencia directa del siniestro asegurado, hay que encuadrarlos dentro del deber genérico de salvamento. Se trata, fundamentalmente, de gastos dirigidos a aminorar las consecuencias del siniestro (artículo 17 de la Ley de Contrato de Seguro), es decir, el período de duración de la paralización. Estos gastos adicionales pueden ser tales como el empleo del personal durante horas extraordinarias, el alquiler temporal de otros locales para sustituir a los dañados, etcétera.