

19 de mayo de 1951.

COMPAÑÍAS ASEGURADORAS

- Compañías aseguradoras.
- Operaciones de transporte de mercaderías de abastecimiento de las ciudades.
- Establecimiento de «turnos» por la Autoridad gubernativa.
- Sumisión a los turnos y obligatoriedad de estos.
- Principio de libertad de contratación.
- Interés público y servicio público.
- Principio espiritualista en el sistema de contratación.
- Culpa o negligencia.
- Ilícito culposo.
- Libertad contractual y culpa extracontractual.
- Abuso de la libertad.

RECURSO DE CASACION

CONTRA SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1950
DE LA AUDIENCIA DE GRANADA, EN AUTOS
CON LA SOCIEDAD ANONIMA «OCCIDENTE»,
SOBRE COBRO DE CANTIDAD

A LA SALA

D. Francisco Brualla y Entenza, Procurador de los Tribunales y de D. Fernando Carlos Bassy Ruiz de Valdivia, según poderes que presento; comparezco ante el Tribunal Supremo formalizando *recurso de casación* por infracción de ley contra sentencia dictada con fecha 15 de noviembre de 1950 por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada, que revocó la que en 7 de abril de 1949 dictó el Juzgado de primera instancia número 1 de Málaga, en autos de mayor cuantía seguidos entre mi representado la Sociedad Anónima «Occidente», Compañía Española de Seguros, sobre cobro de cantidad; como mejor proceda en Derecho, digo:

ANTECEDENTES

En la ciudad de Málaga, en el año 1947, y desde el mes de mayo de 1944, las Compañías de Seguros que en la misma operan se hallaban sujetas a un turno riguroso por sorteo que se celebró, para el aseguramiento de las mercancías que tuvieran entrada en la capital, para las necesidades de su abastecimiento.

Esta obligación plurilateral de las mencionadas Compañías, naturalmente, implicaba el deber de abstenerse de aquellas operaciones que no correspondieran en turno a cada una de ellas; y tenía como origen una iniciativa, o si se quiere orden, del Gobernador Civil de la Provincia, acatada por los representantes de las Compañías por acuerdo entre todos ellos, que se formalizó en acta, fecha 8 de mayo de 1944, en el Sindicato Provincial de Seguros de Málaga.

La Sociedad Anónima «Occidente», Compañía Española de Seguros, operante en la referida capital andaluza, presto su conformidad y consentimiento a dicha obligación de respeto al turno, primero por escrito dirigido al referido Sindicato, en 5 de enero de 1945; después, observando dicha obligación sin protesta ni reclamación de ninguna clase contra ella, a pesar de haber tenido conocimiento del asunto la Dirección y representación de la Compañía en Madrid, ya que ésta fue expedientada por la Organización Sindical con motivo de una falta de cumplimiento de la obligación.

La regulación del turno afectaba también, personalmente, a los agentes o representantes de las Compañías, y entre ellas a D. Fernando Carlos Bassy y Ruiz de Valdivia, Delegado de la Compañía «Atlántida» en Málaga.

La sentencia recurrida, en su primer «considerando», afirma «que el que se dice contrato celebrado entre las Compañías de Seguros (folio 2 de los autos), ni es entre las Compañías, por que los tales Agentes no tienen facultades para ello, ni es contrato, porque le faltan para serlo -no es preciso pasar de la lectura- todos los requisitos que elementalmente se requieren para dar vida en el orden jurídico a una relación contractual». A semejante aserto hay que oponer que no fue probado en el pleito, sino simplemente alegado por la parte demandada. Contra estas afirmaciones, puras afirmaciones, de la parte y la sentencia, resulta documentalmente probado en autos que los treinta y tantos representantes de Compañías que firmaron el compromiso del turno, claro es que en nombre de éstas, y es absurdo pensar lo hicieran sin estar autorizados para ello. Cosa que, por otra parte, no podía hacerse prescindiendo de estos, por cuanto en la técnica del seguro, el Agente, participe en la prima de la Compañía, no puede quedar desligado de su representada; se trata, pues, de una afirmación de la sentencia completamente gratuita.

En 2 de diciembre de 1947, en el Sindicato Provincial de Seguros de Málaga se recibió oficio de la Delegación de Abastecimientos y Transportes de dicha capital para que, con la mayor urgencia, manifestara a que Compañías le correspondía hacer, con arreglo al turno establecido, el seguro de transportes de una expedición de 331 vagones de patatas que desde Álava habían de conducirse a Málaga. Este seguro correspondió, por el turno referido, a la Compañía «Atlántida», cuyo delegado era, como se ha dicho, el Sr. Bassy, el cual se puso inmediatamente al habla con el Presidente del Gremio de Almacenistas e Importadores de Patatas, D. Cristóbal Mayorga, que era quien, como asegurado, debía formalizar la operación, y le manifestó las condiciones que como ineludibles estaban fijadas por el Sindicato Nacional de Seguros, en su circular número 96, y a las cuales había que ceñirse estrictamente.

La operación no se llegó a concertar porque el Sr. Mayorga exigía condiciones más favorables, que no podía lícitamente ofrecer el Sr. Bassy. Pero, contraviniendo la obligación de turno, hubo una Compañía, la Sociedad Anónima «Occidente», que suscribió una póliza de seguro, bajo el número 21.363, fechada en Madrid, en 6 de diciembre de 1947, figurando como asegurado D. Vicente Iborra, en su calidad de Jefe de la Federación Nacional de Exportadores de Patata, asegurando cargamentos parciales de dicha mercancía con destino a Málaga. En esta póliza figuraban las condiciones reglamentarias; pero unido a ella había un suplemento, también de 6 de diciembre de 1947, en el que se dejaban sin efecto todas las condiciones y tarifas en vigor, entre ellas de la franquicia, se incluía el riesgo de heladuras, la reposición del saquerío que pudiera resultar inútil en el momento de la descarga y se fijaba como prima el 8 por mil. Este suplemento estaba firmado, como asegurado, por el Sr. Mayorga, y en la ciudad de Málaga.

Esta conducta de la Compañía «Occidente» ha dado lugar a un expediente que se sigue o siguió por la Organización Sindical. Pero independientemente de la responsabilidad disciplinaria en que dicha Sociedad haya podido incurrir, la infracción del deber de respetar el turno ha sido la causa de que el transporte de esos 331 vagones de patatas a Málaga no se asegurase en la Compañía «Atlántida», por mediación de su Delegado D. Fernando Carlos Bassy y Ruiz de Valdivia, el cual, por ello, dejó de percibir la comisión a que como Agente en dicha capital tenía derecho y que consistía en el 20 por 100 de la prima, más el 10 por 100 del 80 por 100 de la misma, más el 50

por 100 de los derechos de póliza, no percibiendo tampoco el otro 50 por 100 de dichos derechos de póliza que le están reconocidos para gastos de correspondencia y oficina.

Ha querido sostenerse de contrario (y es extremo que importa rectificar porque a él se alude en la sentencia recurrida) que en aquel caso concreto existió un levantamiento de la orden de turno. Pero lo único que aparece referido es que el Gobernador Civil, en entrevista celebrada con los representantes del grupo de almacenistas de patatas, en el mes de noviembre de 1947, les autorizó (a ellos, no a ninguna Compañía de Seguros) verbalmente para que en el caso de que la Compañía de Seguros a quien le correspondiera efectuar el del cupo de patatas concedido de Álava y Palencia, no cubriera la totalidad de los riesgos que la mercancía había de sufrir en su transporte, pudiera concertar el seguro libremente con la Compañía que estimase conveniente, siempre que ofreciera buenas condiciones, pues el estado de la mercancía así lo aconsejaba. Ya se ha visto que la Compañía «Atlántida», que era a la que por turno correspondía efectuar el seguro, había ofrecido cubrir todos los riesgos que las normas sindicales permitían cubrir; por lo que faltó el supuesto a que se condicionaba la autorización de concertar el seguro con otra Compañía concedida a los almacenistas.

En 1 de junio de 1948, D. Fernando Carlos Bassy y Ruiz de Valdivia, ante los Juzgados de primera instancia de la ciudad de Málaga, dedujo demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, que por turno correspondió al Juzgado número 1, contra la Sociedad Mercantil «Occidente, Compañía Española de Seguros, S. A.», con la súplica de que se condenara a la demandada a que pagara al actor, en concepto de indemnización, el importe de la comisión que a éste le correspondía cobrar de haber realizado la Compañía que representa el seguro de transporte de 331 vagones de patatas que desde Álava habían de ser traídos a dicha ciudad de Málaga para su abastecimiento, cuyo importe, según se detalló y determinó en el hecho sexto, ascendía a 99.399,30 pesetas, debiendo ser también condenada en costas.

Esta demanda se basaba sustancialmente en los hechos que más arriba se han referido y se apoyaba: en la existencia de un convenio de turno entre las Compañías de Seguros que operaban en Málaga, cuya infracción por la Sociedad demandada originaba una acción, a favor del delegado de la Compañía a la que por turno había correspondido el seguro de aquel transporte, para pedir indemnización por daños, por incumplimiento doloso de una obligación, a tenor de los artículos 1.101, 1.104, 1.107 y 1.124 del Código civil, o bien porque la obligación de indemnizar nacía de la realización de un acto ilícito por aplicación del artículo 1.902 del Código civil.

Seguido el pleito por sus trámites, el Juzgado de primera instancia número 1 de Málaga, en 7 de abril de 1949, dictó sentencia, con el siguiente

«FALLO: Que estimando la demanda debo condenar y condeno a la Compañía de Seguros "Occidente, S. A." a que abone a D. Fernando Carlos Bassy y Ruiz de Valdivia, en concepto de indemnización por culpa extracontractual, el importe de la comisión que a éste le correspondería cobrar caso de haber efectuado la Compañía "Atlántida", que el representa, el segura de transporte de 331 vagones de patatas que desde Álava habían de ser transportados a Málaga, cuyo importe de daños se fijara en ejecución de esta sentencia, sirviendo como base el porcentaje con arreglo al valor de la mercancía asegurada que le corresponde por imperio legal, a los efectos de seguros, todo ello sin hacer expresa condena de costas.»

Contra esta sentencia, la parte demandada, o sea, la Sociedad Anónima «Occidente», Compañía Española de Seguros, interpuso recurso de apelación para ante la Audiencia del Territorio. Y sustanciada que fue dicha apelación, la Sala de lo Civil de la Audiencia de Granada dictó, en 25 de noviembre de 1950, *sentencia en segunda instancia*, con el siguiente pronunciamiento:

«FALLAMOS: Que, revocando la sentencia apelada, debemos declarar y declaramos no haber lugar a la demanda inicial de estas actuaciones, deducida por D. Fernando Carlos Bassy y Ruiz de Valdivia, absolviendo de ella a la entidad demandada "Occidente, Compañía Española de Seguros Generales", condenando al actor, Sr. Bassy, en las costas de primera instancia y sin especial imposición de ellas por lo que respecta a la apelación.»

Esta sentencia se funda en los siguientes *considerandos*:

«CONSIDERANDO: Que el que se dice contrato celebrado entre las Compañías de Seguros (folio 2 de los autos) ni es *entre las Compañías*, porque los tales Agentes no tienen facultades para ello, ni es contrato porque le faltan para serlo -no es preciso pasar de la lectura- todos los requisitos que elementalmente se requieren para dar vida en el orden jurídico a una relación contractual.

CONSIDERANDO: Que siendo el mencionado turno a que se sometió en la provincia de Málaga a las compañías aseguradoras, una "orden del Excmo. Sr. Gobernador Civil de la Provincia", como bien dice el Sr. Delegado Sindical en el acta de 8 de mayo de 1944 (folio 2) y como corroboran todas las actuaciones posteriores a la demanda y todos los documentos que en periodo de prueba se aportaron a autos, orden que era al mismo Sr. Gobernador a quien se acudía para que la levantase cuando en algún caso se estimaba la procedencia de no aplicarla (número quinto del documento del folio 83 y documento del folio 106), es dable a un Tribunal Civil prescindir de la calificación jurídica de tal orden, y ha de limitarse esta resolución a proclamar la intrascendencia de la misma y su absoluta ineficacia a estos propios efectos civiles, porque ni autoridad provincial, ni organismo alguno corporativo, pueden realizar acto que vaya contra lo dispuesto en la Ley (art. 4 del Código civil) y es la Ley española, en sus múltiples preceptos positivos, la que proclama y consagra la más absoluta libertad en las Compañías de Seguros para que puedan concertar sus contratos con quienes tengan a bien verificarlo, y la no menos libertad en los ciudadanos para que puedan contratar un seguro con la Compañía que libremente elijan y con la que estimen conveniente efectuarlo.

CONSIDERANDO: Que si, pues, mencionado turno establecido por la indicada orden gubernativa no se basaba en una disposición de carácter obligatorio y sí, por el contrario, se hallaba en pugna con lo dispuesto por la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes, en oficio circular número 51.431, de fecha 6 de abril de 1945, que dice: "Los almacenistas quedan obligados a buscar por su cuenta entre las distintas compañías de seguros aquella que sirva mejor a los intereses del público, que es en definitiva el que ha de abonar estos gastos", como acertadamente dice el posterior Gobernador Civil en su comunicación de 10 de diciembre de 1948 (folio 83), y si, pues, todo el derecho positivo español proclama esa libertad de contratación a que antes se alude, al hacer uso de la misma la Compañía de Seguros "Occidente" en el caso de autos,

verificó un acto lícito con toda licitud que lo moral presta a lo jurídico, lo cual rechaza en absoluto el concepto de culpa extra-contractual que se alega, como fue rechazada al demandante, en la propia sentencia recurrida, la contractual que se esgrimía.

CONSIDERANDO: Que la trascendencia y gravedad social que representaría el cercenamiento y desaparición de la libertad que el derecho concede para el que pretenda concertar un seguro, lo verifique con la Compañía aseguradora que tenga a bien elegir son tan notorias que releva de toda exposición en orden a su significado e importante alcance, y justificadamente legítima el que el legislador haya proclamado y consagrado ese principio de libertad contractual, con mucha más razón que lo tiene establecido para otros ordenes de la economía, como el elegir entidad bancaria, por ejemplo, ya que en el seguro el concepto de indemnización, al que convergen las miras e intereses de ambos contratantes, en concepto futuro, afectado de toda la complejidad e incertidumbre que revisten los aspectos subjetivos y objeto del seguro mismo y que requiere un mayor depósito de confianza en orden a la seguridad de que quedara cubierto el riesgo y, en su caso, indemnizado el siniestro, todo ello en una libertad de apreciación individual, que no puede en modo alguno cercenarse, y en una facultad de discriminar el diferente arraigo, prestigio, antigüedad, ventajas de la póliza, capital social, etc., que puedan revestir unas y otras entidades y que en absoluto desaparecerían al someterlas al igualatorio rasero que un cronológico turno significa.

CONSIDERANDO: Que la licitud y la legitimidad del acto realizado por la Compañía de seguros demandada al concertar el seguro de referencia se refuerza al considerar que, sin necesidad legal alguna, se obtuvo de la propia autoridad gubernativa, para aquel caso concreto, un levantamiento de la orden de turno, y con esa autorización, que es de repetir innecesaria, es como vino el seguro a celebrarse y, a mayor abundamiento aún, se trata de un seguro concertado en Madrid, en uso de la facultad legal que a entidades y a particulares incumbe, y que tan consagrada está por el Derecho positivo, de celebrar un contrato de seguro en la población que estimen conveniente y es obvio que, celebrado en Madrid, huelgan todas las consideraciones apuntadas en orden a lo que sucediese en la provincia de Málaga con las limitaciones de referencia.

CONSIDERANDO: Que innecesario se hace decir que aunque no hubiese mediado intervención alguna gubernativa ni de organismos oficiales y las Compañías de seguros, mediante sus competentes órganos representativos, con una espontaneidad de iniciativa y con una libertad total en la prestación del consentimiento hubiesen llevado a cabo un acuerdo de tal índole, de establecimiento de turno, renunciando con ello al derecho de libre actuación que la legislación unánime les concede, tal convenio no tendría eficacia alguna respecto a terceros no contratantes, cuales son los ciudadanos que intentasen concertar un seguro, pues ni el artículo 1.257 del Código civil incluye a terceros en el alcance de una convención en la que no han tornado parte alguna, ni el artículo 4.º del propio Código civil permite el pacto que vaya en perjuicio de tercero y más aún el que afecte al interés público de tal clase, pues de interés público es la trascendencia de los elementos que en tal pacto vienen a entrar en juego y de interés público es como asimismo lo calificó la Comisaría General de Abastecimientos en su circular antes citada.

CONSIDERANDO: Que sería incongruente que después de apreciar que en el actual declarativo, a diferencia de cualquier otro de mayor cuantía, no existen temas de interpretación, problemas especiales jurídicos ni complejidad alguna, sino únicamente el

no recordar que no es un contrato aquello que el propio documento está diciendo que no lo es y que toda la actuación que integra el litigio lo está diciendo del mismo modo después de proclamar que la entidad aseguradora, al efectuar el seguro de referencia, obró en el ejercicio de un terminante y legítimo derecho, amparado por toda la legislación española y que, por consiguiente, realizó un acto lícito del que, en elemental principio de Derecho, no debe ni puede derivarse responsabilidad ni detrimento económico alguno para quien lo ejecuta, sería incongruente, es de repetir, que se le imputasen las costas causadas en la defensa y sostenimiento de esos trascendentales principios, las que sólo han de atribuirse a quien origino la actuación indebida, justificado criterio que no es dable extenderlo a la alzada por la modificación de orientación que para tal materia de costas proclama la sentencia de 8 de abril de 1930, corroborada por la posterior jurisprudencia.»

Notificada dicha sentencia a las partes, la representación de D. Fernando Carlos Bassy y Ruiz de Valdivia, en 24 de noviembre de 1950, presentó ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada, escrito preparando recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal contra la mencionada resolución. Y por providencia de 30 de noviembre de 1950 se tuvo por presentado dicho escrito y se ordenó que por el Secretario de la Sala se expidiera y se entregase a esta parte recurrente certificación literal de las sentencias de primera y segunda instancia, del expresado escrito y de la providencia.

En 21 de marzo de 1951 se expidió la certificación, que fue entregada a la parte recurrente en 28 del mismo mes; documento que acompañamos al presente escrito, en el que, dentro del plazo de cuarenta días conferido al efecto, formalizamos el recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal, apoyado en el siguiente motivo.

MOTIVO UNICO

Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil:

Infracción de ley, por contener el fallo violación por inaplicación e interpretación errónea del artículo 1.902 del Código civil, que dispone que el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

a) La violación por inaplicación consiste en que, habiéndose dado en el caso del pleito el supuesto legal de haberse causado daño con culpa, la sentencia niega el efecto previsto por la ley para este supuesto, o sea, la condena de reparación, prescindiendo del imperativo del precepto legal que deja de aplicarse.

En efecto, la sentencia recurrida admite: que en la ciudad de Málaga, en la época a que se contraen las actuaciones, existía *un turno* entre las Compañías aseguradoras, para las operaciones como la del transporte de 331 vagones de patatas a que se refiere la demanda. Este turno obedecía, según la sentencia, a una imposición gubernativa por la que se conculcaba el principio de libertad de contratación propio de nuestro ordenamiento jurídico -principio cuya traducción a norma positiva no se cuida de señalar la sentencia-. Pero esta resolución recurrida no niega, porque no podía negarlo, que *ese turno era acatado y en general observado* por las Compañías aseguradoras a

que afectaba, incluida la demandada; ni niega tampoco que la orden gubernativa de turno, cualquiera que fuera su supuesta ilegalidad, no había sido recurrida ni impugnada por nadie; es decir, era firme, y de obligado cumplimiento, obligación formal que determinaba la *ilicitud* de cualquier acción u omisión que la desobedeciera.

Pero es que, además, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial carecía de competencia para declarar tal ilegalidad, y aun no la declara, sino sólo de soslayo, oblicuamente, para llegar a la tesis del fallo.

Esta consideración, dirigida a la calificación *formal* del acto u omisión de la Compañía de Seguros «Occidente», al aceptar una operación que se hallaba obligada a rechazar, por sumisión al turno, se ve reforzada por la consideración de que, también en el aspecto *material*, era obligatorio cumplir una disposición que rompía con ese supuesto principio de libertad de contratación. Por razón de un intervencionismo estatal en los abastecimientos y *en los transportes*, que podrá discutirse en una concepción jurídica y económica liberal, pero que es de evidente efectividad en el ordenamiento jurídico positivo actual, en España y en todo el mundo, la contratación sobre artículos de primera necesidad se halla evadida, excluida, de la libertad de elección de casi todos los elementos del negocio, a saber: del elemento personal, pues el Poder público obliga a vender o a comprar subsistencias a determinados sujetos; del elemento real, cosa y precio subordinados a las normas de distribución y de tasas; de los elementos accesorios, como modelos de contrato, condiciones accidentales, etc. Esto ocurre en la compra-venta; pero se extiende a su accesorio *el transporte*, señalándose los medios a utilizar, los itinerarios, las tarifas, etc. No hay ningún motivo para que el intervencionismo no abarque la operación también *accesorio* del seguro.

Si se examina el contrato principal que era objeto del seguro, o sea, la compra y transporte de patatas, se observará que, en virtud de disposiciones gubernativas, el principio de libertad de contratación estaba eclipsado, anulado; todo se hacia al dictado de los Organismos de Abastos. ¿Por qué motivo desconocido ese principio de libertad había de mantenerse necesariamente, rígidamente, en lo accesorio, como es el seguro? No hay razón ninguna que impida imponer un turno para la operación del seguro, cuando se establece una imposición mayor para el contrato principal de compra-venta y de transporte.

Aún más, por razón de interés público se hace obligatorio el seguro de estas mercancías tan necesarias para el abastecimiento de la población. Justo es que esas operaciones de seguros, obligatorias, no se entreguen a una libre concurrencia, que puede orientar las operaciones en provecho monopolítico de alguna Compañía.

Todavía más. La Agrupación o Gremio de Almacenistas e Importadores de Patatas actuaba, en el contrato principal, como agente del Organismo rector de los abastecimientos (sabido es que los servicios públicos no siempre se ejecutan por medio de funcionarios públicos, sino también por medio de particulares, funcionarios de hecho, concesionarios, colaboradores, etc.).

Si, pues, la obligación de someterse a turno era lícita, su infracción implicaba un «injusto» civil, subsumible en la culpa extracontractual del artículo 1.902 del Código civil. Y ocasionado el daño de la privación de su provecho legítimo al Agente de la

Compañía de Seguros a la que correspondía por turno la obligación, era incuestionable la condena de reparación del daño prevenida en el invocado precepto legal.

Además, y sentadas estas consideraciones de orden general, cuya vigencia no puede ser desconocida, hemos de volver sobre consideraciones concretas en relación con los hechos y circunstancias del pleito para recordar que, en todo caso, si bien es cierto que la reunión de representantes de Compañías tuvo lugar por iniciativa del Delegado de Abastecimientos, no significa esto, ni mucho menos, que el acuerdo fuese adoptado por imperativo de un mandato gubernativo, lo cual es independiente de lo primero. Porque, una de dos: o el turno se estableció por orden de aquella autoridad, en cuyo caso, si tales facultades tenía el Gobernador sobraba la reunión y la consulta, o fue producto de libre acuerdo de los reunidos, aunque la iniciación del tema e incluso la orden de reunir a los sindicatos, para someterla a su consideración, partiera del Gobernador. (Que esto último fue así lo prueba el texto del propio comunicado de dicha autoridad, fecha 10 de diciembre de 1948, en el que hace observar que el turno de que se trata se lo encontró él establecido, debiéndose la iniciativa a su antecesor.)

Pero aunque esto no hubiera sucedido así, es indudable que desde el momento en que los Agentes de Seguros adoptaron el acuerdo -repetimos que en nombre de sus representadas, y en el suyo propio- y después, y durante buen número de años, lo han venido ejecutando, habiendo dejado todos de hacer las operaciones que cada cual hubiera podido conseguir para que el Agente y Compañía de turno las realizase.

Más aún. Con un origen o con otro, y con acta-contrato, porque se considere bastante, o sin ella, porque no se valore así, y un juego de contraprestaciones que son características del contrato -téngase en cuenta el principio espiritualista que informa nuestro Derecho de contratación- el solo desarrollo del turno durante tanto tiempo, su fiel cumplimiento por todos, la no obligatoriedad gubernativa del mismo -cuyas circunstancias se desprenden de ambas sentencias de primera y segunda instancia- y la inexistencia de coacción alguna demostrada por la continuación del sistema durante el mando de otros Delegados de Abastecimientos que no intervinieron para nada en ello, le da un carácter de norma establecida y observada que, aparte delatar el origen perfecto y libre del acuerdo, le consagra ya como costumbre impuesta por mutuo ascenso y conveniencia de las partes, lo que no es dable desconocer ni dejar sin el debido amparo al perjudicado por la infracción de ese sistema establecido y admitido.

La intrascendencia e ineficacia de la supuesta «orden» del turno, de que habla el segundo «considerando» de la sentencia recurrida, es un hecho que se deriva de la inexistencia de aquella «orden» o de la carencia de facultades legales del Gobernador para imponerla; pero nada de esto tiene que ver con las obligaciones y derechos que en el ámbito privado, civil, de su actuación establecieron los Agentes de Seguros entre sí. Y mucho menos tiene que ver aún con el hecho, también aceptado por ambas sentencias y probado suficientemente en los autos, de que habiendo sido designada la Compañía «Atlántida» y su agente, el actor, para efectuar una operación, le fuera ésta arrebatada por métodos poco claros, causándole el perjuicio de privarle de una comisión legítimamente alcanzada otra Compañía, la infractora de los beneficios del turno. O sea, que ésta se habría valido de él para conseguir primas que no podría de otra forma obtener y elude su cumplimiento del turno cuando encuentra ocasión de hacerse con un seguro al margen y en contra del mismo.

En cuanto a la circular de la Comisaría de Abastecimientos que cita la sentencia por la que «los almacenistas deben buscar la Compañía de Seguros que mejor sirva a los intereses del público» y el apoyo que de esa tesis hacia el Gobernador, al referirse al supuesto de que la Compañía de turno no cubriera todos los riesgos, están dictados porque una y otro desconocen en absoluto la técnica del seguro y las disposiciones especiales que lo regulan, toda vez que las Compañías que operan en España están sujetas, bajo penas de gran responsabilidad, al cumplimiento de las Tarifas y Ordenanzas dictadas por el Sindicato Nacional y la Dirección General de Seguros; por lo que una cualquiera operación tiene que cifrarse igual por todas, no sólo en cuantía de prima, sino en las condiciones generales del contrato. Por ello ninguna puede dar prima más beneficiosa que otra, ni cubrir riesgos ni franquicias que estén prohibidos, quedando afectas a sanción en otro caso; y por lo que se refiere a responsabilidad en caso de siniestro, todas, también por igual, están intervenidas por el Estado.

Estas consideraciones y la probanza en autos acreditan claramente la mala fe de la demandada aludida ya en los resultandos de la sentencia de primera instancia, donde aparece que «Occidente», para cubrirse, expidió una póliza exactamente igual a la que anteriormente había emitido «Atlántida», que el Grupo de almacenistas, por maniobra de la primera, rechazó alegando deseaba mejores condiciones, durante el transcurso de cuya gestión se extendió, fechándola en Madrid para tratar de esquivar su responsabilidad con respecto al acuerdo del turno, la póliza en cuestión y además un suplemento modificando todas sus condiciones; suplemento cuya existencia podrá verse fue negada por «Occidente», pero que el actor logró se incorporara a los autos; por cuya trasgresión de tarifas, también consta en el pleito, fue multada dicha Compañía, de todo lo cual hace caso omiso la sentencia de segunda instancia. Es, por tanto, innegable el pleno convencimiento que tenía aquélla de la ilegalidad con que procedía y del perjuicio que con sus actos causaba a la otra entidad aseguradora y a su Agente.

Tampoco es así, como lo afirma la sentencia de segunda instancia, que «era al propio Gobernador a quien se acudía para que levantase la orden de turno, cuando se estimaba la procedencia de no aplicarla», lo cual no ocurrió jamás, ni el documento del folio 83 ni el del 106 que cita, dice lo que pretende la sentencia, ni tampoco podía ocurrir, no apareciendo en los autos, en relación con este punto, más que la cita de la circular de la Comisaría de Abastecimientos, ya comentada, y la alusión al caso de una Compañía que pudiera cubrir mejor que otra los riesgos; todo lo que, según se ha visto, no tiene por qué afectar el acuerdo que establecieron entre sí los aseguradores, ni menos dar patente de legalidad al incumplimiento de contrato, si así se estima, y, en otro caso, al perjuicio cierto que interviniendo culpabilidad ha causado al actor la Compañía «Occidente».

La libertad de contratación, que con tanto calor defiende la sentencia, ha sido su único asidero para fundamentar la revocación de la sentencia de primera instancia, sin tener en cuenta que esa libertad, en cuanto se convierte en derecho subjetivo, puede ser renunciada, como lo fue en este caso, a cambio de las ventajas del turno. Otra muy diferente cosa hubiera sido si «Occidente» no hubiera aceptado el acuerdo ni hubiera actuado cumpliéndolo y usándolo.

b) Las mismas razones valen para fundamentar que la sentencia recurrida incide en *interpretación errónea* del citado precepto legal del artículo 1.902 del Código civil. Tal interpretación errónea consiste en atribuir al inciso «interviniendo culpa o

negligencia» un alcance o sentido que en buena doctrina resulta restrictivo sobremanera, ya que el «injusto» culposo puede producirse con ocasión de un acto aparentemente amparado en los preceptos positivos que consagran la más absoluta libertad de contratación de las Compañías de Seguros. Esta libertad *civil* puede estar limitada o condicionada por disposiciones *gubernativas o administrativas* y entonces puede surgir una *ilicitud* de este orden que afecta a las normas de lealtad en la competencia y en la distribución de negocios, cuando esos mismos negocios han sido reglamentados por el Poder público. La libertad contractual civil no excluye el evento de *culpa extracontractual* cuando el contratante *abusa* de esa libertad infringiendo otros principios y normas que en nuestro ordenamiento jurídico pueden coexistir con la tan decantada libertad contractual.

La sentencia recurrida, al entender de otro modo el concepto de culpa o negligencia del artículo 1.902, interpreta erróneamente este precepto legal originando infracción de ley.

Por todo ello,

SUPLICO A LA SALA que, admitiendo este escrito con los documentos que se acompañan y sus copias, se dignen tener por formalizado el recurso de casación por infracción de ley de que se ha hecho mérito y, previa la legal tramitación, se dicte sentencia estimándolo y casando y anulando la recurrida, se dicte otra nueva estimando la demanda en los términos de la súplica de la misma.

OTROSI DIGO: que a los efectos del artículo 1.721 de la Ley de Enjuiciamiento civil procede y

SUPLICO A LA SALA se sirva disponer me sea expedida y se me entregue certificación acreditativa de haberse formalizado este recurso dentro del término legal.

Madrid, 19 de mayo de 1951.