

El seguro en la empresa

Estudio sobre las obligaciones de las partes contratantes del seguro, los seguros de daños y el seguro de responsabilidad civil

Javier López y García de la Serrana



**FUNDACIÓN
INADE
UDC**

CÁTEDRA

LA GESTIÓN DEL RIESGO
Y EL SEGURO



EDITORIAL FUNDACIÓN INADE

Al empresario, cuyas noches de insomnio nunca son improductivas. En ellas concibe planes y encuentra ideas para desarrollar su actividad empresarial, cuya labor se traduce en un efecto multiplicador de la economía a través de la creación de nuevos empleos, el desarrollo social y la innovación tecnológica; creando un crecimiento económico que pocas veces se le agradece. De ahí la importancia de que al menos ese empresario disponga de un seguro que cubra su responsabilidad, como antídoto del continuo riesgo que asume en todos los ámbitos y que dedicándole esta publicación quiero agradeceré.

Colección CUADERNOS DE LA CÁTEDRA
Título n.º 7: El seguro en la empresa

1.ª edición: Santiago de Compostela, 2022

© Editorial Fundación Inade

Calle de la Paz, 2, bajo
36202 Vigo (Pontevedra)
<http://fundacioninade.org/> · fundacion@fundacioninade.org

© Universidade da Coruña

Maestranza, 9
15001 A Coruña (A Coruña)
www.udc.gal

© Javier López y García de la Serrana

Diseño e impresión: Tórculo Comunicación Gráfica, S. A.
Impreso en España · *Printed in Spain*

Reservados todos los derechos. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquiera medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros) sin autorización previa y por escrito de los titulares del *copyright*. La infracción de dichos derechos puede constituir un delito contra la propiedad intelectual.

Depósito legal: PO 708-2022
ISBN: 978-84-09-46077-9

ÍNDICE

Presentación	11
Prólogo	13
Introducción	15
Abreviaturas	19

Sección Primera. Cuestiones generales aplicables al seguro de la empresa: obligaciones de las partes contratantes del seguro	21
---	----

I Obligaciones del tomador del contrato de seguro	23
A) Obligaciones derivadas de la declaración del riesgo	23
a) La declaración del riesgo y las consecuencias de su incumplimiento. Análisis de la llamada regla de la equidad	23
b) La declaración de la agravación del riesgo. Consecuencias de su incumplimiento.	34
c) La regla proporcional o “infraseguro”	38
B) Obligaciones relacionadas con el pago de la prima. Consecuencias del impago de la prima	39
a) Impago de la prima sucesiva (Impago de la primera fracción).	41
b) Impago de la prima sucesiva (Impago de la segunda o siguiente fracción de una prima sucesiva siguientes de la prima fraccionada).	45
c) Impago de la primera prima o prima única.	50
C) Otras obligaciones relevantes	55
II Obligaciones del asegurador. Consecuencias del impago de la prestación obligada. Intereses del artículo 20 de la LCS	60
a) Pago de la correspondiente indemnización mínima	60
b) Pago de la prestación.	61
c) Modificación o rescisión del contrato por disminución del riesgo.	62
d) Otras obligaciones de las entidades aseguradoras	62
III El principio de buena fe contractual en el contrato de seguro	63

Sección Segunda. Lo que hay que saber respecto a los seguros de daños para empresas 67

I El seguro de multirriesgo o de negocio 69

- A) ¿Cuáles son las modalidades de indemnización? 69
- B) ¿Cuáles son las principales coberturas que se incluyen dentro de una póliza de multirriesgo? 70
 - a) Seguro de Incendio 71
 - b) Seguro de Robo. 73

II El seguro de lucro cesante por paralización de actividad. Problemática actual a raíz del cese de actividad durante la pandemia del Covid-19 74

- A) Introducción al seguro de lucro cesante por paralización de actividad 74
- B) El seguro de pérdida de beneficios, ¿seguro autónomo o independiente? Problemática actual a raíz del cese de actividad durante la pandemia del Covid 75
 - a) El cambio de paradigma que supuso la sentencia de 3 febrero de 2021 de la Audiencia Provincial de Girona a la hora de reclamar las empresas perjudicadas por el cierre decretado a raíz del Covid-19. 81
 - b) Otros pronunciamientos a favor de las empresas frente a sus respectivas aseguradoras 87
 - c) Pronunciamientos desestimando las reclamaciones las empresas perjudicadas por el cierre decretado a raíz del Covid 93
- C) ¿Qué consideración deben de tener las cláusulas contenidas en el contrato de seguro que circunscriben o limitan el aseguramiento a que las pérdidas por la paralización sean consecuencia de un daño previo cubierto por el seguro? 101

III El seguro de crédito y caución 108

- A) Similitudes y diferencias de ambos contratos de seguros 108
- B) El seguro de caución 108
 - a) Regulación legal y funcionamiento. 108
 - b) Ventajas del seguro de caución frente a otras garantías financieras 110
 - c) Actividades empresariales y profesionales que precisan seguro de caución 110
 - d) Acción de Reembolso 112
- C) El seguro de crédito y las ventajas de su contratación. 114
 - a) ¿Qué es la insolvencia definitiva de los deudores? 115
 - b) La indemnización en el seguro de crédito 115
 - c) Obligaciones del asegurado y del tomador del seguro 116
 - d) El seguro de crédito como seguro de “grandes riesgos” 117

Sección Tercera. El seguro de responsabilidad civil adaptado a las necesidades de la empresa 123

I Aproximación y diferencia entre las distintas modalidades	125
II El seguro de responsabilidad civil de explotación	127
A) Principios fundamentales que conviene tener en cuenta a la hora de proceder a su contratación	128
B) Coberturas más comunes del seguro de explotación	129
III El seguro de responsabilidad civil profesional	130
A) ¿Cuándo es obligatorio el seguro de responsabilidad civil profesional?	131
B) ¿Cuándo es aconsejable contratar un seguro de responsabilidad civil profesional aunque no sea obligatorio por Ley?	132
IV El seguro de directivos y administradores (D&O).	137
A) ¿A quién va dirigido el seguro de D&O?	139
B) ¿Cuáles son las principales coberturas?	140
C) Diferencias entre la responsabilidad de los administradores y la responsabilidad de los altos directivos	146
D) Exclusiones más relevantes y cobertura temporal del seguro de D&O	147
E) Aspectos a tener presente tras la reforma de la Ley Concursal.	148
V El seguro de ciberriesgos	149
A) Coberturas habituales	152
B) Principales riesgos excluidos habitualmente	153
C) Principales limitaciones de cobertura más habituales	154

Sección Cuarta. El seguro de defensa jurídica como aliado de la empresa 155

I Definición y regulación.	157
II Diferencias con la defensa de la responsabilidad civil cubierta por el seguro de responsabilidad civil	161
III La libre elección de profesionales	164
IV Limitaciones de las aseguradoras	172
A) Límite cuantitativo	173
B) Límite cualitativo	185
C) Límite por no ser preceptivo el uso del profesional.	189
D) Límite por razón de la materia	195
E) Límite por razón del sujeto beneficiario de la defensa jurídica	201
CONCLUSIONES.	207
BIBLIOGRAFÍA	217

PRESENTACIÓN

FUNDACIÓN INADE, INSTITUTO ATLÁNTICO DEL SEGURO es una organización sin ánimo de lucro cuyo patrimonio íntegro está destinado al logro de su objetivo: crear cultura en materia de gestión de riesgos y seguros.

En el año 2014 se constituyó en su seno un Consejo Asesor, del que forman parte empresas nacionales y multinacionales que apoyan económicamente las actividades de interés general. En el año 2020 se creó un Comité Técnico, integrado por gerentes de riesgos de organizaciones del tejido empresarial gallego, que apoyan a la Fundación en la consecución de sus objetivos.

Fundación Inade destaca por su excelente relación con la universidad gallega, en particular con las universidades de Santiago de Compostela y de A Coruña, siendo la universidad compostelana su brazo investigador y la universidad herculina su apoyo en lo relativo a la formación y transferencia del conocimiento.

En diciembre del 2015, y fruto de un convenio de colaboración con la Universidade da Coruña, se creó la “Cátedra Fundación Inade – UDC: La gestión del riesgo y el seguro”; primera Cátedra institucional que sobre esta materia se implantó en una universidad pública española.

Uno de los objetivos de la Cátedra es el fomento y la divulgación de la cultura de gestión responsable del riesgo en la sociedad. Para cumplir este objetivo la Cátedra puso en marcha una colección denominada Cuadernos de la Cátedra, en la que se abordan temas de importancia en el ámbito de la gerencia de riesgos, que ayudan al empresario a tomar las decisiones más adecuadas a sus intereses.

Fundación Inade, a través de su editorial, adquirió el compromiso de editar cada una de las obras de la colección, trabajos que cuentan con el apoyo económico de la Xunta de Galicia a través de la Vicepresidencia Primeira e Consellería de Economía, Industria e Innovación y, en especial, del Instituto Galego de Promoción Económica (IGAPE).

Hoy ponemos en manos del tejido productivo el séptimo ejemplar de los Cuadernos de la Cátedra, que lleva como título, El seguro en la empresa. Estudio sobre las obligaciones de las partes contratantes del seguro, los seguros de daños y el seguro de responsabilidad civil, trabajo elaborado por D. Javier López y García de la Serrana, abogado y doctor en Derecho.

Esta publicación también estará disponible en la web de la Cátedra (www.catedrafundacioninade.org) y de Fundación Inade (www.fundacioninade.org).

FUNDACIÓN INADE, INSTITUTO ATLÁNTICO DEL SEGURO

PRÓLOGO

Si algo nos han dejado claro la sucesión de crisis y acontecimientos de distinto orden, sufridos a lo largo de la última década, es que contar con que el futuro nos regale un escenario de calma y prosperidad, alejado de nuevas turbulencias, no es probablemente la mejor forma de gestionar una empresa. Nada más lejos de incitar al desánimo. Todo lo contrario. A pesar de que, desgraciadamente, no está en nuestras manos evitar una pandemia o una guerra en el otro extremo del continente, lo que sí podemos hacer es dotar a nuestro tejido empresarial de los instrumentos que se requieren para hacerlos resilientes.

La experiencia de estos últimos años confirma que en tiempos complicados como los actuales, la identificación, evaluación y gestión de los riesgos se presenta como una de las tareas clave de cualquier organización empresarial que quiera consolidarse y ser capaz de crecer armónicamente. En este sentido, un estudio científico publicado por la propia Fundación INADE hace poco más de un año ha puesto de manifiesto que la ausencia de una política adecuada de gestión y transferencia de riesgos ha sido históricamente de una las causas fundamentales de la desaparición de nuestras empresas.

Una de las decisiones esenciales que debe adoptar cualquier empresa es qué hacer con los distintos riesgos que la amenazan. En este sentido, las opciones pasan por asumirlos, deshacerse de ellos (normalmente dejando de actuar en el sector en el que el riesgo se genera), tratar de mitigarlos con medidas y políticas internas de control y/o finalmente transferírseles, en todo o en parte, a otra entidad para que su peso no recaiga por completo sobre la empresa.

En el marco de esta última opción, la transferencia del riesgo, la institución del seguro se presenta como el instrumento fundamental para poder llevarla a cabo. En efecto, como pone de manifiesto en su introducción el autor de este libro, el seguro es un instrumento que permite a los empresarios prever y gestionar *«las consecuencias de los hechos futuros e inciertos cuya eventual realización teme la empresa»*. Por este motivo, la conformación de un buen programa de seguros constituye uno de los instrumentos fundamentales que tiene la empresa para garantizar su estabilidad y supervivencia. Contar con un panorama equilibrado, comprensivo y suficiente de cobertura aseguradora con

el que enfrentarse a los principales riesgos de la empresa es una garantía de la ya mencionada resiliencia empresarial.

No siempre los empresarios perciben el seguro como un gasto necesario. En ocasiones sólo consideran ineludible dicho gasto cuando existe una norma que les obliga a ello, o cuando una administración pública o una empresa con la que desean contratar se lo exige. Esta actitud de cierto rechazo hacia el seguro se debe, sin duda, a múltiples causas. Puede que en esta actitud juegue algún papel el insuficiente conocimiento del mecanismo del seguro y de sus posibilidades entre sus potenciales destinatarios.

El objetivo de este libro es contribuir a paliar esta falta de conocimiento. Es decir, dar una información completa y accesible sobre cómo funcionan los seguros que contratan las compañías, a partir de un análisis de las obligaciones de las partes en los principales tipos de seguros empresariales. Un estudio que se ha hecho, además, desde las resoluciones judiciales que han venido definiendo y perfilando el significado y contenido de estas obligaciones en los últimos años.

Como tendrá ocasión de comprobar el lector, el estilo literario con el que está redactado el libro es el propio de las obras de divulgación, en las que se trata de acercar el conocimiento de una disciplina de la forma más sencilla posible y sin perder el rigor y la seriedad necesarios para proporcionar una información relevante. Esto nunca es fácil y por eso resulta especialmente destacable que el autor lo haya conseguido de forma brillante. Estoy convencido de que la obra se convertirá en una herramienta útil para incrementar el interés y la competencia en materia de seguros de cualquier empresario que se sumerja en su lectura.

El libro constituye además el último fruto de la cooperación editorial entre la Xunta de Galicia y la cátedra institucional de la Fundación INADE en la Universidad de A Coruña. Una cooperación que ha producido, con este, siete volúmenes. El proyecto de cooperación universidad-empresa que está detrás de la cátedra es un tipo de colaboración por la que la Xunta de Galicia ha apostado decididamente en los últimos tiempos, siempre desde la idea de que de esta clase de cooperación surgirán empresas más modernas, eficientes y competitivas, y universidades más conectadas con las dificultades y necesidades de los protagonistas fundamentales de nuestra economía. Confío en que este nuevo *cuaderno de la cátedra* sirva también para favorecer este objetivo.

Santiago de Compostela, a 25 de octubre de 2022

FRANCISCO CONDE LÓPEZ

Vicepresidente primeiro e conselleiro de Economía, Industria e Innovación de la Xunta de Galicia

INTRODUCCIÓN

LA IMPORTANCIA DEL SEGURO EN EL DESARROLLO ECONOMICO DE LA SOCIEDAD EN GENERAL Y DE LA EMPRESA EN PARTICULAR

Desde que el hombre se procuró hogar y sustento, cubriendo sus necesidades más básicas y empezó a vivir conviviendo con sus semejantes, evolucionando del trueque a una noción básica de lo que hoy conocemos como comercio, ha existido la necesidad en la sociedad de asegurar los bienes. Los anales del seguro se pierden en las antigüedades de la historia del hombre, pero es sin duda con las primeras civilizaciones donde se establecen de alguna forma estos antecedentes.

Así, entre las evidencias del comercio y su regulación en la antigua Babilonia o en Egipto, como de la experiencia del bien común de estas primeras sociedades y el reparto de las cargas como forma de afrontar mejor las adversidades, es como se iría conformando el germen del seguro en aquellas primeras civilizaciones que anotaban sus transacciones en tablillas de barro o en papiro.

Sería con el mercantilismo de los hábiles fenicios, con la esplendorosa expansión griega y con el pragmatismo del derecho romano, que este antecedente del seguro tomaría cuerpo en el *préstamo a la gruesa* (*nauticum foenus*) en el que los banqueros aseguraban las mercancías que se transportaban por mar, siendo devuelta esta cantidad con intereses por el armador si la carga llegaba felizmente a puerto.

Ya desde la Edad Antigua existían también colegios (*collegia*) y cofradías en las que se agrupaban profesionales y artesanos y en las que se fue consolidando una solidaridad que ayudara a los miembros, que quedaban en situaciones de desprotección, o que cubriera los gastos del funeral que no podía asumir una familia. La caída del Imperio Romano y los años de tumultos e invasiones supusieron una ruralización de la sociedad y una paralización de comercio en occidente, que no volvería a reactivarse hasta la Baja Edad Media,

donde las asociaciones volvieron a florecer en forma de gremios y el comercio por mar se reactivó al calor de la pujanza mercantil de algunas ciudades, como las que conformaban la liga Hanseática, las industriosas Repúblicas Italianas o la pujante expansión de la Corona de Aragón por el Mediterráneo.

Ahora bien, el seguro lucrativo tuvo su principal antecedente en el seguro marítimo, del que ya encontramos pruebas en Genova (Italia) allá por el año 1347, mientras que la primera póliza apareció en Pisa en el año de 1385. No obstante la primera vez que el contrato de seguro se regula con fuerza de ley será en España, en los Capítulos de las Cortes de Tortosa de 1412 convocadas por el rey FERNANDO I, donde se codificó el seguro contra la huida de esclavos, una labor normativa que continuó en las Ordenanzas del Consulado del Mar de Barcelona de 1435, pues los Consulados del Mar eran antiguas instituciones medievales que en las ciudades importantes con tráfico mercantil, funcionaban como una especie de tribunal mercantil y establecían los usos y leyes que regulaban en trato comercial en sus plazas y en ultrapuertos.

Cuando el escenario del comercio marítimo se trasladó del Mediterráneo al Atlántico gracias a las nuevas rutas comerciales abiertas por españoles y portugueses. La práctica de la piratería se trasladó con él, y el nuevo auge de estas prácticas en un escenario tan amplio y difícil de controlar, motivó la regulación del seguro marítimo que en el caso de las especias, o de los metales preciosos, alcanzaban el montante de auténticas fortunas. En este escenario se intenta crear un marco jurídico que regule el seguro, principalmente subordinado al comercio marítimo. Así, CARLOS V en 1538 aprueba las Ordenanzas del Consulado del Mar de Burgos, en las que por primera vez se crea un modelo de póliza uniforme y se dictan normas comunes para evitar fraudes y abusos. Estas normas tendrán luego su reflejo en las Leyes de Indias.

La captura de tripulaciones y la solicitud de rescate seguía siendo moneda común entre los piratas y un sustancioso negocio. Los que no podían pagar su rescate, como MIGUEL DE CERVANTES SAAVEDRA, cautivo de los piratas turcos en Argel, debían de esperar años de cautiverio, cuando no la muerte. Este acicate dio origen a un seguro que servía para garantizar el rescate, pero que acabo extendiéndose a la muerte del asegurado durante la duración del embarque. La primera póliza de vida de la que se tiene noticia fue la expedida por la Cámara de Seguros de Londres en 1583.

Para 1629 nace en Holanda la Compañía de las Indias Orientales, primera gran compañía moderna que asegura el transporte marítimo. Este tipo de institución se multiplicó por todo el Continente Europeo, hasta que tuvo su gran expansión en Inglaterra, tras el incendio registrado en 1666 en la ciudad de

Londres, donde se consumieron cerca de 13.200 casas, 89 iglesias y la Catedral de Saint Paúl, fundándose el 'Fire Office' para el auxilio a las víctimas y surgiendo así el más antiguo *Seguro contra Incendios* del mundo. Sería también en Londres, donde en 1688, en un humilde café donde se daban cita armadores y financieros, se crea la famosa compañía Lloyd's, que sentaría las bases del concepto moderno del seguro y que ostentaría la primacía en el ramo de los seguros en Inglaterra hasta el siglo XX. Su afamada capacidad de asegurarlo todo, cuenta con un amplio anecdotario de ilustres excentricidades y desastres históricos entre los que algunos citan una supuesta póliza de vida de NAPOLEÓN BONAPARTE, la sonrisa de MARLENE DIETRICH o la póliza de seguros del Titanic.

Las primeras compañías aseguradoras que surgieron en España lo hicieron en la ciudad de Cádiz en el siglo XVIII, al calor de su intensa actividad mercantil al ser trasladada desde Sevilla a esta ciudad la Casa de la Contratación en 1717, que centralizaba el comercio con América. No obstante, sería en el siglo XIX cuando se crearían las grandes compañías aseguradoras españolas como la Compañía General de Seguros fundada en Madrid en 1841, la Mutua Contra Incendios de Madrid de 1822 y la Sociedad de Seguros Mutuos Contra Incendios de Barcelona de 1835 o La Unión y el Fénix Español de 1864. Sin olvidar citar que también el Grupo Catalana Occidente tiene su origen en 1864, hace ya 158 años, con la constitución de la Sociedad Catalana de Seguros Contra Incendios a Prima Fija, impulsada por FERNANDO DE DELÁS Y DE GELPÍ.

También de la mano de España, nacerán las primeras compañías en la América Hispana y las sucursales de las que ya existen en la Península. Asimismo, el desarrollo de la industria y los transportes a finales del siglo XIX hace que el seguro en sus diferentes ramos crezca inexorablemente cubriendo incendios o pérdidas de manufacturas, garantizando contratos o servicios y permitiendo expandir el comercio y con ellos el desarrollo económico y social.

Durante el siglo XX los movimientos obreros que convulsionaron el siglo XIX seguirán su imparable lucha, apareciendo los Seguros Sociales. Las necesidades de los trabajadores y sus derechos se abren camino en las leyes buscando el soporte jurídico que proteja la invalidez, los accidentes de trabajo o la vejez. Los Estados Unidos que ya se perfilaban como nueva potencia mundial en el siglo XIX, recogen el testigo de las grandes compañías aseguradoras europeas, con un crecimiento espectacular de los seguros y reaseguros en todo su territorio nacional que se ve constantemente impulsado por el crecimiento de su economía, siendo el ámbito del seguro uno de sus grandes pilares.

Con esta pequeñísima lección de historia del seguro sólo se pretende poner de relieve el gran papel que desempeñan las aseguradoras para el mantenimiento del llamado ‘estado del bienestar’ favoreciendo el desarrollo y las grandes obras y cubriendo esa necesidad que ha sentido el hombre desde la noche de los tiempos de proveer para el futuro.

La historia del seguro es sin duda la historia del avance de la autonomía personal, pues la finalidad de los seguros es prevenir contingencias. *“El seguro, como actividad humana que es, guarda una relación bilateral con los avances sociales a los que favorece y de los que recibe impulsos que le obligan a evolucionar. Esto ha sido así desde sus orígenes históricos más remotos”*. Con esta frase comenzaba en el año 2000 su estudio ‘Importancia económica y social del seguro’ la entonces directora general de Seguros y Fondos de Pensiones, PILAR GONZÁLEZ DE FRUTOS, que lo fue hasta diciembre de 2002 y que desde 2003 es la presidenta de UNESPA, la asociación empresarial fundada en 1977 que representa al 96% del sector asegurador de España.

Un seguro se puede definir como un sistema que permite prever las consecuencias económicas de los hechos futuros e inciertos, cuya eventual realización teme la empresa o persona asegurada y, además, busca anular sus efectos. En resumen se puede decir que los seguros constituyen un sistema de transferencia de riesgos. De hecho es célebre la frase de GARRIGUES que lo define: *“El seguro es el antídoto del riesgo”*.

En los países en desarrollo la cultura del seguro empieza a crearse, aunque todavía se hallan muy lejos de los países desarrollados, en los que un padre de familia invierte en seguros hasta un 7% de sus ingresos y una empresa pequeña adquiere la mayoría de los seguros que hay en el mercado, aunque como todos los costos y gastos de una empresa, el del seguro debe ser congruente con las necesidades de la misma, debe medirse y controlarse, garantizando con ello que se tengan las mejores condiciones de cobertura.

Para finalizar esta introducción me gustaría hacer mención a mi maestro y director de tesis, LUÍS DE ANGULO RODRÍGUEZ, director general de seguros en la etapa en la se aprobó la Ley de Contrato de Seguro y posteriormente presidente de la Mutualidad General de la Abogacía durante muchos años, a quien le agradezco haberme trasladado su pasión por el seguro.

ABREVIATURAS

AP: Audiencia Provincial

BOE: Boletín Oficial del Estado

CC: Código Civil

CCom: Código de Comercio

CCS: Consorcio de Compensación de Seguros.

DGSFP: Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones

D&O: Directors and Officers

FIVA: Fichero Informativo de Vehículos Asegurados

LC: Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal

LCS: Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro

LECiv: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

LMSRP: Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados

LO: Ley Orgánica

LOSSEAR: Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

LISOS: Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

RC: Responsabilidad Civil

RD: Real Decreto

SOV: Seguro Obligatorio de Viajeros

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

UNESPA: Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras.

Sección Primera

**Cuestiones generales aplicables
al seguro de la empresa:
obligaciones de las partes
contratantes del seguro**

Tal y como viene definido en el artículo 1 de la LCS, el contrato de seguro es un acuerdo por el cual una parte, el asegurador, se obliga a resarcir de un daño o a pagar una suma de dinero a la otra parte, que llamaremos tomador, al ocurrir la eventualidad prevista en el contrato, a cambio del pago de una prima por parte del tomador. El tomador del seguro, puede ser, o no, el asegurado.

Como nota a destacar, podemos decir que el contrato de seguro es consensual, con lo que los derechos y obligaciones recíprocos de asegurador y tomador, empiezan desde que se ha celebrado la convención, aún antes de emitirse el documento que refleje datos y condiciones del contrato de seguro.

I OBLIGACIONES DEL TOMADOR DEL CONTRATO DE SEGURO

A) Obligaciones derivadas de la declaración del riesgo

- a) La declaración del riesgo y las consecuencias de su incumplimiento. Análisis de la llamada regla de la equidad

En este punto vamos a abordar la controvertida cuestión en materia contractual referente al inexcusable deber de declaración del riesgo por el asegurado en la formalización de un contrato de seguro, todo ello en contraste con el comportamiento del asegurador en la fase precontractual, cuyos deberes jurídicos examinados por una extensa doctrina jurisprudencial corresponden a una medida solutiva a dicha cuestión, apostando por el consentimiento protocolario del asegurado a través de un cuestionario previo impuesto por el asegurador que posibilite al mismo poder consultar circunstancias preexistentes y relevantes antes de la aceptación del riesgo, sin que se tensione con dicha exigencia el principio de buena fe en las relaciones contractuales.

El conocimiento del “estado de riesgo”, como incremento del grado de probabilidad de verificación del evento dañoso, le será necesario al asegurador

para determinar las circunstancias concurrentes y estimar el dolo o culpa grave del tomador asegurado en la formalización del contrato de seguro, de esta forma, tal diligente valoración sobre el riesgo, es lo que permite al asegurador valorar mediante el cuestionario previo al que se refiere el art. 10 de la LCS, las circunstancias relevantes que cada asegurador considera necesario conocer a fin de poder fijar la prestación del tomador con un consiguiente equilibrio.

Atendidas las circunstancias concurrentes, además de lo expuesto anteriormente, dicha ocultación intencional sobre diferentes circunstancias que determinaban la existencia de elementos agravatorios del riesgo, puede dar lugar como veremos a continuación a una infracción sobre las condiciones particulares y generales de la póliza como omisión del deber legal de información o de respuesta a la aseguradora, así se aprecia, en el párrafo tercero del artículo de la 10 de la LCS, donde se establecen distintas consecuencias para el incumplimiento del deber de información dependiendo de si éste se ha producido por dolo o culpa grave del tomador o no. El primer caso determina la liberación del asegurador de la obligación de cobertura. El segundo, una reducción de la prestación proporcional al riesgo realmente existente.

La casuística judicial en lo que a procesos de reclamación frente a las compañías aseguradoras se refiere, la lideran procesos judiciales en los que el asegurador rechaza el pago del capital garantizado, determinando su obligación contractual de indemnizar en el incumplimiento previo situado en el momento de la perfección del contrato por el tomador sobre la omisión de circunstancias que, a juicio del asegurador, podían condicionar e influir en la valoración del riesgo propio objeto de cobertura.

Este deber del tomador-asegurado, queda plasmado en el art. 10 de la LCS, al requerir al tomador del seguro que declare, previamente a la conclusión del contrato, todas aquellas circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración y concreción para la aceptación del riesgo por parte del asegurador, que se ampara en la vocación con la que nace el contrato de seguro, sin perder de vista que dicho incumplimiento vendrá dado, a su vez, por el correcto cumplimiento del deber inexcusable de la aseguradora de someter al asegurado al cuestionario correspondiente¹, y de hacerlo de la manera más fiel a la realidad del riesgo que se esté asegurando.

¹ Inciso final del párrafo 1º del artículo 10 introducido por el artículo tercero de la Ley 21/1990, 19 diciembre («B.O.E.» 20 diciembre), de adaptación del Derecho español a la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida, y de actualización de la legislación de seguros privados.

¿Qué es la declaración del riesgo y cómo debe realizarse para que el contrato tenga plena validez?

El riesgo asegurado es la posibilidad de que el evento dañoso se produzca y es por tanto la causa del contrato. La existencia de este riesgo debe apreciarse y declararse por el tomador en el momento de la celebración del contrato, previo estudio exhaustivo del objeto asegurado, de tal forma que, como declara el art. 4 de la LCS, el contrato de seguro será nulo, salvo en los casos previstos por la Ley, si en el momento de su conclusión no existía el riesgo o había ocurrido el siniestro.

Existen ciertos riesgos que no son asegurables, como son aquellos que se refieren a riesgos ilícitos, contrarios a las leyes o a la moral. Asimismo, tradicionalmente se excluye la posibilidad de aseguramiento de riesgos catastróficos tales como guerras, volcanes, revoluciones, terremotos, etc., que generalmente se cubren en régimen de compensación por el Consorcio de Compensación de Seguros². No obstante, pueden cubrirse en determinados casos, siempre mediando pacto expreso y en ramos legalmente determinados.

En relación al riesgo, el asegurado o tomador está obligado a:

- Hacer la declaración previa para la valoración del riesgo asegurado.
- Comunicar de la agravación del riesgo.

En primer lugar, vamos a ocuparnos del deber de declaración del riesgo, propiamente dicho, que como comentábamos anteriormente, viene regulado en el artículo 10 de la LCS: *“El tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. Quedará exonerado de tal deber si el asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él”*.

En este punto resulta importante fijarse en lo que establece el último inciso del apartado 1º de dicho artículo: *“Quedará exonerado de tal deber si el asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se trate*

² Ver artículo 6 y ss del Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros.

de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él.”

Es decir, el deber de declaración del riesgo nace en cuanto a su configuración como un deber de contestación o respuesta a lo que pregunte el asegurador, sobre el que además recaen las consecuencias que derivan de la presentación de un cuestionario incompleto³.

En cuanto a si el cuestionario debe o no revestir una forma especial de la que deba depender su eficacia, recoge la jurisprudencia —principalmente para el cuestionario de salud, aunque resulta extrapolable para el resto—, que no debe revestir una forma particular, al establecerse, por un lado, que el tomador no puede justificar el incumplimiento de su deber por la mera circunstancia de que el cuestionario fuera rellenado por el personal de la aseguradora o de la entidad que actuara por cuenta de aquella, pues lo verdaderamente relevante es que por la forma en la que se rellenó, se pueda concluir que el tomador del seguro no fue preguntado por esa información relevante. No obstante, aunque el deber de declaración del riesgo se traduzca en un deber de contestación o respuesta del tomador a lo que se le pregunte por el asegurador, este deber no implica que el cuestionario deba revestir una forma especial, habiéndose otorgado por el Tribunal Supremo de eficacia, por ejemplo, a la “Declaración de Salud” que se incorpora a la documentación integrante de la póliza de seguro (Sentencia 482/2004, de 31 de mayo).

Por tanto, se viene considerando por la Sala Primera del Tribunal Supremo que lo determinante para considerar si se ha cumplido o no con el deber de declaración y de pregunta por la aseguradora, deberá concretarse en si las preguntas formuladas (cualesquiera que sean las pautas escogidas) sean o no conducentes a que, *“en sus circunstancias, el tomador pudiera razonablemente advertir o ser consciente de la existencia de antecedentes médico-sanitarios relacionados con su estado de salud que la aseguradora debiera conocer para poder identificar y valorar correctamente el riesgo asegurado con las coberturas de vida e invalidez contratadas”*⁴.

³ Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, núm. 726/2016, de 12 de diciembre.

⁴ Ver comentario a la Sentencia de la Sala Primera de Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2016. Ponente: Francisco Marín Castán. Publicado por INESE en el n° 1 /Año 53 de la Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro.

De todo lo anterior, podemos deducir que la aseguradora no podrá negar el pago, aún si el asegurado deja de contestar a algunas cuestiones u omite información, si:

- El asegurador no le ha presentado un cuestionario o el que le presenta no es claro, completo y detallado. Un ejemplo de ello sería, si la redacción es tan compleja y técnica, que es complicado saber con exactitud qué se está preguntando.
- Datos que no son relevantes para lo que se asegura. Evidentemente, nada se le podrá decir al asegurado si ha omitido información que nada tenía que ver con el cuestionario ni lo que va a asegurarse mediante el contrato.
- No se conocían los datos en el momento de ser preguntado por ellos. Ello se deriva de la propia letra del artículo 10 de la LCS que sólo obliga al tomador a declarar las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo.
- En aquellos casos en los que tal omisión o declaración inexacta no haya sido realizado con dolo o culpa grave. El significado de ello, es que no se le puede reprochar al asegurado de que éste tuviese sospechas de que existía algo que podría afectar al contrato, pero que no lo podía saber con claridad.

De todo lo expuesto concluimos que el tomador de un seguro debe actuar con toda la diligencia posible. Debe declarar las circunstancias que modifiquen el riesgo en un seguro de daños. Pero es la aseguradora quién tiene que asumir las consecuencias de no cumplir con las obligaciones relativas a someter al tomador a un cuestionario conforme a Ley, sin que pueda oponer a dicho extremo que se actuara mediante la figura de un agente en la suscripción de la póliza.

A este respecto, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia n° 135/2019, de 24 de enero de 2019, en un asunto, en el que un tomador que suscribe un contrato de multiriesgo con una aseguradora, posteriormente se encuentra con diversos problemas para poder obtener la indemnización pertinente, al haber sido cumplimentada una modificación de la póliza de manera incorrecta por un agente⁵.

⁵ Antecedentes: El 21 de diciembre de 2006, Áridos Aguilar suscribió un contrato de seguro de multiriesgo empresarial con la compañía de seguros Allianz, S.A.

El 31 de Agosto de 2013 se sufrió un incendio en las instalaciones, el cual afectó a tres máquinas industriales de su propiedad. Áridos Aguilar hizo la pertinente reclamación y la aseguradora úni-

El Tribunal Supremo se pronuncia en la resolución del recurso de casación sobre “El deber de declaración del riesgo en el contrato de seguro”, argumentando que cuando el seguro se contrata con la intervención de un mediador, debe ser éste quién someta al solicitante del seguro el cuestionario previsto en el art. 10 de la LCS y la declaración del riesgo hecha ante el agente surte los mismos efectos que si se hubiera hecho directamente al asegurador (art 12.1 de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados).

Por lo tanto, la omisión del cuestionario por parte el agente debe ser entendida como una omisión por la compañía.

El Tribunal Supremo en referencia a otras sentencias como las resoluciones núm. 726/2006, de 12 de diciembre; 542/2017, de 4 de octubre; y 323/2018, de 30 de mayo, desprende que para que exista incumplimiento del deber de declaración del riesgo por parte del tomador del seguro, se deben cumplir unos requisitos: *“que se haya comunicado u omitido incorrectamente un dato relevante; que dicho dato hubiera sido requerido por la aseguradora mediante el correspondiente cuestionario y de manera clara y expresa; que el riesgo declarado sea distinto del real; que el dato omitido o comunicado con inexactitud fuera conocido o debiera haber sido conocido con un mínimo de diligencia por*

camente le ofertó una indemnización de 8.218,80 euros ya que consideró que existía un 95,52% de infra seguro en la partida ajuar industrial.

Anteriormente al siniestro, la tomadora había comunicado a la aseguradora, a través de su agente la adquisición de la nueva maquinaria adquirida, lo que llevó al aumento de la prima. Pero sin que se hubiera sometido ningún cuestionario al tomador por lo que la ampliación del riesgo se imputó erróneamente por la aseguradora a la partida de “vehículos en reposo” y no en “ajuar industrial”. Por estos hechos, Áridos Aguilar presentó una demanda contra Allianz, en la que se solicitó que se condenara a la aseguradora al pago de 346.974,39 euros, más el interés del artículo 20 de la Ley del contrato de seguro (LCS), o el pago de 225.057,46 euros, con iguales intereses.

El juzgado de primera instancia, estimó sustancialmente la demanda al considerar que cuando se contrató la ampliación de la cobertura del capital, la aseguradora no sometió el cuestionario pertinente al tomador del seguro. El juzgado condenó a la demandada a indemnizar al demandante.

El demandado interpuso recurso de apelación ante la audiencia provincial y fue estimado en parte, por las siguientes razones: “Aunque la ausencia del cuestionario debe perjudicar a la aseguradora, la tomadora tampoco actuó diligentemente, puesto que debía haber examinado la nueva póliza y comprobar la corrección del capital asegurado, reclamando, en su caso, las rectificaciones pertinentes. En consecuencia procede aplicar la regla de equidad y rebajar la indemnización a la cantidad de 93.633,53 euros”

La parte demandante interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Se denunció la infracción de los arts. 3 y 10 LCS, en relación con los arts. 6 y 12 de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados y la jurisprudencia que los desarrolla.

La parte recurrida, al oponerse al recurso de casación, alegó su inadmisibilidad, por carencia de interés casacional. Sin embargo, la alegación no pudo ser estimada porque el recurso se formuló al amparo del art. 477.2.3º LEC, en su modalidad en su interés casacional por oposición a la doctrina sala, por lo que habiendo tres sentencias en relación a este asunto, resultó admisible.

el solicitante en el momento de realizar la declaración; que el dato sea desconocido por la aseguradora en ese mismo momento; que exista una relación causal entre la circunstancia omitida y el riesgo cubierto”.

El Tribunal Supremo considera que ninguno de estos requisitos enunciados concurren en este caso. Al contrario, el tomador comunicó debidamente al agente de seguros la adquisición de la maquinaria y fue la aseguradora quién los incluyó erróneamente dicha maquinaria en “vehículos en reposo” en lugar de “ajuar industrial”, estimando por ésta razón el recurso de casación interpuesto por el reclamante.

En conclusión, *“es la aseguradora quién debe actuar con diligencia”*, y cuando se habla de la aseguradora se hace también referencia a los agentes que contraen estos seguros en su nombre, ya que indirectamente es la propia empresa quien los lleva a cabo.

¿Cuáles son las consecuencias del incumplimiento de esta obligación por parte del tomador?

A este respecto, el párrafo segundo del artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro, establece que: *“El asegurador podrá rescindir el contrato mediante declaración dirigida al tomador del seguro en el plazo de un mes, a contar del conocimiento de la reserva o inexactitud del tomador del seguro. Corresponderán al asegurador, salvo que concurra dolo o culpa grave por su parte, las primas relativas al período en curso en el momento que haga esta declaración.*

Si el siniestro sobreviene antes de que el asegurador haga la declaración a la que se refiere el párrafo anterior, la prestación de éste se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo. Si medió dolo o culpa grave del tomador del seguro quedará el asegurador liberado del pago de la prestación”.

De este artículo deben de diferenciarse dos escenarios de incumplimiento a los que se aplicarán consecuencias jurídicas distintas:

1. Que el conocimiento por parte del asegurador de la inexactitud del riesgo se produzca antes de la producción de un siniestro, lo que otorgará al asegurador el derecho a rescindir el contrato en el plazo de un mes desde que tuviera conocimiento de dicha inexactitud.

¿Qué ocurre en este caso con las primas pendientes del periodo en curso? Deberá asumirlas el asegurado, salvo que se acredite por la aseguradora que la

inexactitud en la declaración se hizo con dolo o mala fe del asegurado, en cuyo caso será éste quien deba abonarla íntegramente.

2. Que el conocimiento por parte del asegurador de la inexactitud del riesgo se produzca después de la producción del siniestro. En este supuesto, se darán a su vez dos posibles consecuencias:
 - a) Que el asegurador no está obligado al pago de la prestación, es decir, se le libere de sus obligaciones contractuales, cuando haya mediado dolo o culpa grave del tomador del seguro, o cuando el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado.⁶
 - b) Que el asegurado vea minorada su indemnización, en la misma proporción en que se hubiera incrementado la prima de haberse a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo, o lo que es lo mismo, se aplicará la regla de la equidad.

Aspectos prácticos a tener en cuenta para la aplicación de la denominada REGLA DE LA EQUIDAD

Lo primero que debemos de tener en cuenta, es que no podemos confundir la regla de la equidad con la regla proporcional, o infraseguro, pues —tal y como veremos más adelante— mientras que este último ajusta la indemnización por diferencias en el valor del bien, la regla de la equidad lo hace por el aumento del riesgo. En cualquier caso, el infraseguro o regla proporcional son herramientas que tienen las aseguradoras para controlar y gestionar justamente las primas que firman con sus clientes.

En definitiva, la regla de equidad es la reducción proporcional de la prestación o indemnización de la compañía aseguradora en caso de siniestro, por la diferencia entre la prima pagada y la que se debió pagar. En la práctica se aplica mediante la siguiente fórmula:

$$I^* = \text{Daños} \times (\text{Prima abonada} / \text{Prima que se debió abonar})$$

Siendo I* la indemnización a favor del tomador asegurado.

⁶ Artículo 19 de la LCS: “El asegurador estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado”

Esta regla de equidad se aplica en aquel siniestro donde se descubre que existe una agravación del riesgo, es decir, cuando surgen circunstancias que modifican la naturaleza del riesgo, desde el punto de vista asegurador, aumentando la peligrosidad o posible siniestralidad del mismo, por encima de los niveles que había cuando se estipuló el precio o tarifa inicial, lo cual hubiese supuesto un aumento del precio del seguro.

Para comprender en mayor profundidad analizaremos la sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 17 de febrero de 2022⁷, que

⁷ *Antecedentes: En el marco de un seguro de daños, -tras la comunicación de diversos siniestros por la asegurada-, la aseguradora le trasladó su intención de modificar las condiciones de la póliza, ya que consideraba que no se adecuaban a la magnitud del riesgo inicialmente declarado por el tomador. El 25 de marzo de 2015, la aseguradora remitió una nueva comunicación a su asegurada en la que le advertía que, de no acceder a la modificación de las condiciones en un plazo de quince días, rescindiría la póliza. El 10 de abril siguiente, la aseguradora remitió un burofax en el que comunicaba la rescisión de la póliza con efectos de las 23.59 horas de ese día. La rescisión no fue aceptada por la asegurada, al considerar que no tenía base legal o contractual. Como consecuencia de dicha disconformidad, la asegurada presentó una demanda contra su aseguradora en la que solicitó que se condenara a la misma al pago de 3.629.616,98 €, más el interés del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS), por los siniestros acaecidos durante la vigencia de la póliza y no indemnizados. La aseguradora se opuso a la demanda alegando el incumplimiento por el tomador del seguro de su deber de declaración del riesgo, tanto en lo referente al número de vehículos que integraban su flota, como en los índices de siniestralidad anteriores. Y que, en todo caso, la rescisión de la póliza se había efectuado conforme a derecho. Subsidiariamente, consideró que únicamente debería abonar los siniestros acaecidos antes de la rescisión del contrato, por importe de 301.726,81 €. Y también subsidiariamente a lo anterior, que, si se considerasen indemnizables los siniestros posteriores, debería aplicarse la regla de proporcionalidad prevista en el art. 10.3 de la LCS y reducir la indemnización a 801.696,23 €. En todo caso, se le debería exonerar del pago de los intereses del art. 20 de la LCS. El juzgado de primera instancia estimó íntegramente la demanda, al considerar, resumidamente, que: "(i) aunque los datos de siniestralidad facilitados por la tomadora del seguro no eran correctos, ello ya era conocido por la aseguradora desde el 31 de diciembre de 2014, por lo que cuando rescindió la póliza el 10 de abril de 2015 ya había transcurrido el plazo de un mes previsto en el art. 10 de la LCS; (ii) tampoco surtiría efecto la rescisión unilateral de la póliza, puesto que, conforme a lo pactado en la misma, sería necesaria la devolución de la parte de prima no consumida, lo que no se efectuó; (iii) la cuantía indemnizatoria está justificada documentalmente. En consecuencia, condenó a la demandada a indemnizar a la demandante en la cantidad reclamada en la demanda, más los intereses del art. 20 de la LCS". Frente a dicha sentencia, se interpuso recurso de apelación por la aseguradora, que fue desestimado por la Audiencia Provincial por las siguientes y resumidas, en lo que aquí interesa: (...) (iii) si hubo inexactitudes en la declaración del riesgo no fueron achacables a dolo o culpa grave de la tomadora, que se limitó a cumplimentar el cuestionario en los términos en que lo presentó la aseguradora; (iv) la regla de proporcionalidad no es aplicable, puesto que la misma únicamente entra en juego cuando la rescisión del contrato es procedente; es decir, la lectura correcta del precepto es que en caso de rescisión válida del contrato de seguro, no se pagan los siniestros posteriores, y los anteriores tampoco si ha mediado dolo o culpa grave en el tomador del seguro. Si no hay ese dolo o culpa grave, las indemnizaciones por los siniestros anteriores a la rescisión se cuantifican con la regla proporcional que contempla el precepto, (v) el impago de la indemnización no está justificado, por lo que deben imponerse los intereses del art. 20 de la LCS. La aseguradora demandada interpuso recurso de casación basado en cuatro motivos, de los que únicamente se admitieron el tercero, - que*

aborda la problemática relativa a la aplicación de la regla proporcional prevista en el artículo 10 de la LCS, y que opera cuando por parte del tomador de la póliza no se realiza una declaración del riesgo ajustada a la realidad que se va a asegurar.

En primer lugar, resulta interesante conocer el contenido de esta resolución para poder entender realmente el alcance de esta figura, pues en la práctica se suele confundir con el concepto de infraseguro, al que como hemos adelantado, se aplica la misma consecuencia jurídica, esto es la reducción proporcional de la indemnización, pero por distinta causa. Igualmente, esta sentencia analiza las consecuencias que en la práctica conlleva la existencia de una inexactitud en la declaración del riesgo realizada por el asegurado a la hora de contratar la póliza, y cómo se calcula dicha reducción de indemnización, así como los requisitos que deben concurrir para su aplicación, y en concreto, se plantea si es preciso que la aseguradora haya realizado o no la resolución del contrato dentro del plazo de un mes desde que tuvo conocimiento de la inexactitud del riesgo declarado, que prevé el segundo apartado del referido artículo 10 de la LCS.

En el presente caso, se analiza las diferencias prácticas entre lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 10 de la LCS —“*El asegurador podrá rescindir el contrato mediante declaración dirigida al tomador del seguro en el plazo de un mes, a contar del conocimiento de la reserva o inexactitud del tomador del seguro. Corresponderán al asegurador, salvo que concurra dolo o culpa grave por su parte, las primas relativas al período en curso en el momento que haga esta declaración;*”— y el apartado 3 del mismo artículo —“*Si el siniestro sobreviene antes de que el asegurador haga la declaración a la que se refiere el párrafo anterior, la prestación de éste se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo. Si medió dolo o culpa grave del tomador del seguro quedará el asegurador liberado del pago de la prestación.*”

Es decir, el tercer párrafo, que es el invocado como infringido por la recurrente en el presente recurso de casación, se refiere a dos casos distintos: (i) que el siniestro haya ocurrido antes de que la aseguradora haga la declaración rescisoria a que se refiere el párrafo anterior; o (ii) que la aseguradora tome conocimiento de la discordancia entre el riesgo declarado y el real cuando ha

denunciaba la infracción del art. 10.3 de la LCS, en relación con el art. 3 del CC y el principio de equivalencia de las prestaciones; y el cuarto –infracción de la regla 8ª del artículo 20 LCS y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo interpreta al imponer los intereses moratorios–.

ocurrido un siniestro. Es decir, en el primer caso la aseguradora podría haber denunciado el contrato, pero no lo ha hecho; mientras que en el segundo ni siquiera habría tenido ocasión de rescindir el contrato, puesto que desconocía el incumplimiento del deber de declaración del riesgo.

Pero el mencionado tercer párrafo no vincula su aplicación al ejercicio por el asegurador del derecho previsto en el párrafo anterior. Es decir, mientras que el art. 10.2 de la LCS regula los efectos jurídicos de la reserva o inexactitud en la declaración respecto de la subsistencia del propio contrato, el art. 10.3 de la LCS no regula la suerte del contrato, sino la de la prestación (derecho a la indemnización) a que da lugar el siniestro.

Partiendo de lo anterior, y considerando que la rescisión intentada por la aseguradora no fue válida, y de que no hubo dolo o culpa grave por parte del tomador en las inexactitudes en la declaración del riesgo, la compañía de seguros no puede exonerarse de su obligación de indemnizar, conforme al último inciso del párrafo tercero del art. 10 de la LCS, a sensu contrario. Pero también ha quedado firme la conclusión de que hubo tales inexactitudes en dicha declaración —aunque no mediara dolo o culpa grave—, por lo que el riesgo declarado no se compadecía con el contratado, de manera que resulta aplicable la regla de proporcionalidad (o de equidad, como ha sido calificada en algunas ocasiones por esta sala) prevista en el propio precepto.

Concluye la sentencia que la responsabilidad de la aseguradora debe quedar reducida en la misma medida que se hubiera incrementado la prima si el tomador hubiera declarado correctamente el riesgo. Como declaró la sentencia 600/2006, de 1 de junio: *“El párrafo tercero del artículo 10 se ocupa del supuesto que sobrevenga el siniestro antes de que el asegurador haga la declaración a la que se refiere el párrafo segundo del mismo artículo. Dentro del párrafo tercero indicado el supuesto más frecuente es que el asegurador advierta la discordancia entre el riesgo real y el declarado en el momento de la producción del siniestro. En ese instante, al analizarse las causas de éste, se descubre la verdadera entidad del riesgo. Y en el supuesto de actuación del tomador sin dolo o mala fe, nos hallamos ante una reducción proporcional de la indemnización partiendo de la relación que existe entre la prima pagada y la que debiera haber sido pagada si el riesgo hubiera sido declarado en forma regular. Aparece, al mismo tiempo, lo que se llama una reducción proporcional de la prima, que trata de restablecer la relación sinalagmática existente en la base del contrato”*

Como consecuencia de lo expuesto, el tercer motivo de casación fue estimado, y por tanto, la Sala Primera asumió la instancia y resolvió el recurso de apelación. Para ello, parte, conforme a lo ya expuesto, concluyó que: (i)

que la rescisión del contrato pretendida por la aseguradora no se ajustó a las previsiones legales ni contractuales, por lo que no puede surtir efecto (pronunciamiento que había quedado firme); y (ii) que la declaración del tomador del seguro sobre las circunstancias del riesgo fue inexacta, si bien sin que en dicha inexactitud mediara dolo o culpa grave. Por lo que debe darse lugar a la reducción proporcional de la indemnización prevista en el art. 10.3 de la LCS, y aplicar para su cálculo la siguiente regla:

$$\text{Prestación reducida} = \frac{\text{Prestación inicial} \times \text{Prima neta pagada}}{\text{Prima neta acorde al riesgo real}}$$

De esta forma, la indemnización que debe recibir el asegurado por los siniestros pendientes de abono ascendió a 801.696,23 €.

Por último, y respecto al cuarto motivo de casación planteado de forma subsidiaria, considera la sentencia que dicha cantidad no devengará los intereses del art. 20 de la LCS, porque éste es, precisamente, uno de los supuestos en que la demora en el pago de la indemnización puede considerarse justificada, a los efectos del apartado 8º de dicho precepto. Como expresó la sentencia del Tribunal Supremo, 285/2004, de 12 de abril, en la misma tesitura: *“las omisiones de que aquí se trata hubieron de influir razonablemente en la determinación de la Aseguradora, al momento de conocerlas con motivo de la reclamación [...], de no pagar el capital”*. En consecuencia, la mencionada indemnización devengará el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia.

b) La declaración de la agravación del riesgo. Consecuencias de su incumplimiento

El artículo 11 de la LCS establece la obligación del tomador o del asegurado, durante la vigencia del contrato, de comunicar al asegurador, tan pronto como le sea posible, la alteración de los factores y las circunstancias declaradas en el cuestionario previsto en el artículo 10, que agraven el riesgo, y sean de tal naturaleza que, si hubieran sido conocidas en el momento de la perfección del contrato, la compañía no lo habría celebrado o lo habría concluido en condiciones más gravosas. Establece literalmente dicho precepto que:

“1. El tomador del seguro o el asegurado deberán durante la vigencia del contrato comunicar al asegurador, tan pronto como le sea posible, la alteración de los factores y las circunstancias declaradas en el cuestionario previsto en el artículo anterior que agraven el riesgo y sean de tal naturaleza que si hubieran

sido conocidas por éste en el momento de la perfección del contrato no lo habría celebrado o lo habría concluido en condiciones más gravosas”

Igualmente que para el supuesto de declaración inicial del riesgo, la Ley de Contrato de seguro establece una serie de consecuencias para la indemnización o prestación a recibir por el asegurado, ante dicho incumplimiento, que vienen reguladas en el artículo 12 de la LCS:

“El asegurador puede, en un plazo de dos meses a contar del día en que la agravación le ha sido declarada, proponer una modificación del contrato. En tal caso, el tomador dispone de quince días a contar desde la recepción de esta proposición para aceptarla o rechazarla. En caso de rechazo o de silencio por parte del tomador, el asegurador puede, transcurrido dicho plazo, rescindir el contrato previa advertencia al tomador, dándole para que conteste un nuevo plazo de quince días, transcurridos los cuales y dentro de los ocho siguientes comunicará al tomador la rescisión definitiva.

El asegurador igualmente podrá rescindir el contrato comunicándolo por escrito al asegurado dentro de un mes, a partir del día en que tuvo conocimiento de la agravación del riesgo. En el caso de que el tomador del seguro o el asegurado no haya efectuado su declaración y sobreviniere un siniestro, el asegurador queda liberado de su prestación si el tomador o el asegurado ha actuado con mala fe. En otro caso, la prestación del asegurador se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiera aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo”.

En definitiva, el artículo 11 de la LCS regula el deber de comunicar la agravación del riesgo y el artículo 12 las consecuencias, tanto del cumplimiento como del incumplimiento de tal deber. En el primer caso, la ley permite a las compañías, una vez que toman constancia real del riesgo existente, proponer la modificación del contrato y, de esta manera, restablecer el equilibrio contractual, o incluso desistir del mismo mediante su resolución.

Ahora bien, en el caso de falta de comunicación de la agravación del riesgo y correlativo desconocimiento de la aseguradora, si el asegurado o tomador han actuado de mala fe, la compañía queda liberada de su obligación; y si no existe mala fe —en este caso no ha sido declarada, ni reconocida por las sentencias de instancia— el contrato produce efectos, con la correlativa obligación de la aseguradora de cumplir su prestación, si bien ésta será reducida, proporcionalmente, a la diferencia existente entre la prima convenida y la que se hubiera aplicado de haberse conocido la entidad real del riesgo, en cuyo caso se aplica la misma regla prevista en el último párrafo del art. 10 de la

LCS. Como vemos, se reproducen las consecuencias previstas en el apartado anterior relativas al deber de comunicación del riesgo, y por tanto resultan aplicables de forma idéntica para el supuesto de incumplimiento del deber de comunicar la agravación del riesgo.

En definitiva, como señala la sentencia n°. 757/2000, de 20 de julio, cuya doctrina se reproduce en la posterior sentencia 53/2019, de 24 de enero: *“La regulación legal parte de la base de la existencia de un estado de cosas al tiempo del contrato que condicionan su configuración, y que, dado su “tractu” continuado, puede verse alterado por circunstancias de diversa índole, las cuales, cuando implican un aumento de los riesgos, al desequilibrar, en perjuicio del acreedor, la situación inicialmente prevista, generan para el tomador del seguro o el asegurado que las conocen el deber de información expresado, de tal manera que si se incumple y sobreviniere el siniestro, el asegurador queda liberado de su prestación cuando el tomador o el asegurado haya actuado de mala fe, o bien, si no concurre ésta, tiene derecho a que se reduzca proporcionalmente la indemnización a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiere aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo, según establece el art. 12, p. segundo, LCS”.*

Más recientemente, la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia 712/2021, de 25 de octubre de 2021, resulta de gran interés en cuanto que valora la correcta aplicación de la regla de la equidad para un supuesto de falta de agravación del riesgo no comunicado a la aseguradora. Una vez aclarado por la sentencia, en efecto, hubo una ocultación por parte del asegurado pues no comunicó en plazo que en el periodo del siniestro, el local asegurado no disponía de sistema de detección automática de incendio conectada a una empresa de seguridad, lo que suponía una agravación del riesgo de incendio, que fue el que efectivamente se produjo.

Si bien, la controversia radica en si el cálculo de la reducción de la indemnización, aplicando la regla de la equidad realizada por la Audiencia Provincial había sido correcta.

En este sentido, concluye la Sala Primera que aunque la fórmula usada para aplicar esta regla proporcional es la correcta, pues se realiza mediante la siguiente fórmula:

(Prima neta pagada x importe de los daños sufridos) / Prima neta correspondiente a la entidad real del riesgo

Su aplicación no se llevó a efecto bajo términos homogéneos, esto es, con referencia a un mismo precio de tasas de riesgo (no pudiendo ampararse precios correspondientes a diferentes años) y especialmente a un mismo intervalo o periodo de tiempo determinado (a una misma mensualidad, o a un mismo trimestre, o a un mismo semestre o a una misma anualidad).

En definitiva, se afirmaba por el recurrente que, si bien la fórmula empleada es correcta, los parámetros utilizados no lo son, con lo que se vulnera la regla de equidad del art. 12.2 de la LCS.

A este respecto, responde la sentencia estimando este motivo del recurso al considerar que: *“Según resulta del documento trece de la demanda la prima es anual, pero la forma de pago pactada es semestral. El periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 2011 al 1 de mayo de 2012, se giran, en concepto de prima, 367,65 euros, mientras que la correspondiente a una póliza adaptada a las características concurrentes del riesgo, a la fecha del siniestro sin sistema de alarma conectado a un centro de seguridad, en cálculo semestral no ha sido acreditada por la compañía.”*

En cualquier caso, la correcta aplicación del criterio de requiere la utilización de términos homogéneos y no heterogéneos de cálculo, que, por tal circunstancia, afectan al resultado final de la reducción correspondiente a la prestación de la aseguradora.”

Aclarada esta cuestión, le correspondía a la Sala Primera asumir la instancia, y calcular —en base a la prueba obrante en autos—, cual tenía que ser la reducción correcta de la indemnización a favor del asegurado, partiendo del hecho de que es la aseguradora la que debe acreditar este extremo, aportando los datos suficientes y necesarios para aplicar correctamente esa fórmula.

Si bien, y ante la falta de prueba practicada por la aseguradora, concluye la sentencia lo siguiente: *“sin embargo, contamos con el informe del perito nombrado por el Juzgado, que sí utiliza al respecto la información obtenida de un mediador de seguros, que concierne pólizas de la entidad demandada y que facilita dos presupuestos, correspondientes a la fecha del informe, bajo condiciones homogéneas, con la salvedad contemplada de la agravación del riesgo del que nace el derecho de reducción de la prestación de la demandada conforme al art. 12.2 de la LCS. Uno, concerniente al valor de la prima, bajo las características del riesgo reflejadas en la póliza de seguros suscrita, por importe de 826,31 euros. Otro, correspondiente al riesgo realmente existente: sólo extintores sin alarmas conectadas a centro de seguridad, por importe de 862,47 euros. Este cálculo de primas coincide además con los criterios unificadores del Centro de Estudios de*

los Colegios Mediadores de Seguros, en su anexo tarifas de ejercicios incendios. Con tales datos, el importe de la prestación de la aseguradora, mediante la utilización de términos homogéneos, asciende a la suma siguiente: Indemnización: (123.551,91 euros x 826,41 euros) / 862,47 euros = 118.386,18 euros.

Ahora bien, como la compañía previamente había abonado la suma de 9.839,19 euros, el monto final de la prestación de la compañía será 108.546,99 euros, prácticamente igual a la suma fijada por el Juzgado (108.535,89 euros), que es la que aceptamos toda vez que la sentencia de instancia no fue recurrida por el demandante y se produciría, aunque en cuantía mínima, una vedada reformatio in peius”.

c) La regla proporcional o “infraseguro”

Se define el infraseguro cuando la suma asegurada, establecida en la póliza, al ocurrir el siniestro resulta inferior al valor del denominado interés asegurado.

El ejemplo más habitual es el de una póliza, de seguro de daños de la vivienda o multirriesgo de negocio, en el que se establece un valor de contenido o de continente determinado que después resulta, al producirse un siniestro (incendio, escapes, o cualquier otro suceso), que el valor establecido en la póliza era inferior al verdadero valor. En estos casos, la compañía alegará que ha de utilizar la denominada regla proporcional, que implica que sólo pagará o indemnizará el daño en la proporción en la que la suma asegurada (el importe establecido en la póliza) cubre el interés asegurado (el verdadero valor de aquello que se asegura).

Esta figura viene regulada en el artículo 30 de la Ley de contrato de seguro, donde se recoge que:

“Si en el momento de la producción del siniestro la suma asegurada es inferior al valor del interés, el asegurador indemnizará el daño causado en la misma proporción en la que aquella cubre el interés asegurado.

Las partes, de común acuerdo, podrán excluir en la póliza, o con posterioridad a la celebración del contrato, la aplicación de la regla proporcional prevista en el párrafo anterior”.

B) Obligaciones relacionadas con el pago de la prima. Consecuencias del impago de la prima

Establece el artículo 15.1º de la Ley de Contrato de Seguro que: *“El tomador del seguro está obligado al pago de la prima en las condiciones estipuladas en la póliza. Si se han pactado primas periódicas, la primera de ellas será exigible una vez firmado el contrato”*.

El elemento real del contrato de seguro es la prima, que es definida como la contraprestación del riesgo asumido por el asegurador que paga el tomador del seguro o el asegurado.

Como elementos configuradores de la prima del contrato de seguro, podemos decir, que es un elemento esencial del contrato, que se paga anticipadamente y es indivisible⁸, lo que significa que la prima perteneciente a cada período del seguro corresponde íntegramente al asegurador el cual no vendrá obligado a devolverla aunque se resuelva el contrato o cese, por cualquier causa, de la cobertura del seguro. A este respecto, la Dirección General de Seguros (DGS) ha establecido un criterio propio según el cual considera “indivisible” la prima que corresponde a un periodo⁹, normalmente anual,

⁸ Artículo 14 de la Ley de Contrato de Seguro. *“El tomador del seguro está obligado al pago de la prima en las condiciones estipuladas en la póliza. Si se han pactado primas periódicas, la primera de ellas será exigible una vez firmado el contrato. Si en la póliza no se determina ningún lugar para el pago de la prima, se entenderá que éste ha de hacerse en el domicilio del tomador del seguro”*.

⁹ Criterio de la Dirección General de Seguros: *“El contrato de seguro supone el traslado del riesgo del asegurado al asegurador, de forma que la prima se devenga al comienzo de la duración del contrato y cubre el riesgo de siniestro por el plazo estipulado. La prima es indivisible puesto que el asegurador soporta el riesgo total en cada instante de duración del contrato, y no por fracciones de tiempo. Este principio implica que la prima se debe y corresponde al asegurador por entero durante todo el periodo convenido como duración del contrato, aunque el pago se realice de forma fraccionada por acuerdo entre las partes (ya sea mensual, trimestral etc.). Así, si se da la circunstancia de que se produzca un siniestro total o una baja del objeto asegurado ya sea por transmisión o por cualquier otra causa con la consiguiente desaparición de éste, el tomador debe las primas fraccionadas pendientes de pago, y en el caso de haberlas pagado al inicio del periodo ningún derecho le asiste a recuperar determinada parte de la misma. No obstante, se informa que lo anterior no es obstáculo para que en caso de acuerdo entre las partes se adopte una solución diferente, como la de aplicar la prima no consumida a un nuevo seguro. Así algunas entidades aseguradoras suelen insertar en sus pólizas una cláusula en la que en caso de desaparición o transmisión del objeto asegurado durante el periodo de cobertura, mantienen la prima no consumida durante un tiempo con la finalidad de que el asegurado aplique dicho importe al aseguramiento de un nuevo objeto. La existencia de una cláusula contractual como la anterior en ningún caso supone una conducta ni abusiva ni limitativa de los derechos del asegurado por parte de la entidad asegurada. En consecuencia, en caso de extinción del contrato con anterioridad a la finalización del periodo de duración del mismo, la parte de prima no consumida se debe al asegurador, salvo que en la póliza se disponga otra cosa”*.

aunque se pague fraccionadamente por meses, trimestres o semestres. La única posibilidad cierta de librarse de pagar por un seguro que se ha vuelto inútil es que la aseguradora haya metido en el contrato una cláusula que expresamente lo permita, algo que casi nunca hace.

Respecto al lugar de pago, salvo pacto expreso en contrario, el pago de la prima se hará en el domicilio del tomador del seguro¹⁰. En cuanto a la forma de pago, la prima puede ser única o periódica. La única y la primera de las periódicas serán exigibles una vez firmado el contrato y las sucesivas al comienzo del periodo de riesgo.

¿Qué ocurre si el tomador no paga las primas?

Las consecuencias del impago de la prima, ya sea —única o periódica—, vienen recogidas en el artículo 15 de la Ley de Contrato de Seguro:

“Si por culpa del tomador la primera prima no ha sido pagada, o la prima única no lo ha sido a su vencimiento, el asegurador tiene derecho a resolver el contrato o a exigir el pago de la prima debida en vía ejecutiva con base en la póliza. Salvo pacto en contrario, si la prima no ha sido pagada antes de que se produzca el siniestro, el asegurador quedará liberado de su obligación.

En caso de falta de pago de una de las primas siguientes, la cobertura del asegurador queda suspendida un mes después del día de su vencimiento. Si el asegurador no reclama el pago dentro de los seis meses siguientes al vencimiento de la prima se entenderá que el contrato queda extinguido. En cualquier caso, el asegurador, cuando el contrato esté en suspenso, sólo podrá exigir el pago de la prima del período en curso.

Si el contrato no hubiere sido resuelto o extinguido conforme a los párrafos anteriores, la cobertura vuelve a tener efecto a las veinticuatro horas del día en que el tomador pagó su prima”.

En este sentido, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 10 septiembre 2015, Rec. 544/2013, fija como doctrina de la Sala a los efectos previstos en el artículo 15.1 de la LCS, en caso de impago de la primera prima o prima única, en una póliza de seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor, la siguiente: *“Para que la compañía aseguradora quede liberada de la obligación de indemnizar al perjudicado en*

¹⁰ v. STS 28-I-1988 sobre pago en oficina bancaria y STS 15-VII-1987 sobre pago mediante cheque.

el contrato de seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor por impago de la primera prima o prima única por culpa del tomador, es necesario que acredite haber dirigido al tomador del seguro un correo certificado con acuse de recibo o por cualquier otro medio admitido en derecho que permita tener constancia de su recepción, por el que se notifique la resolución del contrato”.

Para una mayor comprensión de esta compleja cuestión, vamos a analizar las consecuencias del impago de la prima según nos encontremos ante una prima única o periódica, también denominada como sucesiva, la cual podrá ser fraccionada, empezando por esta última al objeto de seguir la línea jurisprudencial dictada en la materia.

a) Impago de la prima sucesiva (Impago de la primera fracción)

De la lectura del apartado segundo del artículo 15 de la LCS, se puede deducir que tras el impago de una prima sucesiva, las entidades aseguradoras tienen la obligación de otorgar un plazo de gracia de un mes, a contar desde el vencimiento de la fecha prevista para el pago de la prima, en caso de impago de ésta. Así, durante el citado mes de gracia, el contrato de seguro no se verá resuelto ni modificado en extremo alguno y seguirá en vigor. No obstante lo anterior, transcurrido ese primer mes de gracia sin que se haya producido el pago de la prima debida, la entidad aseguradora suspenderá la cobertura de la póliza.

Por otro lado, se deduce que el asegurador dispone de un plazo de 6 meses, contados desde el vencimiento, para reclamar el pago de la prima debida, quedando extinguido el contrato si tal reclamación no se efectúa en plazo. Si bien, en el caso de que se abonen las primas antes de que el contrato se resuelva o se extinga, la cobertura reinicia su efecto transcurridas veinticuatro horas del día en que se produjo dicho pago.

Para un estudio más exhaustivo de esta cuestión, nos valdremos de la importantísima sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2015¹¹, la cual se pronuncia por primera vez sobre algunos aspectos relevantes relacionados con el alcance e interpretación de lo regulado por el artículo 15 de la LCS, al resolver la reclamación planteada por el tercero

¹¹ Ver comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 30 de junio de 2015. Publicado en el nº 8 del año 51 (septiembre 2015) de la revista RC (Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro) que edita INESE. ISSN: 1133-6900.

perjudicado frente al responsable y su aseguradora, una vez acaecido el siniestro y transcurridos más de 6 meses desde el impago del primer fraccionamiento de una prima sucesiva.

Es decir, la cuestión se centra en el apartado 2 del referido precepto, y trata de resolver de forma primordial, si a pesar de tratarse de una prima fraccionada, la extinción del contrato se produce a partir de los seis meses del impago del primer plazo, o si es preciso que se produzca el impago de la última de las fracciones para ello. Asimismo, esta sentencia resulta de gran interés por cuanto que además de lo anterior diferencia cuáles serían las consecuencias del impago de la prima —estuviera o no fraccionada—, diferenciando dos supuestos: que el reclamante sea el asegurado o el tercero perjudicado.

El supuesto de hecho que analizaba esta sentencia provenía de un seguro de responsabilidad civil suscrito entre asegurado y tomador, el cual se fue prorrogando anualmente, habiendo acordado entre las partes que el pago de la prima anual se fraccionaría en dos recibos. En la anualidad comprendida entre el 14 de marzo de 2005 y el 14 de marzo de 2006, el tomador dejó de pagar el primer recibo, el cual fue devuelto a mediados de marzo de 2005. En diciembre de 2005, se produjo un siniestro por el que la entidad perjudicada interpuso demanda frente a la empresa causante y contra su aseguradora, por los daños ocasionados que se cuantificaron en la cantidad de 188.453,03 euros. Frente a dicha demanda se opuso únicamente la entidad aseguradora alegando inicialmente excepción de prescripción y de falta de legitimación pasiva, no obstante, el Juzgado de Primera Instancia desestimó ambas excepciones condenando de forma solidaria a ambas codemandadas, partiendo de la siguiente premisa: en un supuesto de fraccionamiento de pago de la prima anual, sigue existiendo una única prima anual, por lo que no resulta de aplicación el apartado 2 del artículo 15 de la LCS.

De tal forma, consideró la sentencia de instancia que el cómputo del inicio del plazo de gracia de un mes y del siguiente periodo de suspensión sólo está previsto a partir del impago total de la prima fraccionada —y no tras el impago del primer fraccionamiento como pretendía la aseguradora—. Dado que el siniestro se produjo en diciembre de 2005, y el transcurso de los seis meses se hubiera producido en septiembre del mismo año, la cobertura del seguro se encontraba en suspenso pero en ningún modo habría quedado extinguida. Por lo que tratándose de una reclamación ejercitada por el tercero perjudicado no podría haber inconveniente alguno para aplicar la cobertura de la póliza en dicho periodo de suspensión, ya que el mismo sólo se puede oponer frente al tomador.

Ante dicha sentencia, se interpuso recurso de apelación por parte de la entidad Mapfre ante la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, la cual estimó el recurso y estimando parcialmente la demanda, absuelve a la aseguradora al considerar que cuando se produjo el siniestro la póliza ya no se encontraba en vigor. Y ello, por cuanto que entiende acreditado que el asegurado había manifestado su voluntad de no continuar con la relación contractual, con anterioridad a que ocurriera el siniestro, pues el recibo del primer fraccionamiento de pago de la prima fue devuelto por orden expresa del tomador. Se interpone frente a dicha sentencia recurso de casación por parte de la entidad perjudicada, por el que se denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 15 de la LCS, en relación con el comienzo del plazo de suspensión de la cobertura de la póliza previsto en el apartado 2, y el plazo de seis meses para que pueda producirse la extinción del contrato de seguro como consecuencia del impago.

Consideraba la recurrente que el momento del comienzo del plazo de suspensión de los efectos de la póliza por impago de uno de los fraccionamientos de la prima no puede producirse hasta el impago de la última de las fracciones, ya que no es hasta ese momento cuando puede entenderse que se haya producido el impago.

Pues bien, ante dichos argumentos la Sala abordó el asunto analizando el contenido íntegro del artículo 15 de la LCS llegando a la conclusión que entendía no controvertida la cuestión de que: *“a partir del mes siguiente al impago de la prima, y durante los cinco siguientes, mientras el tomador siga sin pagar la prima y el asegurador no haya resuelto el contrato, la cobertura del seguro queda suspendida”*. En cuanto a los efectos de esta suspensión, consideró el Alto Tribunal que mientras que dicha suspensión opera frente al asegurado a partir del primer mes, no ocurriendo igual cuando el que ejercita la acción es el tercero perjudicado, puesto que en este caso la póliza seguirá estando en vigor durante los seis posteriores al impago. Una vez sentado lo anterior, consideró también claro el hecho de que, por tanto, será a partir del sexto mes cuando el contrato quedará extinguido de forma automática, siempre y cuando el asegurador no hubiera reclamado el pago de la prima, por lo que cualquier siniestro que se produzca transcurrido ese plazo no estará cubierto ni frente al asegurado ni frente al perjudicado.

Partiendo de dichas premisas, resuelve la Sala Primera desestimando el recurso de casación, concluyendo lo siguiente: *“En casos como el presente, en que se ha fraccionado el pago de la prima y se deja de pagar el primer fraccionamiento, a su vencimiento, desde ese momento opera la previsión contenida en el art.15.2 de la LCS, la prima debe entenderse impagada, y por ello desde*

ese momento comienza el plazo de gracia de un mes, y a partir de entonces se suspende la cobertura del seguro, hasta la extinción del contrato a los seis meses del impago, siempre que en este tiempo no conste que la aseguradora ha optado por reclamar la prima”.

Por tanto, a diferencia de lo considerado por el Juzgador “a quo”, el Tribunal Supremo considera que en caso de primas fraccionadas, el impago se producirá desde que no se cumpla con el primer fraccionamiento, lo que supondrá que habiéndose ejercitado la reclamación directamente por el tercero perjudicado, como consecuencia de un siniestro ocurrido con posterioridad a que transcurran los seis meses de la suspensión que establece la Ley, el contrato de seguro se considera extinguido, así como la acción frente a la aseguradora.

Pero es que esta sentencia, además de zanjar esta cuestión, resulta de gran utilidad para extraer una serie de premisas en esta materia bastante interesantes y concluyentes:

- a. Producido el impago de una prima, ya sea fraccionada o no, la cobertura respecto al propio asegurado queda ampliada por el plazo de gracia fijado en la Ley de un mes. Transcurrido dicho mes, los efectos de la póliza quedarán en suspenso entre las partes hasta que transcurran seis meses desde el vencimiento, por lo que cualquier siniestro ocurrido en ese periodo (cinco meses) no estará cubierto por la aseguradora. No obstante, la suspensión de los efectos de la póliza no operará durante ese plazo frente al tercero perjudicado que ejercite la acción directa en virtud de lo dispuesto en el artículo 76 de la LCS.
- b. Transcurrido el plazo de los seis meses desde que se haya producido el impago sin que la aseguradora haya reclamado el abono de la prima, ya sea fraccionada o no, se produce de forma automática la extinción del contrato, por lo que los efectos de la póliza no serán aplicables frente al asegurado ni frente al tercero perjudicado.
- c. Para un supuesto como el analizado en el presente caso, en el que se había fijado una prima fraccionada (apartado 2 del artículo 15 de la LCS), el impago se entenderá producido desde que se deje de atender un fraccionamiento, por lo que los efectos de la suspensión se producen desde el primer impago sin que haya que esperar a que se produzca el impago de la última fracción.

En definitiva, el contrato de seguro quedará extinguido y no podrán ejercitarse las acciones pertinentes frente a la aseguradora en virtud de la acción directa del perjudicado tras el transcurso de los 6 meses desde que se haya

producido el impago de la prima única, o desde que se produzca el impago del primer o sucesivos fraccionamientos, en el caso de que se haya acordado el fraccionamiento de la prima.

b) Impago de la prima sucesiva (Impago de la segunda o siguiente fracción de una prima sucesiva siguientes de la prima fraccionada)

Para un estudio más exhaustivo de esta cuestión, es decir, si existen o no diferencias prácticas entre el supuesto de que le impago de la prima sucesiva sea del primer recibo, o de los recibos siguiente, nos valdremos en este caso, de otra interesante sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 10 de septiembre de 2015¹².

Esta resolución junto con las de fecha 30 de junio y de 10 de septiembre (misma fecha que la que nos ocupa, ponente Excmo. Sr. Sastre Papiol y que analizaremos más adelante), conformaron una nueva doctrina sobre el supuesto que se regula en el artículo 15 de la LCS (en sus dos apartados), tanto en el supuesto de impago de primera prima como en el supuesto de impago de prima sucesiva, así como en este tercer supuesto, en el que se discute sobre un caso de impago de prima fraccionada, en el que el Tribunal Supremo aplica también este precepto a pesar de tratarse del impago de la segunda fracción de una prima. Además de lo anterior, esta sentencia vino a confirmar la doctrina sobre los efectos liberatorios para la aseguradora del impago por culpa del tomador de la prima sucesiva, —a pesar de que como decimos se trata del impago de una fracción de prima—, en el supuesto de que la aseguradora no haya exigido el pago de la misma, entrando a valorar qué puede y debe considerarse culpa del tomador en el impago de la prima.

En este supuesto, nos encontrábamos con una póliza de seguro de vida firmada en fecha 19 de febrero de 2008 por un matrimonio con una aseguradora vinculado a un préstamo hipotecario mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública de 18 de febrero de 2008. El contrato de seguro tenía una duración anual, era renovable y se pactó el fraccionamiento del pago de la prima por semestres (los días 19 de febrero y 19 de agosto) en la cuantía de 336,62 euros, de la que era beneficiaria principal la entidad prestamista. El capital asegurado se cifró en la cuantía de 115.000 euros.

¹² Ver comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 10 de septiembre de 2015. Publicado en el nº10 del año 51 (noviembre 2015) de la revista RC (Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro) que edita INESE. ISSN: 1133-6900.

A la fecha del vencimiento de la primera fracción de la prima correspondiente a la segunda anualidad (19 de febrero de 2009), no había saldo en la cuenta para poder atender el pago de la prima, no haciéndose efectivo el cargo de la prima hasta la fecha de 10 de marzo de 2009, cuando entra nuevamente dinero en la cuenta tras el ingreso de una nómina. Sin embargo, el segundo fraccionamiento de esta segunda prima no es atendido nuevamente en la fecha de su vencimiento (19 de agosto de 2009), al existir un saldo insuficiente en la cuenta designada, por lo que el recibo de la prima fue devuelto. Si bien, este recibo no se intentó cargar de nuevo en la cuenta, con posterioridad, siendo la siguiente noticia recibida por el tomador en fecha 5 de septiembre de 2009, en la que se le advierte de la falta de pago.

A pesar de conocer la demandante y su marido la periodicidad del cargo de las primas del seguro, no realizaron ninguna gestión para su regularización, salvo en el mes de septiembre y octubre de 2010, cuando la actora se entrevistó con el director de la sucursal, quien le informó que la póliza de seguro de vida estaba anulada por falta de pago. Como consecuencia de que era frecuente que los recibos que habitualmente se cargaban en la cuenta no pudieran ser atendidos por falta de saldo, los titulares suscribieron un préstamo personal de 20.000 euros en fecha 18 de marzo de 2008, y realizaron una operación de refinanciación en el mes de julio de 2010. Si bien, no consta que se volviera a girar ningún recibo correspondiente al seguro de vida contratado en febrero de 2008, desde que se produjera el impago de la segunda fracción de la segunda anualidad, ni se intercambiaron más comunicaciones entre aseguradora y asegurado.

El 20 de enero de 2011, falleció uno de los tomadores, iniciando su esposa reclamación frente a la entidad aseguradora, la cual se opuso al pago del capital asegurado de 115.000 euros, por entender que la póliza de seguro de vida había quedado resuelta previamente por falta de pago, frente a lo que la reclamante respondió interponiendo una demanda en la que ejercitaba una pretensión principal contra la aseguradora, para que se declarara la vigencia del reseñado contrato de seguro de vida de 19 de febrero de 2009, por ser su resolución nula de pleno derecho, y se condenara a la aseguradora al pago de la suma asegurada, 115.000 euros, más los intereses del art. 20 de la LCS. La demanda también pretendía la condena de Banco de Valencia a realizar los trámites necesarios para reclamar de ASEVAL la indemnización 115.000 euros; y, con carácter subsidiario, la condena de Banco de Valencia a pagar 115.000 euros en concepto de daños y perjuicios ocasionados por incumplimiento del contrato de cuenta corriente, al no haber retenido el recibo cargado por Aseval correspondiente al segundo fraccionamiento de la segunda anualidad.

La sentencia de instancia desestimó las pretensiones ejercitadas en la demanda contra la aseguradora, al entender correctamente resuelto el contrato de seguro de vida antes de la fecha del siniestro, en virtud de lo dispuesto en el art. 15.2 de la LCS. También desestimó las pretensiones ejercitadas contra Banco de Valencia, al no apreciar ningún incumplimiento del servicio de caja inherente al contrato de cuenta corriente en el que se cargaban los recibos de las primas del seguro de vida.

Frente a esta sentencia se interpone recurso de apelación por la esposa del fallecido, que es desestimado por la Audiencia Provincial de Alicante, al entender que el contrato se resolvió ipso iure, por el transcurso de los seis meses desde la falta de pago de la segunda fracción de la prima correspondiente a la segunda anualidad, al no haber sido rehabilitado el contrato durante el periodo de suspensión de la cobertura. Y por lo que respecta a las pretensiones ejercitadas frente a Banco de Valencia, la Audiencia razona que, conforme a lo pactado en el contrato de cuenta corriente, el banco no tenía obligación de aceptar domiciliaciones de pago cuando no había saldo suficiente para atenderlas, ni aceptar situaciones de descubierto, por lo que la devolución del recibo fue correcta. Añade que el banco no tenía obligación de advertir al titular de la cuenta que no había saldo suficiente para atender el pago de la fracción de la segunda anualidad, pues sólo le incumbía la obligación de remitirle los saldos y el extracto de movimientos en la cuenta, según la estipulación 3.2 del contrato. Y advierte que los titulares de la cuenta no realizaron ninguna gestión, al comunicarles Aseval la falta de pago de la prima en carta de 5 de septiembre de 2009.

Se interpone frente a esta resolución por la parte actora recurso de casación en el que se resuelve, en primer lugar, que el banco no tenía obligación de retener el recibo hasta que la cuenta pasara a tener un saldo positivo suficiente como para pagarlo, y ello, por cuanto no constaba en las actuaciones que el banco hubiera generado en los titulares de la cuenta la expectativa de que actuaría de este modo. De esta forma concluye advirtiendo que: *“no debemos perder de vista que lo más relevante en este caso es que el fraccionamiento de pago se cargaba con una periodicidad predeterminada y conocida por los titulares de la cuenta, a quienes correspondía la carga de tener saldo suficiente para que pudiera ser satisfecho. El banco al devolver el recibo actuó de acuerdo con lo convenido en el contrato. Y, en todo caso, lo relevante en este caso es que la aseguradora comunicó al tomador el impago de la prima el 5 de septiembre de 2009 y no consta ninguna gestión de pago, ni siquiera que se solicitara que el recibo volviera a ser cargado a la cuenta, si no es pasados varios meses desde que quedara extinguido el seguro”*.

Continúa la Sala Primera resolviendo el motivo segundo, —en cuanto al requisito del impago por culpa del tomador, en relación con la definición de culpa contractual del art. 1104 CC, e infracción de la jurisprudencia que lo interpreta—. Alude la recurrente a la “culpa del tomador” para entender producido el impago de la prima, debiendo entenderse conforme al art. 1104 CC, es decir, como *«omisión de la diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar»*. Y añade que por la naturaleza de la obligación y las circunstancias en que se dio el impago, no existió culpa en la falta de pago. En este sentido, sobre la cuestión de la culpa del tomador en la devolución del recibo y su impago (según define el apartado 1 del artículo 15 de la LCS, como requisito imprescindible para entender resuelto el contrato de seguro), considera que de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo debe de interpretarse que *“basta la acreditación de que el recibo fue cargado a la cuenta en que se domicilió el pago y que fue devuelto, para que podamos entender como momento del impago el del vencimiento de la prima, sin que sea necesario exigir la acreditación de la culpa del deudor”*, por lo que se desestima el motivo planteado por el recurrente.

Por último lugar y respecto al cómputo del plazo para la resolución contractual por impago de las “primas siguientes” y de la jurisprudencia que lo interpreta, aduce el recurrente que habrá de considerarse la duración anual del contrato pese al fraccionamiento, en relación con el clausulado contractual, por lo que hasta que no se produzca el impago completo de la prima (es decir, de ambos fraccionamientos), no comenzará a contar el plazo de los seis meses contenido en el artículo 15.2 de la LCS. Pues bien, en primer lugar, entiende la sentencia que esta cuestión ya había sido resuelta por la sentencia núm. 357/2015, de 30 de junio, por la que se establece que cuando *“se haya fraccionado el pago de la prima y se deja de pagar el primer fraccionamiento, a su vencimiento, desde ese momento opera la previsión contenida en el art. 15.2 de la LCS, sin que sea necesario esperar al vencimiento del último fraccionamiento (...). A los efectos del art. 15.2 de la LCS, la prima debe entenderse impagada, y por ello desde ese momento comienza el plazo de gracia de un mes, y a partir de entonces se suspende la cobertura del seguro, hasta la extinción del contrato a los seis meses del impago, siempre que en este tiempo no conste que la aseguradora ha optado por reclamar la prima”*. Y en cualquier caso, finaliza su argumentación aludiendo que dicha interpretación en cualquier caso, resulta irrelevante en el presente supuesto, y ello, por cuanto que lo que se dejó de pagar era el segundo fraccionamiento de la segunda anualidad. Así, transcurridos los seis meses desde este impago de la segunda prima, sin que el asegurador hubiera reclamado su pago, el contrato de seguro quedó extinguido de forma

automática y por efecto de la propia disposición legal, sin que fuera preciso instar la resolución por alguna de las partes. Por ello, concluye la sentencia que el motivo debe ser desestimado, ya que el 19 de febrero de 2010 el contrato de seguro quedó resuelto y cuando más tarde falleció el asegurado, este riesgo ya no estaba cubierto por haberse extinguido el seguro de vida. De tal forma que el cómputo de los plazos por parte de la sentencia recurrida fue correcto y, por ello, no se aprecia la vulneración denunciada en el motivo segundo.

A modo de conclusión sobre esta cuestión, podríamos considerar a priori, que la resolución finalmente adoptada puede ser correcta, dado que el siniestro se produce en la tercera anualidad de la prima, cuando ya se había comunicado al asegurado la resolución del contrato de seguro por impago de la segunda anualidad, sin que éste hubiera realizado ninguna gestión encaminada a reactivar el seguro. Sin embargo, existe un dato muy relevante que el Tribunal Supremo pasó por alto (así como el propio recurrente) y es que, tras el impago de la segunda fracción de la segunda anualidad, no se volvió a pasar el siguiente recibo de la tercera anualidad, lo que supone que no podamos considerar, tal y como hace la sentencia, que estemos ante un impago de una prima sucesiva, sino ante un impago de fracción de prima.

Y es que hemos de tener en cuenta, tal y como viene estableciendo la jurisprudencia, incluida la de la Sala Primera del Tribunal Supremo —por ejemplo, STS de 22 de octubre de 2008—, así como la doctrina mayoritaria, que tanto la cobertura como la prima son indivisibles, por lo que, habiéndose procedido al pago del primer fraccionamiento, como ocurre en el presente caso, la póliza está vigente por el período pactado, pudiendo la aseguradora en todo caso reclamar aquel fraccionamiento impagado, pero no suponiendo la resolución del contrato de seguro.

Por tanto, el contrato no estaría resuelto “ipso iure” por el transcurso de los seis meses desde el impago del segundo fraccionamiento, tal y como establece el Tribunal Supremo, dado que en el presente caso no resultaría de aplicación lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 15 de la LCS sobre la suspensión de la cobertura por seis meses, al no tratarse de un impago de una prima sucesiva, sino del impago del segundo fraccionamiento de una prima sucesiva. En este sentido, hubiéramos estado de acuerdo con el hecho de que en septiembre/octubre del año 2010, el contrato se habría rescindido por aplicación del artículo 15.2 de la LCS, siempre y cuando se hubiera pasado el primer recibo pactado para la tercera anualidad (febrero de 2010), cuestión que parece no haber ocurrido en el presente caso, o bien, se hubiera opuesto, según lo previsto en el artículo 22 de la LCS, a la prórroga del contrato.

Deberíamos concluir que no se ha producido ni el impago de la segunda anualidad (al haberse abonado la primera fracción de la misma), ni el impago de la tercera prima sucesiva por culpa del tomador, en virtud de la propia doctrina que recoge esta sentencia, habida cuenta que no se llegó a pasar el recibo en febrero de 2010, conforme se había pactado en el contrato en relación a la forma de pago, ni tampoco se comunicó de conformidad con lo previsto en el artículo 22 de la LCS la oposición a la prórroga del contrato, por lo que cabría decir que el seguro a fecha de siniestro (enero de 2011) estaría en vigor. Todo ello, sin perjuicio como decimos, de que la aseguradora hubiera tenido derecho a reclamar el segundo fraccionamiento de la segunda anualidad, y a entender por resuelto el contrato a partir de septiembre de 2010, en virtud del artículo 15.2 de la LCS, si, tras pasar para el cobro el primer recibo de la tercera anualidad, el mismo hubiera sido devuelto.

No obstante la anterior crítica y reflexión, el criterio del Tribunal Supremo ante el impago del segundo (o posterior) fraccionamiento de una prima sucesiva, es aplicar la misma doctrina aplicable al impago del primer fraccionamiento de este tipo de primas, —esto es, suspender el seguro durante el primer mes, y entender resuelto el contrato *ipsu iure* a los 6 meses sino se ha reclamado o abonado la prima antes—, aunque se haya pagado el primer fraccionamiento de la prima, y a pesar de que como mantiene la doctrina y la jurisprudencia, la prima es única e indivisible.

c) Impago de la primera prima o prima única

De la lectura del apartado primero del artículo 15 de la LCS, se puede deducir que tras el impago de la primera prima o prima única, la entidad aseguradora podrá elegir entre resolver el contrato o exigir judicialmente el pago de la prima adeudada. En estos supuestos, y salvo pacto en contrario, la aseguradora no tendrá obligación de satisfacer indemnización alguna en caso de un potencial siniestro objeto del seguro, en tanto en cuanto no se hubiere procedido al pago de la prima.

Para un estudio más exhaustivo de esta cuestión, nos valdremos de la importantísima sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 10 de septiembre de 2015¹³, que analiza un supuesto muy parecido que las sentencias anteriormente citadas (STS de 30 de junio de 2015 y 10 de septiembre de 2015), si bien, en este caso el siniestro ocurre sin que se haya producido el impago de

¹³ Ver comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 10 de septiembre de 2015. Publicado en el nº 9 del año 51.

la primera prima, habiéndose hecho cargo del mismo frente al perjudicado el Consorcio de Compensación de Seguros, quien subrogándose en la posición de aquel, reclama frente a la aseguradora el importe abonado, y ello, al considerar que si bien, el tomador no había abonado la primera prima, lo cual se había comunicado en el FIVA debidamente a través del propio CCS, la póliza estaría en vigor, al no haberse resuelto por parte de la aseguradora debidamente el contrato de seguro.

En concreto, el supuesto analizado es el siguiente. El 1 de agosto de 2007, tras abonar el CCS la indemnización al perjudicado, dado que el vehículo causante en inicio parecía que estaba sin asegurar, repitió contra la aseguradora con quien tenía suscrita una póliza de responsabilidad civil el vehículo causante, circunstancia que fue conocida por el CCS en el acto de la audiencia previa del procedimiento ordinario, al aportar los responsables del accidente, un justificante bancario conforme al cual no había saldo en la fecha en que se adeudó el recibo para cobrar la primera prima, a la vez que la entidad de crédito comunicó a su cliente que debía regularizar el descubierto antes del 19 de mayo de 2007.

Como decimos, inicialmente y ante la supuesta falta de aseguramiento del vehículo responsable, el CCS abonó a los perjudicados la cantidad de 369.062,34 euros por el accidente de fecha 1 de agosto de 2007, si bien, ante la noticia de que el responsable del accidente había suscrito una póliza con entrada en vigor el 27 de abril de 2007, y a pesar de que la prima no hubiera sido satisfecha por el tomador antes de la ocurrencia del siniestro, se dirige frente a la aseguradora, al considerar que debía de hacerse cargo de la indemnización por cuanto que no acreditó comunicación alguna remitida al tomador, antes del referido accidente, resolviendo el contrato.

La aseguradora demandada, contestó la demanda alegando que nunca llegó a cobrar la primera prima del seguro por falta de fondos en la cuenta indicada por el tomador, antes de que ocurriera el siniestro, lo que comunicó a FIVA, —cuyo órgano responsable del fichero es el propio CSS— dando de baja la póliza, con efectos retroactivos a la comunicación de inicio de vigencia, el 4 de junio de 2007, fecha anterior a la del siniestro. Por ello entendió que no procedería el reembolso de la indemnización, de acuerdo con el art. 15 de la LCS que no exige comunicación alguna de la resolución de la póliza al tomador del seguro.

El Juzgado de primera instancia estimó la demanda, al considerar que pese a que efectivamente no se había cobrado la primera prima del seguro por falta de fondos en la cuenta indicada por quien fue el tomador del seguro, era

necesario, para quedar liberado el asegurador, comunicar de forma fehaciente al asegurado la voluntad de resolver el contrato con anterioridad a la producción del siniestro. Frente a dicha sentencia se interpuso recurso de apelación ante a la Audiencia Provincial de Pontevedra, la cual resolvió desestimando el mismo, valiéndose para ello de la interpretación del art. 15 de la LCS, según se refiera al ámbito inter partes, o bien, frente a terceros. En este sentido, concluye la Audiencia que, en el primer caso, salvo pacto en contrario, la aseguradora queda liberada de la obligación de indemnizar sin necesidad de instar la resolución del contrato; en el segundo, es preciso acreditar la resolución del mismo mediante escrito dirigido al tomador por correo certificado con acuse de recibo o por cualquier otro medio, como dispone el art. 20.2 del Reglamento sobre responsabilidad civil y seguro¹⁴ en la circulación de vehículos a motor, en relación con el art. 76 de la LCS¹⁵.

¹⁴ Artículo 20 del Real Decreto 7/2001, de 12 de enero, por el que se aprueba el Reglamento sobre la Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (actualmente derogado por el artículo 12 del Real Decreto 1507/2008, de 12 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor): 1. La solicitud del seguro de suscripción obligatoria, a partir del momento en que esté diligenciada por la entidad aseguradora, o agente de ésta, produce los efectos de la cobertura del riesgo durante el plazo de quince días.

Se entenderá que está diligenciada cuando se entregue al solicitante copia de la solicitud sellada por la entidad aseguradora o por agente de la misma.

El asegurador en el plazo máximo de diez días desde el diligenciamiento de la solicitud de seguro podrá rechazar la misma, mediante escrito dirigido al tomador por cualquier medio que asegure la constancia de su recepción, especificando las causas, y tendrá derecho a la percepción de la prima que le corresponda por la cobertura de los quince días previstos en el párrafo anterior.

Si transcurrido el plazo de diez días el asegurador no hubiera rechazado la contratación, se entenderá que la misma ha sido admitida.

Diligenciada la solicitud y transcurrido el plazo de diez días, el asegurador deberá remitir la póliza de seguro en un plazo de diez días.

2. La proposición del seguro de suscripción obligatoria hecha por la entidad aseguradora o su agente vinculará a la aseguradora por el plazo de quince días.

Una vez aceptada la proposición por el tomador, se entenderá perfeccionado el contrato, quedando siempre a salvo, en caso de impago de la primera prima por culpa del tomador, el derecho del asegurador a resolver el contrato, mediante escrito dirigido al tomador por correo certificado con acuse de recibo o por cualquier otro medio admitido en derecho, o exigir el pago de la prima en los términos del artículo 15 de la Ley de Contrato de Seguro. Aceptada la proposición por el tomador, el asegurador deberá entregar la póliza de seguro en el plazo de diez días.

¹⁵ Artículo 76 de la LCS: El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido.

Frente a dicha resolución se interpuso por la aseguradora recurso de casación ante la antedicha Audiencia Provincial, al considerar la doctrina establecida por el Tribunal Supremo que interpreta el art. 15 de la LCS, en el sentido de que si la primera prima o la prima única no ha sido pagada antes de que se produzca el siniestro, el asegurador quedará liberado de su obligación principal, es decir, de indemnizar el siniestro producido. Por lo que en virtud de lo anterior, no está obligada a dirigir ningún tipo de comunicación al tomador del seguro, operando la suspensión del contrato por la devolución del recibo por el banco y el transcurso del plazo de un mes que refiere el art. 15.2 de la LCS, siendo suficiente para quedar liberada de pago al acreditar que el recibo de la prima se había presentado para el cobro y que el mismo había sido devuelto por falta de fondos por culpa del tomador.

Se opuso al citado recurso del Abogado del Estado alegando que el impago de la primera prima no es oponible a terceros que ejercitan la acción directa al amparo del artículo 76 de la LCS, generando en estos casos un efecto suspensivo pero no extintivo, subsistiendo en este caso el contrato mientras que no se exija el abono de la prima o se resuelva el contrato.

Para entrar a decidir sobre el asunto, la Sala hace un repaso de la última legislación en materia de seguro de responsabilidad civil de automóviles, partiendo de la remisión que realiza el RD 8/2004, de 29 de octubre, en su artículo 2.6 a las “normas reglamentarias”, siendo de aplicación al presente supuesto, el Reglamento aprobado por el RD 7/2001, de 12 de enero, que viene a sustituir el anterior aprobado por el RD 2641/1986 y que, regula en su artículo 20.2 la solicitud y la proposición del seguro de suscripción obligatoria, disponiendo lo siguiente: *“la proposición del seguro de suscripción obligatoria hecha por la entidad aseguradora o su agente vinculará a la aseguradora por el plazo de quince días. Una vez aceptada la proposición por el tomador, se entenderá perfeccionado el contrato, quedando siempre a salvo, en caso de impago de la primera prima por culpa del tomador, el derecho del asegurador a resolver el contrato, mediante escrito dirigido al tomador por correo certificado con acuse de recibo o por cualquier otro medio admitido en derecho, o exigir el pago de la prima en los términos del artículo 15 de la Ley de Contrato de Seguro”*.

A la vista de lo anterior, considera que en modo alguno podrían acogerse los argumentos del recurrente, desprendiéndose que la falta del pago imputable al tomador de la primera prima antes de la ocurrencia del siniestro, no produce el efecto “ope legis” de liberar al asegurador de su obligación de indemnizar, sino que será necesario para acreditar además, frente a terceros, la comunicación recepticia dirigida al tomador del seguro declarando resuelto el contrato. Para mayor abundamiento, y ante la consciencia de la existencia de

una jurisprudencia contradictoria en las Audiencias Provinciales al respecto, se fija como doctrina de la Sala para la resolución de una póliza de seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor, en caso de impago de la primera prima o prima única a que se refiere el artículo 15.1 de la LCS, la siguiente: *“Para que la compañía aseguradora quede liberada de la obligación de indemnizar al perjudicado en el contrato de seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor por impago de la primera prima o prima única por culpa del tomador, es necesario que acredite haber dirigido al tomador del seguro un correo certificado con acuse de recibo o por cualquier otro medio admitido en derecho que permita tener constancia de su recepción, por el que se notifique la resolución del contrato”*.

Por último, la Sala viene a dejar claro que la doctrina establecida por esta sentencia no contradice la jurisprudencia anterior existente al respecto, por cuanto que las mismas no se refieren al mismo supuesto de reclamación de tercero perjudicado frente a aseguradora, sino que aluden a supuestos en los que se libera a la aseguradora frente a su asegurado.

En definitiva, en virtud de esta esta sentencia se estima correcta la reclamación contra una aseguradora por el Consorcio de Compensación de Seguros, subrogado en la posición de un perjudicado al que previamente había indemnizado como consecuencia de un siniestro provocado por un vehículo cuya primera prima de seguro había resultado impagada por culpa del tomador. Sin perjuicio de que la solución adoptada por el Tribunal Supremo nos pueda parecer correcta o no, con el reglamento del seguro obligatorio “en la mano”; la misma nos deja algunas dudas y flecos importantes sin resolver expresamente, que desde mi punto de vista podrían dar lugar a nuevas controversias sobre este asunto.

Por esta sentencia se fija como doctrina la siguiente: *“Para que la compañía aseguradora quede liberada de la obligación de indemnizar al perjudicado en el contrato de seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor por impago de la primera prima o prima única por culpa del tomador, es necesario que acredite haber dirigido al tomador del seguro un correo certificado con acuse de recibo o por cualquier otro medio admitido en derecho que permita tener constancia de su recepción, por el que se notifique la resolución del contrato”*.

Teniendo en cuenta lo anterior, se nos plantean algunas dudas importantes: ¿la nueva doctrina supone la aplicación del régimen del artículo 15.2 de la LCS sobre el plazo de un mes “de gracia” para el asegurado y la suspensión de los efectos de la póliza por otros 5 meses más frente al perjudicado, al

supuesto de impago de la primera prima? o, cuando se refiere a la obligación de indemnizar al perjudicado, ¿debemos de considerar como tal al perjudicado en sentido amplio (incluyendo al asegurado), o sólo al tercero perjudicado?. ¿la obligación de pago en estos supuestos otorgaría la posibilidad de repetir luego frente al asegurado? — al igual que en el supuesto de prima sucesiva— o por el contrario, ¿el pago del asegurador supone la activación definitiva de los efectos de la póliza?, ¿cuánto tiempo debe esperar el asegurador para instar la resolución del contrato una vez impagada la primera prima?, entre otras preguntas.

Como decimos son muchas y variadas las cuestiones que nos genera esta sentencia, y que no entra a resolver, si bien, podremos intuir algunas de las respuestas a las cuestiones planteadas en virtud del contenido de la misma, y en concreto, la más relevante es si cabría el derecho de repetición o no del asegurador. Como ha venido estableciendo la doctrina en el supuesto del impago de la primera prima, el asegurado quedaría liberado de su obligación, en base a lo previsto en el último inciso del apartado primero del artículo 15 de la LCS, si bien, a raíz de esta sentencia no parecen tan claras las posibilidades que tendrán las aseguradoras para resarcirse de estos supuestos.

Consideramos que hay un párrafo clave que nos puede hacer pensar que, efectivamente, el asegurador tendrá que hacer frente a la indemnización pero sólo frente al tercero perjudicado, posibilitando de esta forma el derecho de repetición frente al asegurado. Nos referimos al siguiente: *“Hasta tanto no se acredite haber efectuado tal comunicación, frente a terceros, el impago de la primera el impago de la primera prima o prima única es inoponible frente a quien ejercita la acción directa del artículo 76 de la LCS por subrogación, como es el supuesto contemplado en el presente caso”*. Asimismo, se hace referencia a que la sentencia no infringe otros fallos dictados por la Sala Primera, ya que mientras que aquellos se referían a la negativa de indemnizar al propio asegurado, ésta trata de la reclamación del tercero perjudicado contra la aseguradora. No obstante, entiendo que la misma puede tener diversas interpretaciones, por lo que lejos de haber aclarado esta cuestión ha sembrado ciertas dudas que deberán solventarse en el futuro.

C) Otras obligaciones relevantes

El tomador del seguro (o el asegurado o el beneficiario en su caso) deberán comunicar al asegurador si se produce el siniestro protegido por el contrato dentro del plazo máximo de 7 días de haberlo conocido, salvo que se haya fijado en la póliza un plazo más amplio. En caso de incumplimiento, el asegurador podrá reclamar los daños y perjuicios causados por la falta de declaración.

El artículo 16 de la Ley de contrato de seguro, recoge esta obligación del tomador, y especifica que: *“El tomador del seguro o el asegurado o el beneficiario deberán comunicar al asegurador el acaecimiento del siniestro dentro del plazo máximo de siete días de haberlo conocido, salvo que se haya fijado en la póliza un plazo más amplio. En caso de incumplimiento, el asegurador podrá reclamar los daños y perjuicios causados por la falta de declaración.*

Este efecto no se producirá si se prueba que el asegurador ha tenido conocimiento del siniestro por otro medio

El tomador del seguro o el asegurado deberá, además, dar al asegurador toda clase de informaciones sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro. En caso de violación de este deber, la pérdida del derecho a la indemnización sólo se producirá en el supuesto de que hubiese concurrido dolo o culpa grave”.

Es decir, el artículo 16 de la Ley del Contrato de Seguro establece dos obligaciones diferenciadas frente al tomador del seguro o asegurado, la primera de ellas es la de comunicar a la aseguradora el siniestro acaecido en el plazo de siete días o en su caso en el plazo establecido en la póliza, es el llamado deber de comunicación del siniestro; pero además establece en su párrafo tercero una segunda obligación que es la consistente en aportar, además, toda clase de información a la aseguradora sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro. Cada una de estas obligaciones se encuentra sancionada de diferente forma, pues ante la falta de comunicación del siniestro la aseguradora podrá exigir al tomador o asegurado la indemnización por los daños y perjuicios que ese retraso le haya ocasionado, sin embargo la infracción del deber de información a la compañía sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro puede dar lugar a la exención de aquella en su obligación de indemnizar por el citado siniestro, siempre y cuando se demuestre el dolo o culpa grave.

En este sentido, tiene manifestado la jurisprudencia que no basta que el asegurado comunique el siniestro a la compañía para considerar que ha cumplido con la obligación que le viene impuesta en el artículo 16 de la Ley del Contrato de Seguro, y evitar por tanto, que ésta pudiera ampararse en dicho incumplimiento para exonerarse de su obligación de pago frente al siniestro acaecido, así como tampoco se sanciona al asegurado tan sólo por el hecho de no haber emplazado a la aseguradora para su personación ante el procedimiento judicial entablado como consecuencia de aquel; lo fundamental es que, como consecuencia del comportamiento global del asegurado frente a su compañía, haya provocado una total indefensión a ésta, que le impida poder ejercer ningún tipo de actuación frente al siniestro y su desarrollo, con las distintas consecuencias que ello provoca, lo que supone una infracción grave.

En este sentido se pronuncia la sentencia la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2016, donde se analiza la demanda interpuesta por el asegurado frente a su aseguradora, en la que solicitaba que se dictara sentencia por la que se condenara a la compañía al pago de la cantidad de 369.671,96 euros, y ello, para verse resarcido de la condena de la que previamente había sido objeto en un supuesto de responsabilidad profesional, considerando que se trataba de un hecho cubierto en la póliza suscrita con dicha entidad y que por tanto procedía la estimación de su demanda. La aseguradora demandada contestó a la demanda oponiéndose a la misma y alegando su improcedencia por aplicación de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley del Contrato de Seguro, por cuanto el asegurado había incumplido con las obligaciones previstas en dicho artículo y asimismo previstas en el contrato de seguro suscrito entre las partes, comunicando de forma tardía el siniestro origen de dicha condena y sin que hubiera informado de la marcha y desarrollo del mismo hasta que se dictó sentencia firme en el procedimiento judicial iniciado por el mismo.

El Tribunal Supremo centra la atención en esta sentencia en el incumplimiento de las obligaciones que la Ley del Contrato de Seguro impone al asegurado, las cuales además estaban incorporadas en la póliza suscrita por las partes, lo que supone que también estemos ante un incumplimiento contractual. Se separan aquí claramente las dos obligaciones que dispone el artículo 16 de la Ley del Contrato de Seguro, negando con ello la razón al asegurado, por cuanto a pesar de que en un principio éste comunicara a su compañía la reclamación del siniestro que había recibido, sin embargo posteriormente no proporcionó a aquella ninguna otra información adicional, siendo fundamental el hecho de que ocultara el inicio del proceso judicial impidiendo a su aseguradora que pudiera haberse personado en el mismo y haber podido hacer valer sus argumentos de defensa. Esta falta de comunicación de las circunstancias del siniestro y el desarrollo del mismo se califican como incumplimiento grave, transgresor del principio de buena fe contractual que inspira el sentido de dicho precepto legal, provocando finalmente que la aseguradora se vea liberada de su obligación de indemnizar por un siniestro para el que en un principio existía cobertura.

La doctrina en la que incide esta sentencia ya había sido refrendada por nuestras audiencias provinciales¹⁶, al establecer que este deber de información se circunscribe a aportar las circunstancias, alcance, extensión y consecuencias

¹⁶ Ver así por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de julio de 2005 y sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 10 de noviembre de 2005.

del siniestro, persiguiendo con ello que la aseguradora pueda defender de la forma más eficaz sus intereses, no solo los que pudiera tener frente al propio asegurado, sino también frente a terceros como pudiera ser el derecho de repetición o subrogación, así como para poder atender a sus propios intereses en materia de tramitación del siniestro, ajuste de reservas, estadísticas, etc.

La demanda fue desestimada en primera instancia, sentencia frente a la que se interpuso por el actor recurso de apelación que también resultó desestimado, formulándose finalmente por el asegurado recurso de casación que resuelve la Sala Primera, en el sentido de desestimar el mismo por infracción grave del deber de comunicación del siniestro por parte del asegurado a su aseguradora y el deber de información sobre el desarrollo del mismo.

En nuestra práctica diaria podemos comprobar como el asegurado desconoce en la mayoría de las ocasiones la obligación impuesta en el citado artículo, y más aún las consecuencias que legalmente conllevan el incumplimiento de lo dispuesto en el mismo, siendo por tanto una labor del abogado la información sobre el mismo y su alcance. No obstante, esta sentencia nos obliga a reflexionar sobre cuál deberá ser el contenido de la información que obligatoriamente el asegurado o tomador debe proporcionar a su aseguradora, pues lo cierto es que sólo será la que tenga una relación directa con el siniestro en cuestión y asimismo la que se considere razonable en atención a las circunstancias del supuesto, el tipo de seguro de que se trate y el tipo de siniestro que concurra; todo ello teniendo en cuenta que la consecuencia prevista para el incumplimiento de la información sobre el siniestro supone la pérdida del derecho a la indemnización de un siniestro que sí estaba cubierto por la aseguradora, algo que algún sector de la doctrina ha llegado a considerar excesivo pero que atendiendo al tenor de la norma es la consecuencia clara y directa de la infracción al deber impuesto al asegurado.

- El tomador del seguro deberá emplear los medios a su alcance para aminorar las consecuencias del siniestro. El incumplimiento de este deber dará derecho al asegurador a reducir su prestación en la proporción oportuna, teniendo en cuenta la importancia de los daños derivados del mismo y el grado de culpa del asegurado.

Así se recoge en el artículo 17 de la LCS: *“El asegurado o el tomador del seguro deberán emplear los medios a su alcance para aminorar las consecuencias del siniestro. El incumplimiento de este deber dará derecho al asegurador a reducir su prestación en la proporción oportuna, teniendo en cuenta la importancia de los daños derivados del mismo y el grado de culpa del asegurado.*

Si este incumplimiento se produjera con la manifiesta intención de perjudicar o engañar al asegurador, éste quedará liberado de toda prestación derivada del siniestro.

Los gastos que se originen por el cumplimiento de la citada obligación, siempre que no sean inoportunos o desproporcionados a los bienes salvados serán de cuenta del asegurador hasta el límite fijado en el contrato, incluso si tales gastos no han tenido resultados efectivos o positivos. En defecto de pacto se indemnizarán los gastos efectivamente originados. Tal indemnización no podrá exceder de la suma asegurada.

El asegurador que en virtud del contrato sólo deba indemnizar una parte del daño causado por el siniestro, deberá reembolsar la parte proporcional de los gastos de salvamento, a menos que el asegurado o el tomador del seguro hayan actuado siguiendo las instrucciones del asegurador”.

Ahora bien, respecto al alcance de esta obligación en la práctica jurídica y de conformidad con el derecho europeo existente en la materia¹⁷, se establece que no solo en el caso de incumplimientos contractuales, también en el caso de daños extracontractuales la jurisprudencia ha considerado contraria a Derecho la conducta del perjudicado que actúa de mala fe y no evita o mitiga el daño, pudiendo hacerlo mediante la adopción de medidas razonables. Pero esta regla, consecuencia ineludible del principio de buena fe y entroncada con el principio de causalidad, no puede desenfocar el tratamiento que debe darse a las acciones de indemnización por daños, y convertir lo que debiera ser el análisis de la ilicitud de la conducta, la existencia y cuantificación de los daños y la relación de causalidad entre una y otra, en un escrutinio de las habilidades de la víctima para eludir o reducir el daño que injustamente se le ha causado, haciendo recaer sobre el perjudicado la carga de probar que actuó racionalmente e hizo todo lo posible para evitar o reducir el daño, de modo que una prueba insuficiente sobre este aspecto supusiera la desestimación de su acción¹⁸.

¹⁷ art. 9:505 de los principios del Derecho europeo de los contratos, bajo el título de «*deber de mitigar el daño*», establece que «*la parte que incumple no responde de las pérdidas sufridas por el perjudicado en la medida en que éste hubiera podido mitigar el daño adoptando medidas razonables*». También textos prelegislativos como el art. 1211 de la propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos, a nivel interno, y el art. 163 de la propuesta de reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, contienen una previsión similar.

¹⁸ ver sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, nº 123/2015 de 4 Mar. 2015, Rec. 41/2013.

Tampoco puede dar lugar a la exigencia al perjudicado de comportamientos heroicos o de aceptación de la actuación ilícita del tercero como si de una fatalidad se tratara, para evitar al infractor la obligación de indemnizarle, porque exceden de la conducta razonable que es exigible al perjudicado en la evitación o minoración del daño.

II OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR. CONSECUENCIAS DEL IMPAGO DE LA PRESTACIÓN OBLIGADA. INTERESES DEL ARTÍCULO 20 DE LA LCS

Las principales obligaciones derivadas para la aseguradora del contrato de seguro se contienen en los artículos 18 y 19 de la LCS, y son las siguientes:

1º. 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 cualquier supuesto, el asegurador deberá efectuar, dentro de los 40 días, a partir de la recepción de la declaración del siniestro, el pago del importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber, según las circunstancias por él conocidas.

Cuando la naturaleza del seguro lo permita y el asegurado lo consienta, el asegurador podrá sustituir el pago de la indemnización por la reparación o la reposición del objeto siniestrado.

2º. El asegurador estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado.

Partiendo de dichos preceptos, debemos de considerar que son deberes de las entidades aseguradoras con relación al contrato de seguro los siguientes:

a) Pago de la correspondiente indemnización mínima

La entidad aseguradora quedará obligada a satisfacer la indemnización al término de las investigaciones y peritaciones oportunas para establecer la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que resulten del mismo. La aseguradora, según las circunstancias por ella conocidas, deberá efectuar el pago del importe mínimo de lo que la misma pueda deber, dentro de los 40 días a partir de la declaración del siniestro.

b) Pago de la prestación

La aseguradora estará obligada al pago de la prestación o de la indemnización de daños y perjuicios, salvo en el caso de que el siniestro haya sido causado por mala fe de la persona asegurada. En caso de no hacerlo en el tiempo legalmente previsto, se producirá la mora de la aseguradora en el cumplimiento de la prestación.

Afectando, con carácter general, a la mora de la aseguradora respecto a la persona tomadora del seguro o a la persona asegurada y, con carácter particular, a la mora respecto al tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad civil y de la persona beneficiaria en el seguro de vida, siendo aplicable mediante pago o por la reparación o reposición del objeto siniestrado y también a la mora en el pago del importe mínimo de lo que la aseguradora pueda deber.

Es en el artículo 20 de la LCS donde el legislador establece una “multa penitencial” tendente a que el asegurador cumpla rápidamente con su obligación de pago de la indemnización. Según el mismo, se entenderá que la aseguradora incurre en mora cuando no hubiera cumplido su prestación en el plazo de 3 meses desde la producción del siniestro, o no hubiera procedido al pago del importe mínimo de lo que pueda deber dentro de los 40 días a partir de la recepción de la declaración del siniestro. La indemnización por mora consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en un 50% durante los dos primeros años, a partir de los cuales el interés se fija en el 20% anual.

La aplicación de dichos intereses moratorios es un tema pacífico, aunque sigue siendo el “caballo de batalla” de las aseguradoras lograr su no imposición, pero el Tribunal Supremo se ha encargado siempre de recordarnos su doctrina al respecto, destacando aquí la sentencia de la Sala Primera de 21 de diciembre de 2021¹⁹, que haciendo mención a otra de la misma Sala, de 19 de mayo de 2011 dice, con relación al apartado 3.º del artículo 20 de la LCS, que *“no puede obviarse que la exoneración del recargo no depende únicamente de que se consigne en los tres meses siguientes al siniestro, sino además, en el caso de daños personales con duración superior a tres meses o cuyo exacto alcance no puede ser determinado tras la consignación, como era el caso, de que la cantidad consignada se declare suficiente por el órgano judicial a la vista del informe forense si fuera pertinente. Es este un pronunciamiento que debe solicitar la*

¹⁹ Sentencia de 21 de diciembre de 2021 del Tribunal Supremo. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

aseguradora, y que la propia recurrente admite no haber realizado, al limitarse su actuación a consignar una suma y esperar al resultado de la sanidad médico forense, conducta que no se compadece con el fin buscado por la norma de dar rápida satisfacción económica al perjudicado, incluso en situaciones de lesiones de larga duración, en aras a que la larga evolución de sus lesiones repercuta lo menos posible en su patrimonio”.

En todo caso, la percepción de esos pagos parciales podrá tener incidencia, no en la procedencia de la imposición de los intereses, sino en la delimitación temporal de su devengo. Tampoco es causa de exención en el ámbito del resarcimiento de lesiones, que hubiera una complicación lesiva posterior que de lugar a una nueva intervención quirúrgica, puesto que, ante tal eventualidad, la aseguradora debe ofrecer o consignar el importe mínimo debido, lo que no hizo.

c) Modificación o rescisión del contrato por disminución del riesgo

La persona tomadora del seguro o persona asegurada, durante el curso del contrato, podrá poner en conocimiento de la aseguradora todas las circunstancias que disminuyan el riesgo y que sean de tal naturaleza que si se hubieran conocido por ésta en el momento de la perfección del contrato, lo habría concluido en condiciones más favorables.

Al finalizar el periodo en curso cubierto por la prima, deberá reducirse el importe de la prima futura en la proporción que corresponda, teniendo derecho la persona tomadora en caso contrario a la resolución del contrato y a la devolución de la diferencia entre la prima satisfecha y la que le hubiera correspondido pagar, desde el momento de la puesta en conocimiento de la disminución del riesgo.

d) Otras obligaciones de las entidades aseguradoras

Informar a la persona tomadora del seguro sobre las características del contrato y su documentación, así como sobre la normativa aplicable y las reclamaciones; no incluir cláusulas abusivas en la póliza; hacer destacar las cláusulas limitativas del contrato y propiciar su aceptación expresa; y deber de informar cualquier modificación contractual o incrementos de la prima aplicable.

III EL PRINCIPIO DE BUENA FE CONTRACTUAL EN EL CONTRATO DE SEGURO

Como en la mayoría de las relaciones contractuales que se establecen en el tráfico mercantil, los problemas jurídicos entre las partes que suscriben un contrato de seguro comienzan cuando por algún motivo quiebra el principio de buena fe contractual que inspiró la relación surgida entre aquellos. Quizás por tanto no estaría de más pararnos a pensar qué significa y supone la buena fe contractual, para con ello reconsiderar si es que en la actualidad se ha perdido o se desconoce el sentido de aquella.

El principio de buena fe aparece positivado en el art. 7 del Código Civil cuando dispone que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, lo cual excluye la necesidad de indagar o localizar tal principio con arreglo a los términos y condiciones exigidos por la doctrina y jurisprudencia, siendo prueba de su existencia y vigencia, su corriente aplicación y reconocimiento en sentencias del Tribunal Supremo, como podemos observar en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1997 al disponer que *“La buena fe obliga a un comportamiento humano objetivamente justo, legal, honrado y lógico en el sentido de estar a las consecuencias de todo pacto libremente consentido”*.

Igualmente y en sede contractual, el art. 1.258 del Código Civil dispone que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, como plasma el Alto Tribunal en su sentencia de 22 de septiembre de 1997 al disponer que *“Atendiendo a dicho art. 1.258 del Código Civil, la buena fe es en nuestro derecho positivo un conjunto de normas jurídicas que impone que, en el desenvolvimiento de las relaciones contractuales, el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones se produzca conforme a una serie de principios que la conciencia social considera como necesarios, aunque no hayan sido formulados por el legislador ni establecidos por el contrato.”*

Así, este principio inspirador de nuestro ordenamiento jurídico, como fuente del Derecho, tal y como nuestro Código Civil dice, tiene tal relevancia que se aplicará en defecto de ley o de costumbre, debiéndose destacar además en todo caso su carácter informador del ordenamiento jurídico, lo que significa que aún en el supuesto en que sea aplicable una disposición legal específica, el principio de buena fe contractual deberá utilizarse para orientar la interpretación de dicha norma. Continúa el Código Civil aclarándonos que los principios

generales del Derecho actúan en una doble vertiente; por un lado, actúan cuando no existe ley o costumbre aplicables, por otro, permiten un recto entendimiento de las normas mediante elementos de ética, equidad, lógica y sentido de la realidad y de la justicia, y es aquí donde creo que deberíamos detenernos. ¿Entendemos realmente lo que significa la lógica, el sentido de la realidad y de la justicia, o no es más cierto que la mayoría de las veces nos olvidamos del verdadero sentido de tales conceptos en beneficio de los intereses propios que en cada caso nos toca defender?

El diccionario de nuestra Real Academia Española define la lógica como el “*modo de pensar y de actuar sensato, de sentido común*”; una descripción simple y sencilla que no debería dejar lugar a dudas, pero que sin embargo es capaz de acoger las más distintas interpretaciones cuando nos enfrentamos a un conflicto entre las partes sobre la aplicación de los términos establecidos en un contrato. Lo que para uno puede ser lo más sensato y de más sentido común para el otro puede resultar lo más alejado a su concepto de sensatez. En este sentido, es evidente que si las partes difieren o son incapaces de ponerse de acuerdo sobre un concepto tan básico como lo es el sentido común de las cosas, difícilmente podrán dar un paso más y llegar a un punto de acuerdo sobre las obligaciones adquiridas por cada uno de ellos en un determinado contrato.

Estas diferencias no obstante, quizás pudieran salvarse si existiera una mayor unanimidad en la sociedad sobre qué entendemos por sentido de la realidad y de la justicia, pues es aquí donde debemos ubicar el principio de buena fe contractual. No podemos negar que vivimos inmersos en una multitud de leyes y normas cuya magnitud desconocemos la mayoría de las veces y que sin embargo no solucionan los problemas de justicia real; parece por tanto que quizás no sea este el camino más acertado y que debiéramos detenernos a recordar cuáles son estos principios que inspiran nuestro ordenamiento jurídico y lo que es más importante, cuál es el verdadero significado de los mismos. La complejidad de la técnica legislativa provoca que muchas de nuestras normas resulten contradictorias, y la incapacidad de las partes para llegar a un punto de acuerdo sobre la posible interpretación de las mismas hace que la conflictividad aumente y que finalmente aquellas no cumplan su objetivo primordial, que debiera ser el cumplimiento voluntario y efectivo de las mismas.

Si bien todos los contratos deben ejecutarse de buena fe, en el contrato de seguro este principio tiene un reconocimiento especial debido esencialmente al rol que asumen las partes. En cuanto al asegurado, este principio le obliga a describir total y claramente la naturaleza del riesgo que pretende asegurar, a fin de que el asegurador tenga una completa información que le permita decidir sobre su denegación o aceptación y, en este último caso, pueda aplicar la prima

correcta; también se advierte en el cumplimiento de sus obligaciones durante el contrato, o en la conducta que debe observar una vez acaecido el siniestro. En cuanto al asegurador, la buena fe le exige suministrar al asegurado información exacta de los términos en que se formaliza el contrato; se manifiesta, además, en la correcta interpretación del contrato, dada la naturaleza técnica y pre redactada de la póliza; y en la adecuada indemnización del siniestro de acuerdo a los términos convenidos.

En el ámbito del seguro, la ruptura del principio de buena fe contractual y el desconocimiento de lo que significan los principios inspiradores de nuestro ordenamiento jurídico provocan que, a pesar de contar con una amplia normativa del sector, la resolución de conflictos pase cada vez más por la intervención de Juzgados y Tribunales. La abundante jurisprudencia sobre cuestiones como cláusulas limitativas y delimitadoras del riesgo, coberturas en supuestos de impago de la prima, incumplimiento del deber de declaración de riesgo, comunicación del siniestro, y un largo etcétera de controversias, pone de relieve la falta de aplicación de este principio y la ignorancia del mismo por las partes.

Sección Segunda

**Lo que hay que saber
respecto a los seguros de
daños para empresas**

I EL SEGURO DE MULTIRRIESGO O DE NEGOCIO

Es un seguro, también denominado combinado, que abarca varias modalidades de seguros con la finalidad de cubrir los perjuicios económicos que sufra el asegurado en sus bienes a consecuencia de la producción de un siniestro. Por tanto, nos encontramos dentro del Título II de la LCS, destinado a seguro contra daños.

Si bien, bajo esta denominación de “seguros multirriesgos o de negocio” se cubren y garantizan una cantidad de riesgos muy amplios, básicamente: incendios, explosiones, robos o atracos, escapes de agua, roturas de lunas, cristales y rótulos, daños por causas atmosféricas como lluvia, viento, pedrisco, inundaciones, daños a equipos electrónicos. También se pueden incluir coberturas como las pérdidas económicas que puedas sufrir como consecuencia del cierre temporal de tu negocio debido a los siniestros amparados y garantizados en la póliza, tratándose pues de un seguro de concreta cobertura de necesidad o con función indemnizatoria efectiva que dependerá de la cobertura buscada por el asegurado. Este tipo de seguro reúne las garantías y coberturas de distintas pólizas de los ramos tradicionales agrupadas en una única prima.

En general, podemos describir este tipo de seguro como aquel encaminado a ofrecer una cobertura amplia de diferentes riesgos que variarán en función del sector donde opere el asegurado, a cambio de asegurar unas garantías básicas, simplificando la administración de la póliza en la medida que centraliza varios seguros en uno.

A) ¿Cuáles son las modalidades de indemnización?

Ante la producción de un eventual siniestro, la aseguradora ofrecerá una cantidad indemnizatoria distinta en función de la modalidad de aseguramiento contratado, en evaluación del contrato acordado.

Por ello habrá que estar siempre a lo pactado, aunque actualmente, podemos encontrar las siguientes modalidades en el mercado:

- Seguro a primer riesgo: Modalidad que garantiza una cantidad determinada en concepto de límite por siniestro y/o anualidad de seguro y hasta la cual queda cubierto el riesgo independientemente de su valor total, sin que, por tanto, haya aplicación de la regla proporcional. En todas las coberturas y/o garantías amparadas bajo esta modalidad, se considerará que el importe indicado constituye el límite máximo indemnizable por siniestro,
- Seguro a valor de nuevo (Valor total): Modalidad por la que se amplía la garantía a la diferencia existente entre el valor real de los bienes asegurados en el momento del siniestro y su valor en estado de nuevo.
- Seguro a valor parcial: La modalidad de seguro que consiste en garantizar solamente una cantidad como parte del valor total declarado. En caso de siniestro, las pérdidas se indemnizarán por su valor real y, como máximo, hasta la suma asegurada, a condición de que el valor total real de los bienes asegurados no exceda del valor declarado; pero si excediera, el asegurado participará en los daños, en la proporción existente entre el valor declarado y el valor asegurado.

B) ¿Cuáles son las principales coberturas que se incluyen dentro de una póliza de multirriesgo?

Los principales seguros que se incluyen oscilarán en función de las necesidades productivas de cada negocio, si bien, se pueden destacar las siguientes:

- Robo
- Incendio
- Gastos derivados del equipo de salvamento para actuación en caso de incendio
- Caída de un rayo
- Explosión
- Humo
- Inhabitabilidad de la vivienda
- Daños por detonaciones acústicas

- Gastos de demolición
- Desescombros
- Pérdida de alquileres
- Expolición
- Etc.

Son numerosas las coberturas que nos encontramos, y para conocer el verdadero alcance de cada una de ellas, deberemos acudir al condicionado general de que cada póliza en cuestión, por cuanto que en la mayoría de ellas no se contempla un contenido mínimo legal — más allá de la aplicación de las cuestiones generales reguladas en los artículos 25 a 44 de la LCS—. Si bien, por su relevancia e importancia dentro de este seguro, nos vamos a detener en dos modalidades aseguradoras, como son el seguro de incendio y de robo, que vienen expresamente regulados en la Ley de Contrato de Seguro.

a) Seguro de Incendio

El seguro de incendio es aquel por el que el asegurador se obliga dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato a indemnizar los daños producidos por incendio en el objeto asegurado, considerándose incendio como *“la combustión y el abrasamiento con llama, capaz de propagarse, de un objeto u objetos que no estaban destinados a ser quemados en el lugar y momento en que se produce”*.

Como elemento diferenciador de esta cobertura, hemos de hacer referencia, que en cuanto a los bienes asegurados, al artículo 46 de la LCS, establece que bajo esta modalidad de seguro no se cubrirán *“los daños que cause el incendio en los valores mobiliarios públicos o privados, efectos de comercio, billetes de Banco, piedras y metales preciosos, objetos artísticos o cualesquiera otros objetos de valor que se hallaren en el objeto asegurado, aun cuando se pruebe su preexistencia y su destrucción o deterioro por el siniestro”*, salvo que las partes hayan pactado otra cosa.

Por otro lado, respecto a los bienes o gastos que sí son asegurables, el artículo 49 de la LCS recoge que la indemnización comprenderá las siguientes partidas, siempre y cuando hayan sido afectados por la acción directa del fuego o por las consecuencias inevitables del incendio:

“Primero.— Los daños que ocasionen las medidas necesarias adoptadas por la autoridad o el asegurado para impedir, cortar o extinguir el incendio, con

exclusión de los gastos que ocasione la aplicación de tales medidas, salvo pacto en contrario.

Segundo.– Los gastos que ocasione al asegurado el transporte de los efectos asegurados o cualesquiera otras medidas adoptadas con el fin de salvarlos del incendio.

Tercero.– Los menoscabos que sufran los objetos salvados por las circunstancias descritas en los dos números anteriores.

Cuarto.– El valor de los objetos desaparecidos, siempre que el asegurado acredite su preexistencia y salvo que el asegurador pruebe que fueron robados o hurtados.

Quinto.– Cualesquiera otros que se consignen en la póliza”.

Por último, y en lo que respecta a las exclusiones o limitaciones más relevantes, igualmente habrá que estar a lo dispuesto entre las partes en el contrato, si bien, debemos a hacer especial mención a lo dispuesto en el artículo 48 de la LCS, por el que se establece que *“En caso de incendio, el asegurador estará obligado a indemnizar los daños producidos por el incendio cuando éste se origine por caso fortuito, por malquerencia de extraños, por negligencia propia o de las personas de quienes se responda civilmente. Por el contrario, el asegurador no estará obligado a indemnizar los daños provocados por el incendio cuando éste se origine por dolo o culpa grave del asegurado”.*

Esta cuestión, la exclusión de la cobertura de incendios para el supuesto de que el incendio haya sido intencionado, ha sido una de las que más controversia suscita en la resolución de los siniestros producidos por incendios, y que más causas judiciales suscita, pues, uno de los argumentos que suele utilizar la aseguradora para evadir las consecuencias de este siniestro, es la existencia dolo del asegurado, lo que conlleva un problema importante de prueba por la tipología de siniestro.

A este respecto resulta de gran interés la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº. 812/2011, de 18 noviembre 2011, que viene a determinar que el dolo o la culpa grave sólo se podrá apreciar cuando se acredite la relación causal entre la actuación dolosa y el origen del incendio, y que debe ser acreditado por la aseguradora: *“el motivo ha de ser desestimado porque el propio art. 48 de la LCS que se cita como infringido solo exime al asegurado de su obligación de indemnizar los daños cuando el incendio “se origine por dolo o culpa grave del asegurado”, lo que exige probar no solo el dolo o la culpa grave del asegurado sino también su relación causal con el origen del incendio,*

incumbiendo al asegurador, según la doctrina científica y la jurisprudencia, la carga de esta prueba. Como declaró la sentencia de 12 de marzo de 2001 (rec. 569/96), [s]i no consta probado que el incendio haya sido provocado, directa ni indirectamente, por el asegurado no se da el supuesto contemplado en la norma cuya infracción se denuncia, y huelga discurrir acerca del dolo o culpa grave del asegurado y del nexa causal”. Por su parte la sentencia de 4 de mayo de 2007 (rec. 2517/00) admitió la prueba de presunciones para deducir la concurrencia de dolo en el asegurado, pero no “el hecho generador del incendio objetivamente considerado”. Por tanto no cabe, como en realidad se hace en el motivo, llegar al hecho causante del incendio a partir de la negligencia de la asegurada o sus empleados, sino que primero es preciso identificar ese hecho y, una vez identificado, comprobar si se debió a dolo o culpa grave del asegurado”.

b) Seguro de Robo

El artículo 50 de la LCS se encarga de regular el alcance y contenido del seguro de robo, estableciendo que: *“Por el seguro contra robo, el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a indemnizar los daños derivados de la sustracción ilegítima por parte de terceros de las cosas aseguradas. La cobertura comprende el daño causado por la comisión del delito en cualquiera de sus formas”.*

En cuanto al alcance de la indemnización dentro del seguro de robo, establece el artículo 51 del mismo texto legal que comprenderá necesariamente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27:

- 1.º El valor del interés asegurado cuando el objeto asegurado, efectivamente, sea sustraído y no fuera hallado en el plazo señalado en el contrato.
- 2.º El daño que la comisión del delito, en cualquiera de sus formas, cause en el objeto asegurado.

Al igual que ocurre con el seguro de incendios, en lo que respecta a las exclusiones o limitaciones más relevantes, igualmente habrá que estar a lo dispuesto entre las partes en el contrato, si bien, debemos a hacer especial mención a lo dispuesto en el artículo 52 de la LCS, en el que se establece el asegurador no vendrá obligado —salvo pacto en contrario—, a reparar los efectos del siniestro cuando éste se haya producido por cualquiera de las siguientes causas:

- 1.ª *Por negligencia grave del asegurado, del tomador del seguro o de las personas que de ellos dependan o con ellos convivan.*

- 2.^a *Cuando el objeto asegurado sea sustraído fuera del lugar descrito en la póliza o con ocasión de su transporte, a no ser que una u otra circunstancias hubieran sido expresamente consentidas por el asegurador.*
- 3.^a *Cuando la sustracción se produzca con ocasión de siniestros derivados de riesgos extraordinarios²⁰.*

Por último, es preciso señalar qué ocurre si durante el transcurso de la tramitación del siniestro, peritación y obtención de la indemnización, se recuperara el bien robado. En este sentido, habrá de estar al plazo estipulado en la póliza, pues si la recuperación se produce antes de que transcurra dicho plazo, el asegurado deberá recibirlo, a menos que en ella le hubiera reconocido expresamente la facultad de su abandono al asegurador. Ahora bien, si la recuperación se produce fuera de dicho plazo, y una vez pagada la indemnización, el asegurado podrá retener la indemnización percibida abandonando al asegurador la propiedad del objeto asegurado, o readquirir el mismo, restituyendo, en este caso, la indemnización percibida por la cosa o cosas restituidas.

II EL SEGURO DE LUCRO CESANTE POR PARALIZACIÓN DE ACTIVIDAD. PROBLEMÁTICA ACTUAL A RAÍZ DEL CESE DE ACTIVIDAD DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19

A) Introducción al seguro de lucro cesante por paralización de actividad

La cobertura de pérdida de beneficios debe analizarse bajo la perspectiva de lo establecido en el artículo 1 de la LCS. Dicho artículo estipula que *“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”*; y con lo dispuesto en el artículo 1106 del Código Civil: *“La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que*

²⁰ Número 3 del artículo 52 redactado por la Ley 21/1990, 19 diciembre («B.O.E.» 20 diciembre), de adaptación del Derecho español a la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida, y de actualización de la legislación de seguros privados.

hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes”.

Si bien, dentro del ámbito del contrato de seguro, para comprender el alcance del concepto de pérdida de beneficios indemnizable por la aseguradora, debemos de partir de lo dispuesto en los artículos 63 y siguientes de la LCS. Como veremos a continuación, estos preceptos exigen que el siniestro esté descrito en el contrato para que haya lugar a indemnización por lucro cesante, concretamente indica el artículo 63 de la LCS que *“en el seguro de lucro cesante el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a indemnizar al asegurado la pérdida del rendimiento económico, que hubiera podido alcanzarse en un acto o actividad de no haberse producido el siniestro descrito en el contrato”.* Añadiendo a continuación un segundo párrafo de máxima importancia: *“Este seguro podrá celebrarse como contrato autónomo o añadirse como un pacto a otro de distinta naturaleza”.*

Asimismo, el artículo 66 de la LCS establece que *“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”.* Pero el siguiente artículo precisa que *“si el contrato tuviera exclusivamente por objeto la pérdida de beneficios las partes no podrán predeterminar el importe de la indemnización”.*

Ahora bien, ¿qué cubre y qué queda al margen del riesgo de este seguro? A lo largo de este capítulo intentaremos dar respuesta a esta cuestión.

B) El seguro de pérdida de beneficios, ¿seguro autónomo o independiente? Problemática actual a raíz del cese de actividad durante la pandemia del Covid

Hasta la llegada de la pandemia del COVID-19, como pone de manifiesto el profesor VEIGA COPO²¹, eran pacíficas las causas etiológicas del evento siniestral de esta modalidad de seguro, —la interrupción y en su caso la paralización de la actividad empresarial de asegurados— estamos ante dos conceptos no miméticos pero sí íntimamente ligados y próximos que se han anclado tradicionalmente en una noción clara de daño material, hoy, rota esa causalidad de daño material, es posible afirmar, o al menos cuestionar abiertamente, que

²¹ VEIGA COPO, A.: “El seguro de pérdida de beneficios e interrupción de negocio”, n°970 - 28 de enero de 2021, en Revista Legal Today.

el daño puede ser de otra índole y no necesariamente causar un daño físico o material a la empresa, como es el daño reputacional, el daño cibernético y que acaba provocando una interrupción o paralización de la actividad empresarial.

En definitiva, lo que esta cobertura pretende asegurar es —en palabras de este autor— *“un hecho, normalmente súbito y repentino, ajeno a la intencionalidad del asegurado (cuestión distinta es si existe o no alguna intencionalidad de éste o sus dependientes en la realización del siniestro), que provoca un efecto disruptor, incluso traumático, que interrumpe todo el proceso empresarial sea momentáneamente, o con una duración más o menos prolongada en el tiempo, pudiendo conllevar hasta el cierre definitivo y disolución de esa empresa. A raíz del mismo se desencadena toda una plétora consecucional de daños, de gastos, de costes y, en último extremo y no por ello menos importante y vital, de pérdida de beneficios o ganancias”*.

Pero, la cuestión que más se está debatiendo en los dos últimos años es si estamos ante un seguro de daños o ante un seguro de pérdidas de beneficios, o lo que es lo mismo, ¿se trata de un seguro autónomo e independiente, o está causalizado?

La tendencia a la hora de interpretar este tipo de pólizas hasta la llegada del crisis provocada por la pandemia del COVID-19, era la de pensar que en España no se garantiza un riesgo de forma independiente a un evento accidental claramente determinado en la póliza, sino que las pólizas se remitían a un evento o grupo de eventos identificados que producen un daño material concreto y atendible por la póliza. Es en ese marco, y en la medida que ese evento pueda producir, además, una reducción de la actividad, es lo que quedaría amparado por la cobertura de lucro cesante. De hecho, nos encontramos que una gran la mayoría de las Audiencias Provinciales se había pronunciado sobre la vinculación de la cobertura de pérdida de beneficios a la producción de un siniestro de daños cubierto en la póliza. En este sentido, y a modo de ejemplo, podemos destacar las siguientes sentencias.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 20 de septiembre de 2013²² establece que *“La indemnización por pérdida de beneficios por la paralización de la actividad delimitada en la póliza no obligaba a la aseguradora, como pretendía el asegurado, a indemnizarle cualquiera que fuera la causa de la paralización, sino únicamente en el caso de que ésta se hubiera debido a daños directos en los bienes asegurables y cubiertos por la póliza, es decir, solo*

²² SAP GIRONA Núm. 835/2013, de 20 de septiembre.

en el caso de que dicha interrupción fuese consecuencia de haberse producido daños directos en la Maquinaria, Ordenadores o Equipos Electrónicos como consecuencia de lo que la póliza define como fenómeno eléctrico”.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 25 de abril de 2017²³ viene a concretar que *“se trata del denominado seguro de pérdida de beneficios o de lucro cesante, previsto en el artículo 63 de la Ley del Contrato de Seguro, según el cual, la pérdida de beneficios cubre la interrupción de la actividad de la empresa provocada necesariamente por daños detallados en el contrato de seguro. A través de la misma se compensa la reducción de ingresos por cualquier circunstancia asegurada que cause daños materiales, es decir, cubre el supuesto de pérdida de rendimiento económico a causa de una interrupción temporal, ya sea total o parcial, siempre y cuando, la paralización se haya producido a consecuencia de un siniestro que esté cubierto por el seguro contratado y se vaya a reanudar la actividad después del siniestro. No se trata de una pérdida de beneficios con cobertura autónoma que cubra toda pérdida de beneficios producida por cualquier causa o siniestro, sino solo y exclusivamente por aquellos siniestros que gozan de cobertura en el contrato de seguro suscrito por las partes, siendo imprescindible que el siniestro que provoca la pérdida de los beneficios esté descrito en el contrato dentro de las coberturas. En el supuesto examinado, como consta en la sentencia antes citada, la causa del siniestro fue el hundimiento de la cubierta del local, que a su vez era la cubierta de parte del edificio, destinado a restaurante denominado Wok, sito en la Avenida de Alemania, local que era ocupado en arrendamiento y explotado por la entidad apelante Ciervo ShaLu S.L. Pues bien, como hemos visto, dentro de las coberturas contratadas no consta en ninguna relativa a hundimiento o derrumbe de la cubierta o de cualquier otro elemento del inmueble, sino a indemnización por daños causados por incendio, explosión, caída del rayo, extensión de garantías, daños por agua, eléctricos, responsabilidad civil, robo, etc. En dicha póliza de seguro se excluyen expresamente los daños producidos por o a consecuencia de hundimientos de tierras o edificios. En consecuencia, no fue objeto de cobertura en la póliza de seguro suscrito por las partes, el siniestro que provocó el hundimiento de la cubierta del local, de manera que tampoco procede reclamación por pérdida de beneficios derivados de un siniestro no cubierto en el contrato, porque el artículo 63 de la LCS exige que el siniestro esté descrito en el contrato para que haya lugar a indemnización por lucro cesante derivado del mismo, no habiéndose producido pérdida de beneficios por alguno de los siniestros cubiertos por la póliza.”*

²³ SAP CÁCERES, SECC.1ª, Núm 213/2017, de 25 de abril.

Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de noviembre de 2020²⁴: *“En una póliza que cubría la pérdida de alquiler (lucro cesante), la Aud. de Madrid explica que el riesgo asegurado no es la pérdida de alquiler en sí misma, sino que el riesgo asegurado son los siniestros descritos en la póliza que, a su vez, dan lugar a esa pérdida de alquiler. (...) Pues bien, como se desprende con claridad de la cláusula cuestionada, no se asegura la simple pérdida de alquileres; ese no es el riesgo cubierto tal y como queda definido en las Condiciones Generales; ese no es el riesgo cubierto tal y como queda definido en las Condiciones Generales, sino la pérdida debida a determinadas circunstancias, que no a cualquiera”*.

De dicha jurisprudencia menor anterior al 14 de marzo de 2020, se podría concluir que la cobertura del lucro cesante está causalizada, y que depende de una causa: un siniestro concreto amparado en la póliza. Si no existe un nexo causal adecuado entre la desaparición del rendimiento económico y el hecho descrito como siniestro en la póliza, no surge la obligación de indemnizar del asegurador. Por lo tanto, no resulta atendible por la póliza cualquier pérdida o cualquier reducción de actividad, sino sólo la que se produzca con ocasión de los eventos descritos en la póliza.

Por tanto, esta jurisprudencia de audiencias provinciales parecía ir en consonancia con las pólizas habitualmente comercializadas en nuestro país, que ofrecen cobertura de pérdida de beneficios por interrupción de negocio cuando el hecho que motiva dicha interrupción es un evento cubierto por la póliza. Es decir, que si una póliza cubre el riesgo de incendio cubrirá la interrupción de negocio motivada por los daños materiales causados por dicho incendio; si una póliza cubre el riesgo de inundación, cubrirá la interrupción de negocio causada por los daños materiales causados por dicha inundación; etc.

Ahora bien, aunque la doctrina de la audiencias provinciales parecía unánime en este sentido, igualmente, contábamos con alguna sentencia que parecía diferir de dicho criterio — aunque representaban un minoría —, como es la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Islas Baleares de 7 Noviembre de 2012²⁵, en la que estima el recurso de apelación y revoca la sentencia de instancia, estimando la demanda ejercitada frente a la aseguradora en reclamación de indemnización por la paralización de la actividad del negocio. *“En base a la póliza de seguro que cubre los riesgos del local destinado a bar, a consecuencia de la paralización por el deficiente estado del inmueble, ya que*

²⁴ SAP MADRID, SECC. 20ª, REC. APEL 572/2020, de 30 de noviembre.

²⁵ SAP de Las Islas Baleares, SECC. 3ª, nº 511/2012 de 7 de noviembre, Rec. 394/2012.

una de las garantías contratadas en este caso, fue la Pérdida de Explotación. Y ello de conformidad con el artículo 63 de la Ley de Contrato de Seguro, en el que establece que por el seguro de lucro cesante el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a indemnizar al asegurado la pérdida del rendimiento económico que hubiera podido alcanzarse en un acto o actividad de no haberse producido el siniestro descrito en el contrato. Este seguro podrá celebrarse como contrato autónomo o añadirse como un pacto a otro de distinta naturaleza. Asimismo, en el caso de autos se destaca la ausencia de aceptación de las cláusulas invocadas por la aseguradora, no sirviendo a tal propósito la genérica mención a sus existencia y entrega al asegurado contenida en la parte final del condicionado particular, en el que además, no se encuentra destacado de ninguna forma alertadora para su conocimiento por parte del asegurado, la causas del cierre que no se encuentren amparadas por la póliza”.

Una vez analizada la jurisprudencia antes de la pandemia, y para una mayor comprensión del asunto, debemos de analizar la naturaleza de este seguro donde normalmente se recogen estas coberturas de “Perdidas de Beneficio o Lucro cesante,” que no es otro que el seguro de negocio o multirriesgo, por lo que nos encontramos en el Título II, relativo al seguro contra Daños, y deberá interpretarse de conformidad con los artículos 25 y ss de la Ley de Contrato de Seguros.

En concreto, a priori, el seguro de Lucro Cesante no se configura con un seguro independiente en el que el riesgo asegurado es la pérdida del beneficio en sí misma, sino que se trata de un seguro que necesariamente está vinculado a la producción de otro siniestro que ha de venir descrito en la póliza. La controversia que debemos resolver es si existe en nuestro ordenamiento jurídico un seguro de pérdida de lucro cesante que no dependa a su vez de la producción de otro siniestro. Es decir, la consideración de un seguro de lucro cesante autónomo, que cubra la pérdida de beneficios que sufra un negocio por cualquier causa que no venga específicamente regulada en el contrato, y que no esté expresamente excluido²⁶, ¿contradice expresamente los artículos 63 a 67 de la Ley 50/80 de Contrato de Seguro, de 8 de octubre, que regula el Seguro de Lucro Cesante²⁷?

²⁶ En aplicación como veremos a continuación de lo dispuesto en el artículo 3 de la LCS y la jurisprudencia que lo interpreta.

²⁷ Artículo 63: *Por el seguro de lucro cesante el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a indemnizar al asegurado la pérdida del rendimiento económico, que*

Si analizamos estos preceptos, podemos extraer que el art. 63 de la LCS define el Seguro de Lucro Cesante, como aquél en el que el asegurador se obliga a indemnizar la pérdida de rendimiento económico ocasionada por el siniestro descrito en el contrato. En este sentido, el último párrafo del art. 63 de la LCS establece que el seguro de lucro cesante podrá celebrarse de forma autónoma o añadirse, como pacto a otro tipo de seguro (de robo, incendio, etc.). Pero, ¿quiere decir con ello, que no estará vinculado a otro siniestro, o que este otro siniestro no estará amparado por la misma póliza?

En este sentido, el artículo inmediatamente posterior, el art. 64 de la LCS, regula las obligaciones del tomador en caso de que se formalicen en pólizas separadas. Sin embargo, del artículo 65 de la LCS, parece que despeja las dudas en relación a la necesaria vinculación pues establece que se indemniza la pérdida de beneficio “que produzca el siniestro”; por lo que podría deducirse que debe producirse un siniestro para que podamos hablar de pérdida de beneficio. Pero, ¿podría entenderse que en esta modalidad autónoma el “siniestro” estaría representado de forme exclusiva por la interrupción, cierre o paralización de negocio por “cualquier causa”?

También reza en este artículo que se indemnizará al asegurado por los gastos generales que se produzcan después de “la producción del siniestro”. El legislador vuelve a emplear el artículo determinado “el” (“del” en este caso),

hubiera podido alcanzarse en un acto o actividad de no haberse producido el siniestro descrito en el contrato.

Este seguro podrá celebrarse como contrato autónomo o añadirse como un pacto a otro de distinta naturaleza.

Artículo 64: 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, deberán comunicar sin demora alguna, a cada uno de los aseguradores, la existencia del otro seguro. En la comunicación se indicará no sólo la denominación social del asegurador con el que se ha contratado el otro seguro, sino también la suma asegurada y demás elementos esenciales. La inexistencia de esta comunicación producirá en su caso los efectos previstos en la Sección Segunda del Título Primero de la presente Ley.

Artículo 65. En defecto de pacto expreso, el asegurador deberá indemnizar:

Primero.- La pérdida de beneficios que produzca el siniestro durante el período 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.

Artículo 66: 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.

Artículo 67: Si el contrato tuviera exclusivamente por objeto la pérdida de beneficios las partes no podrán predeterminar el importe de la indemnización.

para referirse a “el siniestro.” Y por si la cuestión no fuera controvertida, vuelve a reiterar este artículo 65 de la LCS que también se indemnizarán los gastos que sean consecuencia del siniestro asegurado, nuevamente usando el artículo determinado “el siniestro,” que no puede ser otro que “el siniestro descrito en el contrato” del que habla el art. 63 de la LCS.

Por último, el art. 66 de la LCS, también hace referencia al siniestro descrito en el contrato, aunque en esta ocasión, lo denomina “acontecimientos delimitados en el contrato”, de lo que cabe concluir que, el contrato debe delimitar, cuáles son esos acontecimientos (o siniestros) que dan lugar la indemnización por lucro cesante.

Por tanto, podemos concluir que el legislador configura este tipo de seguro como necesariamente vinculado a la producción de algún siniestro que, además, debe venir expresamente definido en el propio contrato, lo que quiere decir que el riesgo asegurado no es la pérdida de beneficio en sí misma, sino que está vinculado a la existencia de un siniestro. Por tanto, lo que habrá que dilucidar es si es posible que el “siniestro” cubierto por esta contingencia sea la paralización o cese del negocio en sí, por cualquier causa. Por lo que para poder resolver esta cuestión, no quedará más remedio que acudir a la literalidad del contrato, o a la interpretación del mismo conforme a las normas aplicables de la Ley del Contrato de Seguro, para el caso de que la redacción no sea lo suficientemente clara²⁸.

- a) El cambio de paradigma que supuso la sentencia de 3 febrero de 2021 de la Audiencia Provincial de Girona a la hora de reclamar las empresas perjudicadas por el cierre decretado a raíz del Covid-19

Pues bien, desde la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, como el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, de modificación del primero, y sus sucesivas prórrogas, impusieron la suspensión de la apertura en el ámbito de la actividad comercial de diversos sectores, han sido una gran cantidad de Juzgados y Audiencias Provinciales que se han pronunciado sobre la cuestión, y que vamos a pasar a analizar, si bien, en

²⁸ Debemos traer a colación aquí lo que dice el artículo 2 del mismo cuerpo legal (Ley Contrato Seguro): “Las distintas modalidades del contrato de seguro, en defecto de Ley que les sea aplicable, se regirán por la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo, a no ser que en ellos se disponga otra cosa. No obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado.”

primer lugar, debemos de comenzar este análisis por la **sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 3 de febrero de 2021**²⁹, pionera en esta materia, y que supone el “pistoletazo de salida”, para la interposición de este tipo de reclamaciones y demandas por parte de los negocios perjudicados por el cierre decretado por el gobierno, frente a sus respectivas aseguradoras.

Vamos a analizar con detalle lo que recoge la sentencia:

Supuesto de hecho

- a) El 13 de febrero de 2020, la Sra. X concertó con SegurCaixa Adeslas SA una póliza denominada «SegurCaixa negocio» referida a un local de negocio destinado a pizzería, concretamente el denominado «Bella Napoli» en el que se contemplaban diversas contingencias a cubrir. Entre ellas estaba un apartado especial por «paralización de actividad» que ascendida a 200€/día durante un periodo de treinta días sin franquicia.
- b) Dada la legislación emanada por el efecto notorio del COVID-19, la demandante tuvo el negocio paralizado por más de treinta días y por ello, entiende que le corresponde ser indemnizada por la aseguradora por 30 días a razón de 200€/día.

Conflicto jurídico

- a) La Sra. X interpuso demanda de juicio verbal en ejercicio de acción de reclamación de cantidad, en la suma de 6.000€, frente a la aseguradora de su negocio.
- b) La aseguradora compareció y contestó la demanda oponiendo el conocimiento exacto de la asegurada de la existencia de unas condiciones generales, que ocasionaron la negativa a dar lugar a la indemnización solicitada. Porque dijo la aseguradora que —aparte del Condicionado Particular y del Condicionado General— cuando al asegurado se le explicó el producto, se le entregó el folleto informativo. Concluye la aseguradora demandada, que en ningún lugar de la póliza (condiciones particulares o generales) se dice que se cubran (como si se tratara de uno de los siniestros que ambas partes tuvieran la intención de asegurar) los gastos de paralización derivados de una resolución gubernativa ante una pandemia.

²⁹ SAP de GIRONA SECC. 1º, núm. 59/2021, de 3 de febrero.

- c) La Sentencia nº 311 de 20/11/2020 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Girona desestima la demanda porque considera que, es más que evidente que el actor, con una simple lectura de las condiciones particulares —que reconoció haber recibido— tenía un conocimiento claro y sencillo de que la póliza suscrita llevaba aparejada unas condiciones generales; y que, en la página 5 de dichas condiciones particulares, se hace constar textualmente, en negrita y de modo resaltado, que *“el tomador del seguro reconoce haber sido informado y haber recibido del asegurador, junto con estas Condiciones Particulares, las Condiciones Generales cuyo número de condicionado se identifica en estas condiciones particulares, y que, conjuntamente, todas ellas integran el contrato de seguro”*. Dice la sentencia que, si examinamos las condiciones generales del contrato, las páginas 61 y 62 enumeran tasadamente las exclusiones comunes a la cobertura de indemnización diaria por paralización de la actividad, y entre ellas la letra f) dispone textualmente que *«no cubrimos las pérdidas producidas, causadas, derivadas o resultantes de limitaciones o restricciones impuestas por cualquier Organismo o Autoridad Pública, o por cualquier otro caso de fuerza mayor, incluso requisita o destrucción, para la reparación de los daños o para el normal desarrollo de la actividad de negocio»*.

Razones por las que la sentencia núm. 59/2021 de 3 febrero, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Girona estima el recurso de apelación de la asegurada y condena a la aseguradora. En su fallo, el magistrado acuerda estimar el recurso presentado por la asegurada, revocando la sentencia de fecha 20/11/2020 dictada por el Juzgado nº 2 de Girona en autos 719/20 y, en consecuencia, estimar la demanda rectora y condenar a la aseguradora demandada a pagar a la demandante la suma de 6.000€, más los intereses legales del art. 20 de la LCS. Y llega a este resultado mediante un razonamiento que, según el profesor TAPIA HERMIDA³⁰, pasa por las tres fases siguientes:

a) La premisa mayor: la finalidad general del seguro en las circunstancias excepcionales derivadas del virus COVID-19 y la distinción entre cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto y cláusulas limitativas de los derechos del asegurado. El Fundamento de Derecho Segundo parte de la infracción del art. 3 de la LCS y, como antesala, destaca que *“nos hallamos frente a una cuestión novedosa, en el marco de un contrato de seguro, «prima facie», que parece*

³⁰ TAPIA HERMIDA, A.: “El seguro de pérdida de beneficios por interrupción de empresa a results del covid 19. Estado de la cuestión y futuro de las indemnizaciones”, *El Blog de Alberto J. Tapia Hermida*, agosto de 2021.

alterar las coordenadas dentro de las cuales se pactaron en su momento las diferentes coberturas de los riesgos analizados”; añadiendo que “en el ámbito de los contratos de seguro, la repercusión de las circunstancias excepcionales derivadas del virus COVID-19 es especialmente significativa” y que “el contrato de seguro se configura como instrumento jurídico de protección del asegurado frente a determinados riesgos que operan como motivo determinante para su celebración por parte del tomador, que pretende de esta forma preservarse de ellos ante el temor de que llegaran a producirse, generándole un perjuicio» (STS, Sala Civil, Sección Pleno, nº 661/2019 de 12 de diciembre de 2019)”.

Hace referencia después al art. 44.2º de la LCS que entendemos no es relevante al caso porque el concepto genérico de «grandes riesgos» —que excluye la aplicación imperativa de la LCS— no equivale a riesgos grandes o catastróficos sino a la condición del tomador, explícita o implícitamente, tal y como se deduce de su definición del art.11 de la LOSSEAR.

El Fundamento de Derecho Segundo entra a continuación al examen del art. 3 de la LCS y, con él, del régimen de las cláusulas lesivas, delimitadoras del riesgo y limitativas citando, en particular, la STS Pleno nº 421/2020, de 14 de julio (Casación núm.: 4922/2017) que dice: «(...) *Por su parte, las cláusulas limitativas de derechos se dirigen a condicionar o modificar el derecho del asegurado y por tanto la indemnización, cuando el riesgo objeto del seguro se hubiere producido. Deben cumplir los requisitos formales previstos en el art. 3 de la LCS, de manera que deben ser destacadas de un modo especial y han de ser expresamente aceptadas por escrito; formalidades que resultan esenciales para comprobar que el asegurado tuvo un exacto conocimiento del riesgo cubierto (SSTS 268 /2011, de 20 de abril (RJ 2011, 3595); y 516/2009, de 15 de julio (RJ 2009, 4707)).*» La jurisprudencia ha determinado, de forma práctica, el concepto de cláusula limitativa, referenciándolo al contenido natural del contrato, derivado, entre otros elementos, de las cláusulas identificadas por su carácter definidor, de las cláusulas particulares del contrato y del alcance típico o usual que corresponde a su objeto con arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora. El principio de transparencia, fundamento del régimen especial de las cláusulas limitativas, opera con especial intensidad respecto de las cláusulas introductorias o particulares». Tal doctrina se completa con la de las expectativas razonables del asegurado. Se afirma en la sentencia citada que: «*Cuando legislativamente se estableció un régimen específico para que determinadas condiciones generales del contrato de seguro alcanzasen validez, se estaba pensando precisamente en las cláusulas que restringen la cobertura o la indemnización esperada por el asegurado. Estas cláusulas pueden ser válidas, pero para ello se requiere que el asegurado haya conocido las restricciones que introducen —es*

decir, que no le sorprendan— y que sean razonables, que no vacíen el contrato de contenido y que no frustren su fin económico y, por tanto, que no le priven de su causa (...)».

b) La premisa menor: Examen del concreto seguro que vincula a las partes. El Fundamento de Derecho Tercero realiza este examen para concluir que la paralización de la actividad negocial por parte de la legislación estatal COVID-19, está cubierta en el supuesto analizado. Para esta estimación del recurso constata que la póliza de seguros contratada el 13 de febrero de 2020 y denominada «SegurCaixa Negocio», revela los siguientes extremos: “*a) La fecha del efecto empezó a las 00:00h del día 16/02/2020. b) El negocio asegurado era la pizzería-restaurante «Bella Napoli», sita en C/ Rio Güell, 85 de Girona capital. c) Entre las coberturas de daño, figuraba el apartado: «Pérdida de beneficios/Paralización de la actividad», donde se contemplaba una indemnización diaria de 200€ (periodo de indemnización: 30 días) sin franquicia. d) El pago de la primera prima se fijó el día 16/02/2020, que fue satisfecho por la aseguradora, según recibo aportado de documento nº 2 con la demanda rectora, de importe 57,39€*”. En la página nº 56 del Condicionado General de la Póliza, se define la COBERTURA DE PÉRDIDA DE BENEFICIO: “*2. El asegurador cubre en función de la modalidad de indemnización convenida y hasta el límite económico y temporal indicado en Condiciones Particulares, las pérdidas económicas que ocasionen la paralización temporal, total o parcial, de la actividad empresarial asegurada cuando sea consecuencia directa de un siniestro amparado por la póliza comprendido en las coberturas del capítulo III de estas Condiciones Generales «Coberturas de daños», que hayan sido expresamente contratadas. En ningún caso, la indemnización podrá exceder del tiempo estrictamente necesario para realizar la reparación de los daños causados por el siniestro*”. Añade que “*no consta la firma por parte de la asegurada de este condicionado general*”.

c) Conclusión: condena a la aseguradora porque la paralización de un negocio de restauración, a consecuencia de la legislación estatal dictada por la pandemia de COVID-19, está cubierta en el concreto seguro litigioso. Para alcanzar esta conclusión, el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia dice: “*El condicionado particular contiene una cláusula «delimitadora del riesgo cubierto», que contempla el supuesto de pérdida de beneficios por paralización de la actividad negocial, en cuyo supuesto el pacto era claro: únicamente se contemplaba un máximo de 30 días a razón de 200€/día y, por ende, sometida al régimen de aceptación genérica sin la necesidad de la observancia de los requisitos de incorporación que se exigen a las limitativa por no constituir una limitación de los derechos del asegurado. A partir de estos antecedentes alcanzamos el núcleo del debate. Surge la duda de si, el supuesto de paralización como consecuencia*

de la pandemia por COVID-19 está o no cubierto, en la medida, que por dicho motivo, ocasiona la pérdida de beneficios durante el período de indemnización, sin entrar en disquisiciones dogmáticas sobre si se debe distinguir si el negocio se interrumpe por causa del virus, o por causa de una medida gubernamental de paralización (en cuyo caso podría surgir la duda de si la aseguradora puede o no repetir al Estado), puesto que, en todo caso, el asegurado ve interrumpido su negocio y mermados sus ingresos, y precisamente por ello, cuando en el condicionado general no se contempla expresamente el apartado «paralización por resolución gubernativa ante una pandemia», y ello se opone por la aseguradora al asegurado, nos hallamos ante una clara limitación de los derechos del asegurado en un contrato de adhesión, por lo que, su validez y oponibilidad vendría condicionada al cumplimiento de los específicos requisitos, de aparecer destacadas de modo especial en la póliza y haber sido específicamente aceptadas por escrito, del art. 3 de la LCS.

Refuerza el argumento de que nos hallamos ante una cláusula limitativa, el hecho de que, el condicionado general, contiene, en su apartado III, referido a «Cobertura de daños», una expresa remisión al condicionado particular donde la indemnización por cese de negocio tiene una limitación temporal de cobertura o «claim made» (art 73.2º de la LCS), las cuales, recientemente fueron objeto de interpretación por las SSTS 252/2018 de 26 de abril (RJ 2018, 1693), de pleno, 170/2019, de 20 de marzo, 185/2019, de 26 de marzo y nº 421/2020, como cláusula limitativa.

En todo caso, el hecho de que la póliza examinada no contemple expresamente, la cobertura del riesgo referido a la paralización del negocio por la pandemia, impone que su exclusión en el condicionado general por la aseguradora, reclamaba los requisitos del art. 3 de la LCS (estar destacada de forma especial y aceptación por escrito del asegurado) y ello, por aplicación de los principios antes mencionados, referidos al contenido natural del contrato de seguro y a las expectativas que podía tener el asegurado, cuando aceptó la póliza por ver cubierto, de manera expresa, «Pérdida de beneficios/Paralización de la actividad». Aceptar lo contrario, supondría tanto como restringir la cobertura esperada por el asegurado, dejando desnaturalizada la paralización del negocio cubierto, en principio, por el seguro contratado”.

Al margen de la cuestión resuelta, el Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia hace “obiter dicta” algunas consideraciones de carácter general sobre el impacto de las pandemias en el contrato de seguro, que nos parecen interesantes: *Tal vez, las aseguradoras deben contemplar expresamente en sus pólizas las situaciones de pandemia, pues como expresa la STS de fecha 19 de julio de 2012 que: «Las cláusulas delimitadoras del riesgo establecen exclusiones*

objetivas de la póliza o restringen su cobertura en relación con determinados eventos o circunstancias, siempre que respondan a un propósito de eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato (fijado en las cláusulas particulares, en las que figuran en lugar preferente de la póliza o en las disposiciones legales aplicables salvo pacto en contrario) o en coherencia con el uso establecido y no puede tratarse de cláusulas que delimiten el riesgo en forma contradictoria con el objeto del contrato o con las condiciones particulares de la póliza, o de manera no frecuente o inusual».

b) Otros pronunciamientos a favor de las empresas frente a sus respectivas aseguradoras

A continuación de la anterior sentencia, la Audiencia Provincial de Girona dictaba otra nueva resolución de fecha 16 de junio de 2021, dando un paso más en la línea doctrinal marcada por dicha Audiencia³¹, en un supuesto donde el juzgado de primera instancia falló a favor de la aseguradora, sobre la base de que el asegurado no había firmado las condiciones generales del contrato y, por lo tanto, no tuvo «conocimiento de su contenido ni lo aceptó». Técnicamente no las asumió y, por lo tanto, no se puede verificar que hubiera existido un daño material.

La sentencia de instancia parte de que el contenido de las cláusulas generales se opone a la parte demandada. En la medida en que considera que la definición que el artículo 3 de la LCS hace, en cuanto a la extensión del ámbito de cobertura del riesgo discutido (paralización de la actividad), es una cláusula delimitadora de este ámbito de cobertura, desestima la demanda, ya que el supuesto de cierre del local por razón de la situación de pandemia no es ninguno de los supuestos establecidos en el contrato.

Sin embargo, el tribunal colegiado recuerda la obligación que las aseguradoras tienen de entregar al tomador del seguro la póliza o, al menos, el documento de cobertura provisional. Algo que, en la práctica, los corredores en muchas ocasiones no hacen. Precisamente, se fundamenta la reclamación sobre ese hecho: *“En la respuesta a la demanda, la aseguradora se limita a decir que en las condiciones particulares ya hay una referencia a que la póliza está*

³¹ Pero este criterio -como se analizará en el siguiente apartado- será posteriormente revertido por la sentencia de la propia Audiencia Provincial de Girona de 25 de mayo de 2022, que conforme al acuerdo de la Junta de Magistrados de las Secciones Civiles de 23 de marzo desestima la reclamación frente a la aseguradora, realizando un cambio de tendencia que ha sido confirmado por las sentencias de esta Audiencia Provincial de Girona de 20 de junio de 2022 y 21 de septiembre de 2022, que igualmente desestiman las respectivas reclamaciones de los asegurados.

compuesta por las condiciones generales, particulares y, en su caso, las especiales. En ninguna parte afirma que el asegurado se le haya entregado», subrayan los magistrados». Esto tiene una relevancia capital para el tribunal. Porque la aseguradora tenía que haber entregado al restaurante asegurado el contrato con las condiciones generales. «Por otro lado, podemos ver cómo, incluso, las condiciones particulares ni siquiera están firmadas por el asegurado», apuntan.

Con las premisas establecidas, la cuestión debe resolverse sobre la base, únicamente, de las condiciones particulares a las que tuvo acceso el asegurado. En la delimitación de coberturas vemos diferentes epígrafes divididos por líneas discontinuas, subrayan: *«Tenemos, por ejemplo, un epígrafe de daños materiales, con subapartados (incendio, fenómeno atmosférico, etc.), otro de robo con subapartados (dinero, transporte de fondos, etc.) y así, otros. Pues bien, si nos fijamos en la cobertura en discusión ('Paralización de la actividad') encontramos cómo se recoge en una sección propia, no subordinada a ninguna otra, en negrita y entre dos de las franjas discontinuas que separan el resto de secciones (también resaltadas en negrita, a diferencia de las subapartados). Bajo este epígrafe se indica 'Indemnización diaria (3 meses) 250 €».*

La cobertura sobre la paralización de la actividad, en opinión del tribunal, se establece de forma independiente y no condicionada por todos los supuestos de parálisis de la actividad. Y es clara a favor del asegurado, al concluir que: *«La posibilidad de que se restrinja por aplicación de lo dispuesto en las cláusulas generales es algo que, en el caso de que enjuicamos, no puede ser tenida en cuenta, atendiendo al hecho ya expuesto de que no se puede oponer al asegurado unas cláusulas que no se le entregaron y de las que nada sabía»,* apuntan. En consecuencia, estiman el recurso del dueño del restaurante, añadiendo la imposición de costas.

Planteado el debate con estas dos sentencias de la Audiencia Provincial de Girona que hemos analizado, veremos que sin embargo su criterio ha sido revertido, como se analizará en el siguiente apartado, por la propia audiencia en su sentencia de 25 de mayo de 2022, que —conforme al acuerdo de la Junta de Magistrados de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Girona de 23 de marzo— desestima la reclamación frente a la aseguradora. Cambio de posición que ha sido confirmado en posteriores sentencias de dicha Audiencia Provincial de Girona de 20 de junio de 2022 y 21 de septiembre de 2022, que igualmente desestiman las respectivas reclamaciones.

Pero antes de llegar a la postura contraria, vamos a analizar también otros pronunciamientos a favor respecto a la cuestión planteada, sobre si las pérdidas de beneficios derivadas del cierre por pandemia, están o no cubiertos por los

seguros de pérdida de beneficios integrados en los seguros de daños. Entre las resoluciones a favor de las empresas aseguradas, dictadas por los juzgados de primera instancia en esta materia, se pueden encontrar las siguientes:

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 de Lorca de 22 de diciembre de 2020 (revocada por sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 28 de febrero de 2022).
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Móstoles de 6 de mayo de 2021.
- Sentencia del Juzgado de Primera instancia nº 14 de Granada de 21 julio de 2021 (revocada por sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 21 septiembre de 2022).
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Pamplona de 15 de octubre de 2021.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e instrucción nº 2 de Castro Urdiales de 18 de octubre de 2021.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Oviedo de fecha 21 de Octubre de 2021 (revocada por sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 5 de abril de 2022).
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Sant Feliu de Guíxols de 12 de noviembre de 2021 (revocada por la sentencia de la AP de Girona de 20 de junio de 2022).
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Granada de 13 de diciembre de 2021 (revocada por sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 7 de octubre de 2022).
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de San Cristóbal de La Laguna de 14 de enero de 2022.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de León de 2 de Febrero de 2022 (confirmada por la sentencia de la Audiencia Provincial de León de 12 de julio de 2022).

A continuación desglosaremos el contenido de la sentencia núm. 166/2021 del Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Granada, de 21 julio de 2021, que —aunque haya sido revocada por la Audiencia Provincial de Granada en sentencia de 21 de septiembre de 2022— tiene una fundamentación que ha servido de base para las reclamaciones que han seguido después de dictarse la misma. En ella, se pone de manifiesto que con motivo de la declaración del Estado de

Alarma el propietario de un local de restauración se ve obligado a clausurar el negocio, quedándose así paralizada la actividad sobre la que tenía contratado un seguro que incluía la cobertura de pérdida de beneficios. Dicha sentencia estima la demanda interpuesta, condenando a la aseguradora, con base, por un lado, en la infracción del art. 3 de la LCS por falta de claridad y precisión en la redacción de las condiciones generales de las pólizas o contradicciones internas en ellas. Asimismo, se invoca el art. 1288 del CC., según el cual, las dudas derivadas de la oscuridad de una cláusula contractual, no puede interpretarse en perjuicio del asegurado, sino que, por el contrario, debe prevalecer la interpretación que sea más favorable a sus intereses. El juez considera que la redacción de la cláusula objeto de litis es una cláusula limitativa del riesgo asumido y no delimitadora del mismo, ya que al constar que se incluye en el riesgo la pérdida de beneficios como consecuencia de cualquier siniestro cuyos daños materiales se encuentran asegurados en la póliza, determina cualquier causa de paralización de la actividad. En este caso la hostelería se encontraba amparada por la cobertura de la póliza y el asegurado debía haber aceptado expresamente cualquier causa de exclusión. La póliza establecía las exclusiones sin hacer alusión a ningún virus que pueda provocar una pandemia. Por ello, el juzgado manifestó que, de haber figurado expresamente excluido este caso, podría haberse considerado que el asegurado conocía la delimitación de la cobertura del seguro.

Para terminar este apartado, hay que hacer mención a la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de León de 12 de julio de 2022³², que confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de León de 2 de febrero de 2022 y estima dicha reclamación frente a la aseguradora, de las empresas perjudicadas por el cierre decretado a raíz del Covid, argumentando que *“no es que el Juez de Instancia haga una incorrecta interpretación de las cláusulas limitativas o delimitadoras del riesgo como parece señalar la parte apelante en su recurso, sino que tiene en cuenta únicamente la póliza y las cláusulas concretas vigentes al momento del siniestro (DOCs. 2 y 3 demanda), criterio que comparte esta Sala. Invoca el apelante una actualización de póliza (DOC. 4 demanda) en la que se señala expresamente como cláusula limitativa del seguro los “Perjuicios ocasionados por la interrupción de la actividad comercial agravada notablemente por hechos extraordinarios acaecidos durante la interrupción, limitaciones oficiales relativas a la reconstrucción o restricciones del negocio fijadas por las Autoridades” y en la que quiere subsumir los perjuicios derivados de la pandemia COVID-19 para eludir la pretensión indemnizatoria que fundamenta*

³² SAP de León, SECC. 1ª, de 12 de julio de 2022, nº 550/2022.

el procedimiento. Sin embargo, tal cláusula limitativa no aparecía en la póliza suscrita por las partes en el año 2019. Tal y como expresamente se señaló en el último párrafo del fundamento jurídico de la sentencia “Hay que destacar que, en este caso, se debe tener en cuenta el contrato de seguro vigente en el año 2019, pues fue el aplicable durante el tiempo en el que el siniestro tuvo lugar, sin perjuicio, de las variaciones que a posteriori se han introducido como consecuencia de la renovación anual de este y a las que posteriormente se hará referencia”. La fecha de emisión de la actualización de póliza que alega la parte apelante data del 16 de septiembre de 2020, por lo que no estaría vigente en el momento de paralización del establecimiento comercial —14 de marzo de 2020— ni en el lapso temporal cuya reclamación se reclama. Ningún efecto retroactivo parece que pueda dársele al documento invocado a tal efecto, máxime cuando la entidad aseguradora no ha podido acreditar que dicho pliego haya sido remitido ni recibido por la asegurada, siendo a quien compete dicha prueba, a tenor de lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si se pretende hacer valer la aplicabilidad de esa actualización de póliza y vigencia de las cláusulas limitativas por renovación anual de contrato tal y como parece apuntar la parte apelante, a ella correspondería la carga de la prueba en cuanto a que dicha póliza hubiera sido oportunamente remitida a la demandante y firmada por la misma. Cuestión que ya fue asimismo valorada en instancia, donde se concluyó que no se habría acreditado que el sobre hubiera sido remitido ni en el año 2019 ni con la renovación en el año 2020, siendo consecuencia de lo anterior que no podrían estar vigentes las cláusulas limitativas que pretendió hacer valer la entidad aseguradora en Primera Instancia y que reproduce en esta alzada”.

Se trata en definitiva de una póliza muy particular, donde al parecer la cobertura particular, decía que la pérdida de beneficios estaba dentro del apartado “riesgos extensivos”, y hacía referencia a “pérdida de beneficios durante la paralización de actividad comercial”, lo que es bastante anómalo tal y como la propia sentencia pone de manifiesto, pues incluirlo dentro de los “riesgos extensivos” ofrece serias dudas sobre qué es lo que realmente se cubre, así que no puede extrapolarse a los demás supuestos analizados en el resto de sentencias. En este sentido, lo único que parece plantear conflicto en el presente procedimiento es la interpretación que pueda realizarse sobre la expresión “riesgo extensivo” en la cláusula definitoria del contrato para valorar si la paralización por pandemia puede o no incluirse en tal término. El Juez de Instancia, en base a la interpretación pro asegurado que ha de realizarse a tenor del artículo 1288 del Código Civil en el caso de cláusulas ambiguas, incluye la pérdida de beneficios derivada de la crisis sanitaria en el término “riesgos extensivos” de

la delimitación del riesgo, lo que motiva la estimación de demanda y la procedencia de la indemnización reclamada.

En este punto, la sentencia de la Audiencia Provincial de León pone de manifiesto la necesidad de considerar que la delimitación de la cobertura es un *prius* lógico, un antecedente necesario para la perfección del contrato de seguro, sin la cual no habría riesgo y, por ende, no habría contrato. Si bien, y al tratarse el contrato de seguro de un contrato de naturaleza adhesiva, puede haber cláusulas perfectamente redactadas que no admitan ningún tipo de interpretación, por el contrario, puede haber expresiones delimitadoras del riesgo que, por la propia redacción de su tenor literal, ofrezcan dudas sobre qué riesgos están incluidos en la cobertura, tal y como acontece en el presente procedimiento respecto del término “riesgos extensivos”. En este punto, dicha Audiencia recuerda que *“es responsabilidad de la compañía aseguradora predisponente del clausulado general de las pólizas de seguro redactar sus cláusulas de manera que puedan los tomadores y asegurados entender la cobertura exacta de las garantías incluidas en el contrato, evitando redacciones imprecisas, ambiguas u oscuras que puedan llevar a confusión sobre el alcance de dicha cobertura. Cuando la cláusula contenga ambigüedades/interpretaciones, la interpretación de su sentido y alcance debe hacerse del modo más favorable para el asegurado, perjudicando a la compañía aseguradora en cuanto predisponente de la misma y atendiendo a su superior deber de diligencia en cuanto perfecta conocedora del mercado asegurador, criterio que aplica el Juez de Instancia y que reitera esta Sala. De acuerdo con esa interpretación, y teniendo en cuenta que la póliza que hay que valorar para la procedencia de la indemnización es la vigente en el periodo de clausura del establecimiento (marzo a septiembre de 2020), la interpretación favorable de ese riesgo extensivo, ha de incluir la paralización por la pandemia”*.

Correlativamente con lo anteriormente expuesto, y habida cuenta de que no fue controvertida la paralización de actividad durante esos tres meses, la sentencia afirma que *“con independencia de que no se hayan concretado de forma objetiva las pérdidas concretas sufridas (lo cual igualmente sería notorio y evidente en un cierre completo de local con estancamiento de actividad comercial durante 98 días), la única limitación que ha de establecerse en la concesión de indemnización es la que realiza el Juez de Instancia, esto es, la que resulta de aplicar las cláusulas limitativas de póliza: temporal y cuantitativa. Motivo por el cual, y haciendo nuestros los razonamientos contenidos en la resolución de instancia, que damos por reproducidos a fin de evitar inútiles repeticiones, la resolución de instancia debe ser mantenida, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por la entidad aseguradora demandada”*.

c) Pronunciamientos desestimando las reclamaciones las empresas perjudicadas por el cierre decretado a raíz del Covid

En concreto, hemos de indicar que hasta el momento han sido muchos más numerosos los pronunciamientos de los juzgados de primera instancia desestimando las reclamaciones las empresas perjudicadas por el cierre decretado a raíz del Covid, destacando las siguientes:

- Sentencia núm. 76/2021 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Huesca de 26 de abril de 2021.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Molina de Segura de 26 de abril de 2021 (firme por la cuantía).
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Ciutadella de Menorca de 9 de junio de 2021.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Jaén de 29 de junio de 2021 (confirmada por sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 9 de junio de 2022).
- Sentencia núm. 218/2021 del Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Sevilla, de 5 de julio de 2021.
- Sentencia núm. 329/2021 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Gerona, de 6 de julio de 2021.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Gijón, de 14 de julio de 2021.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Ferrol de 7 de septiembre de 2021.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Valencia de 7 de septiembre de 2021.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Gijón, de 16 de septiembre de 2021 (confirmada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 8 de junio de 2022).
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Alcalá de Henares de 23 de septiembre de 2021.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Santander de 8 de octubre de 2021.

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Zaragoza de 18 de octubre del 2021 (confirma por sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 13 de julio de 2022).
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 23 de Palma de Mallorca de 27 de octubre de 2021.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Gijón de 29 de octubre de 2021 (confirmada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 6 de abril de 2022).
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Badajoz de fecha 9 de noviembre de 2021 (confirmada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 20 de junio de 2022).
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Las Palmas de Gran Canaria de fecha 15 de diciembre de 2021.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Móstoles de 15 de diciembre de 2021.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Mieres de 20 de enero de 2022.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Salamanca de 28 de enero de 2022.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Tafalla de 16 de febrero de 2022.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Palencia, de 28 de febrero de 2022 (confirmada por sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 16 de mayo de 2022).
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de la Bisbal d' Emporda de 14 de marzo de 2022 (confirmada por sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, de 25 de mayo de 2022).
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Utrera de 22 de abril de 2022.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Lleida de 4 de mayo de 2022.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Santander de 5 de mayo de 2022 (confirmada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 13 de septiembre de 2022).

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Girona de 11 de mayo de 2022 (confirmada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 21 de septiembre de 2022).
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Granada de 6 de julio de 2022³³ (firme por no ser recurrida).
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Córdoba de 11 de julio de 2022³⁴ (firme por no ser recurrida).
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Reinosa de 25 de julio de 2022.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Granada de 27 de septiembre de 2022.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Jaén de 30 de septiembre de 2022³⁵.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Vigo de 4 de octubre de 2022 (firme por la cuantía).

Asimismo, al menos son ya dieciseis las sentencias de audiencias provinciales que hasta el momento han resuelto casos desestimando dicha reclamación frente a la aseguradora, de las empresas perjudicadas por el cierre decretado a raíz del Covid:

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 28 de febrero de 2022.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 5 de abril de 2022.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sec. Gijón) de 6 de abril de 2022.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 16 de mayo de 2022.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 25 de mayo de 2022 (cambia el criterio adoptado hasta el momento por dicha Audiencia, acogándose al acuerdo de la Junta de Magistrados de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Girona de 23 de marzo).

³³ Asunto propio representando a la aseguradora demandada.

³⁴ Asunto propio representando a la aseguradora demandada.

³⁵ Asunto propio representando a la aseguradora demandada.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sec. Gijón) de 8 de junio de 2022.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, de 9 de junio de 2022.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 20 de junio de 2022.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 20 de junio de 2022.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 13 de julio de 2022.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 25 de julio de 2022.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 13 de septiembre de 2022.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 21 de septiembre de 2022.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 21 de septiembre de 2022.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 7 de octubre de 2022³⁶.

Tras el dictado de estas sentencias, podemos decir que la jurisprudencia menor se está pronunciando de manera unánime sobre la materia, entendiendo que las garantías de pérdidas de beneficios incluidos en estos seguros de negocio no cubren las pérdidas derivadas del cierre como consecuencia del decreto de estado de alarma tras la COVID-19. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 5 de abril de 2022, referida en la anterior relación, establece a este respecto que: *“No nos encontramos ante un contrato de seguro autónomo de lucro cesante que tan solo exigiría el cese de la actividad cualquiera que fuera la causa, y sí ante un contrato de seguro de daños con una garantía específica que regula las posibles pérdidas que pudiera sufrir la parte apelada en sus establecimientos, siempre y cuando se diera alguno de los riesgos de daños contratados por la parte apelada, diferenciación clave y que no fue tenida en cuenta en la sentencia de instancia. En conclusión, no se trata de una pérdida de beneficios con cobertura autónoma que cubra toda pérdida de beneficios producida por cualquier causa o siniestro, sino sólo y exclusivamente por aquellos siniestros que gozan de cobertura en el contrato de seguro suscrito entre las partes, siendo pues imprescindible y condición <<sine qua non>> que el*

³⁶ SAP de Granada, Sección 3ª, nº 368/2022 de 7 de octubre, Rollo nº 365/2022, que revoca la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Granada de 13 de diciembre de 2021. Asunto propio representando en la segunda instancia a la aseguradora demandada.

siniestro que provoca las pérdidas en la parte apelada, esté cubierto y descrito en la póliza multiriesgo, lo que no ocurre en el caso enjuiciado tal y como se puede observar con solo leer las coberturas del mismo”.

Igualmente, resultan muy ilustrativas las conclusiones recogidas en la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 25 de mayo de 2022³⁷, por la que se cambia el criterio adoptado hasta el momento por dicha Audiencia conforme al acuerdo de la Junta de Magistrados de las Secciones Civiles de 23 de marzo, y que establece lo siguiente: *“En cuanto a la posible cobertura de los seguros de daños firmados por comercios y empresas, de los cierres o pérdidas de beneficios producidos a raíz de la aplicación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y sus prórrogas, decidimos lo siguiente: Las coberturas de los contratos de seguros de daños que incluyan en sus condiciones particulares cláusulas de indemnización por paralización de actividad o por pérdida de beneficios no son aplicables al cierre total o parcial del negocio derivado de la declaración de estado de alarma.*

En tales contratos, el riesgo asegurado es la producción de daños en el local de negocio (continente) o en los objetos asegurados que se encuentren en su interior (contenido) por las causas que prevén. La paralización de la actividad o la pérdida de beneficios sólo producirán el derecho de a la indemnización cuando hayan sido una consecuencia de los daños en los bienes asegurados, situación que no se ha producido en el caso de la declaración del estado de alarma”.

Y en el mismo sentido se pronuncian el resto de sentencias mencionadas, por lo que vemos parece que el criterio de la jurisprudencia menor sobre la materia que nos ocupa comienza a ser unánime, en el sentido de considerar que la garantía de pérdida de explotación contratada en un seguro de negocio como el que nos ocupa, no cubre las pérdidas derivadas de un hecho tan excepcional como es el cierre decretado por el Estado de Alarma, a consecuencia de la COVID-19, al no ser consecuencia de un siniestro de daños cubierto por la póliza.

En este sentido, la sentencia de 25 de julio de 2022 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Reinosa, que se fundamenta en dos sentencias firmes dictadas por la Audiencia Provincial de Asturias de 5 y 6 de abril de 2022, va un paso más, y no sólo da por válidas las cláusulas contenidas en el condicionado general que no se encontraba firmado, al considerar que vienen a delimitar la cobertura, sino que además, impone las costas a la empresa

³⁷ Conclusiones de nuevo recogidas por esta Audiencia Provincial de Girona en sus sentencias de 20 de junio de 2022 y 21 de septiembre de 2022, confirmando de esta forma su cambio de criterio.

reclamante al considerar que la cuestión debatida no ofrece ya en el momento actual dudas de hecho o de derecho: “Si atendemos a las condiciones generales aportadas por la parte demandada (doc. núm. 1) a las que se remiten las condiciones particulares aportadas y reconocidas por la actora, encontramos que el art. 8 al que se hace remisión dispone lo siguiente: “8. PÉRDIDA DE EXPLOTACIÓN ¿Qué cubre? Hasta el límite de la suma pactada como indemnización diaria, y por el periodo máximo indicado en las Condiciones Particulares, las pérdidas que usted sufra con motivo de la paralización parcial o total de la actividad del negocio asegurado, a consecuencia de cualquier siniestro cuyos daños materiales se encuentren amparados por esta Póliza.” Conforme a esta condición, se hace indiscutible que la cobertura relativa a la pérdida de explotación es exclusivamente aplicable cuando dicha pérdida se deriva de un siniestro cuyos daños materiales estén incluidos en la póliza, tal y como defiende la parte demandada. Si bien la parte actora considera que dichas condiciones generales no le son aplicables al no haber sido firmadas por el consumidor, lo cierto es que en las propias condiciones particulares aportadas por la actora ya se especificaba que el tomador recibía una copia de las mismas y se daba por enterado de cada una de sus cláusulas, haciendo expresa remisión al referido art. 8. Conforme a la reciente jurisprudencia antes referida, que valora un supuesto idéntico, deberá entenderse que el tomador quedó vinculado a dichas condiciones generales una vez firmó las condiciones particulares aportadas.

(...) SEXTO.- Costas Dispone el art. 394 de la LEC que “En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.” Ha alegado la parte actora que procedería, en su caso, la no condena en costas al existir claras dudas de hecho y derecho. En este caso, efectivamente la demanda se interpuso en fecha 13 de octubre de 2021, momento en que la jurisprudencia en esta materia no era clara y contundente como lo es ahora, sino que se partía de la inicial sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona ya referida, tratándose de una cuestión todavía muy debatida al ser todavía reciente la salida del confinamiento por la pandemia (considerando la pendencia actual de los juzgados y tribunales). No obstante, cabe destacar que la audiencia previa se ha celebrado a fecha 20 de julio de 2022, momento en que la jurisprudencia era clara sobre este tipo de cuestiones, habiendo continuado la parte el procedimiento hasta que ha quedado visto para sentencia. En consecuencia, se concluye que en el momento actual no existen ya serias dudas de hecho o de derecho, por lo que procederá condenar en costas a la parte demandada en la cuantía inicialmente reclamada, que es la fijada como cuantía del procedimiento, sin que se haya producido un expreso desistimiento

parcial de la pretensión y sin que dicha modificación pueda considerarse una alegación complementaria o aclaratoria en los términos del art. 426 de la LEC”.

Más reciente es la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 21 de septiembre del 2022³⁸, que revoca la sentencia núm. 166/2021 del Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Granada de 21 julio de 2021, comentada en el apartado anterior sobre pronunciamientos a favor de las empresas frente a sus respectivas aseguradoras, pues analiza y justica claramente las razones por las que esta Audiencia entiende que no estamos en este supuesto ante un seguro autónomo de lucro cesante. En este sentido expone: *“Sostiene el demandante que el seguro por lucro cesante por el que se reclama es un seguro autónomo, no vinculado a otros riesgos objeto de cobertura y que amparaba la pérdida de la explotación del negocio producida por cualquier causa. Sin embargo, la citada cobertura fue contratada de forma opcional dentro de las coberturas básicas por incendio, fenómenos meteorológicos, daños por agua, roturas, robo y vandalismo, y la indemnización convenida se encontraba predeterminada, con límite máximo temporal de 90 días y una indemnización diaria de 500 €, sujeta al cálculo de la pérdida real y efectiva. Por consiguiente, la garantía por pérdida de explotación, tanto por formar parte de un contrato multirriesgo del negocio asegurado, como por la predeterminación de la indemnización, se trata de una garantía vinculada a las coberturas por daños contenidos en la póliza, y no una garantía autónoma e independiente de los demás riesgos contemplados en la póliza”.*

Prueba de ello, según la Audiencia de Granada es la definición que se hace de la misma en el art. 6 de las Condiciones Generales analizadas en este supuesto, por cuanto que cubre *“las pérdidas que usted sufra con motivo de la paralización parcial o total de la actividad del negocio asegurado, a consecuencia de cualquier siniestro cuyos daños materiales se encuentren amparados por esta póliza”.* Es decir, la cobertura es por cualquier siniestro, pero *“cuyos daños materiales se encuentren amparados por esta póliza”.* La vinculación o dependencia de la efectividad de la cobertura por pérdidas de explotación a los daños materiales amparados por la póliza, resulta claramente. Asimismo, en las causas de exclusión contempladas en el art. 6 se recoge en el apartado h) *“los hechos que no hayan originado daño material directo alguno en los bienes asegurados”;* citando a continuación algunos ejemplos y con las salvedades reconocidas de imposibilidad total de acceso al local de negocio o daños materiales ocurridos en locales o instalaciones de proveedores de agua, gas y

³⁸ SAP de Granada, Sección 4ª, de 21 de septiembre de 2022, nº 251/2022, rollo 566/2021.

electricidad. Esta causa de exclusión, termina diciendo la sentencia, además de ser innecesaria vista la definición de la garantía, *“es claramente delimitadora del riesgo y no limitativa. En todo caso aceptada expresamente en las condicionales particulares, cuya firma no ha sido controvertida”*.

Por último, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 7 de octubre de 2022³⁹, hace un análisis de lo que es un seguro en general y de este en particular: *“En este seguro, como en cualquier otro, el asegurador sólo resulta obligado cuando se materializa el riesgo asegurado, debiendo entenderse por riesgo la posibilidad de un evento dañoso. El riesgo tiene carácter esencial en el contrato de seguro, hasta el punto que, según el artículo 4 de la Ley de Contrato de Seguro, “El contrato de seguro será nulo, salvo en los casos previstos por la Ley, si en el momento de su conclusión no existía el riesgo o había ocurrido el siniestro”. Así pues, el riesgo asegurado está constituido por la paralización total o parcial de la actividad desarrollada en el local asegurado, y más concretamente por la paralización que derive de incendio y complementarios, riesgos extensivos, daños por agua o robo, “siempre que estas hayan sido contratadas.” Lo cual es lógico porque el riesgo que interesa al régimen del contrato de seguro es el que está determinado en él, ya que el contrato ha de fijar los límites y las modalidades de ese riesgo que asume el asegurador”*.

Pero lo llamativo y novedoso de esta sentencia es que entiende que no cabe considerar como siniestro que sea objeto de cobertura la prohibición legal de ejercer la actividad de restauración impuesta por la declaración del estado de alarma ya que dicha prohibición se trata de un acto emitido por el gobierno de España en forma del Real decreto-ley. En este sentido explica que la sentencia del Tribunal Constitucional 83/2016 de 26 de abril establece: *“debe entenderse que la declaración del estado de alarma queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango valor de ley. Y en consecuencia queda revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcional, suspender o modificar durante el estado de alarma”*. Por lo que llega a la conclusión de acoger la tesis de la entidad demandada en el sentido de que *“la previsión del ejercicio de la actividad económica en el sector de la hostelería viene amparada por una norma con rango de ley y por lo tanto la suspensión de dicha actividad no puede encuadrarse dentro del concepto de siniestro”*.

³⁹ SAP de Granada, Sección 3ª, nº 368/2022, de 7 de octubre de 2022, rollo nº 365/2022, que revoca la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Granada de 13 de diciembre de 2021. Asunto propio representando en la segunda instancia a la aseguradora demandada.

C) ¿Qué consideración deben de tener las cláusulas contenidas en el contrato de seguro que circunscriben o limitan el aseguramiento a que las pérdidas por la paralización sean consecuencia de un daño previo cubierto por el seguro?

Para resolver a esta cuestión, debemos acudir al artículo 1281 del C.C. en conjunción con el artículo 3 de la LCS, de los que se desprende que si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. En este sentido, habrá que analizar si la cláusula opuesta por la aseguradora donde se excluya el supuesto en cuestión, se trate de una cláusula limitativa de los derechos de asegurado, y por tanto, tuviera que cumplir con lo dispuesto en el artículo 3 de la LCS, o si se trata de una cláusula delimitadora de los derechos del asegurado.

A este respecto, se refiere la sentencia 399/2020, de 6 de julio del Tribunal Supremo, que concreta que: *“En principio, una condición delimitadora define el objeto del contrato, perfila el compromiso que asume la compañía aseguradora, de manera tal que, si el siniestro acaece fuera de dicha delimitación, positiva o negativamente explicitada en el contrato, no nace la obligación de la compañía aseguradora de hacerse cargo de su cobertura. Las cláusulas limitativas, por el contrario, desempeñan distinto papel, en tanto en cuanto producido el riesgo actúan para restringir, condicionar o modificar el derecho de resarcimiento del asegurado”*.

Por tanto, habrá que determinar si la cláusula del condicionado general que resulta controvertida, define el alcance de la cobertura y es clara en cuanto a su redacción, por lo que en ningún caso puede ser considerada como limitativa de los derechos del asegurado, pues precisamente, concreta qué riesgo constituye el objeto de la cobertura⁴⁰.

⁴⁰ “STS 853/2006, de 11 de septiembre, sienta una doctrina, recogida posteriormente en otras muchas resoluciones de este tribunal, como las SSTS 1051/2007 de 17 de octubre; 676/2008, de 15 de julio; 738/2009, de 12 de noviembre; 598/2011, de 20 de julio; 402/2015, de 14 de julio, 541/2016, de 14 de septiembre; 147/2017, de 2 de marzo; 590/2017, de 7 de noviembre, según la cual son estipulaciones delimitadoras del riesgo aquellas que tienen por finalidad delimitar el objeto del contrato, de modo que concretan: (i) qué riesgos constituyen dicho objeto; (ii) en qué cuantía; (iii) durante qué plazo; y (iv) en que ámbito temporal o espacial. El papel que, por el contrario, se reserva a las cláusulas limitativas radica en restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización, una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido (SSTS de 16 de mayo y 16 octubre de 2000, 273/2016, de 22 de abril, 520/2017, de 27 de septiembre, 590/2017, de 7 de noviembre). En palabras de la STS 953/2006, de 9 de octubre, serían “las que empeoran la situación negocial del asegurado”.

Sobre este aspecto en particular, resulta esclarecedora la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2021⁴¹, respecto al alcance de la cobertura por la paralización de un vehículo, donde se resuelve que dicho alcance no se extiende al depósito del vehículo en un taller y a los gastos de tasación, pues la cláusula que concreta los daños causados al vehículo y extiende la cobertura únicamente a otros elementos relativos a accesorios y equipos industriales del propio vehículo, sin contemplar otros daños y perjuicios o el lucro cesante, es delimitadora del riesgo y no limitativa de los derechos del asegurado. En concreto, la sentencia recoge lo siguiente:

“La cuestión litigiosa se reconduce a si, en la cobertura de daños propios, que se define en el art. 5 de las condiciones generales de la póliza, al que remite expresamente las condiciones particulares indicativas del riesgo asegurado [“daños a vehículos (art. 5 CG)”], se extiende al lucro cesante por la paralización del vehículo, al depósito del mismo en un taller y a los gastos de tasación.

Pues bien, la precitada condición general 5, señala, literalmente, bajo el epígrafe “Garantía A - Daños Accidentales”, que: “La Compañía indemnizará al Asegurado los daños causados al vehículo asegurado como consecuencia de impacto con un objeto fijo o móvil o el vuelco del vehículo. La garantía comprende además: Los daños causados a repuestos, accesorios y a equipos profesionales instalados en el vehículo tales como grupos frigoríficos, mecanismos de izar, elevadores o similares en la medida en que estén expresamente descritos en las condiciones particulares. Los daños causados a neumáticos, teniendo en cuenta su estado y antigüedad siempre que tales daños vayan acompañados de otros daños cubiertos bajo esta garantía ...”.

Esta cláusula delimita el riesgo a los daños causados al vehículo, como resulta no sólo de la redacción literal de la precitada cláusula, que así expresa-mente lo establece, sino también de la especificación de los límites de la cobertura a otros elementos relativos a accesorios y equipos industriales del propio vehículo, sin que, por el contrario, se extienda a otros riesgos, no contemplados por las partes, como una cobertura de lucro cesante por los daños y perjuicios sufridos, no en el vehículo asegurado, sino ocasionados a la empresa titular del mismo por su paralización como elemento productivo, o los de depósito en taller o elaboración de un presupuesto de reparación, que discurren al margen de la cobertura descrita, que ostenta la condición de delimitadora del riesgo.

⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo 563/2021, ponente Excmo. Sr. D. Jose Luis Seoane Spiegelber.

Todo ello, sin perjuicio de las acciones que correspondan a la demandante contra la persona que conducía el vehículo, que colisionó con la cabeza tractora, y su contra su compañía aseguradora que, al amparo del seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos de motor, deberá resarcir, en su caso, la totalidad de los daños y perjuicios sufridos por la actora, siempre que le sean jurídicamente imputables.

No apreciamos contradicción alguna entre las condiciones particulares que remiten expresamente a las generales, ni se puede considerar sorpresiva la exclusión de los otros gastos reclamados”.

Se aduce en la mayoría de las reclamaciones y demandas formuladas por este concepto a que la exclusión de la cobertura por el cierre obligado por el Estado, es una clara limitación de los derechos del asegurado en un contrato de adhesión, por lo que su validez y oponibilidad vendría condicionada al cumplimiento de los requisitos del artículo 3 de la LCS. Si bien, hemos de indicar que la pandemia no está excluida expresamente en la generalidad de los contratos que están siendo objeto de controversia hasta el momento, sino que la exclusión a las que se alude por las aseguradoras, precisamente es a la consideración de que la pérdida de beneficios debe ser a consecuencia de un siniestro de daños cubiertos por la póliza.

Como ya hemos apuntado anteriormente, la propia Audiencia Provincial de Girona, mediante Acuerdo de la Junta de Magistrados de las Secciones Civiles, de 23 de marzo de 2022, ha cambiado radicalmente el criterio que mantenía hasta ese momento, y tal y como se recoge en la sentencia de 25 de mayo de 2022, entiendo ahora que: *“Las cláusulas incluidas en las condiciones generales del contrato de seguro de daños que determinan que las indemnizaciones por la paralización de la actividad o por pérdida de beneficios sólo se aplican a los riesgos previstos en las condiciones particulares, o que excluyen la cobertura si el cierre ha sido ordenado administrativamente u otros similares, no son cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, sino delimitadoras del riesgo cubierto”.*

En este sentido, cabe mencionar que la Audiencia Provincial de Murcia, de 28 de febrero de 2022 resulta esclarecedora en la materia que nos ocupa, pues estima el recurso de la aseguradora, y por tanto, desestima la demanda interpuesta por el asegurado, bajo los siguientes fundamentos: *“Según se desprende de la propia póliza en su página 42 al fijar la garantía sobre el particular referido, estableciendo que se garantiza el pago de una indemnización diaria (...) cuando se produzca la paralización temporal, total o parcial de la actividad del establecimiento asegurado por daño directo como consecuencia de: un siniestro de daños propios cubierto por las garantías contratadas, (...), desprendiendo del tenor literal*

de lo expuesto que el seguro por lucro cesante contratado entre la parte no se activa por cualquier siniestro, sino por los previstos en la propia póliza y que son objeto del seguro (...) sin que estimemos factible enmarcar las mismas en el ámbito de limitaciones de derechos del asegurado, razón por la que no procede entrar a examinar dicha definición bajo los parámetros de lo dispuesto en el artículo 3 de la LCS, al igual que tampoco cabe entrar a conocer si se trata de algún tipo de exclusión de la cobertura, la cual, desde luego, no aparece explícitamente como tal al enumerarse las mismas, sino, sencillamente, que dicho supuesto en ningún caso es objeto de cobertura en cuanto que no se ha producido ninguno de los riesgos cubiertos por el seguro contratado que se encuentran esencialmente en el ámbito propio del seguro de daños...”.

Concluye esta sentencia que no es preciso entrar a valorar si esa cláusula es limitativa o no, pues sencillamente el hecho por el que se reclama no es objeto de cobertura, al exponer que: *“(...) en ningún caso consideramos que deba incluirse en tal expresión, de una manera indefinida y expansiva, todo tipo de sucesos accidentales, súbitos e independientes a la voluntad del asegurado, incluidos aquellos en que la autoridad gubernamental establezca su cierre como consecuencia de las medidas adoptadas para afrontar la pandemia, pues de ser así se cubriría prácticamente cualquier pérdida procedente de cualquier cierre con independencia de la causa, y eso no se encuentra en la razón de ser de la ley ni resulta del contrato que nos ocupa, (...) no considerando que nos encontremos ante una controversia sobre la falta de claridad en la redacción, que desde luego favorecería al asegurado, sino ante la necesidad de interpretar la delimitación de la cobertura pactada por las partes”.*

En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, de fecha 16 de mayo de 2022: *“Pues bien, en el presente caso nos encontramos ante una cláusula delimitadora del riesgo, toda vez que la misma sirve para determinar cuál es el riesgo que se cubre (la paralización del negocio como consecuencia de alguno de los acontecimientos descritos en las propias condiciones generales) y, a su vez, para configurar uno de los elementos esenciales del contrato, cual es el precio del seguro, en tanto el mismo se fija, entre otras variables, teniendo en cuenta cuales son los riesgos que se aseguran”.*

Por último y en igual sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 7 de octubre del 2022⁴², determina que *“debe entenderse que*

⁴² Como ya puse de manifiesto anteriormente, la sentencia estima el recurso planteado en un asunto propio frente a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Granada de 13 de diciembre de 2021, logrando la revocación de la misma y con ello la desestimando la demanda.

la cláusula controvertida es una cláusula delimitadora del riesgo, en tanto que define cuáles son los hechos objeto de cobertura”. Pasando a exponer más adelante el contenido de las condiciones generales que se detallan bajo el epígrafe “garantías de pérdida de explotación” que establece que cubre “hasta la cantidad y por el periodo máximo indicado en las condiciones particulares, las pérdidas que usted sufra con motivo de la paralización parcial o total de la actividad del negocio asegurado a consecuencia de cualquier siniestro cuyos daños materiales se encuentren amparados en esta póliza”. La sentencia añade expresamente que “la garantía de pérdida de beneficios contratada en la póliza se encuentra contratada adicionalmente dentro de una póliza multirriesgo en la que se da cobertura a la pérdida de beneficios si esta es provocada por un siniestro que tiene cobertura por otra garantía contratada en la póliza. Así, a modo de ejemplo, si la póliza cubre el robo, la pérdida de beneficios estará cubierta si es derivada de un robo”.

Frente a esta doctrina de la mayoría de los tribunales que han enjuiciado este tema entendiendo que estamos ante seguros cuyas cláusulas contenidas en el contrato de seguro circunscriben o limitan claramente el aseguramiento a que las pérdidas por la paralización sean consecuencia de un daño previo cubierto, tan solo cabría contraponer la ya comentada sentencia de la Audiencia Provincial de León de 12 de julio de 2022, que como se ha dicho, analiza una póliza muy particular donde la cobertura particular fijaba la pérdida de beneficios dentro del apartado “riesgos extensivos”, y hacía referencia a “pérdida de beneficios durante la paralización de actividad comercial”, lo que no puede extrapolarse a los demás supuestos analizados en el resto de sentencias. En todo caso, si conviene tener presente lo que dicha Audiencia recuerda, que *“es responsabilidad de la compañía aseguradora predisponente del clausulado general de las pólizas de seguro redactar sus cláusulas de manera que puedan los tomadores y asegurados entender la cobertura exacta de las garantías incluidas en el contrato, evitando redacciones imprecisas, ambiguas u oscuras que puedan llevar a confusión sobre el alcance de dicha cobertura. Cuando la cláusula contenga ambigüedades/interpretaciones, la interpretación de su sentido y alcance debe hacerse del modo más favorable para el asegurado, perjudicando a la compañía aseguradora en cuanto predisponente de la misma y atendiendo a su superior deber de diligencia en cuanto perfecta conocedora del mercado asegurador”.*

Por su parte, la STJUE de 23 de abril de 2015 (asunto C-96/14), estableció que las cláusulas de los contratos de seguro deben estar redactadas de manera clara y comprensible, es decir, que no sólo resulten inteligibles para el consumidor en el plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera

transparente, tanto el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula, como la relación entre dicho mecanismo y el que establezcan otras cláusulas. De forma que el asegurado de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él. Y es que el control de transparencia, como principio jurídico para determinar la validez de la cláusula predispuesta, resulta de “aplicación directa” al sector de la contratación seriada propia del contrato de seguro bajo condiciones generales. La aplicación material del principio de transparencia comprende el control tanto de las cláusulas limitativas como de las delimitadoras, como también la comprensibilidad y claridad de su interrelación en la interpretación sistemática y completa del contrato. Asimismo, las cláusulas sorpresivas o insólitas que restrinjan o limiten los derechos o intereses legítimos de los asegurados, deben calificarse de forma directa como cláusulas abusivas por falta de transparencia; con su correspondiente sanción de nulidad de pleno derecho.

Asimismo, la sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 14 de julio de 2015, reafirmó expresamente que el control de transparencia, tal y como ha quedado configurado por la propia Sala de lo Civil, resulta aplicable a la contratación seriada propia del contrato de seguro, particularmente en cuanto a la accesibilidad y comprensibilidad real por el asegurado de las causas limitativas del seguro que respondan a su propia conducta o actividad; las cuales deben ser especialmente reflejadas y diferenciadas en la póliza. Y en similar sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 19 de julio de 2016, cierra la cuestión al decir que «*Dado que toda la normativa de seguros está enfocada a su protección [del asegurado], resolviéndose a su favor las dudas interpretativas derivadas de una redacción del contrato o sus cláusulas oscura o confusa, la exigencia de transparencia contractual, al menos cuando la perfección del contrato está subordinada, como es el caso de los de adhesión, a un acto de voluntad por parte de solicitante, impone que el asegurador cumpla con el deber de poner en conocimiento del asegurado aquello que configura el objeto del seguro sobre el que va a prestar su consentimiento*».

Pero entiendo que el control de transparencia del clausulado de estas pólizas solo será posible —como dice la referida jurisprudencia— en supuestos en los que este clausulado siembre dudas interpretativas, derivadas de una redacción del contrato confusa o de una clasificación de riesgos cubiertos que pueda llevar a engaño, que aunque no es el caso de la mayoría de las pólizas existentes en el mercado español, si hay algunos supuestos de condicionados que pudieran calificarse de tal forma, pues por la estructura y contenido del condicionado particular, pudiera desprenderse que estaríamos ante una

cobertura independiente. Esto es debido a que al contrario que en la mayoría de las pólizas multirriesgo, donde se incluyen las coberturas de daños junto con otras complementarias como la pérdida de beneficios vinculadas a los mismos, hay otras pólizas de seguro combinado industrial, en las que se contratan coberturas o seguros independientes, perfectamente diferenciados en bloques bien separados, lo que podría inducir a entender que no sólo se están asegurando los daños materiales y los complementarios a estos como la pérdida de beneficios, sino también los perjuicios económicos puros, pues —tal y como regula el párrafo segundo del artículo 63 de la LCS— están permitidas ambas formas de contratación, lo que no ayuda de por sí a despejar dudas salvo que estuviera predeterminado el importe de la indemnización, en cuyo caso siempre estaríamos ante un seguro combinado con uno de daños, pues conforme al artículo 67 de la LCS *“si el contrato tuviera exclusivamente por objeto la pérdida de beneficios las partes no podrán predeterminar no podrán predeterminar el importe de la indemnización”*.

En definitiva, será nuestro Alto Tribunal quien probablemente llegue a pronunciarse en algún momento sobre esta cuestión, escribiendo otro capítulo más sobre la diferencia entre cláusulas delimitadoras y limitativas, que ponga fin a la discusión sobre la consideración que deben de tener las cláusulas contenidas en el contrato de seguro que circunscriben o limitan el aseguramiento a que las pérdidas por la paralización sean consecuencia de un daño previo cubierto por el seguro, y, lo más importante, en qué supuestos y bajo qué condiciones podrían ser declaradas como “cláusulas sorprendentes” —aquellas cláusulas ya predisuestas en el contrato que restringen de manera sorprendente la cobertura del asegurado, y que se hallan dentro de las delimitadoras de cobertura de riesgo considerándolas como cláusulas limitativas de derechos del asegurado—, lo que obliga a que hayan de estar redactadas en el contrato cumpliendo los requisitos del artículo 3 de la Ley del Contrato de Seguro.

III EL SEGURO DE CRÉDITO Y CAUCIÓN

A) Similitudes y diferencias de ambos contratos de seguros

Aunque ambos seguros están enfocados a cubrir el incumplimiento de un contrato o una obligación legal, y contribuyen a la mejora de las relaciones comerciales entre empresas, se tratan de dos figuras aseguradoras muy diferentes, radicando la principal diferencia en la figura del beneficiario del seguro.

Mientras que el seguro de crédito protege al tomador de la insolvencia del deudor, —es decir, la aseguradora cubre el pago de los cobros pendientes de un tercero en el caso de que se declare insolvente—, el seguro de caución cubre los daños que pueda causar el incumplimiento de un contrato. Es decir, con el seguro de caución se protege el riesgo de incumplir una obligación impuesta por un contrato, en otras palabras, con la caución se ofrece una garantía de cumplimiento de esa obligación. Un ejemplo de caución es la garantía obligatoria de una obra adjudicada en un contrato público.

Otra nota diferenciadora entre ambas modalidades de aseguramiento es la figura del beneficiario, mientras que en el seguro de caución, viene representado por la parte contraria con quien se tiene la obligación o contrato (el contratante), en el seguro de crédito es el propio tomador de la póliza.

Para una mejor comprensión de las diferencias entre ambos seguros, podemos tomar nota del siguiente desglose:

	SEGURO DE CRÉDITO	SEGURO DE CAUCIÓN
¿Qué cubre?	Riesgos por impago	Obligaciones por contrato
Garantía	Indemnización por impago	Indemnización de los daños causados por incumplimiento
Tomador	Titular del crédito (acreedor)	Contratista o prestador del servicio
Asegurado	Titular del crédito (acreedor)	Contratante o parte que contrata el servicio

B) El seguro de caución

a) Regulación legal y funcionamiento

La regulación legal la podemos encontrar en el artículo 68 de la LCS, donde se prevé que: *“Por el seguro de caución el asegurador se obliga, en caso*

de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro”.

De lo anterior podemos deducir que una caución es una garantía que se entrega para asegurar el cumplimiento de una obligación legal o contractual. Su objetivo es asegurar a una de las partes de un contrato o acuerdo, que las obligaciones pactadas se cumplirán.

- El seguro de caución garantiza al asegurado o beneficiario la indemnización de los daños que pueda provocar el incumplimiento, por parte del tomador, de una obligación legal o contractual dentro de los importes y condiciones cubiertos. La cobertura se enfoca en obligaciones de hacer, excluyendo los compromisos de pago como préstamos o financieros.
- Objeto del seguro: El seguro de caución garantiza al tomador del seguro ante las diferentes administraciones públicas o ante el sector privado de las responsabilidades económicas que le puedan ser exigidas como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones garantizadas y derivadas de un contrato (obra, suministro o prestación de servicios) o de una disposición legal.

Como vemos toda la operativa del seguro de caución gira o pivota en torno al concepto de cumplimiento o incumplimiento contractual, ya que es ante un incumplimiento del obligado principal, cuando el beneficiario del seguro ejecuta la garantía requiriendo su pago a la aseguradora, la cual, como garante y ante ese requerimiento, tiene un deber cuasi automático de pago, al producirse con el mismo y solo por el mismo requerimiento, una presunción de incumplimiento del obligado principal.

Producida esa presunción de incumplimiento contractual y con ello invertida la carga de la prueba respecto al cumplimiento de la obligación principal garantizada, el garante puede, o bien probar el cumplimiento y con ello oponer éste frente a la ejecución de la garantía, o bien pagar directamente. Si realiza el pago, ya sea porque no ha podido oponer el cumplimiento del obligado principal, o porque ha atendido el pago ante el simple requerimiento sin entrar a analizar si su tomador ha incumplido o no sus obligaciones, una vez realizado el mismo, tendrá acción de reembolso contra aquél, acción que tendrá sólo por la realización de dicho pago.

Una vez reembolsado el pago por parte del tomador del seguro a la aseguradora, será este tomador quien tendrá acción directa contra el beneficiario del seguro, que es a su vez su parte contratante en la obligación principal garantizada, motivo por el que será en esa sede, y entre ellos, que son las partes contratantes del contrato principal, donde se podrá discutir si realmente existió o no incumplimiento contractual.

b) Ventajas del seguro de caución frente a otras garantías financieras

Como habrán podido advertir de lo expuesto, la figura del seguro de caución, tiene muchas similitudes con otras garantías como puede ser el aval bancario, en sus diferentes modalidades. Si bien, por su naturaleza, podemos destacar hasta cuatro ventajas del seguro de caución frente al aval bancario para quien lo contrata:

- La cantidad garantizada no se refleja en el pasivo de la empresa tomadora del seguro.
- El seguro de caución no computa en CIRBE (Central de Información de Riesgos del Banco de España).
- El seguro de caución no suele conllevar la inmovilización de fondos.
- No hay gastos de estudio, apertura o cancelación.

c) Actividades empresariales y profesionales que precisan seguro de caución

Existe un buen número de actividades empresariales o profesionales que para poder llevarlas a cabo es preciso la contratación de un seguro de caución (o de otra garantía financiera, como el aval bancario). Veamos algunas de las más destacables.

- La realización de contratos públicos: Toda empresa o profesional que pretenda contratar con la Administración Pública se verá obligado a presentar una garantía financiera ante la misma. Podemos diferenciar varias modalidades:
 - » Garantía provisional: Es la que se debe presentar para poder presentar oferta en un concurso de adjudicación.
 - » Garantía definitiva: Se presentará en caso de adjudicarse el concurso.
 - » Garantía de calidad o de mantenimiento: Se exige su presentación para garantizar que el tomador responderá de los defectos de la obra o materiales entregados, así como de su correcto mantenimiento.

- Pagos a cuenta en la compra de viviendas: Nuestra legislación⁴³ obliga a los promotores de las obras destinadas a vivienda que perciben de los clientes cantidades anticipadas (la conocida como “venta sobre plano”) a contratar un seguro de caución o un aval solidario *“para el caso que la obra no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda”*.
- Garantías frente a la Administración de Aduanas: Existen distintas situaciones en las que un producto es importado (momento en que deberían tributarse determinados impuestos), para más adelante volver a ser exportado (habiendo sido transformado o no). En evitación de realizar un pago de impuestos inicial y presentar la reclamación de devolución posterior, se presenta una garantía que asegura el pago de los impuestos de importación si finalmente el producto no volviera a exportarse.
- Garantía para agencias de viajes: Las agencias de viajes precisan la contratación de este tipo de garantías para hacer frente a la exigencia legal de la Administración para autorizar su actividad. Esta garantía servirá para responder, en caso de incumplimiento de las obligaciones que se presten a los consumidores.
- Garantía para empresas de seguridad: También este tipo de empresas tiene la obligación legal de contratar un aval o seguro de caución para responder por infracciones a la normativa de seguridad a que están sometidas. Los capitales a contratar varían en función del tipo concreto de actividad que lleven a cabo estas empresas.

⁴³ La legislación primigenia sobre los importes adelantados a cuenta del precio final de la construcción de viviendas la encontramos en la denominada Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (“Ley 57/68”). Ésta, tal y como se hizo constar en su Exposición de Motivos, respondía a una necesidad social de protección derivada de la reiterada comisión de abusos que ocasionaban importantes e irreparables perjuicios patrimoniales a los adquirentes.

La Ley 57/68, se vio modificada, aunque se mantuvo vigente, con la promulgación de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (“Ley 38/99”) que entró en vigor el 6 de mayo de 2000 y, a través de su Disposición Adicional Primera, reguló las cantidades entregadas a cuenta.

En fecha 1 de enero de 2016 entró en vigor la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (“Ley 20/15”) que, mediante su Disposición Final Tercera, modificó determinados extremos de la Ley 38/99 e introdujo en ella la Disposición Derogatoria Tercera a), por la que se derogó expresamente la Ley 57/68.

Así, la regulación vigente sobre las cantidades entregadas a cuenta desde el 1 de enero de 2016 es la contenida en la Ley 38/99 con las modificaciones introducidas por la Ley 20/15.

- Garantías en subastas de energía y otras garantías relacionadas con el sector energético: Las empresas que deseen concursar en subastas de energía, así como las que deseen actuar en el sector energético precisarán de garantías financieras para poder llevar a cabo estas actividades.
- Garantías por impuestos especiales (alcohol): Todos conocemos como en los envases de las bebidas alcohólicas existe un precinto correspondiente al impuesto sobre este tipo de bebidas. Los fabricantes obtienen estos precintos debiendo pagar los impuestos en aquel momento, o bien comprometiendo el pago del impuesto más adelante (habitualmente cada tres meses). El seguro de caución sirve de garantía para este aplazamiento del pago del impuesto.
- Garantías ante el F.E.G.A.: Las empresas del sector agroalimentario precisan presentar determinadas garantías financieras ante el Fondo Español de Garantía Agraria, que es el organismo autónomo español que gestiona las ayudas de la Política Agraria Común (PAC) de la Unión Europea en España. Se exigen seguros de caución o avales para acudir a licitaciones, para llevar a cabo el cumplimiento del compromiso adjudicado, así como para garantizar anticipos percibidos de la Administración.
- Garantías de las E.T.T.: Las Empresas de Trabajo Temporal tienen la obligación legal de contratar un seguro de caución o aval para responder de las deudas por indemnizaciones, Seguridad Social y salariales, que pudieran derivarse de su actividad empresarial.
- Garantías de corredores de seguros: Los corredores de seguros que perciben de sus clientes importes para el pago de primas de seguro a los aseguradores sin entregar en el mismo momento el recibo de prima de la entidad aseguradora, están obligados a la contratación de un seguro de caución que garantice el buen fin de los pagos percibidos de sus clientes.

d) Acción de Reembolso

Dentro de la operativa de esta modalidad aseguraticia y como nota más característica y singular de este seguro, se encuentra el hecho de que el asegurador tiene una acción de reembolso contra el tomador del seguro, acción que, como vimos, tiene conferida por Ley en virtud del pago realizado por éste de la indemnización prevista en el contrato, siendo por ello dicho pago de la indemnización el único presupuesto o requisito para el ejercicio por el asegurador de esa acción de reembolso.

La existencia de esta acción de reembolso afecta a la propia esencia de este tipo de seguro, y origina que la aseguradora asuma lo que se ha venido en denominar riesgo de tesorería, esto es ante el requerimiento de pago por parte del beneficiario debe pagar sin poder oponer ninguna cuestión relativa a la obligación principal garantizada —como hemos visto solo puede oponer además de las excepciones propias de la garantía el cumplimiento de la obligación garantizada— por lo que la aseguradora lo que hace es adelantar el pago ante el solo requerimiento; ahora bien, una vez ha pagado, tiene frente a su tomador una acción de reembolso precisamente en virtud de ese pago, con lo que el riesgo asumido se convierte en el denominado riesgo de tesorería, aunque sea consecuencia, de una posible insolvencia de su tomador.

El ejercicio por parte de la aseguradora de dicha acción de reembolso contra su tomador solo exige que previamente se haya producido a favor del beneficiario del seguro el pago que se pretende reembolsar, y ello, claro está a la luz de la naturaleza de los avales a primer requerimiento, sin que dicho pago deba cumplir ningún requisito previo —por supuesto sin necesidad de cubrir los requisitos propios de la subsidiariedad de la fianza simple o normal, ni tan siquiera de la renuncia de los beneficios de orden, división y exclusión previstos para el fiador en la fianza tradicional según disponen los artículos 1.831 y ss. del Código Civil— acción de reembolso que se ostenta aunque el pago realizado por la aseguradora pudiese llegar a ser calificado de indebido o injustificado, como de hecho así suelen prever las propias pólizas siguiendo el modelo de Condicionado previsto en la Resolución de la Dirección General de Seguros de 17 de marzo de 1981, RCL 1981/829, donde como Anexo 5 se aprueban las Condiciones Generales para las pólizas de seguros de caución en garantía de ejecución de contratos de obra o suministro⁴⁴.

Una vez reembolsado el pago por parte del tomador del seguro a la aseguradora será este tomador quien tendrá acción directa contra el beneficiario del seguro, que es a su vez su parte contratante en la obligación principal garantizada, motivo por el que será en esa sede y entre ellos donde se podrá discutir entre los propios contratantes principales si realmente existió o no incumplimiento en ese contrato. De esta forma se cierra el círculo de esa relación jurídica trilateral; la ejecución de la garantía hace que ésta opere, como así estaba previsto, automáticamente, esto es, ante el simple requerimiento del beneficiario se paga por parte de la aseguradora para después obtener el

⁴⁴ I. Pérez Calvo, *El seguro de caución y su automatismo en el funcionamiento de la garantía*, publicado en la revista nº 48, tercer trimestre de 2013 en la Revista de la Asociación Española de Abogados especializados en RC y seguro.

reembolso de lo pagado del tomador, habiendo obtenido el beneficiario la seguridad que buscaba en la contratación —si bien su obligado principal no le ha cumplido sí se ha visto resarcido inmediatamente de los perjuicios que le ha ocasionado ese incumplimiento— y teniendo el tomador la posibilidad de, una vez ha reembolsado el pago al asegurador, discutir con el beneficiario —que es con quien formalizó la contratación principal garantizada por el seguro y cuyo cumplimiento es controvertido— si realmente existió o no incumplimiento por su parte.

C) El seguro de crédito y las ventajas de su contratación

El seguro de crédito es un seguro contra daños regulado en los artículos 69 y siguientes de la LCS. Esta norma lo define del siguiente modo: *“Por el seguro de crédito el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato a indemnizar al asegurado las pérdidas finales que experimente a consecuencia de la insolvencia definitiva de sus deudores”*

De modo que estos seguros aúnan tres elementos:

- 1) La relación entre el asegurador y el asegurado. Al contrario que en el contrato de caución, el asegurado es a la vez el beneficiario del seguro de crédito. Dicho de otro modo, el seguro de crédito se contrata generalmente por cuenta propia, mientras que el seguro de caución se contrata siempre por cuenta ajena. De modo que la relación contractual tiende a ser relativamente sencilla, porque interviene un tomador-asegurado frente a un asegurador. Dicho esto, quede claro que la redacción del art. 72 de la LCS hace entender que un tomador podría contratar el seguro de crédito por cuenta ajena.
- 2) Las coberturas vienen limitadas por la ley y por el contrato. Es decir, que fuera de la regulación de la figura en la LCS, la verdadera operatividad del seguro será la definida por las partes. La autonomía de la voluntad se hace valer en este género de contratos por medio de las cláusulas delimitadoras del riesgo y de las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado.
- 3) El riesgo cubierto son las pérdidas finales que el asegurado experimenta a consecuencia de la insolvencia definitiva de sus deudores. Como se ve, este riesgo está compuesto por diferentes elementos, de modo que vamos a proceder a diseccionarlo.

a) ¿Qué es la insolvencia definitiva de los deudores?

La insolvencia definitiva de los deudores se regula en el art. de la 70 de la LCS, que establece cuatro supuestos:

1. En primer lugar, que el deudor haya sido declarado en quiebra mediante resolución judicial firme. En la actualidad, tal declaración es de concurso, y se rige por la legislación concursal.
2. En segundo lugar, que se haya aprobado judicialmente un convenio en el que se establezca una quita del importe. Téngase en cuenta que la legislación concursal permite la reestructuración de las deudas, con lo que un concursado podrá beneficiarse de quitas y esperas sin perjuicio de la calificación de su concurso. Mientras las esperas representan un aplazamiento de la exigibilidad de la deuda, las quitas son una especie de condonación de la misma.
3. En tercer lugar, que se haya despachado mandamiento de ejecución o apremio, sin que del embargo resulten bienes libres bastantes para el pago. La diferencia con las dos causas anteriores es que el mandamiento de apremio supone una orden ejecutiva. Es decir, que en los primeros casos se ha declarado una insolvencia, pero en este se ha constatado.
4. En cuarto lugar, que el asegurado y el asegurador consideren que el crédito será incobrable. Esta posibilidad es una suerte de aceptación del riesgo por parte de la aseguradora.

Estos supuestos se consideran una lista tasada en jurisprudencia asentada. Como ejemplo, la STS de 28 de julio de 1990. Además, le corresponde probar que tal insolvencia es definitiva a la parte actora, como se sostiene en la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2000. Así se mantuvo también en la sentencia n.º. 1372/2008 del Tribunal Supremo, de 4 de enero: «*Sin la prueba del siniestro que, insistimos, debe consistir en la insolvencia definitiva de los acreedores del recurrente, no puede estimarse el motivo*».

b) La indemnización en el seguro de crédito

La indemnización añade al crédito impagado un porcentaje de los gastos de recobro, procesales y otros. Tal porcentaje deberá estar consignado en el contrato, y los gastos a los que se aplica deben enumerarse.

En ningún caso el porcentaje comprenderá los beneficios del asegurado, que deberán ser objeto de un seguro de lucro cesante. Además, tampoco podrá

ser inferior al 50 % de la pérdida final. En el caso de que la aseguradora se constituya en mora a la hora de pagar la indemnización, resultarán aplicables los intereses del art. 20 de la LCS. Estos intereses tienen un carácter sancionador, por lo que el órgano judicial debe imponerlos de oficio.

Consisten en el interés legal del dinero incrementado en un 50 %, produciéndose por días. Si transcurriera un plazo de dos años desde la producción del siniestro, este interés anual no podrá ser inferior al 20 %. Generalmente, las aseguradoras a las que se aplica este interés sancionador, tratan de librarse del mismo invocando la eximente del art. 20.8: *“No habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable”*.

Sin embargo, cabe señalar la posición doctrinal, desfavorable a invocar el recurso a la vía procesal como excusa salvo que existan dudas fundadas. Por ejemplo, en la sentencia n.º 123/2018 de la Audiencia Provincial de Girona, de 19 de marzo: *“En el caso enjuiciado, estimamos que no concurre la causa justificada del apartado 8 del artículo 20 de la LCS habida cuenta de que si la parte apelante quería recabar más documentación para conocer la causa de la muerte y sus circunstancias, podía recabar a la actora más documentación de la aportada y como se ha estimado acreditado en instancia y ratificado en esta alzada ninguna documentación solicito ni ninguna respuesta dio a la actora frente a las reclamaciones efectuadas por la misma, lo que con leva a la desestimación de dicho motivo”*.

A resultas del art. 70 de la LCS, el asegurado cobrará la indemnización derivada de su seguro de crédito a partir del sexto mes desde que haya avisado del impago del crédito. En ese momento, el asegurador deberá abonarle el 50 % de la indemnización acordada, si bien con carácter provisional y a cuenta de ulterior liquidación definitiva. Nada impide que la compañía aseguradora abone la indemnización previamente. Especialmente en el caso en que convenga con el asegurado que la deuda es incobrable. En estos casos, lo que puede pactarse es el abono de una cuantía provisional, ya que si la insolvencia del deudor no resultara ser definitiva el asegurado debería devolver la indemnización percibida.

c) Obligaciones del asegurado y del tomador del seguro

El asegurado, y de haberlo, el tomador del seguro, están obligados a exhibir los libros y documentos que estén en su poder y que guarden relación con el crédito o con los créditos asegurados. Además, deben prestar colaboración,

no sólo en la determinación del alcance del siniestro, sino también en los procedimientos judiciales encaminados a obtener la solución de la deuda. En estos casos, el asegurador asumirá la dirección del asunto.

Aunque no se estipule en el art. 72 de la LCS, cabe suponer que el deber de colaboración se extiende a los intentos de resolución extrajudicial, en defensa del patrimonio de la aseguradora. Por último, el tomador y el asegurado tienen el deber específico de ceder al asegurador el crédito que tengan contra el deudor cuando aquél haya satisfecho la indemnización correspondiente.

Además, como en cualquier otro seguro, el tomador debe declarar al asegurador las circunstancias que conozca y que puedan influir en la valoración del riesgo. La jurisprudencia determina que este deber es “de respuesta”, en el sentido de que es el asegurador quien debe plantear al asegurado toda circunstancia concurrente y relevante. En palabras de la STS n.º 479/2008: *“Este deber se cumple, según la jurisprudencia, contestando el cuestionario que le presenta el asegurador, el cual asume el riesgo en caso de no presentarlo o hacerlo de manera incompleta [...]”*.

El modo que tiene el asegurador de ejercitar su pretensión de liberarse del pago de la indemnización se define en la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2008: *“La reducción de la prestación del asegurador no exige que concurran circunstancias de dolo o culpa grave del tomador del seguro, sino sólo la existencia de reticencias o inexactitudes en la declaración, pero requiere, en virtud del principio de rogación procesal, según la jurisprudencia consolidada de esta Sala (en contra, STS de 12 de abril de 2004) que el asegurador ejercite la pretensión en el momento procesal oportuno y no puede aplicarse si esta pretensión no se ha ejercitado [...]”*.

Como precisión a estos elementos, debe tenerse en cuenta que se considera que concurre dolo o culpa grave en aquella declaración que persigue el engaño del asegurador, independientemente de que se tenga o no la voluntad de generarle un perjuicio. Estos extremos corresponden a la libre apreciación del Tribunal, para lo cual quien los alegue deberá aportar prueba. Y ello porque la libre apreciación del Tribunal, como dice reiterada jurisprudencia, depende de *“la aplicación de conceptos jurídicos, que resultan de los hechos, conductas y circunstancias que el órgano judicial fija y valora”*.

d) El seguro de crédito como seguro de “grandes riesgos”

La última cuestión a abordar respecto a esta modalidad de seguros, que en definitiva, viene a asegurar el riesgo de insolvencia de los clientes del

asegurado para aquellas operaciones de venta a crédito, es la de cómo puede afectar la consideración de seguro de “grandes riesgo” que ostenta este seguro, a la hora de interpretar la póliza y sobre todo a la hora de determinar cuáles son las acciones derivadas de la mismas y el momento en el que las mismas pueden ser ejercitadas por el asegurado.

Para ello, vamos a analizar en este punto la sentencia dictada por el Tribunal Supremo, Sala Primera, de 22 de febrero de 2019⁴⁵, que resuelve el conflicto que se plantea ante un eventual siniestro, respecto al momento para ejercitar la acción frente a la aseguradora. Es decir, el conflicto que se plantea es si el plazo para ejercitar la acción frente a la aseguradora ante un eventual siniestro es, cuando se ha declarado la insolvencia provisional (y el siniestro ha sido rehusado por la aseguradora), o si se ha de esperar a que se determine la insolvencia definitiva del deudor, y qué debe considerarse como tal.

La póliza de seguro de crédito analizada, cubría el riesgo de insolvencia respecto a las operaciones de ventas a crédito del tomador con sus clientes, con un porcentaje de cobertura del 80% del crédito asegurado, y bajo lo dispuesto en las condiciones generales del seguro suscrito⁴⁶, de las que cabe destacar la siguiente:

⁴⁵ Ver comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2019 sobre Seguro de crédito contra riesgo de insolvencia. Ponente: Javier Orduña Moreno. Publicado por INESE en el nº 6/Año 55 de la Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro.

⁴⁶ «[...] Aviso de Insolvencia Provisional

A. Concepto

El Aviso de Insolvencia Provisional es la notificación mediante la que el Asegurado traslada a la Compañía toda la documentación original acreditativa de un crédito impagado y de su cobertura total o parcial por el Seguro, y da por finalizadas sus gestiones amistosas para la regularización del mismo.

B. Plazos

El plazo máximo de declaración del Aviso de Insolvencia Provisional será el que se indica en Condiciones Particulares, contado desde la fecha del primer vencimiento impagado por el cliente. (...)

C. Admisión y efectos

«[...] Siniestro y Mora Prolongada

A. Concepto de Siniestro Se entiende producido el siniestro en el momento en el que se da alguna de las siguientes circunstancias:

- a. Cuando el deudor haya sido declarado en situación legal de quiebra mediante resolución judicial firme, siempre que el crédito del Asegurado se encuentre definitivamente reconocido en el pasivo del quebrado.
- b. Cuando entre el deudor y sus acreedores haya sido aprobado un convenio de pago, judicial o extrajudicial, en el que se pacte una quita del importe de los créditos reconocidos.
- c. Cuando se haya despachado mandamiento de ejecución o apremio contra el patrimonio del deudor, sin que del embargo consiguiente resulten bienes libres bastantes para el pago del crédito reclamado. (...).

“El Seguro de Crédito pertenece a la modalidad de Grandes Riesgos, por lo que el régimen jurídico de este contrato se regula por las Condiciones Generales, Particulares y Especiales de la Póliza y, en todo cuánto en las mismas no quede expresamente regulado, por la Ley de Contrato de Seguro n.º 50/80, de 8 de octubre, con carácter supletorio. (...)”.

El 15 de julio de 2008, la entidad asegurada remitió a la aseguradora la comunicación de la insolvencia provisional de un cliente en relación a un crédito global de 201.035,78 €. El 11 de agosto de 2008, la aseguradora acusó recibo de la anterior comunicación y remitió a la asegurada a la empresa colaboradora para las gestiones de cobro. Dicha entidad recabó de la asegurada toda la documentación relativa al crédito asegurado, surgiendo discrepancias respecto del importe inicial del crédito reclamado y el reconocido por la documentación concursal que, según la entidad colaboradora, resultó ser muy superior. En este contexto, el 20 de agosto de 2009, la entidad aseguradora comunicó a la asegurada que había incurrido en un incumplimiento del clausulado de la póliza consistente en no haber aportado la totalidad de la documentación acreditativa de la deuda, por lo que quedaba excluida de las garantías aseguradas. El 12 de noviembre de 2010, se dictó auto por el Juzgado competente que acordaba la apertura de la fase de liquidación de la concursada y cliente de la asegurada.

El 1 de octubre de 2012, la asegurada promovió procedimiento monitorio contra la aseguradora en reclamación de 161.086,24 €. Por último, el 6 de mayo de 2013, la asegurada presentó la demanda de juicio ordinario contra la aseguradora en la que solicitaba su condena al pago de los referidos 161.086,24 €, demanda que ha dado origen al presente procedimiento. La demandada, entre otros extremos, se opuso a la demanda y alegó la prescripción de la acción ejercitada.

La sentencia de primera instancia estimó la excepción de la prescripción de la acción y, en consecuencia, desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la sentencia de la Audiencia lo desestimó y confirmó la sentencia de primera instancia. En lo que aquí interesa, declaró: “[...]Pues bien, partiendo de tales hechos y sin desconocer el contenido de los

Otras condiciones contractuales.

A. Partes, régimen jurídico y autoridad de control

(...)El Seguro de Crédito pertenece a la modalidad de Grandes Riesgos, por lo que el régimen jurídico de este contrato se regula por las Condiciones Generales, Particulares y Especiales de la Póliza y, en todo cuánto en las mismas no quede expresamente regulado, por la Ley de Contrato de Seguro n.º 50/80, de 8 de octubre, con carácter supletorio. (...)».

artículos 69 y 70 de la Ley de Contrato de Seguro ni el artículo 8 A) de las Condiciones Generales de la póliza de seguro, a los que se refiere la mercantil recurrente, tampoco se ha de ignorar que según el artículo 1969 del Código Civil el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse”. A la vista de lo anterior, resultaba claro —según la Sala— que el inicio del cómputo del plazo de prescripción de dos años establecido en el artículo 23 de la LCS ha de fijarse, no en el momento en que se produce la insolvencia definitiva de los deudores, sino con anterioridad en la fecha en que la aseguradora demandada comunicó a la actora que el seguro concertado no cubriría el expediente incoado como consecuencia del aviso de insolvencia provisional de Construcciones Nativan S.L. que la actora les había notificado.

Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone recurso de casación, argumentando que el riesgo asegurado es la insolvencia definitiva del deudor conforme a los supuestos que contempla el art. 70 de la LCS, entre los que se encuentra la declaración de apertura de la fase de liquidación concursal (antes declaración de quiebra). Por lo que la obligación de indemnizar hasta ese momento es expectante y sólo a partir de entonces, es posible el ejercicio de la acción, tal y como prevé el art. 1.969 del CC.

Partiendo de todo lo expuesto por ambas partes, la sentencia analiza en primer lugar, que la calificación del contrato de seguro de crédito como un seguro de «grandes riesgos» no resulta cuestionable, pues con anterioridad a la citada Ley 20/2015, de 14 de julio, dicha calificación fue otorgada por la Ley 30/1995, del 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, cuya disposición adicional sexta, apartados 4 y 7, configuró el contenido actual de los arts. 44 y 107 de la LCS. La consecuencia de esta configuración del contrato de seguro de crédito, como contrato encuadrable en la categoría de los contratos de seguros de grandes riesgos, como expresamente prevé el párrafo segundo del citado art. 44 de la LCS, es que no le resulta de aplicación el mandato contenido en el art. 2 de la LCS, esto es, el carácter imperativo que presenta la regulación de dicha ley en sus distintas modalidades de seguro, particularmente en la de seguros de daños, modalidad en la que queda encuadrada el seguro de crédito. Es por esto que dicho contrato se rige, conforme al citado principio de autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255 CC), por lo dispuesto en el clausulado particular y general de la póliza del contrato de seguro; y de modo supletorio por las disposiciones de la LCS, como expresamente reconoce la póliza objeto de pleito en la referida cláusula 12.^a del condicionado general.

En segundo lugar, sentado lo anterior, y precisamente en atención a lo reglamentado por las partes, cláusulas 6ª y 8ª del condicionado general de la póliza objeto del procedimiento, se observa que las partes, a la hora de delimitar el siniestro susceptible de ser cubierto, en concepto de riesgo asegurable, lo configuraron con referencia expresa a la circunstancia de que el deudor «*haya sido declarado en situación legal de quiebra mediante resolución judicial firme*» (cláusula A -a-). Situación asimilada a la denominada insolvencia definitiva del deudor y que en la actualidad queda concretada en la apertura de la fase de liquidación del concurso (según lo dispuesto en el art. 70 de la LCS, en relación con la disposición adicional primera, regla 2ª. de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003).

En consecuencia, producida la apertura de la fase de liquidación del concurso del deudor, con fecha 12 de noviembre de 2010, e interpuesto contra la aseguradora el procedimiento monitorio, con fecha de 1 de octubre de 2012, debe concluirse, a tenor del art. 23 de la LCS, que la acción ejercitada no se halla prescrita.

La importancia de esta sentencia radica en que viene a recordar que, para un supuesto de aseguramiento de grandes riesgos, la LCS se aplica de forma supletoria a lo dispuesto en el contrato, por lo que lo pactado por las partes predomina sobre lo dispuesto en la referida Ley, rigiendo por tanto lo recogido por el artículo 1.255 del CC, respecto al principio de autonomía de voluntad de las partes. De ahí, la trascendencia que tiene para este tipo de pólizas de grandes riesgos, y en especial, para la póliza de crédito contra riesgo de insolvencia que nos ocupa, la redacción de lo que debe de considerarse siniestro. Y es que la definición de qué puede considerarse siniestro no sólo tiene importancia de cara a determinar que concurren los requisitos para poder ejercitar los derechos asegurados por póliza, sino que, además, determina el inicio del plazo para el ejercicio de las acciones frente a la aseguradora y, por tanto, el plazo de prescripción.

Es por ello, por lo que en este caso se considera que en virtud de la definición que realiza sobre el clausulado, donde expresamente se indica que el riesgo asegurable será que el deudor «*haya sido declarado en situación legal de quiebra mediante resolución judicial firme*» (cláusula A -a-), situación que según el Alto Tribunal queda asimilada a la denominada insolvencia definitiva, lo que en la actualidad queda concretado en la apertura de la fase de liquidación del concurso (según lo dispuesto en el art. 70 de la LCS, en relación con la disposición adicional primera, regla 2ª. de la LC de 9 de julio de 2003).

Es por ello, que el inicio del plazo para reclamar no venía determinado —tal y como se había apreciado tanto por el tribunal de instancia y de apelación—, por el momento en el que la aseguradora negó la cobertura al asegurado (cuando se encontraba en fase de insolvencia provisional), que es cuando ambos Tribunales entienden que conforme a lo dispuesto en el artículo 1.969 del CC, es el momento en que la acción se pudo ejercitar, sino cuando se origina el siniestro de conformidad con lo estipulado en la póliza por las partes en el contrato de seguro suscrito.

Sección Tercera

**El seguro de responsabilidad
civil adaptado a las
necesidades de la empresa**

I APROXIMACIÓN Y DIFERENCIA ENTRE LAS DISTINTAS MODALIDADES

El seguro de responsabilidad civil engloba las obligaciones de indemnización sobre reclamaciones a través de la vía extracontractual. Es decir, todo aquel daño o perjuicio que se produzca fuera de un “contrato” o vía contractual entre dos individuos. Por ejemplificarlo de forma resumida: Si no realizas un trabajo a un cliente con el que tienes un contrato, tu responsabilidad será contractual. Sin embargo, si realizas un trabajo y este causa un daño a un tercero tu responsabilidad será extracontractual, ya que ese daño es fortuito y fuera de contrato entre ambas partes.

El fundamento legal del seguro de responsabilidad civil, viene regulado en el Código Civil, concretamente en el artículo 1902, que dice así: *“El que por acción y omisión cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.”* Igualmente, de acuerdo con el artículo 1903 del Código Civil, se exige a toda persona responder por sí misma o por todos aquellos sobre quienes deba responder cuando se ocasionan daños a terceros”.

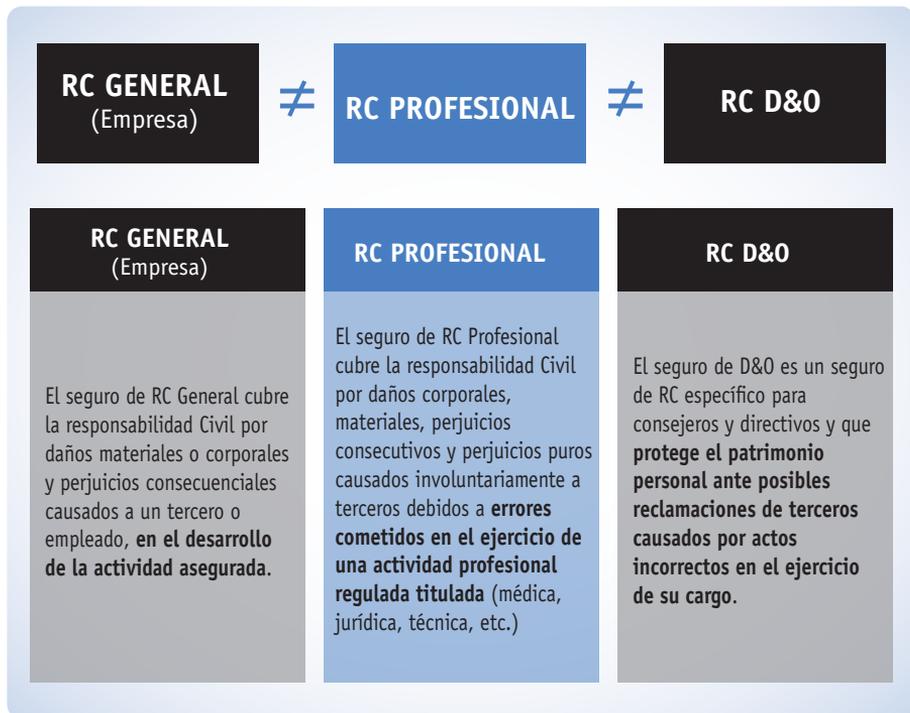
Quienes responden por otros varían según cada caso, como por ejemplo los padres por los hijos, los tutores por los tutelados, los directores y empresas por sus empleados, y así sucesivamente. Entonces, el concepto de Responsabilidad Civil o RC se puede definir como una indemnización económica en caso de daños a terceros, e incluso en algunos casos, requiere una respuesta a un enfrentamiento judicial.

El seguro de responsabilidad civil viene regulado en los artículos 73 y ss del Código Civil, establece dicho precepto lo siguiente:

“Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho.

Serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquellas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados ajustadas al artículo 3 de la presente Ley que circunscriban la cobertura de la aseguradora a los supuestos en que la reclamación del perjudicado haya tenido lugar dentro de un período de tiempo, no inferior a un año, desde la terminación de la última de las prórrogas del contrato o, en su defecto, de su período de duración. Asimismo, y con el mismo carácter de cláusulas limitativas conforme a dicho artículo 3 serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquéllas que circunscriban la cobertura del asegurador a los supuestos en que la reclamación del perjudicado tenga lugar durante el período de vigencia de la póliza siempre que, en este caso, tal cobertura se extienda a los supuestos en los que el nacimiento de la obligación de indemnizar a cargo del asegurado haya podido tener lugar con anterioridad, al menos, de un año desde el comienzo de efectos del contrato, y ello aunque dicho contrato sea prorrogado”.

Ahora bien, es preciso dentro del ámbito empresarial diferenciar entre las distintas modalidades de seguro de responsabilidad civil que, en función de nuestra actividad debemos tener contratada, así como las coberturas que se deben incluir en cada una de ellas. Y para ello es necesario conocer cuáles son las diferencias con el seguro de RC. Profesional, el seguro de Altos Directivos o D&O y el de RC. de la Explotación o general.



Es decir, el seguro de RC general o explotación, siempre contiene la exclusión del seguro de RC profesional, al igual que el seguro de RC de Directivos siempre contiene la exclusión de la RC profesional.

Como datos diferenciadores, hemos de indicar que mientras que el seguro de directivos siempre es voluntario, el seguro de RC profesional en la mayoría de ocasiones es obligatorio (sobre todo cuando asegura una actividad titulada), si bien, en otras ocasiones, y dada la evolución jurisprudencial existente en la materia su contratación se hace obligatoria, no por imperativo legal, sino para proteger el patrimonio empresarial ante reclamaciones de terceros derivados de nuestra actividad empresarial y que no estén comprendidas dentro de la cobertura de la RC general.

Igualmente, hemos de hacer diferencia a otro elemento diferenciador entre las distintas pólizas, y es la relativa a la naturaleza de la indemnización pactada, y es que mientras que la póliza de RC general sólo cubre los daños personales y materiales (excluidos de forma genérica con algunas excepciones de la póliza de D&O), la póliza de RC profesional y la de D&O, cubre los daños primarios o patrimoniales puros, que están expresamente excluidos del seguro de RC de explotación.

II EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE EXPLOTACIÓN

La cobertura de responsabilidad civil de explotación se puede entender como la forma de cubrir las indemnizaciones ante los daños no contractuales ocasionados a terceras personas por el desarrollo de nuestra actividad económica, una obligación de reparación por parte de la empresa que encuentra su fundamentación legal en el Código Civil. En este aspecto, nuestra póliza de responsabilidad civil debe garantizar el respaldo frente a daños personales que nuestra actividad pueda producir, como una lesión corporal (*por ejemplo, una caída en nuestras instalaciones*), alguna enfermedad (*como una intoxicación por haber consumido algún alimento en mal estado*) o incluso el fallecimiento de los perjudicados.

También tiene en cuenta cualquier tipo de daño material susceptible de ser reparado que tenga su origen en el desempeño de nuestra actividad económica, por ejemplo, en caso de que se declare un incendio que afecte a los bienes de un tercero.

Conviene tener también en consideración que, este tipo de imprevistos, a menudo traen como consecuencia una obligación legal de indemnizar a los perjudicados por cantidades que podrán ser de mayor envergadura en función de su gravedad, llegando a alcanzar importes millonarios, por lo que es muy importante que los capitales asegurados estén actualizados conforme a la Ley aplicable en cuanto a indemnización de daños corporales, que habitualmente será el Baremo de indemnización de accidentes de tráfico que se recoge en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, modificado por la Ley 35/2015.

A) Principios fundamentales que conviene tener en cuenta a la hora de proceder a su contratación

1. Su diferencia con la responsabilidad civil profesional

Cuando procedemos a confeccionar nuestra póliza de responsabilidad civil, a veces podemos pensar que la responsabilidad civil general es suficiente para proteger nuestra empresa de cualquier incidente que pudiera surgir en el desarrollo de su actividad económica. No obstante, como ya hemos adelantado debemos diferenciarla de manera clara de una póliza de responsabilidad civil profesional, la cual cubriría a nuestra empresa en caso de que se produjese un perjuicio de índole contractual, esto es, en el contexto de los servicios que ofrecemos a un cliente.

Un ejemplo típico lo encontramos en el Seguro Decenal, un tipo de seguro de Responsabilidad Civil de carácter profesional para los arquitectos, que les cubre en caso de que se produzcan desperfectos importantes en las edificaciones realizadas por ellos.

Este seguro, aun siendo de responsabilidad civil, no cubriría al estudio de arquitectos en caso de que alguien se cayera al visitar sus oficinas, puesto que este tipo de incidentes quedan garantizados por una póliza de Responsabilidad Civil de Explotación.

2. Capital suficiente para cubrir las indemnizaciones

Como se vio en apartados anteriores, el seguro de RC de explotación puede respaldarnos ante un abanico muy diverso de reclamaciones que impliquen un gran gasto en reparaciones y costes judiciales para la entidad, siendo por tanto, fundamental asegurarse de que se dispone del capital suficiente para

cubrir las indemnizaciones conforme a la normativa y las sentencias que se vayan produciendo en cada sector de actividad.

3. Ampliación de coberturas opcionales

A la hora de confeccionar nuestra póliza de responsabilidad civil, es importante valorar otro tipo de coberturas que otorgarán a nuestra empresa la seguridad suficiente para llevar a cabo su actividad económica con las máximas garantías de protección. Cada una de ellas le brindará una mayor seguridad a la empresa para garantizar que sus actividades no se vean afectadas significativamente por diferentes daños o perjuicios ocasionados bien a un tercero, bien a un miembro de nuestra plantilla en el caso de la responsabilidad civil patronal.

B) Coberturas más comunes del seguro de explotación

- 1) La Responsabilidad Civil Patronal: es una cobertura fundamental en las pólizas de Responsabilidad Civil para empresas y comercios. Esta RC cubre a la empresa frente a cualquier reclamación de los empleados o sus familiares en caso de existir negligencia por el empresario en la ocurrencia de un accidente laboral que provoque la muerte de un trabajador. Algunas compañías incluyen también el caso de invalidez del trabajador, bien de carácter total o absoluta para su profesión.
- 2) El Seguro de Responsabilidad Civil Inmobiliaria: Esta cobertura va dirigida a propietarios de inmuebles que quieren estar cubiertos ante cualquier reclamación por daño que produzca su local o vivienda a un tercero, como por ejemplo: incendio, rotura de tubería, etc.
- 3) Responsabilidad Civil Locativa: A diferencia de la anterior, esta cobertura está enfocada a la RC por parte del arrendatario del inmueble donde se desarrolla la actividad frente al propietario del mismo, por los daños causados a terceras personas por el desarrollo de la actividad comercial dentro del inmueble arrendado.
- 4) La Responsabilidad Civil Post-Trabajos: Esta cobertura abarca los daños que pueda provocar un trabajo terminado a un tercero. Las compañías suele limitar el período de cobertura, siendo normalmente de 3, 6 o 12 meses.
- 5) Responsabilidad Civil de Producto: Toda empresa comercial o de distribución debe protegerse ante cualquier daño que puedan causar los productos que fabrique. El seguro de RC de producto mediante esta garantía cubre

los daños causados por el producto fabricado. Por ejemplo: Si un restaurante intoxica a varios comensales por un alimento en malas condiciones, quedará cubierto frente a posibles reclamaciones por la RC de Producto.

- 6) La Responsabilidad Civil Cruzada: Este tipo de cobertura hace civilmente responsables entre sí a cada uno de los contratistas y subcontratistas implicados en el mismo proyecto, obra o trabajo, de los daños materiales y personales producidos por el personal, maquinaria o por el equipo de trabajo asegurado a la otra parte implicada. En la práctica, algunas compañías solo cubren dentro de esta garantía los daños personales, concretamente el fallecimiento de personal no contratado por negligencia del empresario. Por ejemplo: Fallecimiento de un trabajador de nuestro subcontratado por una negligencia nuestra.
- 7) La Responsabilidad Civil Subsidiaria: Esta cobertura respalda al asegurado ante las indemnizaciones a las que tenga que hacer frente debido a la responsabilidad subsidiaria. Es decir, producidas por un perjuicio causado directamente por otra persona encargada de realizar un trabajo encargado por el asegurado. En ocasiones esta modalidad se encuentra incluida en la Responsabilidad Civil de Explotación. Por ejemplo: Un arquitecto subcontrata a una empresa de construcción para realizar un trabajo, y en su trabajo la empresa produce un daño a un tercero. Si esta empresa constructora no dispone de responsabilidad civil, es insolvente o se declara insolvente, el responsable subsidiario sería el arquitecto.
- 8) Responsabilidad Civil de Contaminación Accidental: cubre los daños de contaminación accidental a terceros que llegue a generar una empresa en el desarrollo de su actividad, ya sean personales, materiales o consecutivos. Algunas de las coberturas que se incluyen en esta garantía son: Costes de limpieza por daño material o prevención de daño medioambiental, indemnizaciones por daño o perjuicio personales o a elementos naturales, descontaminación, reposición de flora o gastos de defensa y fianzas.

III EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL

La responsabilidad civil profesional es la obligación de reparar un daño producido por un error u omisión cometido en el ejercicio de una profesión. Así, el seguro de responsabilidad civil profesional responde ante los fallos o

negligencias que se puedan cometer durante el desarrollo de la actividad profesional, ofreciendo una compensación económica por los daños que se puedan causar a un tercero, ya sean personales, materiales o económicos.

Cualquier tercero que se vea perjudicado por una actuación profesional puede reclamar, y el seguro de responsabilidad civil profesional responderá, tanto cubriendo la defensa jurídica como las posibles indemnizaciones (hasta el máximo acordado en la póliza).

De lo contrario, el profesional deberá responder con su patrimonio. Por ejemplo, este seguro cubriría una negligencia médica o se encargaría de indemnizar a los perjudicados de una construcción que se cae debido a que los materiales escogidos no son los adecuados. La responsabilidad civil profesional cubre, como decimos, negligencias por error o omisión, pero no cubre infracciones deliberadas, ya que esto podría constituir un delito penal.

Como hemos adelantado en el apartado anterior, dentro del ámbito empresarial existente nos podemos encontrar que para ciertos negocios suscribir un seguro de responsabilidad civil profesional es de carácter obligatorio, y en otras ocasiones nos encontramos con ciertos negocios su contratación no es de carácter obligatorio, su contratación se hace más que necesaria.

A) ¿Cuándo es obligatorio el seguro de responsabilidad civil profesional?

Para ciertas profesiones, si es obligatorio contar con un seguro de responsabilidad civil profesional, algunas de las mismas son:

- Administradores concursales.
- Profesionales del sector financiero.
- Personal sanitario, como médicos, enfermeros, fisioterapeutas y otros profesionales del ámbito sanitario privado.
- Abogados.
- Peritos.
- Corredores de seguros.
- Agencias de viajes.

- Empresas y asociaciones dedicadas a la celebración de espectáculos artísticos y actividades de ocio.
- Gestores de instalaciones deportivas.
- Empresas de transporte de personas.
- Autónomos de restauración y hostelería.
- Cuidadores infantiles.
- Arquitectos, promotores y constructores: se trata de un caso especial, ya que según la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE) deben suscribir un seguro por daños pero el de responsabilidad civil profesional no es legalmente obligatorio. Algunas comunidades autónomas sí contemplan la obligatoriedad de este seguro para profesionales como arquitectos o ingenieros.

B) ¿Cuándo es aconsejable contratar un seguro de responsabilidad civil profesional aunque no sea obligatorio por Ley?

Aunque los seguros de responsabilidad civil profesional no son obligatorios para todas las profesiones, resultan recomendables en muchos casos. A este respecto, supuso un antes y un después la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, nº. 259/2022 de 29 Mar. 2022, Rec. 1105/2019, por la que se desestima la acción indemnizatoria que formula la asegurada frente a su aseguradora reclamando el pago de la cantidad que abonó por incumplimiento contractual por suministro de productos defectuosos por ella fabricados, al concluir que el daño económico causado no era objeto de cobertura, pues la póliza suscrita no garantizaba la correcta ejecución de la prestación objeto de un contrato entre el asegurado y un tercero en el ámbito de la actividad empresarial o profesional de aquel.

El supuesto de hecho analizado por esta sentencia era el siguiente. En agosto de 2005, una empresa titular de un aparcamiento encargó a la empresa asegurada por un seguro de RC de explotación unas obras de reparación y remozado de sus instalaciones, por importe total de 109.987,72 euros. Dichas obras fueron realizadas de manera defectuosa, por lo que tercero perjudicado demandó a la entidad asegurada, siendo condenada a abonar la suma de 76.358,26 euros, como importe de los daños y perjuicios causados.

Como decimos, dicha entidad en las fechas en que se realizaron las obras, tenía suscrito un contrato de seguro de responsabilidad civil que incluía las siguientes cláusulas:

«Artículo 2. Descripción de la actividad de la empresa asegurada: Trabajos de albañilería, decoración interior de edificios, sin afectar a elementos de carga».

«Artículo 3. Riesgos cubiertos por el asegurador a solicitud del tomador del seguro.

«A) Interés asegurado: A.1. La obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por el asegurado a consecuencia directa de:

1. Responsabilidad civil inmobiliaria, entendiéndose la derivada de: a) La propiedad de edificaciones y terrenos. b) La realización de obras de mantenimiento o reforma de la edificación, siempre que el presupuesto de la obra no supere 150.000 euros».

2. [...]

3. Responsabilidad civil de explotación, entendiéndose por tal la que el asegurado deba afrontar como consecuencia directa del desarrollo de su actividad empresarial y, en particular:

a) La realización, dentro del recinto empresarial, de las actividades propias de la empresa asegurada.

b) La realización, fuera del recinto empresarial, de trabajos o servicios encargados por terceras personas.

c) La actuación de sus empleados, en el desempeño de su cometido laboral».

«B) Obligaciones no aseguradas.

«B.1 Las derivadas de daños y perjuicios sufridos por:

3.- Los bienes de cualquier género que: b. sean objeto directo del trabajo del asegurado, bien para su custodia, manipulación, transformación, elaboración, reparación, instalación, transporte o cualquier otra manifestación de la actividad empresarial. [...]

«B.9 Las que se deban a vicios o defectos de que adolezcan o daños que sufran los propios trabajos, tanto por lo que se refiere al valor del trabajo en sí, como por lo que respecta a los perjuicios indirectos ocasionados por la existencia de tales vicios o defectos.

«B.10 Las que se deriven de la corrección, reparación o repetición de trabajos deficientes».

La entidad asegurada presentó una demanda contra su aseguradora en ejercicio de la acción directa derivada del contrato de seguro de responsabilidad civil antes mencionado, en la que solicitó que se condenara a la aseguradora al pago de 76.358,26 euros (la misma cantidad a la que había sido condenada la asegurada), más el interés del art. 20 de la LCS.

El juzgado de primera instancia estimó íntegramente la demanda, al considerar, resumidamente, que el siniestro consistente en la condena a indemnizar a un tercero se encontraba dentro de la cobertura de la póliza de responsabilidad civil. Frente a dicha sentencia, se interpuso recurso de apelación por la aseguradora que fue desestimado por la Audiencia Provincial de Madrid. Ante los argumentos esgrimidos por la recurrente, que sostenía que: *“la garantía de RC de Explotación no cubre el correcto cumplimiento del contrato de ejecución de obra suscrito entre la asegurada y la demandante”* y que en definitiva entendía como no aseguradas las obligaciones que deriven de vicios o defectos de que adolezcan los trabajos que ejecute el asegurado, el Juzgador “ad quem” consideró que *“conduciría al absurdo considerar que una empresa que se dedica a la albañilería y a la decoración interior de edificios estaría firmando una póliza de seguro de responsabilidad civil profesional que no cubre, precisamente, la responsabilidad civil en la que puede incurrir por actuación culposa en el desempeño de su actividad”*, considerando por tanto que la póliza debía de ser entendida en el sentido propio de las palabras y en el sentido adecuado para que el contrato obtenga el fin para el que ha sido suscrito.

El único motivo del recurso de casación formulado por la aseguradora denunció la infracción de los arts. 1 y 73 de la LCS, en relación con la naturaleza y objeto de la póliza litigiosa, aduciendo que la sentencia recurrida confundía la naturaleza y alcance de la garantía contratada y contravenía la doctrina jurisprudencial en la materia, al no distinguir entre la responsabilidad civil de explotación y la responsabilidad civil profesional. Es decir, consideraba la aseguradora que el seguro suscrito entre las partes era de responsabilidad civil de explotación y no cubría la incorrecta ejecución de un contrato de arrendamiento de obra suscrito con un tercero. Dicha cobertura sería propia de un seguro de responsabilidad civil profesional, que no fue el contratado por la demandante.

La sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo realiza un estudio y análisis de *“la delimitación del riesgo en el denominado seguro de responsabilidad civil de explotación”*. Considera que a diferencia de lo que sucede en la regulación legal de algunos tipos de seguro, como el de incendio (art. 45 de la LCS) o el de robo (art. 50 de la LCS), que contienen una precisa delimitación del riesgo objeto de cobertura, en el seguro de responsabilidad

civil la definición legal del riesgo (art. 73 de la LCS) remite a la disciplina convencional, de manera que la regulación que sobre el particular se contenga en el propio contrato resulta imprescindible para la determinación del contenido de la obligación del asegurador. Es decir, dado que el riesgo cubierto en el seguro de responsabilidad civil es el nacimiento de la obligación de indemnizar derivada del acaecimiento de un hecho previsto en el contrato, será precisa la definición convencional —positiva y negativa— del mencionado evento, a fin de concretar el contenido de la obligación asumida por el asegurador. Desde esta perspectiva, se ha de partir del hecho que ni la LCS ni la jurisprudencia de la Sala Primera (hasta el momento) han distinguido entre el seguro de responsabilidad civil de explotación y el seguro de responsabilidad civil profesional como categorías diferentes.

Ahora bien, continúa recogiendo la sentencia que: *“es cierto que en la práctica aseguradora se suele distinguir entre el seguro de responsabilidad civil de explotación, que es aquel que cubre los daños personales y materiales ocasionados a terceros, bien sea por el ejercicio de una actividad profesional, bien por la explotación de un bien, un negocio o una instalación, pero excluye los daños producidos al propio objeto de la actividad profesional; y el seguro de responsabilidad civil profesional, que se comercializa como seguro de mayor amplitud y cubre todos los daños y perjuicios económicos causados por el asegurado en el ejercicio de su actividad profesional o empresarial”*.

En cuanto a la jurisprudencia de la Sala Primera, lo que sí ha analizado ha sido el denominado seguro de responsabilidad civil de explotación al abordar la delimitación del riesgo en esta modalidad de seguro, para mantener que únicamente se cubren los daños causados a terceros, pero no los ocasionados en el mismo objeto sobre el que el profesional asegurado realiza su actividad. Es decir, que no se asegura la correcta ejecución de la prestación objeto de un contrato entre el asegurado y un tercero en el ámbito de la actividad empresarial o profesional del asegurado.

Así, la sentencia 741/2011, de 25 de octubre, al interpretar un clausulado contractual idéntico al que ahora nos ocupa, reconoció al seguro de responsabilidad civil de explotación como aquel que cubre la responsabilidad civil que el asegurado deba afrontar como consecuencia directa del desarrollo de su actividad empresarial, en concreto, la realización, fuera del recinto empresarial, de trabajos o servicios encargados por terceras personas, pero sin que queden asegurados los daños y perjuicios sufridos por bienes de cualquier género que sean objeto del trabajo directo del asegurado, bien para su custodia, manipulación, transformación, elaboración, reparación, instalación, transporte o cualquier otra manifestación de la actividad empresarial. Y añadió: *«Es conocido*

que los daños causados en el ejercicio de la actividad empresarial o profesional, sobre el objeto a reparar, tienen su cobertura más directa en el seguro de responsabilidad civil profesional, pues no es de recibo que el seguro de explotación asegure la mala praxis desarrollada sobre el bien manipulado, salvo que así se pacte expresamente”.

Tras dicho análisis, la sentencia del Tribunal Supremo concluye que el recurso de la aseguradora debe ser estimado, por cuanto que la resolución recurrida se opone a la jurisprudencia aludida. Además, se añade por ende lo siguiente respecto de la acción directa, que, en este caso, era la acción ejercitada por el perjudicado: *“En efecto, la delimitación del riesgo efectuada en el contrato resulta oponible igualmente al tercero perjudicado, no como una excepción en sentido propio, sino como consecuencia de la ausencia de un hecho constitutivo del derecho de aquel sujeto frente al asegurador. Ese derecho podrá haber nacido frente al asegurado en cuanto causante del daño, pero el asegurador no será responsable, porque su cobertura respecto al asegurado contra el nacimiento de la obligación de indemnizar sólo se extiende a los hechos previstos en el contrato. En consecuencia, queda excluida la acción directa, pues el perjudicado no puede alegar un derecho al margen del propio contrato”.*

Pues bien, como decimos esta sentencia resulta de gran trascendencia por cuanto que viene a aclarar algunas de las dudas más relevantes en materia de seguro de negocio, y en concreto, sobre el verdadero alcance de los seguros de RC de explotación y RC profesional, que a veces tanto cuesta diferenciar.

Tras el estudio de esta sentencia, podemos alcanzar algunas conclusiones de gran relevancia práctica sobre ambas coberturas. En concreto, el seguro de RC de explotación no viene a cubrir los daños derivados de una defectuosa ejecución de la actividad empresarial o profesional desarrollada por el tomador (o, lo que es lo mismo, no cubre los daños derivados de incumplimiento contractual o cumplimiento defectuoso del contrato), y los daños causados al bien sobre el que se está trabajando.

Dicho de otra forma, las cláusulas que excluyan del seguro de RC de explotación los riesgos anteriores tendrán la consideración de cláusulas delimitadoras, por considerarse coberturas relativas a riesgos ajenos a la naturaleza de dicho contrato. Por lo tanto, si una determinada empresa quiere tener dichos riesgos cubiertos (daños derivados de un incumplimiento contractual y los ocasionados sobre el bien que se está trabajando), deberá de contratar una póliza de RC profesional (ya que en la mayoría de las pólizas de RC de explotación) vienen excluidos en su clausulado general.

También cabe concluir, respecto al alcance del seguro de RC profesional, que normalmente se entiende referido o se vincula al riesgo derivado de actividades tituladas o liberales (abogados, médicos, arquitectos, etc.), por lo que tras la lectura de esta sentencia, debemos de considerar que el mismo también viene referido a los daños causados en el ejercicio de la actividad empresarial.

Por último, cabe destacar que todo lo anterior resulta igualmente aplicable cuando el que ejercita la acción de cumplimiento del contrato de seguro de RC de explotación (acción directa) sea el tercero perjudicado, en este caso, el cliente del asegurado. Y ello, puesto que efectivamente, el hecho de que el tomador haya ocasionado un daño a un tercero (supuesto propio del seguro de RC de explotación) no impide que la falta de cobertura del hecho originador del daño sea igualmente oponible al tercero perjudicado.

IV EL SEGURO DE DIRECTIVOS Y ADMINISTRADORES (D&O)

Hasta hace pocos años el seguro de D&O era el “gran desconocido”, si bien cada vez es más habitual que los directivos estén incluyendo la contratación de esta póliza dentro de los distintos seguros de responsabilidad civil de la empresa.

A modo de introducción, podemos decir que se trata de un seguro de responsabilidad civil que cubre el patrimonio personal de los administradores y directivos de una sociedad que deban responder ante terceros (accionistas, trabajadores, proveedores, etc.), como consecuencia de errores o negligencias cometidas en el desarrollo de su actividad o funciones propias de su cargo. Igualmente, cubre los perjuicios económicos derivados de reclamaciones por “prácticas incorrectas de empleo” (por ejemplo, perjuicios económicos y daños morales vinculados a acoso, discriminación y despidos improcedentes), gastos de defensa jurídica o fianzas derivadas de procedimiento penales, entre otras.

Pero lo que hay que tener claro es que la principal característica o relevancia de este seguro radica en que cubre un riesgo totalmente distinto al que cubren otras pólizas de responsabilidad civil que la empresa contrata para el desarrollo de su actividad, como son el seguro de RC de explotación o el seguro de RC profesional, y que en ningún caso cubren por estar

expresamente excluidos, los perjuicios que se puedan derivar para el patrimonio personal de los administradores por errores cometidos por éstos en el desarrollo de su cargo.

A pesar de lo anterior y de la importancia de poder contar con este seguro, a día de hoy sigue habiendo muchos directivos que son reacios a suscribir esta modalidad de seguro, principalmente por dos cuestiones básicas. En primer lugar, por las exclusiones que normalmente se venían estableciendo en estas pólizas, lo que conocemos como “letra pequeña” del contrato que se recoge en las condiciones generales, y que dejan fuera algunos de los riesgos más comunes que pueden presentarse, como ocurre precisamente con la cobertura de la responsabilidad subsidiaria de los administradores por deudas y sanciones tributarias de la sociedad. En segundo lugar, y respecto a la prima que hay que abonar para poder contratar este seguro, es cierto que para una pequeña y mediana empresa puede representar un coste adicional importante al que añadir al resto de seguros que la empresa debe contratar para asegurar su actividad.

Si bien, hemos de indicar que el aumento de competitividad de los últimos años en el sector hace que los precios cada vez sean más competitivos. Pero además, debemos de saber que una forma de reducir el precio de la póliza de directivos es, como es obvio, reducir el riesgo de cometer un error o negligencia, y en este sentido las aseguradoras a la hora de fijar la prima valoran positivamente que la empresa tenga implementado un Compliance Penal, o lo que es lo mismo, un Plan de Prevención Penal, que además de representar una eximente o atenuante de la empresa ante un posible en un procedimiento penal, implementa unos procedimientos que mitigan el riesgo internos de posibles errores de directivos y administradores.

Como veremos a continuación, supuso un gran avance en esta materia, la sentencia dictada por el Tribunal Supremo, de 29 de enero de 2019, por la que se declara que el seguro comúnmente denominado D&O, o lo que es lo mismo, el seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos, debe de cubrir —salvo que el asegurado acepte lo contrario por escrito— la responsabilidad por deudas tributarias de los administradores. Esta novedosa resolución lleva a plantearnos la importancia de esta modalidad de seguro, y la necesidad de que los distintos administradores y directivos tomen cada vez más conciencia sobre la necesidad de asesorarse sobre la materia y contratar este tipo de pólizas.

A) ¿A quién va dirigido el seguro de D&O?

Este seguro está dirigido a Gerentes, Directivos, Consejeros o Administradores de empresas que busquen garantizar su responsabilidad personal y proteger su patrimonio frente a reclamaciones de terceros (proveedores, acreedores, empleados, accionistas...) derivadas de sus decisiones empresariales. Es decir, mientras que el tomador del seguro es la empresa, el asegurado será el directivo, con las salvedades que indicaremos.

Pero, ¿qué ocurre con el resto de trabajadores que aunque no hayan sido nombrados en los estatutos realizan funciones de alta dirección? Aunque habrá que estar a lo que se haya pactado en cada contrato, por lo general, deben constar expresamente como asegurados cualquier administrador o directivo de hecho, que aunque no conste como tal expresamente en los estatutos en la práctica desempeñe funciones de alta dirección, puesto que pueden resultar civilmente responsables frente a terceros.

A modo de ejemplo, se suele recoger en la mayoría de pólizas de este tipo que:

“El asegurado de la póliza es:

- Cualquier administrador o directivo de la Sociedad.*
- Cualquier directivo de hecho o directivo mientras actúa en dicha calidad para la Sociedad y la persona, cualquier que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la Sociedad.*
- El gerente de riesgos de la Sociedad mientras actúen en funciones ejecutivas o de gestión.*
- El secretario o vicesecretario del órgano de administración de la Sociedad mientras actúen en funciones ejecutivas o de gestión de la misma siempre y cuando sean miembros del Consejo de Administración*
- Cualquier empleado mientras sea codemandado junto aun administrador o directivo o un fundador de la Sociedad debido a la supuesta asistencia o participación conjunta y necesaria de dicho empleado por faltas, errores o negligencias cometidos en la gestión empresarial.”*

Pero, qué ocurre con la sociedad tomadora de la póliza, ¿está asegurada? Aunque inicialmente la sociedad sólo se incluía como tomadora del seguro, existe la tendencia en los últimos años de incluirla como asegurada, sobre todo para algunas coberturas en particular, como veremos más adelante.

B) ¿Cuáles son las principales coberturas?

Aunque las coberturas varían de una póliza a otra y, dependiendo de la aseguradora con quien se suscriba el contrato, principalmente, en la mayoría de los contratos de D&O, se aseguran los siguientes riesgos:

- RC por faltas, errores o negligencias cometidas en la gestión empresarial.
- RC derivada para el directivo por perjuicios financieros directos causados involuntariamente a terceros por actos u omisiones contrarios a la Ley, estatutos o por los realizados incumpliendo deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido culpa.
- RC por faltas, errores o negligencias durante el proceso de constitución de la Sociedad.
- RC por actos en entidades externas o participadas, esto es, la responsabilidad civil que pueda derivarse para el asegurado por perjuicios financieros directos causados involuntariamente a terceros por actos incorrectos cometidos en la gestión empresarial al servicio de una entidad externa y una sociedad participada.
- RC por prácticas de empleo incorrectas. Nos detendremos en esta cobertura, por la gran relevancia que tiene en el ámbito empresarial.

A este respecto, es preciso que los actos se hayan realizado como consecuencia de una orden directa de la empresa, cubriendo aquella RC que pueda derivarse para el directivo por perjuicios financieros directos y/o daños morales reconocidos en su caso por sentencia judicial firme causados a terceros por prácticas de empleo incorrectas:

1. Despido o terminación incorrecta de empleo.
2. Discriminación en el empleo.
3. “Moving”
4. Acoso sexual o laboral.

Es preciso indicar que se excluyen de esta cobertura las reclamaciones de prestaciones por despido o desempleo.

A modo de aclaración, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2016, recurso 262/2015, considera que la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS para las infracciones

producidas en materia de prácticas de empleo incorrectas. En dicho caso se estaba solicitando una indemnización de 25.001 euros de acuerdo a la LISOS.

Así el artículo 8.12 establece que será falta muy grave: *“12. Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”*.

El artículo 41.1.c) de la LISOS establece como sanción: *c) Las muy graves con multa, en su grado mínimo, de 6.251 a 25.000 euros; en su grado medio de 25.001 a 100.005 euros; y en su grado máximo de 100.006 euros a 187515 euros”*

De esta forma, la LISOS, servirá de herramienta para poder cuantificar las indemnizaciones que se deriven de estas prácticas incorrectas en materia de empleo, así como para determinar su cuantificación, que se ponderarán para cada caso en función de criterios como la reincidencia del empresario.

- Gastos de defensa: Se cubren los gastos de defensa jurídica derivados de reclamaciones que estén cubiertas por la póliza. Esto supone que si finalmente la reclamación no está cubierta por la póliza, el asegurado deberá reembolsar los gastos.
- Cobertura de defensa por responsabilidad penal de la Sociedad: Este hecho ha tomado gran importancia, sobre todo, a raíz de la reforma del Código Penal, en la que se introduce el siguiente precepto:

“Las personas jurídicas serán penalmente responsables:

De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integran en su órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de las personas jurídicas u ostentan facultades de organización y control de la misma.

De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso”.

- Fianzas y gastos de aval concursal, que comprenden normalmente, las fianzas judiciales para garantizar una responsabilidad civil, y las fianzas judiciales en procedimiento penales para garantizar su libertad provisional.
- Otras: Gastos derivados de reclamaciones por responsabilidad tributaria, gastos por contaminación medioambiental, gastos de restitución de imagen, gastos de gestión de crisis, multas administrativas, etc.

A este respecto, resulta de gran interés realizar un análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2019⁴⁷, en la que se considera como limitativa la cláusula recogida en una póliza de directivos, que excluye la responsabilidad por deudas tributarias de los administradores.

Como venimos indicando anteriormente, este tipo de pólizas de D&O han sido hasta hace relativamente pocos años “el gran desconocido” dentro del sector empresarial, en gran parte porque en la práctica resultaba difícil definir el contenido y alcance de la cobertura, lo que conjuntamente con el coste adicional que representaba sobre todo para las PYMES, hacía que los administradores y directivos fueran reacios a suscribir este tipo de pólizas. Esta sentencia, ha contribuido a hacer más atractiva la contratación de esta póliza, puesto que viene a definir un poco más la naturaleza de algunas de las cláusulas más comunes y en definitiva a concretar un poco más el alcance de este tipo de aseguramiento.

El supuesto enjuiciado trae causa de la póliza suscrita entre una mercantil y una aseguradora que cubría la responsabilidad civil en que podían incurrir por el desarrollo de su actividad, así como los gastos de defensa. Bajo la vigencia de esta póliza, el 15 de julio de 2014, como consecuencia del impago de unas deudas tributarias de la citada mercantil, la AEAT acordó la responsabilidad subsidiaria de los dos administradores de la sociedad que ascendía a un total de 66.713,32 euros. La defensa de estos dos administradores en el procedimiento

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de enero de 2019, ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

administrativo que concluyó con la derivación de responsabilidad les supuso un coste de 924,44 euros.

Como consecuencia de lo anterior, ambos administradores presentaron una demanda en la que pedían, en cumplimiento de la póliza de seguros mencionada, la condena de la aseguradora a cubrir tanto la responsabilidad derivada por la AEAT (66.713,32 euros), como los gastos de defensa (924,44 euros). La aseguradora se opuso a la demanda porque la responsabilidad derivada por la AEAT a los administradores de la sociedad respecto de las deudas tributarias de la sociedad no estaba cubierta por la póliza, conforme a lo dispuesto en el condicionado general. El artículo 1 de las condiciones generales, relativo a la cobertura del seguro, disponía lo siguiente: *“El Asegurador pagará por cuenta de cualquier Persona Asegurada, toda Pérdida procedente de, o a consecuencia de, cualquier Reclamación presentada contra la misma por primera vez durante el Periodo de Seguro, salvo cuando dicha Persona Asegurada sea indemnizada por la Sociedad Asegurada”*. La definición de *“Pérdida”* contenida en el apartado 2.19.1 de la póliza es la siguiente: *“Daños (...) que el asegurado esté legalmente obligado a pagar”*.

La aseguradora argumentó que no quedaban incluidas dentro del concepto de *“Pérdida”* el impago de impuestos, multas o sanciones, tal y como se expresa en el apartado 2.19.3 de las condiciones generales: *“Pérdida no incluye impuestos, contribuciones a la Seguridad Social, multas o sanciones impuestas en virtud de la ley o la parte que corresponda al incremento de cualquier indemnización en concepto de daños punitivos, ejemplarizantes o sancionadores, daños que no sean asegurables en virtud de la ley aplicable a esta póliza, o Gastos de Limpieza”*. La demandada entendía que se trataba de una cláusula delimitadora del riesgo y que conforme a ella, quedaba claro que la derivación de responsabilidad a los administradores respecto de las deudas tributarias de la sociedad no estaba cubierta por la póliza de responsabilidad civil.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda, pues entendió que el apartado 2.19.3 de las condiciones generales era una cláusula limitativa de derechos. Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia estimó el recurso y absolvió a la demandada, al considerar que la cláusula era delimitadora del riesgo, y por ello válida aunque no esté firmada por el tomador del seguro.

La sentencia de apelación fue recurrida en casación por uno de los dos administradores reclamantes. En el desarrollo del motivo se alegó por el recurrente, resumidamente, que el ámbito natural de un contrato de seguro de responsabilidad de administradores y directivos es el de salvaguardar su patrimonio personal frente a reclamaciones personales derivadas de actos

incorrectos en su gestión societaria. Por tanto, resultaría evidente que excluir repentinamente la declaración de responsabilidad subsidiaria por deudas tributarias de su ámbito de cobertura no se acomoda al propio contrato, sino que deja a sus asegurados huérfanos de una garantía con la que contaban por ser los tributos un elemento inherente a la actividad societaria.

Para analizar el motivo, la sentencia parte de la jurisprudencia de la Sala sobre cuestiones similares, trayendo a colación entre otras, la sentencia 541/2016, de 14 de septiembre que venía a distinguir de forma teórica entre cláusulas delimitadoras y limitativas, estableciendo que estas últimas restringen, condicionan o modifican el derecho del asegurado a la indemnización o a la prestación garantizada en el contrato, una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido. Además, estas cláusulas limitativas deben cumplir los requisitos formales previstos en el art. 3 de la LCS, estar destacadas de un modo especial y ser expresamente aceptadas por escrito.

Pero en la práctica esta distinción no es tan clara. La jurisprudencia, al determinar en la práctica el concepto de cláusula limitativa, lo refiere al contenido natural del contrato, *“derivado, entre otros elementos, de las cláusulas identificadas por su carácter definidor, de las cláusulas particulares del contrato y del alcance típico o usual que corresponde a su objeto con arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora”* (sentencias 273/2016, de 22 de abril y 541/2016, de 14 de septiembre).

En este caso, el seguro concertado se encuadra dentro del denominado seguro de responsabilidad civil, regulado en los arts. 73 y ss. de la LCS. De tal forma que para determinar el contenido natural, hemos de partir de su configuración legal. El art. 73 de la LCS dispone lo siguiente: *“Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho.”* Conforme a esta regulación, el contenido natural del seguro viene determinado principalmente por el propio contrato, del que se extrae directamente que se trata de la responsabilidad de los administradores y directores de sociedades, por actos realizados en el ejercicio de su cargo, sin que las condiciones especiales especifiquen más al respecto.

Por tanto, en este caso son las condiciones generales las que sí concretan qué actos quedan cubiertos y, sobre todo, por lo que ahora interesa, cuáles quedan excluidos. En la cláusula 2.19.3, expresamente se excluyen de la consideración de daño susceptible de indemnización *“los impuestos”*, esto es, las

obligaciones tributarias. Lo que comprendería la responsabilidad derivada por la AEAT a los administradores de la sociedad respecto de las deudas tributarias de la sociedad. El daño que los demandantes pretenden sea cubierto por el seguro de responsabilidad civil concertado es la obligación tributaria derivada por la AEAT, en virtud de lo previsto en el art. 43.1.b) de la LGT. Este precepto atribuye la responsabilidad subsidiaria de la deuda tributaria a: *“Los administradores de hecho o de derecho de aquellas personas jurídicas que hayan cesado en sus actividades, por las obligaciones tributarias devengadas en éstas que se encuentren pendientes en el momento del cese, siempre que no hubieran hecho lo necesario para su pago o hubieren adoptado acuerdos o tomado medidas causantes del impago”*. De tal forma que debemos analizar si la exclusión de este daño, que contribuye a delimitar el riesgo cubierto por el seguro, restringe de forma sorprendente la cobertura del seguro, en relación con su contenido natural.

En este sentido, concluye la sentencia que debe estimarse el recurso, puesto que el seguro concertado es de responsabilidad de los administradores de una sociedad mercantil en que hubieran podido incurrir en el ejercicio de su cargo. Hoy día, su contenido natural no se limita a la responsabilidad civil regulada en la Ley de Sociedades de Capital, sino que alcanza también aquella que, como hemos expuesto, se prevé en la normativa administrativa, en este caso, la Ley General Tributaria. Se trata de una responsabilidad prevista, por razón del cargo de administrador, para incentivar una actuación más diligente en relación con el cumplimiento de las obligaciones tributarias de la sociedad. Es una responsabilidad relativamente común, tanto que, objetivamente, en la previsión de quien concierta el seguro es lógico que se encuentre también la cobertura de este riesgo. De tal forma que su exclusión en el apartado de condiciones generales, sin una aceptación expresa, debe considerarse sorpresiva y por ello limitativa de derechos.

Esta sentencia resulta de gran relevancia, pero no sólo para el sector asegurador como ahora veremos, sino también para que las empresas y en concreto, administradores y directivos, tomen conciencia de la necesidad de suscribir este tipo de pólizas, que gracias a resoluciones como la dictada por la Sala Primera cada vez adquieren un contenido y alcance más definido. Esta mayor transparencia lo que permite es que el asegurado se sienta más seguro y tome conciencia de la necesidad de contratar esta modalidad de aseguramiento, que a su vez lo que viene a proteger es el patrimonio personal de los distintos administradores y directivos en el ejercicio de su cargo.

Pero a su vez, esta sentencia también permite a las aseguradoras conocer un poco más como el Tribunal Supremo viene interpretando esta modalidad

de pólizas, o dicho de otro modo, cuál va a ser la tendencia para interpretar “el contenido natural de este contrato”; lo que resulta de gran relevancia para que puedan adaptar sus pólizas. En este caso, parece claro que el seguro de D&O no sólo debe asegurar —según la Sala Primera— los errores derivados de la obligaciones que se impone a los directivos y administradores por la Ley de Sociedades de Capital, sino que también, incluye la garantía para aquellas responsabilidades derivadas de la Ley General Tributaria, por lo que es necesario que las aseguradoras conozcan que cualquier exclusión relacionada con responsabilidades derivadas de éstas, deberán ser incluidas en las condiciones particulares de la póliza y firmada por el asegurado, de conformidad con lo previsto en el artículo 3 de la LCS.

Sobre la cuestión de cual serían las cuantías que debe cubrir como mínimo un seguro de D&O, entendemos que dependerá de las necesidades de cada empresa, del sector o actividad para que esté constituida, entre otras circunstancias, pero lo que sí está claro, es que habrá que buscar el equilibrio entre el riesgo que se asume en cada caso y la prima que se exija, con un importe o cuantía mínima, que podrían establecerse de la siguiente manera:

- Primera Genérica de 1.000.000 euros.
- Defensa Jurídica: 50.000 euros.
- Aval Concursal: 250.000 euros.
- Multas y sanciones: 150.000 euros.

C) Diferencias entre la responsabilidad de los administradores y la responsabilidad de los altos directivos

Para poder comprender mejor el alcance de esta cobertura, es preciso diferenciarla de otra muy parecida, pero que tiene una naturaleza muy distinta, como es la responsabilidad de los administradores de la sociedad. Podemos destacar las siguientes diferencias más importantes:

- a. La Responsabilidad de los Administradores tanto interna, frente a la Sociedad, como externa, frente a terceros, tiene su regulación específica dentro de la LSC.
- b. La Responsabilidad de los Altos Directivos no tiene regulación específica y se rige por los principios generales de la responsabilidad civil contractual

(responsabilidad interna) y extracontractual (responsabilidad externa), contenidos en los arts. 1.101 y 1.102 CC.

- a. El seguro de Altos Directivos cubre la responsabilidad interna cuando los daños los causa el Administrador o Alto directivo a la Sociedad directa y personalmente en el patrimonio social.
- b. El seguro de Altos Directivos únicamente cubre la responsabilidad externa cuando la responsabilidad de la Sociedad frente a los terceros pueda convertirse finalmente en una responsabilidad interna, es decir, cuando la Sociedad pueda reclamar o repetir frente al Administrador o Alto Directivo por ser éste responsable de forma personal frente a la Sociedad.

¿Cómo queda cubierto el riesgo de la Sociedad cuando la actuación del Administrador o Alto Directivo no es imputable a éste de forma personal? Se trata de una cobertura que queda dentro del ámbito del seguro de Responsabilidad Civil. Sin embargo puede existir responsabilidad conjunta de la Sociedad y del Administrador o Alto Directivo, en este caso la póliza de seguro de responsabilidad civil cubrirá la primera y la póliza de seguro de Altos Directivos cubrirá la segunda.

D) Exclusiones más relevantes y cobertura temporal del seguro de D&O

Las principales exclusiones, además de las relativas a los daños comprendidos en las otras pólizas de responsabilidad civil general, profesional, ciberriesgos, etc., serían las siguientes:

- Responsabilidad por dolo, prevista en el artículo 19 de la LCS: «*El asegurador está obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado.*»

Esta exclusión exige la prueba sobre un acto consciente de incumplimiento y con la intencionalidad de causar un daño, aunque a veces puede estimarse no necesaria la prueba sobre la intención de causar un daño si ha existido no obstante la actuación consciente y deliberada de incumplimiento intencionado.

Puede existir o no enriquecimiento propio o para terceros.

- Supuestos de pluralidad de Administradores: la responsabilidad será imputable únicamente a quien de forma personal haya causado el hecho dañoso.

Asimismo, la cobertura temporal es un aspecto determinante de este seguro, pues según lo previsto en su clausulado variará la consideración de la fecha en que se entenderá producido el siniestro, pudiendo pactarse que sea la fecha de la reclamación o la fecha en la que se produjo el error que ha ocasionado el daño reclamado. Si bien, en este tipo de pólizas, como ocurre en las póliza de RC profesional, se suele pactar como fecha de siniestro la de la reclamación del perjudicado. Por tanto, se exige el desconocimiento por parte del asegurado del siniestro por el que se reclama, requiriendo de la inexistencia de una reclamación anterior.

Aunque existe la posibilidad de cobertura de reclamaciones posteriores a la fecha de extinción de la póliza ocurrida durante la vigencia de la misma, si bien, también se podrá establecer la limitación para el periodo de comunicación del siniestro posterior a la fecha de extinción de la póliza.

E) Aspectos a tener presente tras la reforma de la Ley Concursal

La reforma de la Ley Concursal que entró en vigor el 26 de septiembre de 2022, supone un cambio relevante en las futuras reclamaciones a las aseguradoras de D&O, pues la Ley 16/2022 introduce una importante modificación en la pieza de calificación del concurso de acreedores, por la que se determina entre otras cuestiones la responsabilidad de los administradores de las empresas declaradas en concurso, que afecta especialmente al artículo 449 del texto refundido de la Ley Concursal, incluyendo por primera vez la participación directa de los acreedores en esta pieza de calificación y determinación de la responsabilidad de los administradores, previendo para ello que *“los acreedores que hubieran formulado alegaciones para la calificación del concurso como culpable podrán presentar también un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso como culpable, siempre que representen, al menos, el cinco por ciento del pasivo o sean titulares de créditos por importe superior a un millón de euros según la lista provisional presentada por la administración concursal”*.

Esto va a suponer un incremento muy considerable en las solicitudes de concurso culpable, lo que llevará aparejado que en vez de archivar esta pieza como ocurre actualmente en una gran parte de los procesos concursales, se invierta esta tendencia generando la continuación de la tramitación de la misma hasta el dictado de la correspondiente sentencia que fije la calificación de concurso. Lo que influirá sin duda a las aseguradoras que den cobertura a la responsabilidad de los administradores, pues aparte de cubrir la defensa

jurídica de los mismos, pueden verse afectadas por la sentencia que califique el concurso como culpable, ya que la misma, tal y como establece el artículo 455.2 de la LC, contendrá la condena a indemnizar los daños y perjuicios causados por las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices en dicha resolución.

Asimismo, el artículo 450 bis establece que *“en el caso de que en cualquiera de los informes de calificación se pusiera de manifiesto la posible existencia de un hecho constitutivo de delito no perseguible únicamente a instancia de persona agraviada, el juez, en la misma resolución por la que acuerde el emplazamiento de las personas que pudieran quedar afectadas por la calificación o declaradas cómplices, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal”*. Esta nueva previsión afectará claramente al seguro de D&O, pues aunque el dolo no esté cubierto por el seguro de D&O, si lo están los gastos de defensa jurídica del administrador, que va a padecer la acusación de algunos acreedores por la supuesta comisión de delitos.

Por último, el nuevo artículo art. 451 bis del TR de la Ley Concursal, prevé que la administración concursal, los acreedores que hubieran presentado informe de calificación y las personas que, según cualquiera de esos informes, pudieran quedar afectadas por la calificación o ser declaradas cómplices, puedan alcanzar un acuerdo transaccional sobre el contenido económico de la calificación, lo que evidentemente podría afectar igualmente al seguro de D&O del administrador, pues cualquiera de los beneficiarios del contenido económico de la calificación transada podría reclamar a la aseguradora su cumplimiento vía acción directa del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro.

V EL SEGURO DE CIBERRIESGOS

Los avances tecnológicos de los últimos tiempos han creado nuevas oportunidades, mejoras de conectividad, rapidez en las comunicaciones y un largo etcétera de beneficios, pero a su vez, también ha ocasionado aparición de nuevos riesgos.

En este mundo interconectado, la aparición de los ciberriesgos, ha ido acompañada de la creación de una nueva rama de seguros para paliar sus efectos, experimentando un importante crecimiento en los últimos años, especialmente durante la pandemia, al ampliarse la superficie del ataque en la medida en que se ha incrementado el teletrabajo, como consecuencia de una transformación digital acelerada e improvisada.

Hoy día, vemos como los ciberataques que veíamos en las películas y parecían ser pura ficción, no solo son reales, sino que se han convertido en un peligro cotidiano y frente al que las empresas necesitan estar preparados, pues pueden suponer su colapso al poner contra las cuerdas la operatividad de los sistemas informáticos, la seguridad de los datos personales que gestiona la empresa o incluso el propio funcionamiento de la empresa, por su puesto sin olvidar el “game over” que supone un acceso al contenido de las cuentas bancarias de la empresa o de las personas que la componen. Un ataque informático puede llegar a tener toda clase de efectos directos e indirectos, dado que no solo generan un daño inmediato, sino que también arrastra consecuencias reputacionales o incluso legales para aquellas empresas que en su actividad requieren del tratamiento de datos de carácter personal.

Y no solo la propia empresa sufre el riesgo, sino el mismo se traslada a los empleados, al suponer una vía de acceso para posibles ciberataques, entendiéndolos como *“un intento deliberado de un ciberdelincuente de obtener acceso a un sistema informático sin autorización sirviéndose de diferentes técnicas y vulnerabilidades para la realización de actividades con fines maliciosos, como el robo de información, extorsión del propietario o simplemente daños al sistema”*.

Es por lo expuesto que las empresas van a necesitar disponer de un adecuado sistema de seguridad que proteja tanto sus operaciones físicas como aquellas electrónicas, estableciendo las medidas de seguridad adecuadas a cada tipo de negocio y a la exposición al riesgo que deban de soportar, dado que no podemos olvidar que el riesgo cero no existe y menos en un entorno que crezca tan vertiginosamente como el informático. Igualmente, estas medidas no solo afectan a una parte de la empresa sino a la misma en su conjunto, debiendo de existir una acción coordinada entre el departamento informático, la dirección de la empresa, y los responsables de los departamentos, que deben de trasladar estas medidas finalmente a todos los escalones de la empresa, velando por una correcta formación en seguridad digital por parte de los empleados.

Desde el punto de vista jurídico, la complejidad de estos riesgos no solo afecta a las nuevas pólizas creadas, los llamados “ciberseguros” o seguros del ciberriesgo, sino que en mayor o menor medida dependiendo del caso, tienen la capacidad de producir efectos sobre cualquier ramo del contrato de seguro. Esto además tiene una especial incidencia en el plano de la responsabilidad civil, donde la jurisprudencia española ha priorizado la protección de los terceros perjudicados por encima de las exclusiones opuestas por las compañías aseguradoras. Asimismo, en el campo de la atribución de la responsabilidad

por daños, destacar el importante papel de la responsabilidad de las personas jurídicas y de sus administradores en los supuestos donde no contaban con las herramientas de prevención pertinentes para reducir los daños ocasionados.

Por ello, el seguro de ciberriesgos se ha convertido en un elemento fundamental en la gestión de riesgos empresariales, generando en muchas compañías aseguradoras la necesidad de adaptarse a este mercado, creando nuevos seguros especializados ante la creciente demanda de los mismos.

Estos seguros son de carácter extremadamente técnicos, dada la vasta cantidad de supuestos ante los que puede encontrarse, teniendo en común únicamente el medio informático. Es por ello que resulta un desafío la correcta tipificación del riesgo objeto de cobertura dentro de una larga lista de ciberamenazas que no paran de evolucionar.

Es por ello que las definiciones que figuren en la póliza adquieren una especial importancia, dado que nos permitirá saber ante que clase de incidentes tendremos cobertura, dado que al tratarse de un nuevo producto, todavía no existe consenso en las definiciones.

De forma general, las principales coberturas presentes en el mercado se centran en la gestión del incidente, paliando los diversos gastos que surgen como consecuencia del mismo, encaminados a la investigación del origen del siniestro, así como la cuantificación del daño sufrido, el cual englobará el daño reputacional en caso de que el ataque se haya hecho público, los gastos en los que hay que incurrir para limitar los daños a los afectados, y un largo etcétera de gastos que variarán ateniéndose a las circunstancias concretas del evento, que tendrán que ser previstas con anterioridad para su inclusión en la cobertura pactada.

Otra serie de gastos de especial importancia en estos sucesos son los gastos legales, dada la necesidad de asesoramiento legal especializado en este ámbito, especialmente en el caso de que se trate de empresas que tengan en su poder con datos personales de sus clientes, por el impacto que puede tener desde la órbita de la protección de datos por el previsible procedimiento administrativo sancionador ante la Agencia de Protección de Datos, por incumplimiento de la normativa de protección de datos de carácter personal.

De otra parte, no debemos de olvidar los gastos concernientes al pago de indemnizaciones como consecuencia de la responsabilidad de la empresa frente a terceros como consecuencia de un fallo en la privacidad de los datos o un fallo en la seguridad de las redes.

A esto debemos de añadir que las pólizas requieren de una adecuada valoración del riesgo frente al que cubren, unido a los servicios de respuesta correspondientes para poder hacer frente a los mismos una vez se materialicen, lo cual la convierte en un ramo del seguro que requiere de un conocimiento especializado para poder ofrecer una correcta respuesta.

En cuanto a la siniestralidad, el protagonista es el *ransomware*, es decir aquel tipo de software cuyo objetivo es dañar o infiltrarse en un sistema de información sin el consentimiento de su propietario (este término engloba muchos otros que nos resultan conocidos tales como virus, gusano, troyano, etc.) concretamente mediante el secuestro de un dispositivo o de los datos que contenga el mismo, pidiendo un rescate a cambio de poder recuperar el acceso o la información.

Más del 50% de los siniestros relacionados con ciberseguridad en los dos últimos años, de acuerdo con el informe de ciberseguridad publicado este año por AON, tienen origen en este tipo de *malware* y si bien el coste medio de los mismos no es muy elevado, se han hecho eco grandes secuestros de datos que alcanzan varios millones de euros, llegando a rebasar los límites de las pólizas contratadas para cubrir las pérdidas, principalmente debido a dos coberturas, los gastos de respuesta a incidentes y la cobertura de pérdida de beneficios.

A) Coberturas habituales

Las coberturas habituales en caso de algún incidente (vulneración de datos, ciberataque, error humano, amenaza de extorsión o ataque de ingeniería social) cubierto en la póliza, son las siguientes:

- Servicio de respuesta a incidentes prestado por especialistas de la aseguradora o reembolso de los gastos incurridos, entre ellos el servicio de contención tecnológica, servicio de asesoramiento jurídico, así como de comunicación y de relaciones públicas.
- Servicios o reembolsos en caso de vulneración de datos para atender a los afectados:, como gastos para notificar a la entidad reguladora o a los afectados una vulneración de datos, gastos de uso de un centro telefónico externo y servicio de monitorización de la identidad o de crédito.
- Pérdidas del asegurado, entre ellos el servicio o reembolso de gastos para la recuperación de datos y de sistemas o el abono de la pérdida de beneficios que pudiera sufrir; en este caso se suele aplicar una franquicia temporal prevista en las condiciones particulares; extorsión cibernética,

que incluye reembolso de los gastos en los que incurra el asegurado; protección de equipos (reparación o sustitución de equipos); gastos de mitigación; en el caso de un ciberataque a su proveedor tecnológico cubre el servicio o reembolso de gastos para la recuperación de datos y de sistemas, la pérdida de beneficios, y los gastos de mitigación.

- Responsabilidad tecnológica, por protección de la información y privacidad, inspección de protección de datos, incumplimiento de la normativa PCI DSS, responsabilidad por contenido digital y fallo de ciberseguridad.
- Se cubren las indemnizaciones por reclamaciones derivadas de un incidente cubierto. También se cubren las sanciones administrativas y las relacionadas con el incumplimiento de la normativa PCI DSS.
- Pérdidas financieras directas por fraude tecnológico, ya sea mediante uso fraudulento de su identidad electrónica, robo electrónico de fondos, modificación de precios online, fraude en servicios contratados y suplantación de identidad. Lo usual es cubrir un máximo de días por periodo de seguro.
- Defensa jurídica por la que la aseguradora asumirá los gastos de defensa en que incurra por reclamaciones cubiertas en la póliza.

B) Principales riesgos excluidos habitualmente

- Infracción o uso indebido de propiedad intelectual, secretos comerciales, patentes o marcas.
- Daños materiales y daños personales.
- Problemas preexistentes o de los que usted tuviera conocimiento con carácter previo a la contratación del seguro.
- El dolo, entendido como actos intencionados o deshonestos.
- Reclamaciones fuera de la jurisdicción aplicable.
- Su responsabilidad asumida por contrato, salvo si hay una vulneración de datos o un incumplimiento de PCI.
- Multas, penalizaciones y sanciones, salvo las sanciones PCI y las de protección de datos de carácter personal.
- Obtención o uso no autorizado de datos.

- El robo, pérdida o transferencia de dinero, fondos o valores, salvo lo cubierto en fraude tecnológico.
- Cualquier gastos de reparación, mejora, corrección, retirada, sustitución, eliminación, salvo para mitigar una pérdida de datos o recuperar datos conforme a la cobertura de la póliza.
- Responsabilidad civil profesional, salvo alegando transmisión de virus, o un ataque de denegación de servicio.
- Contaminación.
- Guerra u operación cibernética, salvo a un activo cibernético paralelo.

C) Principales limitaciones de cobertura más habituales

- **Ámbito temporal:** la póliza cubre incidentes descubiertos y notificados a la aseguradora durante el periodo de seguro, y reclamaciones presentadas contra el asegurado durante el periodo de seguro o periodo adicional de notificación, independientemente de la fecha de ocurrencia del incidente, pero siempre y cuando el incidente haya sido descubierto y notificados durante el periodo de seguro.
- **Franquicia:** en caso de incidente aplicará la franquicia prevista en las condiciones particulares. La franquicia es el importe que usted deberá asumir en cada incidente.

Sección Cuarta

El seguro de defensa jurídica como aliado de la empresa

I DEFINICIÓN Y REGULACIÓN

Regulado en el Título II del Seguro contra daños, artículos 76 a) a 76 g), el seguro de defensa jurídica, es un contrato joven, y relativamente complejo. Aunque a primera vista podría parecernos un contrato pacífico en su aplicación, nada más lejos de la realidad; *“la praxis aseguradora nos muestra que ocasiona dudas interpretativas esenciales y problemas en su aplicación, sin que se hallen ya no satisfactoriamente resueltos, cuánto menos, satisfactoriamente tratados”*⁴⁸.

La definición del seguro de defensa jurídica la encontramos en el art. 76 a) en los siguientes términos *“por el seguro de defensa jurídica, el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a hacerse cargo de los gastos en que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral y a prestarle los servicios de asistencia jurídica judicial y extrajudicial derivados de la cobertura del seguro”*.

TAPIA HERMIDA⁴⁹, sintetiza los caracteres generales que presenta:

1. Referencia amplia al siniestro causante del daño, que puede abarcar, según contrato, los procedimientos administrativos, judiciales y extrajudiciales.
2. Definición del seguro por referencia al doble compromiso que puede asumir el asegurador, de tipo indemnizatorio o de prestación en especie.
3. Delimitación del ámbito de aplicación de la normativa específica respecto de prestaciones de defensa o asistencia en viaje, o las derivadas de litigios marítimos.

⁴⁸ DACHS, M.: *“El seguro de defensa jurídica; cuestiones suscitadas en la praxis aseguradora en el ámbito del automóvil”*.

⁴⁹ TAPIA HERMINA, A. J.: *“Ley de Contrato de Seguro”*; Editorial Aranzadi, 2ª edición.

4. Preocupación fundamental por establecer mecanismos de prevención del nacimiento de conflictos de intereses entre asegurador y asegurado y de solución de los conflictos que nazcan sin perjuicio de los intereses del asegurado.

Se configura como un seguro de reembolso (“*hacerse cargo de los gastos*”), que cubre la intervención del asegurado en los procedimientos anteriormente mencionados.

El artículo 76 b), excluye de su cobertura “*el pago de multas y la indemnización de cualquier gasto originado por sanciones impuestas al asegurado por las autoridades administrativas o judiciales*”.

El motivo de la exclusión, común en el Derecho comparado, es de orden público, vinculándose a la eficacia preventiva y represiva de las multas de carácter administrativo o judicial de nuestro Ordenamiento, así pues, de estar cubiertas, podría producirse un incremento de las sanciones, incurriendo el asegurado en mayores riesgos.

Dos son los artículos que se ocupan de los aspectos formales del contrato de seguro de defensa jurídica;

- 1) El art. 76 c)⁵⁰, recoge dos opciones respecto a la forma que tendrá que presentar el contrato:
 - a) Contratación en póliza independiente: en este supuesto, estaríamos ante una póliza simple en la que la “naturaleza del riesgo cubierto”⁵¹ es única y se centra en el contenido ya expuesto del art. 76 a).
 - b) Contratación en póliza única con otros riesgos: en esta segunda opción, mas frecuente en la práctica, nos encontramos con pólizas complejas, en las que la descripción de la “naturaleza del riesgo cubierto” abarcará, además del riesgo definido en el artículo 76 a) de la LCS, otro u otros. En este supuesto, la LCS exige la especificación del contenido de la defensa jurídica garantizada, insistiendo nuestros tribunales en la obligación de dicha delimitación; por otro lado, deberá indicarse

⁵⁰ Art. 76 c) LCS: “*El seguro de defensa jurídica deberá ser objeto de un contrato independiente. El contrato, no obstante, podrá incluirse en capítulo aparte dentro de una póliza única, en cuyo caso habrá de especificarse el contenido de la defensa jurídica garantizada y la prima que le corresponde*”

⁵¹ Art. 8.3 LCS: “*La póliza del contrato debe contener como mínimo, las indicaciones siguientes: “3. Naturaleza del riesgo cubierto.”*”

igualmente de forma separada, la prima correspondiente a la defensa jurídica cubierta⁵².

- 2) El art. 76.f)⁵³ se recoge un deber de información que se impone al asegurador, anticipándolo incluso al momento de la entrega de la póliza. Además del contenido que con carácter general se establece en el artículo 8 de la LCS⁵⁴, la póliza deberá recoger los especiales derechos que confiere al asegurado los artículos 76, d) y e), de los que nos ocupamos a continuación.

⁵² STS (Sala 1ª) de 20 de abril 2000, RJ 2000,2981, entre otras, afirma: “*Tanto en la Sentencia de 1ª como en la de 2ª instancia, en cuanto entiende fundadamente la sentencia recurrida, que en la póliza de “seguros de automóviles” suscrita por el actor don Lorenzo M. A. y la Aseguradora Universal, SA de Seguros y Reaseguros, no está comprendido el “contrato de seguro de defensa jurídica”, pues hay que tener presente, que para que así ocurra, de acuerdo con el art. 76 c) “deberá ser objeto de un contrato independiente”, y aunque en el párrafo siguiente del mismo artículo prevé la posibilidad de incluirse en capítulo aparte en una póliza única, es preciso en este supuesto, se especifique el contenido de la defensa jurídica garantizada, y la prima que le corresponde, supuestos que no se recogen en la póliza suscrita por el susodicho señor M. A. y la Sociedad demandada, como se observa de un examen de la misma, pues en el espacio de las “garantías comprendidas”, se señalan como comprendidas en la póliza, la de responsabilidad civil obligatoria, la responsabilidad civil ilimitada, y la defensa y fianza criminales, excluyendo todas las demás garantías, sin ningún otro particular, de los que se deduce sin género de dudas, que en orden a la defensa criminal, la compañía aseguradora asume la defensa de asegurado siempre que se realice bajo la dirección letrada de los abogados de la misma, y respecto a la responsabilidad civil el régimen es el establecido en el art. 74 de la LCS, que establece que el asegurador asume la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado y serán de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen, salvo en el supuesto que el que reclame, esté asegurado en la misma compañía, o exista algún otro posible conflicto de intereses, en cuyo caso el asegurado podrá optar entre el mantenimiento de la dirección jurídica del asegurador o confiar su propia defensa a otra persona, en cuyo último supuesto quedará obligado el asegurador a abonar los gastos de la dirección jurídica hasta el límite pactado en la póliza”*”

⁵³ Art. 76 f) LCS: “*La póliza del contrato de seguro de defensa jurídica habrá de recoger expresamente los derechos reconocidos al asegurado por los dos artículos anteriores. En caso de conflicto de intereses o de desavenencia sobre el modo de tratar una cuestión litigiosa, el asegurador deberá informar inmediatamente al asegurado de la facultad que le compete de ejercitar los derechos a que se refieren los dos artículos anteriores”*”

⁵⁴ Art. 8 de la LCS: “*La póliza del contrato debe contener como mínimo, las indicaciones siguientes:*

1. *Nombre y apellidos o denominación social de las partes contratantes y su domicilio, así como la designación del asegurado y beneficiario, en su caso.*
2. *El concepto en el cual se asegura.*
3. *Naturaleza del riesgo cubierto.*
4. *Designación de los objetos asegurados y de su situación.*
5. *Suma asegurada o alcance de la cobertura.*
6. *Importe de la prima, recargos e impuestos.*
7. *Vencimiento de las primas, lugar y forma de pago.*
8. *Duración del contrato, con expresión del día y la hora en que comienzan y terminan sus efectos.*
9. *Nombre del agente o agentes, en el caso de que intervengan en el contrato.”*

De los derechos antes aludidos, dos se recogen en el art. 76 d) “elegir libremente el procurador y abogado que hayan de representarle y defenderle en cualquier clase de procedimiento”, y “libre elección de abogado y procurador en los casos en que se presente conflicto de intereses entre las partes del contrato”, regulando el art. 76 e) el tercero “derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro”.

Centrándonos en este último, ya que los anteriores serán objeto de estudio en un epígrafe aparte, apuntamos que la base de este precepto, se encuentra en las diferencias de procedimiento sobre la gestión de los siniestros que puedan surgir entre el asegurado y el asegurador. La referencia general al arbitraje, abre la posibilidad de acudir a cualquiera de los tipos previstos genéricamente en nuestro Derecho⁵⁵. La finalidad de defensa del asegurado que inspira al precepto, hace que no se admita la designación de árbitros antes de que surja la disputa⁵⁶.

Tres son los casos excluidos del art. 76 g)⁵⁷:

- a) Exclusión de la defensa jurídica realizada por el asegurador de la responsabilidad civil.

⁵⁵ TAPIA HERMIDA, A. J. “*La Ley de Contrato de Seguro*”; Editorial Aranzadi, 2ª edición, apunta como posibles arbitrajes a utilizar los siguientes:

1. El marco general establecido por el artículo 61 de la Ley de Ordenación y Suspensión de los Seguros Privados.
2. La sumisión de las diferencias del seguro de defensa jurídica al arbitraje de consumo del artículo 31 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
3. La sumisión de las diferencias del seguro de defensa jurídica al arbitraje genérico de la Ley 36/1988.

⁵⁶ Art. 76 e), párrafo II: “*La designación de árbitros no podrá hacerse antes de que surja la cuestión disputada*”.

⁵⁷ Art. 76 g): “*Los preceptos contenidos en esta Sección no serán de aplicación:*

1º. *A la defensa jurídica realizada por el asegurador de la responsabilidad civil, de conformidad con lo previsto en el artículo 74.*

2º. *A la defensa jurídica realizada por el asegurador de la asistencia en viaje.*

En este caso, la no aplicación de las normas de esta Sección quedará subordinada a que la actividad de defensa jurídica se ejerza en un Estado distinto del de la residencia habitual del asegurado; a que dicha actividad se halle contemplada en un contrato que tenga por objeto única y exclusivamente la asistencia a personas que se encuentren en dificultades con motivo de desplazamientos o de ausencias de su lugar de residencia habitual y a que en el contrato se indique claramente que no se trata de un seguro de defensa jurídica, sino de una cobertura accesoria a la de asistencia de viaje.

3º. *A la defensa jurídica que tenga por objetos litigiosos o riesgos que surjan o tengan relación con el uso de buques o embarcaciones marítimas.*”

- b) Exclusión de la defensa jurídica realizada por el asegurador de la asistencia en viaje.
- c) Exclusión de la defensa jurídica en litigios o riesgos vinculados a buques o embarcaciones marítimas.

II DIFERENCIAS CON LA DEFENSA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CUBIERTA POR EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Una figura muy diferente al seguro de defensa jurídica sería la defensa jurídica de la responsabilidad civil, cubierta por el propio seguro de responsabilidad civil y prevista dentro de la regulación del mismo, en el art. 74 de la LCS, el cual dispone: *“Salvo pacto en contrario, el asegurador asumirá la dirección jurídica frente a la reclamación de perjudicado, y serán de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen. El asegurado deberá prestar la colaboración necesaria en orden a la dirección jurídica asumida por el asegurador.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando quien reclame esté también asegurado con el mismo asegurador o exista algún otro posible conflicto de intereses, éste comunicará inmediatamente al asegurado la existencia de esas circunstancias, sin perjuicio de realizar aquellas diligencias que por su carácter urgente sean necesarias para la defensa. El asegurado podrá optar entre el mantenimiento de la dirección jurídica por el asegurador o confiar su propia defensa a otra persona. En este último caso, el asegurador quedará obligado a abonar los gastos de tal dirección jurídica hasta el límite pactado en la póliza”.

Se limita por tanto a regular los supuestos de intervención del asegurado en un procedimiento ya iniciado por la reclamación de un tercero perjudicado; cualquier otra intervención del asegurado, quedaría regida por lo dispuesto en el apartado anterior, artículos 76 a) y siguientes de la LCS. El fundamento de este precepto, está en el interés del asegurador en el resultado de la reclamación de los perjudicados, lo que hace que asuma la “dirección jurídica”

Igualmente *“serán de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen”*; incluyéndose en el término “gastos de defensa”; a juicio doctrinal, tanto los ocasionados en el campo extrajudicial como en el judicial, y sin límite alguno en cuanto a la cuantía, excepto en los supuestos en que la defensa se confíe a un

tercero⁵⁸, en cuyo caso, respondería exclusivamente hasta la cuantía fijada en la póliza, salvo que por pacto se hubiese establecido otra cosa.

El artículo 74 de la LCS, impone al asegurado una serie de “deberes” que podemos resumir de la siguiente forma:

- a) Deber de colaborar con carácter genérico: recogido al final del primer párrafo, tiene un carácter genérico para el cumplimiento de los fines asignados al asegurador, compaginándose con el derecho que tiene el asegurador de llevar a cabo la gestión del siniestro. Los actos del asegurador no podrían efectuarse sin una conducta determinada del asegurado.
- b) Deber de informar: el asegurado tiene la obligación de aportar cuantos datos tenga a fin de lograr la mejor defensa posible contra las reclamaciones del tercero perjudicado.
- c) Deber de colaborar en las actuaciones procesales: incluye supuestos tan amplios como la transmisión al asegurador de las citaciones o notificaciones recibidas, otorgar poderes a los procuradores o abogados previamente elegidos por el asegurador, seguir instrucciones de éstos, etc. La infracción de este deber no sólo por esta causa, sino por otras, dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios a cargo del asegurado.
- d) Deber de no reconocer la propia responsabilidad: el fundamento de este deber, lo encontramos, una vez más, en la asunción por parte del asegurador de la dirección jurídica frente a las reclamaciones del perjudicado.
- e) Prohibición de transigir: este deber queda enlazado con la dirección jurídica asignada al asegurador, y con el analizado anteriormente, la obligación de no reconocimiento de responsabilidad.

Se ocupa el precepto también de los casos en los que existe un conflicto de intereses entre el asegurado y el asegurador, en el párrafo segundo⁵⁹. Se trata de supuestos en los que surgen intereses contrarios a los de la defensa del asegurado por parte del asegurador frente a la reclamación del perjudicado. En este caso, la Ley exige la puesta en conocimiento del asegurado de esta circunstancia para que el asegurado pueda adoptar las medidas que estime más convenientes a su situación.

⁵⁸ Art. 74.2 *in fine*.

⁵⁹ Se ocupan de esta materia entre otras muchas sentencias, SAP Almería de 17 de enero de 2001 (JUR 2001,82039), SAP Guipúzcoa de 6 de febrero de 2001 (JUR 2001,298089), SAP Lugo de 6 de noviembre de 2000 (AC 2000, 5238), SAP Zaragoza de 2 de octubre de 2000 (AC 2000, 1877).

Se tratan dos casos:

1. Supuestos en los que quien reclama está también asegurado con el mismo asegurador: es claro que en estos casos, la independencia del asegurador está visiblemente debilitada, y ello con independencia del tipo concreto de contrato suscrito entre el asegurador y el perjudicado. Aunque abarca un amplio número de casos, en algunos, este conflicto sería más patente, casos como por ejemplo, cuando el asegurador tiene derecho a la subrogación contra el causante del daño y este no tenga cubierta por completo su responsabilidad civil con el contrato de seguro, o cuando tanto el causante del daño como el perjudicado tienen cubierta su responsabilidad civil con el mismo asegurador y se hayan causado daños recíprocos.
2. En el segundo grupo, “*otro posible conflicto de intereses*”, queda redactado de forma más amplia, comprendiendo supuestos en los que se dan las circunstancias para que aparezca dicho conflicto, aunque aún no se hayan dado.

Una vez acaecida alguna de estas posibilidades, el asegurador debe abstenerse de la dirección jurídica, notificando al propio interesado para que efectúe la opción a la que alude el artículo 74, sin perjuicio de la obligación por parte del asegurador de realizar aquellas diligencias que tengan carácter urgente. Si el asegurado opta por encargar la defensa a un tercero, es claro que los gastos que ocasione la defensa, correrán a cargo del asegurador hasta el límite pactado.

Por último mencionar, que la dirección jurídica desempeñada por el asegurador, puede implicarle la obligación de responder de los daños y perjuicios sufridos en los siguientes casos:

- a) Cuando, ante la legítima reclamación de un tercero, y sin que exista pacto en contrario, no asume la dirección jurídica.
- b) Cuando asume la defensa en casos en los que debió abstenerse según la ley.
- c) Cuando ha causado daños al asegurado en los supuestos en que le corresponde esa dirección jurídica. Se podrían incluir en este apartado, casos como el analizado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 421/2005⁶⁰, en la que se admite la reclamación del perjudicado por vía de la acción directa contra el asegurador, en el caso de negligencia en la elección del despacho de abogados para la defensa de los intereses jurídicos del asegurado.

⁶⁰ SAP Madrid 421/2005 (SECC. 21ª) de 13 de septiembre, JUR 2005/219840.

III LA LIBRE ELECCIÓN DE PROFESIONALES

Son varios los preceptos existentes en nuestro ordenamiento en los que se consagra con carácter general el reconocimiento a la libre elección de abogado y procurador, así, el art. 545.1 de la LOPJ, establece: “*Salvo que la Ley disponga otra cosa, las partes podrán designar libremente a sus representantes y defensores entre los procuradores y abogados que reúnan los requisitos exigidos por las leyes*” y en la misma disposición legal, el art. 440 establece lo mismo. En el mismo sentido el nuevo Estatuto General de la Abogacía⁶¹, prevé en su artículo 6.1: “*La intervención libre e independiente del Abogado es garantía de efectividad del derecho fundamental de defensa.*”

También el Estatuto de los Procuradores de los Tribunales de España⁶², hace alusión a este derecho en el artículo 4.

En el ámbito europeo, el reconocimiento a la libre elección podemos encontrarlo en el artículo 6.3.c) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁶³, artículo que reconoce como derecho de todo acusado “*defenderse él mismo o a ser asistido por un defensor de su elección*”. La Directiva 87/344/CEE, de 22 de junio de 1987, del Consejo sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica⁶⁴, en su artículo 4.1, dispone: “*Todo contrato de defensa jurídica reconocerá de forma explícita que: a) cuando se recurra a un abogado o cualquier otra persona que posea las cualificaciones requeridas por la legislación nacional para defender, representar o servir los intereses del asegurado, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, el asegurado tendrá la libertad de elección; b) el asegurado tendrá libertad de elegir abogado o, si lo prefiere y en la medida en que lo permita la legislación*

⁶¹ El nuevo Estatuto General de la Abogacía, fue aprobado el 12 de junio de 2013 por unanimidad del pleno del Consejo general de la Abogacía Española y entrará en vigor tras la publicación en el BOE del Real Decreto que apruebe este texto normativo regulador del ejercicio profesional del abogado y sus relaciones con los clientes y de la organización colegial de la Abogacía institucional. Mientras tanto continuará aplicándose el Estatuto General de la Abogacía aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio.

⁶² El Estatuto de los Procuradores de los Tribunales de España, es aprobado por Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre, BOE de 21 de diciembre de 2002.

⁶³ Aprobado en Roma, el 4 de noviembre de 1950 y ratificado por el Estado español, el 26 de septiembre de 1979, y publicado en el BOE núm. 243 de 10 de octubre de 1979.

⁶⁴ DOL núm. 185 de 4 de Julio.

nacional, cualquier otra persona que posea las cualificaciones necesarias, para servir sus intereses cada vez que surja u conflicto de intereses.”

Por su parte, SÁNCHEZ CALERO⁶⁵, nos recuerda que toda persona tiene derecho a la protección judicial de los derechos, con tutela efectiva de jueces y tribunales, recordando que se trata este, de un derecho fundamental amparado por la Constitución.

El artículo 76 d) de la LCS⁶⁶, reconoce el derecho a la libre elección de Abogado y Procurador en el Seguro de Defensa Jurídica, que es justificado por la doctrina, como un derecho que encuentra su base en el carácter de confianza y en los vínculos que se crean entre defensor y defendido, existiendo, por tanto, un *intuitu personae* esencial en la elección y ejercicio de ambos oficios.

El artículo objeto de estudio, concede ese derecho de elección al asegurado, cumpliendo de esta forma con la regla general establecida en el párrafo 3º del artículo 7 de la propia LCS⁶⁷, habrá que acudir por tanto a la póliza para determinar la persona física o jurídica asegurada en cada caso. No obstante, la jurisprudencia mas reciente viene matizando esta afirmación, al entender que *“parece razonable que la mención al “asegurado” para libre elección de abogado y procurador para su defensa y representación, comprenda a todas las personas las cuales tengan un interés económico sobre el bien objeto del seguro, es decir quienes puedan sufrir algún quebranto económico con ocasión de la circulación de vehículos de motor”*⁶⁸.

⁶⁵ SÁNCHEZ CALERO, F. “Comentario al artículo 74 de la LCS”; en Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro, 3ª edición, Pamplona 2005.

⁶⁶ Art. 76 d): “*El asegurado tendrá derecho a elegir libremente el Procurador y Abogado que hayan de representarle y defenderle en cualquier clase de procedimiento. El asegurado tendrá, asimismo, derecho a la libre elección de Abogado y Procurador en los casos en que se presente conflicto de intereses entre las partes del contrato. El Abogado y Procurador designados por el asegurado no estarán sujetos, en ningún caso, a las instrucciones del asegurador.*”

⁶⁷ Art. 7.3 LCS: “*Los derechos que derivan del contrato corresponderán al asegurado o, en su caso, al beneficiario, salvo los especiales derechos del tomador en los seguros de vida.*”

⁶⁸ SAP Zaragoza 27/2006 (SECC. 2ª), de 24 de enero, JUR 2006/89898, en el mismo sentido SAP Asturias 128/2006 (SECC. 5ª) de 10 de abril, JUR 2006/131656, así esta última dispone: “*al referirse al derecho de libre elección de Abogado y Procurador la cláusula 1.2 a), se alude literalmente al asegurado, ello no debe conducirnos a excluir de tal derecho a quienes estando amparador por el seguro de defensa jurídica no reúnan la condición de asegurado y ello pues tal exclusión no figura en ningún momento en el documento y además el derecho de libre elección de Abogado y Procurador para el asegurado se vincula en condicionado general al art. 74 de la LCS, precepto que como es sabido establece que, salvo pacto en contrario, el asegurador en el seguro de responsabilidad civil asume la dirección jurídica frente al perjudicado, pero en el presente caso no se trata de la aplicación del citado art. 74 sino del 76, y como señala la sentencia citada por la parte apelante de la Sección 7ª*”

TAPIA HERMIDA⁶⁹, con la intención de determinar los supuestos en los que el asegurado puede ejercer la facultad de libre elección, compara los artículos 76 d) de la LCS, con la Disposición Adicional Tercera de la LOSSP, distinguiendo tres casos:

- 1) Cuando el contrato haya previsto el derecho del asegurado a confiar la defensa de sus intereses a un abogado de su elección a partir del momento en que tenga derecho a reclamar la intervención del asegurador; aunque no está expresamente previsto en la LCS, se deduce de la Disposición Adicional Tercera de la LOSSP, anticipándose en este caso el ejercicio de tal derecho, pudiendo incluso reconocerse en hipótesis que la LCS nunca lo admitiría⁷⁰.
- 2) Cuando se produzca un conflicto de intereses con el asegurador; previsto en el segundo párrafo del artículo 76 d), anticipa el derecho de libre elección, ya que lo concede aún cuando, sin llegar a un procedimiento surge el citado conflicto de intereses. Resume el autor diciendo que *“las dos hipótesis que dan origen al derecho de libre elección de los profesionales por el asegurado serán por lo tanto, alternativas en el tiempo y se integrarán recíprocamente porque, cuando nazca el conflicto de intereses, nacerá la facultad de libre elección de profesionales, libre elección que será válida aun cuando después del siniestro se concrete en forma de procedimiento”*.
- 3) Cuando el asegurado intervenga en un procedimiento; la amplitud que se intuye del artículo, permite incluir en el mismo todo tipo de procedimientos (civil, penal, contencioso-administrativo, social) y cualquiera que sea la posición, activa o de demandante y pasiva o de demandado, que pudiera ocupar el asegurado.

Quizás uno de los rasgos en los que encontramos diferencia entre el artículo estudiado y el art. 74 del mismo cuerpo legal, está en el tercer párrafo del art. 76 d), en el que se prohíbe cualquier injerencia por parte del asegurador en la actividad del abogado y procurador. Así, mientras en el seguro de responsabilidad civil, el asegurador tiene un interés legítimo en la absolución del

de esta Audiencia Provincial de fecha 19-02-2004, en un supuesto análogo al de autos: “el clausulado transcrito para nada se refiere al “asegurado” sino a otros sujetos concretos a quienes extiende la cobertura del seguro de defensa jurídica contratado.”

⁶⁹ TAPIA HERMIDA, A. J. *“Ley del Contrato de Seguro”*; Editorial Aranzadi, 2ª edición.

⁷⁰ Por ejemplo, en casos en que, sin existir conflicto de intereses con el asegurador, se resuelva el siniestro en una vía transaccional, amistosa o extrajudicial con intervención del abogado libremente designado por el asegurado.

asegurado frente a la reclamación del tercero perjudicado, razón por la cual el art. 74 le concede la dirección jurídica “salvo pacto en contrario”; en el seguro de defensa jurídica, la inexistencia de un interés legítimo del asegurador respecto al pronunciamiento absolutorio o condenatorio del asegurado frente al tercero, nos lleva a reconocer a dicho asegurado la libre dirección técnica.

Por tanto, una de las cuestiones centrales del asunto radica en la diferenciación de los artículos 74 y 76 a) de la LCS; si bien es cierto que la jurisprudencia mayoritaria se muestra bastante uniforme a la hora de fijar los requisitos que distinguen a un precepto de otro, no faltan autores que comienzan a discrepar de la opinión de los tribunales.

La doctrina jurisprudencial establece la distinción del seguro de defensa jurídica con la cobertura de la defensa frente a la reclamación del perjudicado, en que el primero es una modalidad de seguro que, con tal denominación, se regula en la Sección Novena del Título II, artículos 76. a) a 76. g), en la Ley 50/80 de 8 de octubre del Contrato de Seguro, cobertura que, como establece el párrafo primero del art. 76. c), deberá ser objeto de un contrato independiente o de inclusión en capítulo aparte dentro de una póliza única, en cuyo caso habrán de especificarse separadamente el contenido de la defensa jurídica garantizada y la prima que le corresponde; la defensa frente a la reclamación del perjudicado, en cambio, es una cobertura que necesariamente acompaña al seguro de responsabilidad civil salvo pacto en contrario, y ello por disposición del artículo 74 de la misma Ley de Contrato de Seguro, cobertura que, como claramente describe el precepto, únicamente ampara la defensa del asegurado frente a la reclamación de terceros perjudicados.⁷¹

La SAP Badajoz 342/2005⁷² lo expresa en los siguientes términos: “*En consecuencia, para que la cobertura de defensa jurídica contratada pueda considerarse como un contrato independiente, se requiere que consten en las Condiciones Particulares del Contrato, de forma expresa e inexcusable, los siguientes requisitos: 1) El contenido de la defensa jurídica garantizada. 2) La prima que le corresponde. 3) Los derechos reconocidos al asegurado en los artículos 76 d) y 76 e) de la Ley de Contrato de Seguro; requisitos que, salvo el primero, no concurren en el presente caso porque no todos ellos constan en la póliza de seguro concertada por la actora*”.

⁷¹ SAP Cáceres 488/2005 (SECC. 1ª) de 21 de diciembre JUR 2006/27371.

⁷² SAP Badajoz 342/2005 (SECC. 2ª) de 30 de septiembre JUR 2006/11695.

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de 25 noviembre de 2011 de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 2ª) que niega la cobertura de una defensa jurídica diferente a la accesoria al seguro de responsabilidad civil. En concreto, esta sentencia dice: *“El documento número 1 aportado con la demanda, es una póliza de seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación, que tiene su regulación en el artículo 74 de la mentada norma jurídica. La defensa jurídica del contrato de responsabilidad civil de la circulación, es un elemento accesorio o complementario del seguro de responsabilidad civil, diferente del de defensa jurídica, cuyas normas no le son de aplicación, como declara el artículo 76 g de la Ley de Contrato de Seguro. No se regula el contenido de la defensa jurídica diferente a la derivada del contrato de seguro de responsabilidad derivada de la circulación en el documento 1 de la demanda. Esta tesis que mantenida en las sentencias de la Audiencia de Cádiz de 18 de noviembre de 2000 y de 5 de mayo de 2005 y en la doctrina jurisprudencial, sentencias del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2000 y 31 de enero de 2008. Por todo ello, se desestima el recurso de apelación confirmándose la sentencia de instancia.”*

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª) de 11 de noviembre de 2011 entiende que *“este seguro integrado en el de responsabilidad civil —se refiere a la cobertura de defensa del art 74 de la LCS— no se ha de confundir con el seguro de defensa jurídica, artículos 76 a) a 76 g) de la Ley de Contrato de seguro, incorporados por la Ley 21/1990 de 19 de diciembre para adaptar al Derecho Español la Directiva 88/357/CEE sobre libertad de servicios en seguros distintos del de vida y actualización de la legislación de seguros privados, porque éste es un seguro independiente, distintos del de responsabilidad civil que pueda tener el asegurado con la misma compañía o con otra aseguradora, así lo dispone el artículo 76 c) que dispone que este seguro —defensa jurídica— deberá ser objeto de un contrato independiente, sin perjuicio de que pueda incluirse en capítulo aparte dentro de una póliza única, pero en tal caso deberá especificarse el contenido de la defensa jurídica garantizada y la prima que le corresponde (STS de 20 de abril de 2000), y en él el asegurado tiene derecho a elegir libremente procurador y letrado que no estarán sujetos a instrucciones del aseguradora —artículo 76 d) de la LCS— (diferencia ésta que en la práctica puede no ser tal al poder las partes en el seguro de responsabilidad civil y en relación con la asistencia jurídica, pactar al regir salvo en el límite indicado, la autonomía de la voluntad de las partes, la elección de Procurador y letrado que habrán de asistir a la parte)”*.

Por su parte la recientísima sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 2ª) de 12 de marzo de 2014, vuelve a hacer recaer sobre el

asegurado la falta de cumplimiento de las formalidades: “Se observa que no nos encontramos ante un “Seguro de Defensa Jurídica”, regulado en los artículos 76.a) a 76.g) de la Ley de Contrato de Seguro, en el que el derecho del asegurado a elegir libremente al Procurador y Abogado que hubieran de representarle y defenderla (Art. 76.d) de la LCS), constituye el contenido obligatorio (Art. 2 de la LCS), sino ante una garantía pactada de defensa jurídica o cobertura de defensa jurídica anexa a un contrato de seguro, o sea, ante una cobertura más de las contempladas dentro de un seguro de responsabilidad civil del Automóvil, ligada al Art. 74 de la LCS. Para que pudiésemos hablar de un “contrato de defensa jurídica”, ha de tenerse presente que, de acuerdo con el Art. 76.d) de la LCS, debe ser objeto de un contrato independiente y, aunque el propio precepto prevé la posibilidad de incluirse en capítulo aparte, en una póliza única (como parecería ser el caso de autos), es preciso, en tal supuesto, que se especifique el contenido de la defensa jurídica garantizada y la prima que se corresponderla con esa garantía (o la parte que, en la prima total, se corresponde con ella); e igualmente sería necesario, conforme al Art. 76 f), que la póliza del contrato de seguro de defensa jurídica recogiera expresamente los derechos reconocidos al Asegurado en los Artículos 76.d) y 76.e) de la LCS, a saber, el derecho a la libre elección de Abogado y Procurador que hubieran de representarle y defenderle en cualquier clase de procedimientos, incluso en el caso de conflicto de intereses con la Aseguradora, y el derecho a sometimiento a arbitraje de la diferencias entre las partes del contrato.

Pues bien, se observa que, en la póliza examinada no se recoge específicamente ese contenido obligatorio del contrato. De todo ello se deduce que, en orden a la defensa criminal, la Compañía Aseguradora, asume la defensa de Su Asegurado, siempre que se realice bajo la Dirección Letrada de los Abogados de la Compañía y, respecto a la responsabilidad civil, el régimen es el establecido en el Art. 74 de la LCS, que establece que el Asegurador asume la Dirección Jurídica frente a la reclamación del perjudicado y serán de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen, salvo el supuesto en que, el que reclame, este asegurado en la misma compañía o exista algún otro posible conflicto de intereses, en cuyo caso el Asegurado podrá optar entre el mantenimiento de la Dirección Jurídica del Asegurador o confiar su propia defensa a otra persona, en cuyo último supuesto quedará obligado el Asegurador a abonar los gastos de la defensa jurídica hasta el límite pactado en la póliza.

Por tanto, el seguro contratado en la póliza de autos, no tiene otro alcance que el del Art. 74 de la LCS, la asunción con el mismo contenido de la defensa del Asegurado, que no alcanza la libre elección de Procurador y Abogado, ni la imputación su coste a la Aseguradora. Si no estamos ante un “contrato de

defensa jurídica” no sería posible el éxito de la demanda rectora de la litis, ni por tanto, del recurso enjuiciado pues la causa de pedir de la demandante se basa en un supuesto “contrato de seguro de defensa jurídica” que, como hemos visto, es inexistente”.

Estas sentencias ratifican el criterio sentado por la jurisprudencia precedente en el sentido de que para que exista seguro de defensa jurídica se requiere que consten en las Condiciones Particulares del Contrato de forma expresa el contenido de la defensa jurídica garantizada, la prima que le corresponde y los derechos reconocidos al asegurado en los artículos 76 d) y 76 e) de la Ley de Contrato de Seguro.

No obstante, parecen discrepar de esta tesis diversas sentencias como la de la Audiencia Provincial de Cáceres de 22 de octubre de 2002⁷³, que en un supuesto de falta de acuerdo acerca de si se había concertado o no un auténtico seguro de defensa jurídica, afirmaba “...*que con una póliza donde en las condiciones particulares firmada y sellada por la Compañía de seguros se especifica “defensa jurídica hasta 500.000;” no podemos acoger que esa cobertura no estaba pactada. Y ello a pesar de que no conste en un contrato independiente y con todos los requisitos establecidos en el art. 76 después de la modificación de 1990 que en el apartado a) dice en caso de que esa cobertura no conste en un contrato aparte y si forma parte de la misma póliza ha de estar incluido en un apartado aparte dentro de la póliza única en cuyo caso habría de especificar el contenido de la defensa jurídica garantizada y la prima que le corresponde, y como estos requisitos no concurren en el presente supuesto debe entenderse por no constituida esa póliza (...) figura el concepto específico, y la cuantía máxima de reclamación, y aunque no se ha acreditado que la Cía. de Seguros haya procedido a desglosar independientemente qué cuantía del total de la prima correspondería a esa cobertura, no por ello puede quedar sin obtener el asegurado, o en su caso el perjudicado, el resultado de parte de ese contrato de seguro”.*

Resalta la sentencia, que el contrato de seguro es un contrato de adhesión, por lo que, quien debe procurar cumplir las pautas legales de forma en ese negocio, es la aseguradora que lo redacta, por lo que si concierta una determinada cobertura expresamente no puede posteriormente, y porque la propia Compañía no haya cumplido con esos requisitos, querer traspasar al particular las consecuencias de esa falta de formalidades, pronunciándose en los siguientes términos “...*a igual conclusión debe llegarse con la falta de fijar en*

⁷³ SAP Cáceres 25//2002 (SECC. 2ª) de 22 de octubre, JUR 2003/99459.

*los recibos de la prima qué cantidad se pagaba por esa cobertura ya que como se ha expuesto ese cálculo le corresponde a la Cía. de Seguros y por lo tanto si no lo ha hecho no puede repercutirle la consecuencia negativa de ello al asegurado, al que la Cía. le tiene firmada y reconocida una determinada cobertura, entre ellas y en este caso específico la defensa jurídica hasta 500.000 Ptas (...). Solventadas todas las cuestiones suscitadas debe deducirse la existencia de la cobertura de defensa jurídica y por lo tanto habiéndose llevado a cabo esa defensa, los gastos derivados de la misma deben imponerse a la Compañía demandada dado el contrato de seguros existente.*⁷⁴

Entiende esta sentencia que no puede beneficiar a la aseguradora el incumplimiento de su obligación de precisar qué parte de la prima que cobra por diversos conceptos, entre ellos el de defensa jurídica, corresponde a este contrato especial, es decir, si en las pólizas se recoge con carácter genérico la cobertura de la defensa jurídica, el hecho de que la Compañía no especifique qué cuantía concreta de la prima se asigna a la misma, no puede perjudicar al asegurado, ya que en este caso, se produciría una vulneración de sus derechos básicos como consumidor⁷⁵; como nos recuerdan entre otras muchas, las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba en sentencia de 4 de noviembre de 1.999, de Salamanca, en sentencia de 13 de marzo de 2.002 y de Huelva, en sentencia de 17 de abril de 2.002, que la oscuridad de los contratos no puede favorecer a la parte más fuerte en la contratación, que es la que redacta los documentos y a la que se adhiere el asegurado.

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de 17 septiembre de 2010 de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 3ª) que atiende al límite establecido⁷⁶ para el seguro de protección jurídica por el asegurador en relación con las coberturas ofrecidas para afirmar que nos encontramos ante un seguro de defensa jurídica —con todas las consecuencias derivadas de esta

⁷⁴ En términos similares, la SAP Murcia 331/2003 (SECC. 1ª), de 11 de noviembre, JUR 2004/76492, y la SAP Murcia núm. 173/2004 (SECC. 1ª), de 31 de mayo, JUR 2004/290357.

⁷⁵ Art. 2 Ley General para la Defensa los Consumidores y Usuarios: “I. Son derechos básicos de los consumidores y usuarios:

b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular, frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.

2. Los derechos de los consumidores y usuarios serán protegidos prioritariamente cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado”

Art. 10 LGDCU: “En caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor.”

⁷⁶ Hasta un millón de pesetas (6.000 euros), cantidad diez veces superior a la que actualmente, 13 años después, se viene estableciendo como límite.

calificación en términos de derechos del asegurado— aun cuando las condiciones de la póliza no lo recojan expresamente: “Conforme a los razonamientos precedentes, la línea divisoria que separa la dirección jurídica que el artículo 74 reconoce al asegurador de la responsabilidad civil, de lo que es propiamente seguro de defensa jurídica, no puede trazarse con criterios formalistas, deteniéndose en la existencia o no de los requisitos previstos por el art. 76.c), reguladores de la autonomía formal, económica y objetiva del seguro de defensa jurídica, porque ello dejaría al arbitrio de la compañía de seguros, redactora de la póliza, la naturaleza misma del contrato. Para saber si nos encontramos ante una clase u otra de seguro, habrá de estarse a los intereses en juego, de modo que, si las consecuencias del proceso o conflicto jurídico a que se enfrenta el asegurado van a recaer directamente sobre el asegurador en atención a la cobertura de responsabilidad civil, estaremos dentro de los límites del art. 74; caso contrario, estaremos ante un seguro de defensa jurídica”. En este caso la póliza establece las garantías contratadas (doc. nº 1 anexo a la demanda), responsabilidad civil de suscripción obligatoria, voluntaria ilimitada, incendio, robo de vehículo, rotura de lunas, accidentes corporales del conductor, privación permiso de conducir diario hasta dos mil pesetas por periodo de un año, seguro de asistencia en viaje, y, seguro de protección jurídica hasta un millón de pesetas, ascendiendo la prima de la póliza en total a 81.199 ptas. en enero de 2.001, fecha de la póliza. Si no se hubiesen contratado todas estas coberturas la prima habría sido menor, de lo que deducimos que el seguro de defensa jurídica se contrata de forma expresa por el asegurado aun cuando en las condiciones particulares no conste de forma expresa, de lo contrario, en caso de estar ante un seguro de responsabilidad civil ex art. 74, no hubiese sido necesario incluir la cobertura de protección jurídica...”.

IV LIMITACIONES DE LAS ASEGURADORAS

Quizás la limitación más significativa, sea la de la elección propiamente dicha del profesional que el asegurado considere más adecuado en los supuestos del art. 74 de la LCS del cual ya nos hemos ocupado; así “salvo pacto en contrario” será el asegurador quien asuma la dirección jurídica, incluyendo la designación del Abogado y Procurador⁷⁷.

⁷⁷ SAP Zamora 342/2005 (SECC. 1ª) de 15 de diciembre, AC 2005/2303, entre otras.

A) Límite cuantitativo

El profesor TIRADO SUAREZ⁷⁸, se ocupó de esta materia en lo que él denominó “Las cortapisas de los aseguradores a la libre elección”; comenzaba apuntado como la limitación más frecuente de las aseguradoras en este tema, es una de tipo económico; el establecimiento de una cantidad prefijada en las condiciones particulares de la póliza, que cifraba, en algunas pólizas, en 3.000 euros, lo que le llevaba a preguntarse como primera cuestión, si se trata de una delimitación del riesgo o de una cláusula limitativa de derechos, o abusiva, en el supuesto de que la suma asegurada fuera ridícula, citando como ejemplo un límite 600 euros, que en el momento de su ponencia —en el XXII Congreso de Derecho de la Circulación— era extraño encontrar, pero que ahora —8 años después— es muy habitual.

No obstante, la “suma asegurada”, en función de su estipulación contractual, puede ser ilimitada —ya quedan pocas pólizas de este tipo⁷⁹—, limitada e incluso contener una fórmula “mixta”, es decir, limitada en libre elección de profesional e ilimitada en prestación de servicios por los letrados de la aseguradora. En este último sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 24 de octubre de 2003⁸⁰ declaró la validez de la fórmula “suma asegurada en libre designación e ilimitada en prestación de servicios”, sin perjuicio de su carácter limitativo.

Sobre este extremo, OLMOS PILDÁIN⁸¹ sostiene que la cantidad máxima contratada constituye una delimitación de cobertura, y no puede confundirse con limitación de derecho. Una aceptación económica y de necesidad de equilibrio de prestaciones del contrato, en relación a la prima, abogaría también a favor de dicha tesis. A su vez, el principio sobre el que descansa el ejercicio de la abogacía de libertad del abogado en la fijación de sus honorarios, queda respetado. La limitación de cobertura económica, no incide en los honorarios del abogado, cuyo profesional ajeno a la relación contractual del seguro, frente a su cliente/asegurado, le asiste el derecho a cobro de la totalidad de los honorarios pactados. La fórmula mixta, le ofrece mayor duda. La autora reseñada, a

⁷⁸ TIRADO SUÁREZ, F. J. “*La libre elección de profesionales en el seguro de defensa jurídica*”, XXII Congreso de derecho de la Circulación, celebrado en Madrid los días 24 y 25 de abril de 2006.

⁷⁹ Suelen ser pólizas que cubren a colectivos lo suficientemente amplios para tener el “peso” o la “fuerza” necesaria para poder pactar este tipo de cláusulas ilimitadas.

⁸⁰ SAP Navarra 252/2003 (SECC. 1ª) de 24 de octubre, JUR 2003/271868

⁸¹ OLMOS PILDÁIN, A. “*El seguro de defensa jurídica*”, Editorial Aranzadi, 1997.

diferencia del supuesto anterior, mantiene que ello puede constituir una limitación encubierta al derecho de libre elección del asegurado. Debemos pues preguntarnos si en definitiva, representa una restricción *contra legem*, al prever la ley en plano de igualdad las dos opciones (gastos/prestación de servicios) de la prestación.

Entre la jurisprudencia menor se mantienen distintas posiciones, así la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 26 de octubre 2005 defendía el límite de la suma asegurada como cláusula delimitadora, al igual que la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7^a)⁸² de 5 noviembre de 2010, que considera que el establecimiento en una condición de la póliza de la forma en la que debe ejercitarse el derecho a la libre elección de abogado, no la convierte automáticamente en limitativa de aquel derecho sino en delimitadora del riesgo cubierto, por lo que es válida aun cuando no cumpla los requisitos del art. 3 de la LCS: *“A la vista de cuanto antecede se estima, tal como hace la sentencia de instancia, que nos hallamos frente a una cláusula meramente delimitadora del riesgo y de las condiciones en que debe ser ejercido dicho derecho de libre elección de letrado, pues en las mismas se define la forma de ejercicio, sin restringir o limitar ese derecho como sería propio de una cláusula limitadora, pues con la misma no se trata de excluir determinados supuestos para la libre elección de profesional sino de encauzar y determinar su ejercicio. Requisitos que la propia parte conocía pues ya en la propia demanda señaló que para proceder a la reclamación, procedió a comunicar a la compañía aseguradora demandada la libre designación de letrado. Comunicación que como se desprende del examen de los documentos, no consta fuera comunicado con carácter previo, como así venía exigido, pues el acuerdo transaccional con la compañía contraria se alcanzó en noviembre de 2008, fecha en que se extendió el cheque quedando saldado y finiquitado, y el escrito remitiendo a Mutua Madrileña la minuta por la asistencia letrada es de fecha 7/04/2009, no constando comunicación previa por parte del asegurado a quien correspondía probar el cumplimiento de esta obligación, lo cual no ha realizado, sin que su inactividad, puede derivarse hacia la compañía aseguradora”*.

En el mismo sentido, la sentencia de 3 octubre de 2011 de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1^a)⁸³ admite que la delimitación de la cobertura se establezca en una cláusula no resaltada ni expresamente aceptada: *“es perfectamente aplicable el límite de cobertura que aparece en el apartado coberturas*

⁸² SAP Asturias 468/2010 (SECC. 7^a) de 5 noviembre, JUR 2011\22050.

⁸³ SAP Girona 377/2011 (SECC. 1^a) de 3 octubre, JUR 2011\412110.

contratadas, sin que para a ello sea obstáculo el que la copia del contrato que ha sido aportada no aparezca firmada. Parece sostener el apelante que se trata de una cláusula limitativa de derechos, por lo que estaría sujeta al requisito de expresa aceptación por el asegurado establecido en el artículo 3 de la Ley del Contrato de Seguro, lo que en este caso, obviamente, no se habría producido. Lo cierto es que no puede aceptarse tal interpretación, pues la cláusula de constante referencia debe ser calificada como delimitadora del riesgo y no como limitativa de derechos con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida también de forma reiterada en las resoluciones de esta Sala, así resulta sin duda de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2006 cuando señala “Estas cláusulas delimitadoras del riesgo son, pues, aquellas mediante las cuales se individualiza el riesgo y se establece su base objetiva; tienen esta naturaleza las que establecen “exclusiones objetivas” (STS de 9 de noviembre de 1990) de la póliza en relación con determinados eventos o circunstancias, siempre que respondan a un propósito de eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato o con arreglo al uso establecido y no se trate de cláusulas que delimiten el riesgo en forma contradictoria con las condiciones particulares del contrato, o de manera no frecuente o inusual (SSTS de 10 de febrero de 1998, 17 de abril de 2001, 29 de octubre de 2004, 11 de noviembre de 2004 y 23 de noviembre de 2004)”.

Por su parte, LASO PENA,⁸⁴ afirma que serán restrictivas de la libertad de elección de abogado y procurador aquellas cláusulas que, sea cual sea la fórmula empleada, contengan límite de cuantía económica distinto entre grupos de profesionales, como suele ocurrir entre los profesionales, llamados en las aseguradoras “de libre designación” y los profesionales pertenecientes a la red jurídica de la aseguradora, condicionando de este modo la elección de profesional, vulnerando así el art. 76 d), incurriendo por tanto en causa de nulidad conforme al citado art. 6.3 del Código Civil.

Como ya hemos dicho, la cláusula de límite cuantitativo plantea en la práctica dualidad en las interpretaciones que la jurisprudencia menor hace acerca de si dicha cláusula constituye una delimitación de cobertura o una limitación de derecho del asegurado a la tutela jurídica. Si optamos por la segunda interpretación, sería necesaria la aceptación expresa por escrito del asegurado (art. 3 de la LCS), son muchas las sentencias que exigen este requisito de aceptación

⁸⁴ LASO PENA, J. M: “*El incomprendido seguro de defensa jurídica*”, en revista de Tráfico, marzo-abril 2006, nº 5.

expresa, así la SAP Jaén de 26 de junio de 2003⁸⁵ declara “... *combate la Sentencia únicamente en este particular la aseguradora denunciando infracción del art. 3 de la LCS por entender, con toda razón, que el límite económico de garantía constituye cláusula definidora y delimitadora del riesgo y no mera cláusula restrictiva de los derechos objeto de Sala y en el mismo sentido se ha resuelto por la jurisprudencia que las cláusulas que constituyen límite cuantitativo de la garantía asegurada pertenecen a las llamadas cláusulas que delimitan el objeto y el ámbito del seguro, entre las que están, en palabras de la STS de 2 de febrero de 2001, y todas las que cita, en respuesta a un supuesto parecido, las que definen el riesgo y las que determinan, como aquí ocurre, el alcance económico*”.⁸⁶

En el mismo sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 27 de marzo de 2006⁸⁷ considera la suma asegurada como limitativa y solamente eficaz en el supuesto de que haya sido aceptada por el asegurado de forma expresa: “*El argumento que sin duda es atractivo y encuentra innegable fundamento en los preceptos transcritos, pero no ha de ser aceptado por el Tribunal que resuelve el recurso, pues, aun volviendo a la tan reiterada como certera dificultad implícita en todo intento de distinguir las cláusulas limitativas de derechos y las definitorias del riesgo, partiendo del hecho cierto que toda precisión añadida al riesgo primeramente definido termina siendo por lo general cláusula limitativa de derechos, el pacto por el que en el caso presente se permitía al asegurado la libre designación de letrado apartándose así del régimen general autorizado en aquellos preceptos, no es más que pacto, condición o cláusula que consiente la aplicación del supuesto excepcional, pero que no supone necesariamente el establecimiento de un límite cuantitativo sólo hasta el cual la compañía de seguros se comprometa a satisfacer unos honorarios, y fuera de los cuales quede libre de todo pago, que es limitación añadida al pacto primero que consiente el caso especial, y que como tal debe ser objeto de la aceptación expresa impuesta en aquel artículo 3º de la Ley, por lo que, no habiendo sido cumplido dicho requisito en el caso presente, la limitación incluida en las condiciones generales no puede surtir efectos frente al asegurado*”.⁸⁸

⁸⁵ SAP Jaén 187/2003 (SECC. 2ª) de 26 de junio, JUR 2003/191280.

⁸⁶ En el mismo sentido, SAP Jaén de 14 de enero de 2002, SAP Zaragoza de 27 de marzo de 2006, entre otras.

⁸⁷ SAP Zaragoza 172/2006 (SECC. 5ª) de 27 de marzo, JUR 2006/131893.

⁸⁸ En el mismo sentido STS de 5 de junio de 1997 (RJ 1997,4607), 10 de febrero de 1998 (RJ 1998,752), 18 de septiembre de 1999 (RJ 1999,6940), 16 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9195), 17 de abril de 2001 (RJ 2001, 5279) entre otras.

En igual sentido se pronuncia también la sentencia de 1 julio de 2011⁸⁹ de la Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 5ª) que califica de limitativa cualquier restricción o excepción al derecho del asegurado a libre elección del Procurador y Abogado: *“Siendo el objeto cubierto por el Seguro de Defensa Jurídica los gastos en que pueda incurrir el asegurado en un procedimiento judicial (arbitral o administrativo) para la reclamación de daños derivados de accidente de circulación del vehículo asegurado, así como el servicio de asistencia jurídica judicial y extrajudicial, con derecho del asegurado a libre elección del Procurador y Abogado, es evidente que cualquier restricción o excepción de esta cobertura constituye una cláusula limitativa y restrictiva de los derechos del asegurado, que para resultar oponible a éste “deberán ser específicamente aceptadas por éste” (art. 3 de la Ley de Contrato de Seguro). Reparemos en que en el seguro de defensa jurídica concertado entre las partes el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en este contrato, a la prestación de los servicios de asistencia jurídica judicial y extrajudicial al asegurado (...) así como al pago de los gastos en que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de dicha intervención. Entre estos gastos figuran los honorarios por la asistencia jurídica judicial o extrajudicial de letrado y por lo tanto cualquier limitación de este derecho inicialmente otorgado como cobertura, debe reunir los requisitos del art. 3 de la LCS”.*

Interesa destacar que la doctrina ha apuntado, entre ellos TAPIA HERMIDA⁹⁰, que el establecimiento de límites cuantitativos ridículos en los honorarios profesionales del abogado libremente designado que resultan cubiertos por las pólizas podría llevar a considerar que dichas cláusulas no solo son implícitamente limitativas del derecho del asegurado a la libre elección de abogado sino que incluso podrían considerarse lesivas o abusivas. A este respecto, interesa dejar constancia de que la jurisprudencia más reciente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha establecido, con carácter general, que la cláusula que fija la cuantía de la cobertura debe considerarse delimitadora del riesgo cubierto y solo merece la calificación de limitativa de los derechos del asegurado —y por lo tanto sujeta a los requisitos especiales del art. 3 de la LCS— cuando aquella limitación de la suma asegurada aparece como cláusula sorpresiva porque contradice el contenido natural del seguro contratado o el resto de condiciones de la póliza.

⁸⁹ SAP A Coruña (SECC. 5ª) 286/2011, de 1 julio, JUR 2011\309868.

⁹⁰ TAPIA HERMIDA, A.J. ob. cit. Manual de Ponencias del XIII Congreso Nacional editado por SEPIN.

Cabe citar la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2013⁹¹ que en su Fundamento de Derecho Tercero señala: “*La sentencia del Pleno de esta Sala núm. núm. 853/2006, de 11 de septiembre (recurso núm. 3260/1999), sienta una doctrina, recogida posteriormente en otras muchas sentencias, que considera que las estipulaciones delimitadoras del riesgo son las cláusulas que tienen por finalidad delimitar el objeto del contrato, de modo que se concreten qué riesgos son objeto del contrato de seguro, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial. Por su parte, las cláusulas limitativas de derechos válidamente constituidas van a permitir limitar, condicionar o modificar el derecho del asegurado, y por tanto la indemnización, cuando el riesgo objeto del seguro se hubiera producido. Sentencias posteriores, como las núm. 516/2009, de 15 de julio, (recurso núm. 2653/2004), núm. 268/2011, de 20 de abril (recurso núm. 1226/2007) y núm. 598/2011, de 20 julio, (recurso núm. 819/2008), han considerado que la determinación positiva del concepto de cláusula limitativa de derechos del asegurado debe hacerse por referencia al contenido natural del contrato derivado, entre otros elementos, de las cláusulas identificadas por su carácter definidor, de las cláusulas particulares del contrato y del alcance típico o usual que corresponde a su objeto con arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora.*”

De estos criterios se sigue que el carácter limitativo de una cláusula puede resultar, asimismo, de que se establezca una reglamentación del contrato que se oponga, con carácter negativo para el asegurado, a la que puede considerarse usual o derivada de las cláusulas introductorias o particulares. No es ese el caso de la cláusula que establece la cuantía que alcanza la cobertura de la responsabilidad civil asegurada, que es una cláusula no solo usual sino exigida (art. 8.5 de la Ley del Contrato de Seguro) para que quede determinado uno de los elementos esenciales del contrato de seguro de responsabilidad civil.

No estamos ante una cláusula sorpresiva que restrinja el ámbito de la cobertura del seguro tal como resultaría de otras cláusulas de la póliza de seguro. En el caso de autos, la cláusula se encuentra en la segunda página de las condiciones particulares, tras la identificación de los elementos personales del contrato, la fecha de iniciación y la duración del contrato y la localización de la vivienda asegurada, esto es, entre las menciones de los elementos principales del contrato, en un amplio cuadro de texto con una columna para la descripción de las garantías contratadas y bienes asegurados, otra para el capital asegurado

⁹¹ STS 417/2013 de la Sala Primera, de 27 de junio de 2013 (recurso 489/2011, La Ley 118682/2013).

y otra para la prima correspondiente a cada garantía, con una tipografía y un tamaño de letra adecuado para su clara visibilidad.

Como conclusión de lo expuesto, la fijación de la cuantía de la cobertura de la responsabilidad civil contenida en la póliza de seguro objeto del litigio no es una cláusula limitativa de los derechos del asegurado, pues no lo son las que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial, incluyendo en estas categorías la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada o contratada (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 82/2012 de 5 marzo, recurso núm. 838/2009)”.

Esta sentencia hay que ponerla en relación con la también sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 19 de julio de 2012⁹², que igualmente dice que “*No son cláusulas limitativas de los derechos del asegurado las que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial, incluyendo en estas categorías la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada o contratada.*” Pero añade que “*Las cláusulas delimitadoras del riesgo establecen exclusiones objetivas de la póliza o restringen su cobertura en relación con determinados eventos o circunstancias, siempre que respondan a un propósito de eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato (fijado en las cláusulas particulares, en las que figuran en lugar preferente de la póliza o en las disposiciones legales aplicables salvo pacto en contrario) o en coherencia con el uso establecido y no puede tratarse de cláusulas que delimiten el riesgo en forma contradictoria con el objeto del contrato o con las condiciones particulares de la póliza, o de manera no frecuente o inusual*”. Párrafo este último al que se acoge cierta doctrina para entender que tanto las cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto y las limitativas de los derechos de los asegurados, deben respetar el principio de congruencia con el propio objeto del seguro, no pudiendo vaciarlo de contenido, pues de lo contrario podrían ser declaradas abusivas.

En este sentido SALAS CARCELLER⁹³, magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo, señala que “*en relación con el seguro específico de defensa jurídica — artículos 76 a) a 76 g) de la LCS— interesa destacar, cómo la*

⁹² Sentencia 489/2012, de 19 de julio, de la Sala Primera del Tribunal Supremo, RJ 2012/8999. Ponente Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

⁹³ SALAS CARCELLER, A. “*Consecuencias de la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de seguro. Supuestos que dejan sin contenido el contrato e imposibilitan su cumplimiento.*”; ponencia presentada al XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Sabadell, 6, 7 y 8 de noviembre de 2014, e incluida en el manual de ponencias editado por SEPIN, 2014, pág. 385 y ss.

doctrina ha señalado, que el establecimiento de límites cuantitativos muy bajos en los honorarios profesionales del abogado libremente designado por el asegurado podría llevar a considerar que dichas cláusulas tienen carácter lesivo en tanto que desnaturalizan dicho seguro. Asimismo se plantea en estos casos el problema de si se trata de cláusula de delimitación del riesgo o limitativa de los derechos del asegurado. Entiendo que en realidad se trata del alcance de la cobertura, que debe figurar necesariamente en la póliza —no en las condiciones generales, que se pueden añadir a la póliza o figurar en un documento aparte— como contenido que se exige por el apartado 5 del artículo 8 de la LCS —distinto del apartado 3 que se refiere a la naturaleza del riesgo— y evidentemente ha de ser conocido por el asegurado en el momento de formalizar el seguro, como lo ha de ser de modo especial el riesgo asegurado y su delimitación”.

Resulta muy esclarecedora la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 22 de abril de 2016⁹⁴, que analiza dos aspectos muy importantes a tener en cuenta, por un lado las expectativas razonables del asegurado al contratar un seguro y por otro, las cláusulas que en la práctica vacían de contenido el aseguramiento, que desarrolla en ambos casos de forma muy acertada. Dicha sentencia va referida a un supuesto de seguro de mercancías, pero cuyos razonamientos bien pudieran extrapolarse, como veremos a continuación, a aquellos supuestos de seguro de defensa jurídica en los que se haya establecido un límite cuantitativo tan bajo que no cubra las mínimas expectativas razonables de cobertura del asegurado, suponiendo en la práctica dejar sin contenido el aseguramiento contratado.

Con respecto a las expectativas razonables del asegurado, la sentencia afirma textualmente: *“Cuando legislativamente se estableció un régimen específico para que determinadas condiciones generales del contrato de seguro alcanzasen validez, se estaba pensando precisamente en las cláusulas que restringen la cobertura o la indemnización esperada por el asegurado. Estas cláusulas pueden ser válidas, pero para ello se requiere que el asegurado haya conocido las restricciones que introducen —es decir, que no le sorprendan— y que sean razonables, que no vacíen el contrato de contenido y que no frustren su fin económico y, por tanto, que no le priven de su causa.”* Añadiendo más adelante: *“Como dicen las sentencias 516/2009, de 15 de julio, y 601/2010, de 1 de octubre, el carácter limitativo de una cláusula puede resultar del hecho de que se establezca una reglamentación del contrato que se oponga, con carácter negativo para el asegurado, a la que puede considerarse usual o derivada de*

⁹⁴ Sentencia 273/2016, de 22 de abril, de la Sala Primera del Tribunal Supremo, N° de Recurso: 63/2014. Ponente Excmo. Sr. Pedro José Vela Torres.

las cláusulas introductorias o particulares. El principio de transparencia, que constituye el fundamento del régimen especial de las cláusulas limitativas, opera, en efecto, con especial intensidad respecto de las cláusulas que afectan a la reglamentación del contrato”.

Y con respecto a las cláusulas que en la práctica vacían de contenido el aseguramiento, la sentencia asevera que *“nos encontraríamos más ante una cláusula lesiva que ante una meramente limitativa, si entendemos por lesiva aquella que reduce considerablemente y de manera desproporcionada el derecho del asegurado, vaciándolo de contenido, de manera que es prácticamente imposible acceder a la cobertura del siniestro. En definitiva, impide la eficacia de la póliza.”* Añadiendo a continuación que *“La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado la diferenciación que hace el art. 3 de la LCS entre cláusulas lesivas y limitativas, en tanto que éstas últimas son válidas, aun cuando no sean favorables para el asegurado, cuando éste presta su consentimiento, y de modo especial, al hacer una declaración de su conocimiento; mientras que, las cláusulas lesivas son inválidas siempre. Es decir, el concepto de condición lesiva es más estricto que el de cláusula limitativa, ya que hay cláusulas limitativas válidas, pero las lesivas son siempre inválidas (sentencia 303/2003, de 20 de marzo)”.*

El ponente de la sentencia anterior, VELA TORRES, pone de manifiesto⁹⁵ que *“La jurisprudencia más reciente considera, tanto en el caso de los seguros de defensa jurídica asociados a otras modalidades de seguro, como en su propia modalidad típica, que las cláusulas que limitan cuantitativamente el importe de la cobertura correspondiente a los gastos de defensa del asegurado no tienen la naturaleza de delimitadoras de la cobertura, sino que son limitativas de los derechos del asegurado, y por tanto, sometidas en su validez a las exigencias del art. 3 de la LCS. Así lo indica expresamente la STS núm. 481/2016, de 14 de julio”.*

La referida sentencia de Tribunal Supremo de 14 de julio de 2016⁹⁶, analiza un supuesto de conflicto de intereses dentro del seguro de defensa jurídica, casando la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya y condenando al pago de 66.328,17 euros de honorarios frente a los 1.500 euros estimado por la misma en aplicación del límite establecido en la póliza de Seguros AXA:

⁹⁵ VELA TORRES, P.J. “Condiciones generales en el contrato de seguro. Cláusulas lesivas por desnaturalización del objeto”, ponencia presentada al XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Málaga, 10, 11 y 12 de noviembre de 2016, e incluida en el manual de ponencias editado por SEPIN, 2016, pág. 255.

⁹⁶ Sentencia 481/2016, de 14 de julio, de la Sala Primera del Tribunal Supremo, N° de Recurso: 1644/2014. Ponente Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana.

“estamos ante un conflicto de intereses, puesto que la aseguradora del actor era también aseguradora del demandado y asimismo demandada en el pleito del que derivan los honorarios ahora reclamados. Supone que no ha sido la libre voluntad del asegurado sino el propio conflicto lo que obligó al asegurado a tener que nombrar abogado y procurador para reclamar el daño sufrido”.

Más adelante continua diciendo: *“Extender el límite máximo de la obligación del asegurador a los mil quinientos euros supone, en primer lugar, una limitación a la libre designación de abogado y procurador necesario para la efectividad de la cobertura, y, en segundo, derivar contra el asegurado una interpretación extensiva y contraria a su interés, que es el que se protege en esta suerte de contratos de adhesión. El efecto no es otro que el rechazo de una cláusula limitativa del derecho del asegurado, cuya validez está condicionada al régimen especial de aceptación previsto en el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro”.*

Asimismo, la sentencia de 14 de julio de 2020, del Pleno de la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo⁹⁷, establece que sería deseable acudir, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, a un índice de referencia para calificar el límite como delimitador de la cobertura y evitar litigios como el presente. Dice expresamente que *“Uno de ellos podría ser, a título de ejemplo, fijar como límite el importe orientativo del baremo de los colegios profesionales”*, añadiendo a continuación que *“evidentemente el índice lo será en función del límite de la cobertura del seguro de responsabilidad civil contratado”*, y más adelante precisa: *“Decimos uno de ellos, pero podría ser cualquier otro índice, que sea claro y transparente, y que esté sujeto a reglas objetivas y sustraídas a la fijación subjetiva y caprichosa por parte de las aseguradoras, de cuya aplicación resulte un límite que permita razonablemente sufragar los gastos de defensa del asegurado. De ese modo se conseguiría un equilibrio entre los intereses del asegurado y de la aseguradora”.*

Del mismo modo esta sentencia de 14 de julio de 2020 establece que la fijación en la póliza de dicho límite puede calificarse, en principio, como cláusula delimitadora del riesgo, pero no de forma categórica, porque las circunstancias del caso pueden determinar su consideración como limitativa de los derechos del asegurado, e incluso lesiva, cuando se fijan unos límites notoriamente insuficientes en relación con la cuantía cubierta por el seguro de la responsabilidad civil. En tal caso, dichas cláusulas son implícitamente limitativas del derecho del asegurado a la libre elección de abogado, porque restringen la cobertura esperada y queda desnaturalizada la defensa jurídica accesoria al

⁹⁷ Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

seguro de responsabilidad civil, tal y como sucede en este caso, donde el límite fijado se separa ostensiblemente de la cuantía minutada conforme al baremo orientador elaborado por el colegio profesional, en relación con el quantum de la responsabilidad civil reclamada en la demanda y la suma asegurada. Aunque la sentencia establece unas pautas para distinguir entre un límite insuficiente o suficiente, en orden a la calificación de la cláusula al considerar que, por razones de seguridad jurídica, podría acudirse —siempre con respeto a la autonomía de la voluntad—, a índices de referencia como podría ser fijar como límite el importe orientativo del baremo de los colegios profesionales, o cualquier otro índice que sea claro y transparente y que esté sujeto a reglas objetivas, no podemos dejar pasar por alto, que esta línea interpretativa abrirá en la práctica una nueva vía de conflicto entre asegurado y aseguradora, que en muchos casos deberá resolverse en los Tribunales, lo que supone que el conflicto en torno a esta cuestión no se zanja definitivamente con esta sentencia, ni tampoco con la que ahora comentamos de 24 de febrero de 2021.

Y ya para terminar este límite cuantitativo, tenemos que hacer un análisis especial de la importante sentencia de la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2021⁹⁸, que estima el recurso de casación planteado contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17) de 15 de marzo de 2018, determinando que el límite de 600 euros establecido en las pólizas de defensa jurídica es lesivo, aun cuando el condicionado particular donde se fija esté firmado. La transcendencia de este pronunciamiento va más allá de la declaración de nulidad de dicho límite, pues el estudio y la referencia que hace a la jurisprudencia del TJUE muestra el camino que nuestro Alto Tribunal va a seguir en materia de derecho de seguros.

En síntesis, el Tribunal Supremo considera lesivo ese límite de la siguiente forma: *“Con todo, la fijación de una cuantía tan reducida que por ridícula haga ilusoria la facultad atribuida de libre elección de los profesionales, equivale en la práctica a vaciar de contenido la propia cobertura que dice ofrecer la póliza. Esto es lo que ha sucedido en el caso puesto que, ante el abanico de posibles pretensiones que pudieran ejercitarse en defensa de los intereses del asegurado en caso de siniestro, la cuantía de 600 euros fijada en la cláusula resulta lesiva, pues impediría ejercer el derecho a la libre elección de abogado y/o procurador, al no guardar ninguna proporción con los costes de la defensa jurídica.”*

⁹⁸ Sentencia nº 101/2021, de 24 de febrero de 2021, de la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo. Ponente Excm. Sra. D^a M^a Ángeles Parra Lucán.

Es también interesante ver cómo la sentencia que comentamos de 24 de febrero de 2021 pretende desmontar —páginas 14 y 15— la teoría de que la cobertura está en base a la prima, pues en definitiva la prima es la esperanza matemática de la siniestralidad y su cálculo actuarial debe estar reflejado en las bases técnicas del producto, que es un documento público y que debe ser suscrito por un actuario, según el ROSSEAR y el ROSSP. El problema es que la defensa de la aseguradora en ningún momento se refiere a las bases técnicas que se tuvieron presentes para fijar dicha prima, que como digo es donde se puede resolver si la ecuación de equilibrio de la prima basada en el principio de KAAAN tiene o no recogido el límite de 600 euros. Aunque realmente daba igual que se hubiese acreditado dicho extremo, pues la lesividad la basa nuestro Alto Tribunal en la desnaturalización de dicho seguro, con independencia de que la prima fuera o no la correspondiente al riesgo asegurado. No tiene sentido —viene a decir esta sentencia, pero con otras palabras— poner a la “venta” un seguro que cubre solo el 5% de los casos a los que va referido, pues como ya dijera la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2016 (ponente Pedro Vela), aunque referida en ese caso a un seguro de transporte, en esos supuestos en los que el seguro está prácticamente vacío de contenido, se desnaturaliza la esencia del mismo al no cubrir las expectativas razonables de cualquier asegurado.

En conclusión, esta sentencia —que claramente se veía venir dada la postura mantenida estos últimos años por nuestro Tribunal Supremo y los magistrados que componen su Sala Primera— debería servir de toque de atención al sector asegurador, dicho sea con el máximo respeto hacia su autonomía de decisión, para que tenga presente como la jurisprudencia está poniendo en valor los “buenos” seguros sobre aquellos seguros “low cost” cuya cobertura es muy pequeña, aunque también la prima lo sea, pues lo relevante es que el seguro cumpla el objetivo para el que se contrata.

En todo caso, con posterioridad a esta sentencia de nuestro Alto Tribunal, se han dictado sendas sentencias por la Audiencia Provincial de A Coruña⁹⁹, de 21 de enero de 2022, y por la Audiencia Provincial de Navarra¹⁰⁰, de 7 de junio de 2022, que haciéndose eco de la misma y siguiendo su doctrina, declaran nulo un límite máximo de cobertura de 1.000 euros, al considerar que la cláusula que fija en dicho importe la cobertura máxima, deja prácticamente vacía de contenido la propia cobertura y la facultad de libre elección de los profesionales

⁹⁹ SAP de A Coruña, SECC. 5ª, Sentencia 20/2022 de 21 Ene. 2022, Rec. 574/2020.

¹⁰⁰ SAP de Navarra, SECC. 3ª, Sentencia 398/2022 de 7 Jun. 2022, Rec. 1822/2021.

jurídicos ofrecidas por el seguro de defensa jurídica, resultando limitativo y lesivo o abusivo y sin efecto.

B) Límite cualitativo

Cuando se trata de limitar los honorarios del Letrado en función de las cantidades conseguidas al asegurado, de forma que si no se ha conseguido nada, el asegurador queda libre de responsabilidad. En la jurisprudencia menor, existe una amplia discusión sobre esta materia, anotándose como favorables a la cuantía del procedimiento y no al resultado del mismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia de 13 de marzo de 2002, así como la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 16 de julio de 2004¹⁰¹, afirmando esta última que “...consecuencia de lo antes indicado es que el Abogado elegido tiene plena libertad para decidir la estrategia a seguir y, dentro de ella, la cantidad que procedía reclamar al tercero responsable. No puede, por ello, pretenderse que sus honorarios son excesivos ni que deben rebajarse en función de la cantidad conseguida. De acuerdo con reiterada Jurisprudencia (Sentencias de 27-07-92, 24-06-93, 18-11-93, 25-11-93, entre otras), las minutas de éstos se fijarán en función de cuál haya sido la cuantía del procedimiento y no en razón del resultado del proceso. Se aplicarán además, las tarifas comprendidas en esas normas a falta de pacto expreso. En consecuencia una vez que se determine que los honorarios de Abogado no han de limitarse a la cantidad obtenida sino a la reclamada, y acreditado su importe, resultaba obligado su pago por la aseguradora”.

Por otro lado, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 28 de julio de 2005¹⁰², se ocupa del supuesto de condena en costas al asegurado, planteando éste la cobertura de las mismas dentro de lo que la póliza incluye como “defensa jurídica”; la Sala resuelve en los siguientes términos “...se vinculan “Los gastos” no a los que se ocasionen en el procedimiento, sino a los que se originen para la defensa del asegurado, y razón por la que se estima el recurso en el sentido de excluir de la condena la partida relativa a las costas procesales, manteniendo la referida a gastos de representación y defensa...”.

Incluimos también en este apartado la cláusula de inviabilidad de la reclamación: se trata de otro tipo de cláusula limitativa, y consiste en la prestación de cobertura únicamente para el caso de prosperar la demanda. La dificultad de establecer con carácter previo la viabilidad de la demanda, hace

¹⁰¹ SAP Asturias de 16 julio de 2004 (Aranzadi civil 2004/1184).

¹⁰² SAP Asturias 291/2005, de 28 de julio, JUR 2005/188344.

complicada su operatividad y su posible discusión respecto a la licitud de la misma. No obstante el Tribunal Supremo ha entendido que no son abusivas las cláusulas que atribuyen a la aseguradora la facultad de valorar la viabilidad de la pretensión, siempre que dicha facultad no se le atribuya de forma indiscriminada o arbitraria y se garantice la cobertura por la aseguradora cuando el asegurado ejercite por su propia cuenta y riesgo las acciones judiciales y obtenga una resolución favorable o una indemnización de cuantía similar a su pretensión inicial. En este sentido, la sentencia de 1 de julio de 2010 de la Sala 1ª del Tribunal Supremo¹⁰³, en su Fundamento de Derecho Undécimo, estima el motivo de casación interpuesto por una aseguradora sobre la base de las siguientes consideraciones: “1) *La condición transcrita no reserva a la proponente facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato.* 2) *Es cierto que en ella se atribuye a la compañía aseguradora la valoración de la viabilidad de la pretensión, pero no de forma indiscriminada o arbitraria, sino, alternativamente, por “carecer de medio de prueba suficiente que la haga viable”, o “en función de la responsabilidad del accidente”, o tratarse de reclamaciones “manifiestamente desproporcionadas con la valoración de los daños y perjuicios sufridos”.* 3) *Ciertamente en ejecución de la cláusula será posible la comisión de abusos e incumplimientos, pero los mismos no derivarán abusos e incumplimientos no derivan de la “abusividad de la cláusula”, que ha de ser interpretada necesariamente de forma razonable y, tratándose de condiciones generales, en caso de duda imperativamente favorable al consumidor, de modo que la cláusula no dé cobijo a comportamientos arbitrarios.* 4) *El adherente, puede acudir al arbitraje, y sobre este extremo se informa en el artículo 39.1.b) sin que se halla cuestionado la claridad y suficiencia de la información acerca de este particular.* 5) *Finalmente, sin perjuicio de la posibilidad de que el consumidor demande el cumplimiento del contrato, en caso de que decida reclamar frente a terceros, la cobertura de los costes por la aseguradora no depende de la voluntad de ésta, ni de circunstancias aleatorias o indeterminadas, sino de un hecho objetivo y externo: la resolución favorable al asegurado o la concesión de una cuantía similar a su pretensión”.*

Por el contrario, son abusivas —por incompatibles con el principio de igualdad entre las partes— las cláusulas que dejan a la exclusiva voluntad de la aseguradora la decisión de interponer los eventuales recursos en los correspondientes procedimientos y las que liberan a la aseguradora de cumplir la prestación si la parte contraria en el procedimiento es condenada en costas. En este sentido, la citada sentencia de 1 de julio de 2010 de la Sala 1ª del

¹⁰³ STS nº 401/2010, de 1 de julio, de la Sección 1ª de la Sala de lo Civil (RJ 2010/6554).

Tribunal Supremo¹⁰⁴, en su Fundamento de Derecho Noveno, desestima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por una aseguradora al considerar que no existe incongruencia ni falta de motivación en la Sentencia recurrida¹⁰⁵ sobre la base de las siguientes consideraciones: “1) *El primero referido a las cláusulas que dejan a la voluntad unilateral de la aseguradora el cumplimiento de la prestación: Ciertamente se contiene una cláusula incompatible con el principio de igualdad que ha de regir en las relaciones entre partes, y se deja en manos exclusivas de la aseguradora, no sólo la interpretación del contrato, sino la decisión de acudir o no a la vía de los recursos. Si al consumidor se le exige una prima cierta y determinada, previamente fijada, no cabe considerar aleatoria e indeterminada la parte de la obligación que asume la aseguradora, consistente en definitiva en cumplir aquello a que se obligó, y será el propio tomador el primer interesado en determinar cuándo ha de recurrir.* 2) *El segundo relativo a la negativa a cumplir la prestación en el seguro de defensa jurídica si la parte contraria es condenada en costas: Por las mismas razones (incompatibilidad con el principio de igualdad), concertado el seguro de defensa jurídica, ha de ser la aseguradora quien se haga cargo del pago, quien a su vez por la vía de la subrogación reclamará a quien haya sido condenado al pago, de modo que el asegurado, quede indemne, pero también ajeno a reclamaciones entre las partes, cuando precisamente en interés de garantizarse el pago se concertó el seguro”.*

En este sentido es interesante la sentencia de Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1ª), de 4 de diciembre de 2013, que analiza un supuesto de elección de un profesional diferente a los que integran los servicios jurídicos de la aseguradora, en base a la negativa de la compañía aseguradora que descartó toda viabilidad a la acción o acciones judiciales que pudiera llevar a cabo el asegurado, cuando el resultado fue el contrario. En concreto la sentencia expone: “*La primera conclusión a la que se llega, tras exponer el contenido de la póliza, de sus condiciones generales y particulares es que la limitación del capital asegurado en el riesgo de defensa jurídica realizada por profesionales distintos a los de la entidad aseguradora es una cláusula delimitadora del riesgo pues las condiciones generales remiten a la condición particular para establecer el importe máximo asumido, y no constituye una cláusula limitativa de los derechos del asegurado pues el condicionado general así lo prevé. Sin embargo, en el caso que se enjuicia, la cuestión controvertida no afecta exclusivamente a considerar si se trata de una cláusula delimitadora del riesgo o limitativa de los*

¹⁰⁴ STS nº 401/2010, de 1 de julio, de la Sección 1ª de la Sala de lo Civil (RJ 2010/6554).

¹⁰⁵ SAP de Madrid (SECC. 19ª) de 29 de marzo de 2006 (AC 2006/954).

derechos sino que debe profundizarse en el análisis de la efectividad del derecho de defensa jurídica cuando la causa que motiva la elección de un profesional diferente a los que integran los servicios jurídicos de la aseguradora se debe a la mera negativa de la compañía aseguradora, que descartó toda viabilidad a la acción o acciones judiciales que pudiera llevar a cabo el asegurado, cuando el resultado fue el contrario.

El seguro de defensa jurídica se encuentra regulado los artículos 76 a) y siguientes de la LCS, y se define como la obligación que asume el asegurador, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, hacerse cargo de los gastos en que puede incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral y a prestar los servicios de asistencia jurídica judicial y extrajudicial derivados de la cobertura del seguro, y en el artículo 76 d) se contempla el derecho a la elección libre de procurador y abogado que haya de representarle y defenderlo en cualquier clase de procedimiento y, especialmente, a la libre elección de sus profesionales en los casos en que se presente conflicto de intereses entre las partes del contrato.

En este caso cabe formular una interpretación analógica al supuesto del conflicto de intereses, pues no es lo mismo el caso en el que no existiendo negativa la compañía el asegurado optase por contratar por su cuenta los servicios de profesionales para la defensa de sus intereses, del presente caso en que la asistencia jurídica solo opera para llegar a un acuerdo amistoso pero no para las reclamaciones que la aseguradora considere improcedentes por vía judicial. Además, instado un procedimiento penal en el que se llegó a un acuerdo que motivó el sobreseimiento por transacción, lo lógico es que se hubiera liquidado los honorarios del letrado que asumió la defensa del demandante, por lo que el rechazo de la aseguradora a la reclamación realizada por el demandante es contraria a la efectividad del derecho y por ello, en este caso la limitación establecida sí que opera como cláusula limitativa de los derechos del asegurado al no existir una previsión contractual en cuanto al límite en el supuesto en que exista éxito en la reclamación del asegurado, a pesar del criterio en contra (justificado o no) del asegurador, que debe tener una solución diferente al caso en que el asegurado elige abogado y procurador diferente a los que integran los servicios jurídicos de la aseguradora sin un motivo que lo justifique.

En otra caso lo que sucedería es que la cobertura de defensa jurídica quedaría al libre arbitrio del asegurador, que decide unilateralmente si las acciones que pretende ejercitar su asegurado son viables, debiendo soportar en su caso, y de forma injustificada el asegurado el exceso sobre el límite de cobertura pactado, siendo forzado a ello por la actitud del propio asegurador”.

VELA TORRES¹⁰⁶ pone de manifiesto que “es frecuente que las aseguradoras inserten cláusulas que establecen que la entidad no vendrá obligada a asumir los gastos de defensa jurídica cuando se trate de reclamaciones injustificadas en función de la responsabilidad del accidente o manifiestamente desproporcionadas con la valoración de los daños y perjuicios. Si bien, se suele indicar que se asumirá el pago de dichos gastos si el asegurado ejerciera las acciones judiciales y obtuviese una resolución favorable o una indemnización en cuantía similar a su pretensión inicial. En primer lugar, este tipo de cláusulas adolecen de un problema de indeterminación, puesto que se refieren a conceptos jurídicos indeterminados o abiertos como “reclamaciones injustificadas” o “manifiestamente desproporcionadas”. Por lo que habrá de exigirse mayor concreción (por ejemplo, que la inviabilidad derive de una absoluta falta de prueba sobre las causas del siniestro o sobre la identidad del responsable del mismo), so pena de correr el riesgo de que, por su amplitud e indefinición, vacíen de contenido el contrato y puedan incluso ser calificadas como lesivas. En todo caso, estas cláusulas suponen una limitación al alcance de la cobertura de la defensa jurídica establecido en el mencionado art. 76 a) de la LCS, lo que conlleva su consideración como cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, sometidas al régimen previsto en el art. 3 de la LCS”.

C) Límite por no ser preceptivo el uso del profesional

Podríamos incluir de igual forma en este apartado, la limitación de la actuación del procurador a los supuestos legalmente preceptivos. Así, en aquellos casos en los que la aseguradora obvia los honorarios del procurador por su participación en un juicio de faltas, al no exigirse su intervención, la jurisprudencia menor no es unánime. Por un lado, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 28 de enero de 2003¹⁰⁷, se ha pronunciado en el sentido de entender que el seguro de defensa jurídica concede al asegurado el derecho a elegir libremente el Procurador y Abogado que hayan de representarle y defenderle en cualquier clase de procedimiento, sin que en ningún caso queden sujetos a las instrucciones del asegurador, aunque precisa que ello no implica que “deba entenderse cubierto el derecho a elegir libremente Abogado y Procurador para su defensa en cualquier procedimiento judicial o arbitral

¹⁰⁶ VELA TORRES, P.J. “Condiciones generales en el contrato de seguro. Cláusulas lesivas por desnaturalización del objeto”, ponencia presentada al XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Málaga, 10, 11 y 12 de noviembre de 2016, e incluida en el manual de ponencias editado por SEPIN, 2016, pág. 254 y 255.

¹⁰⁷ SAP Murcia 33/2003 de 28 de enero 2003, JUR 2003/196174, entre otras.

en que aparezca como causante o perjudicada. Antes bien, para ello habrá que estar al contenido concreto de las coberturas y límites o exclusiones incluidas en las Condiciones generales, en tanto en cuanto, como apunta el art. 76.a) de la LCS, el asegurador se obliga dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato.”¹⁰⁸

De este modo, la referida sentencia refrenda la exclusión de los derechos del Procurador a tenor de lo establecido en las Condiciones Generales de la póliza, pero no dice lo mismo en cuanto a la decisión de excluir la minuta del Abogado por la acción civil ejercitada en el Juicio de Faltas contra la ahora apelante: *“pues tal acción fue ejercitada acumulada a la penal que también se ejercitó contra aquélla en el referido Juicio, por lo que sería muy difícil distinguir la defensa de su responsabilidad penal y la de su responsabilidad civil, siendo obvio que, en supuestos como el que nos ocupa, en toda defensa penal va implícita la de la responsabilidad civil del hecho punitivo a que aquella se refiere”*.

Ahora bien, como hemos dicho no existe unanimidad jurisprudencial en esta materia, y podemos encontrar opiniones admitiendo la intervención del procurador y por tanto la obligación de pago de sus honorarios por parte de compañías que tengan fijado un seguro de defensa jurídica, incluso en casos en los que no existe esta obligación legal de intervención. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 17 de diciembre de 2004¹⁰⁹ se ocupa de este supuesto; en la misma, la parte actora reclama los honorarios del procurador cuya intervención había sido notificada previamente a la Compañía, sin que esta hubiese formulado ninguna objeción o reserva en el momento de la comunicación. Sólo extemporáneamente, cuando se le exige el reintegro de los derechos, se deniega su pago por no ser preceptiva la intervención del mismo en los juicios de faltas, a lo cual la Audiencia admite la licitud de este pago basándose en dos razones; *“...tanto porque no se formuló al contestar la demanda esa oposición, como porque la intervención de dicho profesional, aunque no sea procesalmente necesaria, si resulta notoriamente conveniente para mantener, tanto al perjudicado como a su Abogado, informados del curso de los autos y formular, en su caso, las pretensiones pertinentes; por lo que no cabe considerar que la reclamación de sus derechos resulte abusiva o excluida de la cobertura.*”¹¹⁰

¹⁰⁸ En el mismo sentido la SAP de Palencia 316/2005 de 7 de diciembre, AC 2005/2372.

¹⁰⁹ SAP Asturias 514/2004 (SECC. 4ª) de 17 de diciembre, JUR 2005/28938.

¹¹⁰ En el mismo sentido la SAP de Valencia 240/2004 (SECC. 9ª) de 29 de abril, AC 2004/2399, en la que se admite el pago de los honorarios del procurador, por entender que la compañía había admitido tácitamente su intervención, sin alegar nada en contra en el momento en que debió hacerlo.

Igualmente analiza la intervención preceptiva de abogado y procurador la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6ª) de 15 de noviembre de 2010: *“Tampoco resulta de la ley ni de las condiciones generales vigentes en el momento del accidente y de la designación del Letrado, la exigencia de que la libre designación por el asegurado hubiera de limitarse a los procedimientos en que su intervención fuera preceptiva, es más, el art 76 a) de la Ley de Contrato de Seguro contiene la obligación del asegurador, en el ámbito del seguro de defensa jurídica, a hacerse cargo de los gastos en que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral y a prestarle servicio de asistencia jurídica judicial y extrajudicial derivados de la cobertura del seguro. Por tanto, el hecho de que la intervención del Letrado no fuera preceptiva en el juicio de faltas, no priva al asegurado de su derecho, pues tal limitación no se contiene en la Ley de Contrato de Seguro ni en la póliza que estaba vigente en el momento de los hechos a que se refería su reclamación.”*

En este mismo sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6ª) de 11 de noviembre de 2013, que es muy ilustrativa pues entiende que claramente están cubiertas las gestiones extrajudiciales o amistosas, sin poder condicionarlas a que las mismas sean prestadas por la propia aseguradora, pues *“no puede aceptarse la interpretación restrictiva que se propugna del condicionado general, en el que prácticamente se transcribe la regulación legal que de este seguro de defensa jurídica se hace en el art. 76 de la LCS, que fue introducido por la Ley 21/90 de 19 de diciembre, para la adaptar el Derecho Español a la Directiva 88/357/ CC, entre otras razones porque no puede considerarse la gestión previa a la interposición de la demanda como algo ajeno y distinto al procedimiento judicial en sí, sino como un acto preparatorio del procedimiento judicial, propio de una correcta práctica profesional y beneficioso para los asegurados, pues les consigue una rápida satisfacción de sus intereses y les evita las molestias e incertidumbre propias de todo procedimiento judicial, y para la propia aseguradora, puesto que los gastos de defensa judicial serán menores que si se presenta la demanda. Por consiguiente, la expresión “procedimiento judicial” que se emplea en el art. 76.a de la Ley del Contrato de Seguro ha de ser interpretada como comprensiva de las gestiones previas a la interposición de la demanda que pueden finalizar en un acuerdo extrajudicial satisfactorio para los intereses del asegurado, como así lo han venido sosteniendo, en forma mayoritaria, las decisiones de las Audiencias dictadas resolviendo esta cuestión, entre otras la sentencia de 24 de octubre de 2011 la Audiencia Provincial de Sevilla, la de 28 de marzo de 2008, de la Audiencia Provincial de Barcelona, y esta misma Audiencia, así la Sección Primera en su sentencia de fecha 4 de mayo*

de 2011, la de 19 de julio de 2007 de la Sección 4ª y la de esta misma Sala en su sentencia de 14 de julio de 2003.”

Esta doctrina ha sido confirmada por la reciente e importante sentencia del TJUE de 14 de mayo de 2020, dictada en el asunto C-667/18¹¹¹ *Orde van Vlaamse Balies y Ordre des barreaux francophones y germanophone*, y que deja claro que el procedimiento de mediación judicial o extrajudicial está comprendido dentro del Seguro de Defensa Jurídica. La resolución tiene por objeto la interpretación del artículo 201 de la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II) y se presenta en el contexto de un litigio entre Consejos de Colegios de Abogados, en relación con la libertad del tomador del seguro, en el marco de un contrato de seguro de defensa jurídica, de elegir a su representante en un procedimiento de mediación.

El Tribunal de Justicia recuerda que la libre elección de representante en la regulación de la Directiva, tiene alcance general y valor obligatorio. Y que el asegurado necesita protección jurídica en la fase de mediación que, una vez iniciada, forma parte del procedimiento ante el tribunal que la ha ordenado. El propio Derecho de la Unión fomenta el uso de los procedimientos de mediación y sería incoherente que restringiera los derechos de los justiciables que deciden acudir a ellos. Por tanto, el artículo 201, apartado 1, letra a), de la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II), debe interpretarse en el sentido de que el concepto de procedimiento judicial mencionado en esta disposición comprende un procedimiento de mediación judicial o extrajudicial en el que interviene, o puede intervenir, un órgano jurisdiccional, ya sea al inicio, ya sea tras la conclusión de dicho procedimiento.

Según MARÍN LÓPEZ¹¹², *“la consecuencia más evidente de la sentencia Orde van Vlaamse Balies y Ordre des barreaux francophones y germanophone es que el asegurado tiene derecho a la libre elección de abogado, cuyos*

¹¹¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62018CJ0667&from=EN>

¹¹² Véase el trabajo de MARÍN LÓPEZ, J.J., *«La libre elección de abogado para un procedimiento de mediación como objeto de cobertura del seguro de defensa jurídica: su aplicación al procedimiento de oferta y respuesta motivada y a la reclamación previa a la vía judicial de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor»*, en AAVV, *“Homenaje a Mariano Medina Crespo”*, dirección LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, j, publicado por SEPIN, 2020.

honorarios deberán ser cubiertos por la aseguradora de defensa jurídica, en el procedimiento de mediación introducido por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre”. Opinión que comparto, pues el artículo 14 LRCSCVM, titulado «Procedimiento de mediación en los casos de controversia», establece en su apartado 1 que, *«en caso de disconformidad con la oferta o la respuesta motivada y, en general, en los casos de controversia, las partes podrán acudir al procedimiento de mediación de conformidad con lo prevenido en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles»*. Esta Ley 5/2012 fue dictada para implementar en el ordenamiento jurídico interno la Directiva 2008/52, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, ya mencionada, y se desarrolló mediante Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre. La mediación prevista en el artículo 14 LRCSCVM se relaciona con el artículo 7.8, párrafo primero, LRCSCVM, a cuyo tenor, una vez presentada la oferta o la respuesta motivada, en caso de disconformidad y a salvo del derecho previsto en el apartado 5 del propio artículo 8 LRCSCVM (petición de informes periciales complementarios, incluso al Instituto de Medicina Legal), o transcurrido el plazo para su emisión, *«el perjudicado podrá bien acudir al procedimiento de mediación previsto en el artículo 14 para intentar solucionar la controversia, o bien acudir a la vía jurisdiccional oportuna para la reclamación de los daños y perjuicios correspondientes»*.

La mediación prevista en el artículo 14 LRCSCVM es una mediación extrajudicial que puede terminar con el logro de un acuerdo vinculante para las partes (artículo 23.3, párrafo segundo, de la Ley 5/2012) que, una vez elevado a escritura pública, constituye título ejecutivo (artículo 23.3, párrafo segundo, en relación con el artículo 25, apartados 1 y 2, ambos de la Ley 5/2012) que abre las puertas del proceso de ejecución (artículo 517.2.2º LEC). También es extrajudicial la mediación que intentan las partes si, iniciado el correspondiente proceso judicial, acuerdan su suspensión para acudir a un procedimiento de mediación (cfr. artículo 19.1 LEC). En tal caso, una vez alcanzado el acuerdo las partes podrán solicitar del tribunal su homologación (artículo 25.4 de la Ley 5/2012), que será acordada mediante auto (artículo 206.1.2ª LEC). A ambos tipos de mediación extrajudicial, reconducibles en último término a la categoría contemplada en el artículo 14 LRCSCVM, resulta de aplicación la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 14 de mayo de 2020.

En opinión de MARÍN LÓPEZ, *“la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia en su sentencia Orde van Vlaamse Balies y Ordre des barreaux francophones y germanophone proporciona argumentos convincentes, diríase que incluso que terminantes, para entender que el derecho de libre elección de abogado, como elemento central del seguro de defensa jurídica, rige con plenitud*

tanto en el procedimiento de oferta y respuesta motivada como en la reclamación previa a la vía judicial impuesta por el artículo 78, párrafo segundo, LRCSCVM. Esta tesis descansa en la constatación de que tanto dicho procedimiento como la reclamación constituyen una fase preliminar, pero obligatoria, del ulterior proceso judicial en que, en defecto de acuerdo, la víctima de los daños reclamará una indemnización a la aseguradora del vehículo causante de tales daños. El mecanismo de oferta y respuesta motivada obedece al deseo del legislador de poner a disposición de la víctima una herramienta que garantice la obtención rápida de una indemnización apropiada sin necesidad de recurrir a los tribunales, y esa finalidad es coincidente, a grandes rasgos, con la finalidad perseguida por todo procedimiento de mediación.” Por lo demás, la jurisprudencia menor que, antes de la Ley 35/2015 y con apoyo en el artículo 76 a) de la LCS, ha venido admitiendo que el derecho de libre elección de abogado es aplicable en la fase preprocesal, nos lleva igualmente a sostener esa tesis con mayor fundamento.

Este autor¹¹³ entiende que *“es claro que, a la vista de la articulación que la Ley 35/2015 ha establecido entre el procedimiento de oferta y respuesta motivada y el ulterior proceso judicial, se entra de lleno en las características que, analizadas por la sentencia Orde van Vlaamse Balies y Ordre des barreaux francophones y germanophone a propósito de la mediación regulada por el Derecho belga, permiten entender que ese procedimiento de oferta y respuesta motivada es un «procedimiento judicial» en el sentido del artículo 201.1, letra a), de la Directiva Solvencia II, y que, por tanto, ha de aplicarse en él el principio de libre elección de abogado y la cobertura de sus honorarios por el seguro de defensa jurídica.”* Emplea las palabras del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea para recordar que el término «procedimiento» *«no abarca solo la fase de recurso ante un tribunal propiamente dicho, sino también una fase que la precede y puede desembocar en una fase judicial»,* por lo que *«cualquier fase, aunque sea preliminar, que pueda desembocar en un procedimiento ante una instancia judicial debe considerarse comprendida en el concepto “procedimiento judicial”».*

Por tanto, llegamos ambos a la misma conclusión de que si interpretamos el artículo 76 a) de la LCS como debe hacerse, a la luz del vigente artículo

¹¹³ Véase el trabajo de MARÍN LÓPEZ, J.J., *«La libre elección de abogado para un procedimiento de mediación como objeto de cobertura del seguro de defensa jurídica: su aplicación al procedimiento de oferta y respuesta motivada y a la reclamación previa a la vía judicial de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor»*, en AAVV, “Homenaje a Mariano Medina Crespo”, dirección LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, j, publicado por SEPIN, 2020.

198.1, letra a), de la Directiva Solvencia II, no existe ninguna duda acerca de la cobertura por el seguro de defensa jurídica de cualesquiera actuaciones del abogado libremente designado por el tomador, fuera de un proceso judicial, encaminadas a obtener una indemnización para la víctima.

D) Límite por razón de la materia

La jurisprudencia menor ha considerado abusiva, y en consecuencia nula, la cláusula de exclusión de un seguro de defensa jurídica del recurso contencioso-administrativo referido a las multas de tráfico, así la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 11 de mayo de 2004¹¹⁴ dice que *“si el actor concertó con la entidad de seguros demandada Liberty Seguros, dentro de las condiciones particulares del ramo “Autos Master Plus”, la cobertura de la “defensa”, en cuyo apartado 6º (garantía de defensa), tan sólo se establece como límite, para el supuesto de que el asegurado opte por el ejercicio del derecho de libre designación, un importe “cuantitativo”, (de un millón de pesetas), necesariamente debe concluirse que incluida dentro de la misma está la defensa jurídica cuyos honorarios ahora se reclaman, ya que no exceden del límite antes indicado, ni cualitativamente es un riesgo excluido. Ello lo decimos por que el reintegro de honorarios que se pretende tiene su origen en una asistencia letrada originada en la jurisdicción contenciosa administrativa, contra una sanción administrativa de tráfico, con ocasión de la conducción del vehículo asegurado por la póliza. Si ello es así, y en las condiciones particulares ninguna exclusión aceptada se plantea de la defensa jurídica que tenga lugar en la indicada jurisdicción o en relación con las multas impuestas por una circulación antirreglamentaria, necesariamente de conformidad con lo establecido en el Art. 76 a) de la LCS debemos concluir que obligada se encuentra la asegurada a hacerse cargo de los gastos devengados en dicho procedimiento judicial, por derivarse del propio aseguramiento, y ser por ende un riesgo cubierto por la póliza.”*¹¹⁵

En este tema es curioso comprobar que a pesar de que hay innumerables procedimientos contencioso-administrativos derivados de sanciones por infracciones de tráfico, y más que ha habido a partir de la entrada en vigor del “permiso por puntos”, sin embargo en muy pocos casos se pasa la minuta de honorarios profesionales correspondiente a estos procedimientos a la

¹¹⁴ SAP Navarra 85/2004 de 11 de mayo, JUR 2004/181186.

¹¹⁵ En el mismo sentido la SAP Cádiz 2 enero 2004 AC 2004/613, SAP Navarra 148/2005 (SECC. 3ª) de 27 julio JUR 2005/269279.

compañía de seguros respectiva, a pesar de que como ha quedado patente este extremo estaría perfectamente incluido en el seguro de defensa jurídica.

La amplia configuración de la posible prestación del asegurador en este tipo de seguro por parte del artículo 76, a) de la LCS obliga a establecer una noción amplia del daño resarcible en el sentido de que, por un lado, abarque no sólo la satisfacción del daño ya sufrido sino la prevención del daño futuro (asistencia extrajudicial del asegurador); y de que, por otro lado, comprenda la defensa jurídica tanto frente al daño patrimonial en sentido estricto como frente al daño extrapatrimonial sobre la esfera jurídica del asegurado (asistencia jurídica relacionada con aspectos de Derecho de familia no patrimoniales). En este sentido, podemos citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 1ª) de 28 de abril de 2010¹¹⁶, que, partiendo de la existencia de un seguro de defensa jurídica, afirma la cobertura por el asegurador de los servicios de asistencia jurídica judicial y extrajudicial y, dentro de los primeros, de los gastos en los que incurrió el asegurado como demandado o demandante: *“Partiendo de los expresados términos de la demanda y fundamento de su estimación, no procede acoger el recurso de apelación interpuesto, pues, aun cuando los honorarios de Letrado y derechos del Procurador que reclama la demandante se devengasen en virtud de la defensa de ésta como demandada en virtud del ejercicio de una acción de responsabilidad extracontractual, en que la aseguradora demandada asumiría su dirección jurídica ante la reclamación del asegurado, a tenor de las condiciones particulares del contrato de seguro y artículo 74 de la Ley de Contrato de Seguro, ha de prevalecer la realidad de la existencia de un seguro específico de defensa jurídica regulado en la Sección Novena del Título II de la Ley de Contrato de Seguro, con la cobertura prevista en el apartado a) del artículo 76 citado, conforme al cual el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a hacerse cargo de los gastos en que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral, y a prestarle los servicios de asistencia jurídica judicial y extrajudicial derivados de la cobertura del seguro, y en términos coincidentes se expresa el artículo 29.1 del Condicionado general del seguro concertado por la demandante y aportado con la demanda, por lo que la cobertura de la defensa en virtud de dicho seguro de defensa jurídica no puede excluir los gastos de “defensa pasiva” conforme alega la parte apelante, sino que abarca tanto la intervención de la asegurada en el procedimiento como demandante o como demandada”*.

¹¹⁶ SAP de Murcia (SECC. 1ª) 237/2010 de 28 abril, JUR 2010\232330.

En el mismo sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 9ª) de 10 de febrero de 2012¹¹⁷ que destaca la amplitud de la cobertura del asegurador en este tipo de seguro poniendo el énfasis en la definición legal positiva de la cobertura del seguro de defensa jurídica frente a la definición eventualmente negativa de la cobertura de defensa jurídica accesoria al seguro de responsabilidad civil. En concreto, esta sentencia dice: *“El Seguro de Defensa Jurídica es un contrato yuxtapuesto al de Responsabilidad Civil, cuya existencia no adiciona la Ley de Contrato de Seguro a aquél y que, por tanto, no se define por una cláusula negativa, como el de asistencia jurídica previsto como cláusula adicional para el contrato de responsabilidad civil (art. 74), sino por cláusulas positivas y expresas que contiene su desarrollo en condiciones generales y particulares, con respeto a los preceptos legales contenidos en la Sección Novena de la Ley. Es en definitiva un seguro distinto del de Responsabilidad Civil. En este sentido se manifiesta reiterada jurisprudencia menor, entre otras las sentencias de las Audiencias Provinciales de Sevilla, Secc. 2ª, de 13 Enero 2000; Toledo, Secc. 2ª de 18 Marzo 1999 y de 10 Abril 2000; Salamanca, 31 Octubre 2000; Almería, Secc. 1ª, de 17 Enero 2001, y Asturias, Secc. 5ª de 31 Enero 2001”*.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18ª), de 11 de junio de 2012¹¹⁸ que sostiene la procedencia de cubrir los gastos de la defensa jurídica de la comunidad de propietarios asegurada por estar incluidos en la cobertura y haberse devengado —aunque no pagados— en el periodo del seguro. En concreto, esta sentencia dice: *“En orden a las anteriores manifestaciones debe estimarse, que efectivamente y tal y como alega la parte apelante, la acción ejercitada por la misma tiene su base en acción contractual contra la Aseguradora Zurich, habida cuenta el contrato de Seguro, suscrito entre las partes. Sentada la anterior base, debe apreciarse como a tenor del contenido de la Póliza suscrita los gastos de defensa jurídica, que son reclamados por la actora-recurrente, estarían cubiertos en la misma, puesto que se establece que la aseguradora debe asumir los gastos de defensa jurídica que se ocasionen a la comunidad en los pleitos que se dirijan contra ella por su condición de Comunidad de Propietarios de una propiedad horizontal. Así, según la cláusula 2.23.2 Defensa sita en la página 15 de la Póliza, se especificaba que se cubría “La defensa jurídica de la Comunidad, tanto extrajudicialmente como ante cualquier Tribunal Civil o Penal así como el pago de las costas, excluyendo todo tipo de multas o sanciones. Por ello, la demandada Zurich, debe abonar los gastos defensa jurídica reclamados,*

¹¹⁷ SAP de Alicante (SECC. 9ª) 67/2012 de 10 febrero, JUR 2012\169825.

¹¹⁸ SAP de Madrid (SECC. 18ª) 333/2012, de 11 junio, AC 2012\1094.

dado que en todo caso, se encuentran cubiertos por el seguro de defensa jurídica específicamente asumido según los artículos 76 a) a 76 f) de la LCS, al asegurarse expresamente en la póliza los riesgos de la fianza, defensa jurídica, y reclamación de daños, según las cláusulas o normas 2.23.1 2 y 3 de la Póliza. No pudiendo a lo expuesto ser opuesto, que a la fecha de presentación de la demanda la actora hoy apelante, no hubiera abonado los importes correspondientes por sus honorarios al Letrado y la Procuradora, puesto que el hecho a la postre generador de la obligación de pago por la demandada, ya se había producido, al venir dado por la falta de condena en costas a la contraria de la comunidad en grado de apelación. Por lo que la obligación de la Comunidad de abono de los honorarios era ya una cuestión no discutible, ni pendiente de determinación posterior, dado, que con arreglo a lo pactado en la Póliza suscrita entre las partes, la actora cifró su reclamación a los mínimos colegiales del letrado y a los aranceles que fijan los derechos de los procuradores, acomodándose a lo establecido a tal efecto en la norma 2.23.2 de la póliza. Del mismo modo, debe acogerse la solicitud de la parte recurrente, en relación a que la cantidad reclamada debe ser elevada a la cifra de 7646,56 euros dada la alteración del tipo de IVA aplicable, puesto que habiendo sido elevado este del 16 % al momento de presentación de la demanda ha pasado al 18%, constando además tal tipo aplicado a la factura que tras la presentación de la demanda presentó el Letrado a la Comunidad recurrente, y que fue abonada por esta”.

Como ya hemos dicho, la prestación del asegurador abarca tanto la asistencia jurídica judicial como la asistencia extrajudicial, procede recordar que nuestros tribunales tienen establecido que el carácter extrajudicial de las actuaciones del letrado del asegurado no priva a éste del derecho a la cobertura de los gastos de defensa jurídica. En este sentido podemos citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13ª), de 29 de mayo de 2012¹¹⁹, que dice: *“En este caso, en la garantía de Defensa Jurídica y Reclamación, no hay una exclusión claramente expresada de la reclamación por lucro cesante, que haya sido específicamente aceptada por el asegurado, por lo que la cobertura de la aseguradora, de conformidad con lo previsto en el artículo 76 a) de la Ley de Contrato de Seguro, alcanza en toda su amplitud los servicios de asistencia jurídica extrajudicial, sin limitación alguna por razón de la naturaleza del daño o perjuicio en el local asegurado. En consecuencia, procede la estimación de la pretensión de condena de la demandada al pago de la minuta de honorarios por importe de 1.130 €, que no ha sido propuesta ninguna prueba que permita alcanzar la conclusión probatoria de que pueda considerarse indebida o excesiva,*

¹¹⁹ SAP de Barcelona (SECC. 13ª) 323/2012, de 29 mayo, AC 2012\1055.

procediendo, en definitiva, la estimación de la demanda, y por consiguiente la estimación del recurso de apelación de la parte demandante”.

Por último, nuestras audiencias provinciales sostienen que el éxito en la defensa jurídica del asegurado por el abogado designado por este, no puede condicionar la cobertura por el asegurador de los gastos en los que ha incurrido. En este sentido, podemos citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11^a) de 28 de julio de 2011¹²⁰, que dice: *“Y procede desestimar la petición de detracción de las partidas que contiene la minuta abonada por la parte actora relativas a actuaciones profesionales que califica la parte demandada como inútiles o superfluas. Nos hallamos en todo caso ante actuaciones realizadas por la Letrado que asistió a la parte actora en el procedimiento y cuya conveniencia o necesidad considera la Sala, al igual que sí hizo el Juzgador de Primera Instancia en el fundamento segundo de la Sentencia recurrida, razonamiento (y que la Sala comparte), en el sentido de que no debe examinarse “el acierto o desacierto de todas y cada una de las actuaciones llevadas a cabo por la letrada, pues, salvo que se apreciase mala fe o interés en causar un gasto perjudicial a cargo de la aseguradora, sus actuaciones están cubiertas por su autonomía en el ejercicio”. Es más, conforme al clausulado de la póliza (folios 332 a 418), el asegurador asume los gastos derivados de la defensa de los intereses del asegurado, teniendo derecho a elegir libremente al abogado que haya de defenderle, no hallándose el abogado en ningún caso sujeto a las instrucciones del Asegurador, sin que pueda prevalecer frente a tal declaración la que bajo, la rúbrica “transacciones o recursos”, otorga al asegurador la facultad de decidir sobre la interposición de recursos, considerando que dicha decisión se relega al Asegurador en los supuestos en que el pronunciamiento a recurrir lo sea en materia de costas o gastos, pero no a otros diversos como los intereses devengados a favor de su asegurado y derivados de una indemnización con cargo a otra Aseguradora”.*

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 27 octubre de 2010¹²¹ hace un estudio sobre los gastos reclamables: *“La parte recurrente defiende que los gastos reclamados en su demanda en concepto de estudio y emisión de informe pericial médico, defensa jurídica y representación en el pleito, no son costas, como a su juicio erróneamente entendieron ambas instancias, sino cantidades a satisfacer por la aseguradora demandada al amparo del artículo 74.2 de la LCS, por darse en el caso enjuiciado el conflicto de intereses previsto en dicho precepto, que permitía al actor designar a su*

¹²⁰ SAP de Valencia (SECC. 11^a) 500/2011, de 28 julio, JUR 2011\392732.

¹²¹ STS (Sala de lo Civil) 646-2010, de 27 octubre. RJ 2010\7612.

propio abogado y procurador — como así hizo (documento 16) — y repercutir sus honorarios a la compañía.

A) El artículo 74 de la LCS regula el deber de dirección jurídica a cargo del asegurado derivado del propio contrato de seguro de responsabilidad civil. Es doctrina de esta Sala (STS de 31 de enero de 2008) que, por no comprender un seguro de defensa jurídica, el cual ha de ser objeto de contratación independiente (STS 20 de abril de 2000), el seguro de responsabilidad civil se rige, en lo que respecta a la defensa del asegurado que incurre en responsabilidad civil frente a terceros, como es el caso, por el régimen establecido en el artículo 74 de la LCS, que atribuye al asegurador la simple dirección jurídica del asegurado (lo que la doctrina menor ha denominado en ocasiones como “defensa estricta”) frente a la reclamación del perjudicado, siendo de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen. Por el contrario y a diferencia del régimen establecido en el artículo 74 de la LCS, el seguro de defensa jurídica en sentido estricto obliga al asegurador, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a hacerse cargo de los gastos en que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo Judicial o Arbitral, y a prestarle los servicios de asistencia Jurídica Judicial y extrajudicial derivados de la cobertura del seguro — artículo 76 a) de la LCS—, teniendo derecho dicho asegurado a elegir libremente el procurador y abogado que hayan de representarle y defenderle en cualquier clase de procedimiento artículo 76 d) de la LCS.

Del artículo 74.1 de la LCS se desprende que es regla general en el seguro de responsabilidad civil que el asegurador asuma la dirección jurídica de su asegurado frente a las reclamaciones del perjudicado, siendo de cuenta de aquel los gastos de defensa que se ocasionen. Esta regla general sólo se exceptiona de mediar pacto en contrario, o, por aplicación de lo previsto en el segundo párrafo del citado precepto, cuando quien reclama está asegurado en la misma compañía, o existe algún otro posible conflicto de intereses, situación en que el asegurado puede optar entre el mantenimiento de la dirección jurídica del asegurador o confiar su propia defensa a otra persona. En este último caso, quedaría obligado el asegurador a abonar los gastos de la dirección jurídica hasta el límite pactado en la póliza. A dichos supuestos legales cabría añadir, según la doctrina de esta Sala sentada en la sentencia antes citada, el caso en que la compañía incurriese en pasividad que le fuera imputable, pues si con su dejadez o conducta omisiva causara un daño al asegurado, habría de responder frente a éste por incumplimiento, no ya de un derecho que le confiere al asegurado la Ley y la propia póliza, sino de un deber respecto de los intereses en juego del mismo, comprendiendo tal responsabilidad la asunción de los gastos de defensa que haya tenido que procurarse el asegurado por sus propios medios.

El artículo 74.2 de la LCS regula un aspecto concreto del contrato de seguro de responsabilidad civil, de manera que su ámbito subjetivo lo integran las partes del mismo, con exclusión de terceros, como el perjudicado por el siniestro, por más que por éste se alegue la existencia de un eventual conflicto de intereses con la entidad frente a la que se acciona de forma directa, en la medida que dicho conflicto tan solo excepciona la regla general del párrafo primero en favor del asegurado, permitiéndole optar entre el mantenimiento de la dirección jurídica del asegurador o confiar su propia defensa a otra persona, pero no tiene repercusión alguna cuando el destinatario de la dirección jurídica es un tercero ajeno a la relación contractual.

El artículo 74 de la LCS tiene, por tanto, un estricto ámbito de aplicación: la defensa del asegurado a cargo del asegurador, frente a reclamaciones de terceros fundadas en la responsabilidad civil cubierta por el seguro. Es materia ajena al mismo la defensa jurídica del tercero perjudicado, ya accione separadamente contra el asegurado responsable, directamente contra la compañía, o conjuntamente contra ambos.

B) En atención a la doctrina expuesta, la resolución recurrida no incurre en ninguna de las infracciones que se denuncian. No contraviene el artículo 74.2 de la LCS, al ser diferente el supuesto de autos y el supuesto fáctico contemplado en el precepto invocado, de cuya concurrencia depende su aplicación. Tampoco es contraria al artículo 5.1 LRCSCVM, al tratarse de un precepto ajeno a la controversia.

De esta manera, el resarcimiento, sino en todo, al menos en parte de los gastos reclamados por el perjudicado, debe reconducirse al ámbito de las costas procesales, como acertadamente se decidió en la instancia a la luz de la previsión establecida en el artículo 241 LEC (RCL 2000, 34 y RCL 2001, 1892), y su satisfacción o no a cargo de la demandada se encuentra ligada a la existencia de un pronunciamiento condenatorio en esta materia, que no ha existido”.

E) Límite por razón del sujeto beneficiario de la defensa jurídica

En este sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 9ª), de 2 de mayo de 2013, habla sobre el derecho de los ocupantes del vehículo siniestrado a ser beneficiarios de la defensa jurídica: *“En consecuencia, si los ocupantes del vehículo tienen la condición de asegurados a los efectos del seguro contratado, se trata de una sola póliza de seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos, en la que se incluye un seguro de defensa*

jurídica, las reseñadas cláusulas son como mínimo oscuras y contradictorias, ya que por un lado concede la facultad de libre elección de profesionales al asegurado, mientras que se le niega dicha facultad a quien también tiene la consideración de asegurado, y en todo caso de perjudicado cubierto por el seguro contratado. En palabras de la Sentencia de la AP de Asturias de 10 de marzo de 2005, en un caso análogo, “existe una clara contradicción y oscuridad entre ambas pues por un lado cubre los gastos para el ejercicio de las acciones también del conductor autorizado y de los ocupantes, entre los que deben incluirse los honorarios de letrados sin limitación o exclusión respecto de la libre elección de éstos y de otra parte concede únicamente la libre elección de profesiones al asegurado y no a las otras personas amparadas en estas garantías, tales como el conductor autorizado o los ocupantes. Parece pues que de un lado atribuye la condición de asegurado al conductor autorizado haciéndole de la misma condición que al propietario tomador y de otro, le excluye”. Si partimos de la condición de asegurado del conductor autorizado, propietario, tomador y ocupantes, a los efectos de este específico contrato de defensa jurídica, la norma que excluye la facultad de libre elección de este último, es contraria a la LCS, puesto que el art. 76 d) atribuye el derecho de libre elección en todo caso al asegurado al decir que “El asegurado tendrá derecho a elegir libremente el Procurador y Abogado que hayan de representarle y defenderle en cualquier clase de procedimiento”. Disponiendo taxativamente el artículo 76 f) que “La póliza del contrato de seguro de defensa jurídica habrá de recoger expresamente los derechos reconocidos al asegurado por los dos artículos anteriores.”

(...) Circunstancia que tampoco concurre en este caso, por lo que la restricción al ocupante del vehículo para la libre elección, debió ser expresamente destacada y firmada por el tomador del seguro, pues aunque a efectos puramente dialécticos partiéramos de que el ocupante, no tiene la condición de asegurado, no puede negarse que el derecho a la libre elección de abogado y procurador no deja de ser un derecho que también tiene el tomador del seguro, y por el que paga la correspondiente prima, a que el ocupante de su vehículo en su calidad de beneficiario disponga de esa facultad de libre elección de profesiones del derecho. Beneficiario que por su condición de tal quedaría también amparado por el citado precepto al traer causa su derecho de la contratación efectuada por el tomador del seguro.”

En el mismo sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7ª), de 1 de junio de 2012, que establece la obligación del asegurador de cubrir los gastos de la tramitación amistosa o judicial de siniestros que deban realizar, no sólo el tomador y, en su caso, sus familiares o herederos perjudicados, sino también el “conductor autorizado” y “los ocupantes transportados

gratuitamente”: *“En consecuencia, en el presente caso, nos encontramos ante un propio y genuino seguro de defensa jurídica regulado en los arts. 76 a) y siguientes de la Ley de Contrato de Seguro, definido ya por esta sala, tal como acertadamente recoge el apelante en su fundamentación, y se reitera en la sentencia de 6 de febrero de 2012 donde se expone: “El contrato es claro y diáfano a la hora de definir el contenido de la garantía: el asegurador cubre los gastos de la tramitación amistosa o judicial de siniestros que deban realizar, no sólo el Tomador y, en su caso, sus familiares o herederos perjudicados, sino también el “conductor autorizado” y “los ocupantes transportados gratuitamente”, en orden a la obtención, con cargo a los terceros responsables, de las indemnizaciones correspondientes; en esos casos, “el asegurado”, tendrá derecho a elegir libremente abogado y procurador que le defiendan y representen, respectivamente.*

La duda surgiría entonces a la hora de definir quién tiene la condición de asegurado, pero se despeja fácilmente si tenemos en consideración que nos encontramos ante un seguro de defensa jurídica autónomo, con contenido objetivo y subjetivo propio, en el que no tienen por qué coincidir necesariamente los elementos subjetivos del contrato con los del seguro de responsabilidad civil, de modo que, como dijimos en un supuesto semejante, en Sentencia de 9 de julio de 2.010, citada por la apelante, «en tanto en cuanto se incluyen en él a personas distintas del propietario del vehículo, como titulares de intereses garantizados por la póliza, se está reconociendo a tales personas la condición de “asegurados”, aunque no lo sean en el seguro de responsabilidad civil, pues la aseguradora apelante no acierta a expresar qué otra condición pudieran tener, y no se puede entender que se trate de “beneficiarios”, categoría que solo tiene reconocimiento explícito en ciertos seguros de vida y accidentes (artículos 84 y siguientes de la Ley de Contrato de Seguro), ni de “perjudicados”, que solo existen en el seguro de responsabilidad civil, por efecto del reconocimiento de la acción directa (artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro. En este mismo sentido se pronuncian las Sentencias de este Tribunal de 19 de febrero de 2.004 y 10 de marzo de 2.005, expresando la primera de ellas, citada en la de la Sección 5ª, de 10 de abril de 2.006, que «en este tipo de seguros destaca la variedad de elementos personales según sus diversas modalidades y como éstas identifican de maneras notablemente diversas a quienes son sus asegurados y así cabe diferenciar situaciones como en los seguros de defensa jurídica genérica en que, junto al tomador, suele señalarse como asegurado al cónyuge o pareja de hecho, a los ascendientes que convivan con aquél o a sus hijos; en la defensa profesional se suele considerar asegurados, también, a los asalariados del tomador, en las del hogar a quienes conviven habitualmente en la vivienda, en las de comunidades de propietarios de bienes inmuebles urbanos, la condición de asegurado se suele extender a la propia Comunidad, su Presidente, miembros de la junta rectora y al

administrador y así podíamos continuar y todo se dice para ilustrar sobre que, en este tipo de seguros, como ya se dijo, se identifica de forma muy diversa quienes son asegurados y que no debe confundirse la figura del Tomador del seguro con la del asegurado».

En cualquier caso, si la aseguradora hubiese querido restringir el elenco de personas aseguradas en la garantía de defensa jurídica y reclamación de daños, en lo que se refiere, en concreto, a la posibilidad de utilizar abogado y procurador de libre elección, debió hacerlo de forma clara, pues la limitación de ese derecho al “asegurado” no excluye, conforme a lo expuesto, en este caso a ninguno de los sujetos, distintos del tomador, a los que alcanza la cobertura de defensa jurídica y reclamación de daños”.

Pues bien, siendo esto así, y como quiera que el actor era ocupante del vehículo asegurado y siniestrado, y no constando que no se extienda a sujetos distintos del tomador del seguro la cobertura, por las razones antes expuestas, y a la posibilidad de utilizar abogado y procurador, hemos de dar la razón a la parte apelante, y estimar el recurso interpuesto, revocando, por ende, la sentencia de instancia”.

Para acabar de dejar claro este apartado disponemos de la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2019¹²² que determina qué se entiende por asegurado a efectos de la libre elección de abogado: *“Para ello es necesario una interpretación conjunta de las cláusulas del contrato, como acertadamente pretende la parte recurrente, y no la aislada que predica la recurrida y apoya la audiencia.*

El art. 76 d) de la LCS, que es el que reconoce la libre elección de abogado y procurador en el seguro de defensa jurídica, concede ese derecho de elección al asegurado, pero es necesario acudir a los términos de la póliza para determinar la persona física o jurídica asegurada en cada caso”.

En este caso el Supremo contempla la unidad familiar como asegurada en la defensa jurídica, por lo que —según dice en la misma— no sería razonable que la mención del asegurado para la libre elección de abogado y procurador para su defensa y representación no comprendiese a las personas que tengan un interés económico en el siniestro, contempladas en el clausulado citado, esto es, quienes hubiesen sufrido un quebranto económico con ocasión del mismo y se le haya garantizado su defensa.

¹²² Sentencia 373/2019, de 27 de junio, de la Sala Primera del Tribunal Supremo, Nº de Recurso: 2265/2016. Ponente Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz.

Se daría el contrasentido en ese caso —según nuestro Alto Tribunal— de que el asegurado, a quien se pretende circunscribir exclusivamente la elección de abogado, tuviese una dirección letrada y su cónyuge otra, la de la aseguradora, con diversidad de criterio a la hora de litigar o transigir sobre el siniestro.

Tal es así —matiza la referida sentencia— que otras pólizas huyendo de la oscuridad de la de autos, garantiza las mismas prestaciones a las mismas personas pero deja claro que se asegura la “unidad familiar”:

Y termina diciendo: “Por tanto, no cabe una interpretación como la que postula la parte aseguradora y hace suya la sentencia de apelación, pues incurriría en el desconocimiento de la regla de las cláusulas sorprendentes y, más en concreto, de las expectativas razonables del asegurado. Este, tras la lectura de las personas garantizadas por el contrato, no podría esperar que él pudiese elegir abogado y su cónyuge no, obligándoles a una doble defensa en un supuesto en que ambos son víctimas de un siniestro en el que la responsabilidad civil es de un tercero. Lo contrario los abocaría a peligros y contradicciones evidentes, cuando entre ellos no existe conflicto de intereses. Tan es así que la minuta (documento 8 de la demanda) se extiende a nombre de ambos. En consecuencia, la calificación del contrato de seguro como contrato de adhesión lleva a la sala a aplicar la regla de “interpretatio contra preferentem” (art. 1288 CC), conforme a la cual la interpretación de las condiciones contractuales oscuras predispuestas por el asegurador nunca podrá beneficiar a este y perjudicar al asegurado (STS 20 de diciembre de 2002, entre otras), que sería el caso de autos”.

CONCLUSIONES

Para terminar este cuaderno, con el que he querido trasladar la importancia que tiene el seguro para el empresario y la necesidad de éste de disponer de un seguro que cubra todas las posibles vicisitudes que se le puedan presentar y muy especialmente su responsabilidad frente a las mismas, y que mejor que hacerlo analizando una figura, la responsabilidad *in vigilando* del empresario, que supone el paradigma de la responsabilidad inesperada, pues infiere una excepción frente a los criterios generales que imperan nuestro sistema de responsabilidad civil tal y como actualmente lo conocemos. Me refiero al criterio de imputación por culpa, pues tal y como tiene establecido de forma pacífica nuestra doctrina y jurisprudencia, para que exista responsabilidad civil, salvo en determinados supuestos excepcionales, es necesaria la prueba sobre la culpa o negligencia directa del agente en la producción del hecho dañoso respecto al que se le está reclamando, sin que baste o esté permitida la imputación sin la existencia de esta culpa directa. Sin embargo el artículo 1903 del Código Civil establece un tipo de responsabilidad distinta al determinar que la responsabilidad civil extracontractual regulada en el artículo 1902 del mismo cuerpo legal será exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder; señalando entre otros ejemplos de estos supuestos, a la responsabilidad que nace para los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.

Se trata así de un tipo de responsabilidad por hecho ajeno, la cual da lugar al nacimiento del deber de responder frente al daño causado a quien no ha sido el causante del directo del mismo. Lo que se establece es una presunción de responsabilidad civil siempre que concurre una de las conductas que fija la ley, siendo el empresario el obligado a desvirtuar esa presunción. Estamos por tanto ante la también llamada responsabilidad vicaria, donde no es necesario acreditar previamente la insolvencia del trabajador o empleado por el que el empresario debe responder, si no que podrá exigirse dicha obligación de reparar directamente a este último, con la agilidad procesal que ello conlleva.

No obstante lo anterior, es requisito imprescindible que se pruebe la culpa del empresario para que pueda entrar en juego su responsabilidad directa por los actos de sus empleados, pero como veremos más adelante este requisito es tratado de forma contradictoria por nuestra jurisprudencia; como dice YZQUIERDO TOLSADA¹²³ “*El resultado es, en nuestro Código civil, un sistema de presunción de culpa, que ha de ceder, en teoría, ante una prueba de diligencia que se permite al empresario en el párrafo final del artículo. No se trata así de un modelo de responsabilidad vicaria “a la italiana”, en el que la obligación de responder nace de la idea de representación del empresario por sus empleados (“qui facit per alium facit per se”). No se trata, aparentemente, de un esquema en el que la atribución de responsabilidad se configure como algo inexcusable, sobre la base indiscutida de que el empleador prolonga su propia actuación a través de sus subordinados. Antes bien, el criterio del legislador civil español se sitúa en el pretendido enlace existente entre el daño producido por el empleado y la falta de cuidado y vigilancia debidos por el principal. De ahí que la jurisprudencia civil no se canse de insistir en que el fundamento de la responsabilidad del empresario está en la culpa in vigilando o in eligendo*”. Pero como antes anunciábamos, esta exigencia de culpa en la obligación *in vigilando* del empresario respecto a la actuación de sus empleados recibe un tratamiento muchas veces no uniforme por nuestra jurisprudencia, pues mientras hay sentencias que parecen exigir un plus de actuación protectora de los empresarios respecto a sus trabajadores, hay otras que analizando a fondo el asunto en cuestión son capaces de discernir hasta dónde es razonable exigir la obligación de vigilancia al empresario para con ello establecer si realmente existió una falta de diligencia o no por su parte, aplicando criterios de lógica material, pues se hace inviable la exigencia de una vigilancia constante en el tiempo y en el espacio, debiéndose considerar también cuál ha sido la actuación del trabajador en la causa del accidente.

En este sentido se pronuncia la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2019¹²⁴, en la que aplicando los anteriores criterios de imputación considera la inexistencia de culpa en el empresario: “*En apoyo de esta solución pueden citarse los artículos 4-2, 12-A y 16, números 1 y 2 del Convenio 155 de la OIT que nos dicen que deben tomarse medidas “razonables y factibles”. Pues bien, dado que en el presente caso el siniestro acaeció cuando se*

¹²³ YZQUIERDO TOLSADA, M., “*Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*”? Dykinson Enero 2001. 1ª ed.

¹²⁴ Sentencia de 28 de febrero de 2019 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel López y García de la Serrana.

sustituía una torre de un tendido eléctrico la pregunta es si era razonable y factible que el empresario (persona jurídica) estuviese allí controlando la operación, al igual que en otros lugares donde se estuvieran realizando actividades peligrosas o bastaba con haber enviado a realizar esa misión a personal formado y suficientemente cualificado con un jefe de servicio igualmente cualificado y con un protocolo de actuación conocido por todos. La respuesta es que no es razonable y factible esta exigencia, solución apuntada y seguida por la sentencia recurrida, porque sería diabólico exigir al titular de la empresa el don de la ubicuidad para estar presente en todos los lugares en que se desarrollan actividades de peligro. La LPRL no establece expresamente esa obligación, salvo aparentemente en su artículo 17, que no parece que se violara en el presente caso usando los equipos adecuados y personal formado, sin que conste infracción alguna de lo dispuesto en los Reales Decretos 1215/1997, de 18 de Julio, sobre equipos de trabajo y 773/1997, de 30 de mayo, sobre equipos de protección”.

Tampoco se estimó que existiera culpa *in vigilando* del empresario ante la caída de su trabajador en accidente de trabajo en la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2016¹²⁵, en la que considerando que se habían cumplido con todas las exigencias en materia de seguridad en el trabajo y que no existía por tanto motivo para la imputación del resultado a una actuación culposa de la empresa: “*resulta que, según los hechos declarados probados en el supuesto contemplado por la sentencia recurrida consta que la empresa había puesto a disposición del trabajador los elementos que para trabajos en altura requiere el Anexo IV, parte C-3 del R.D. 1627/1997, de 24 de octubre (escaleras homologadas al efecto, andamio tubular homologado, plataforma elevadora o torre móvil homologadas), elementos de los que no hizo uso el trabajador. Por contra, en el caso de la sentencia de contraste no consta que esos elementos de seguridad se pusiesen a disposición del trabajador, cual evidencia el tenor literal de la sentencia de contraste que en su fundamento de derecho tercero refiere los medios de seguridad alternativos que la empresa pudo haber facilitado al trabajador. Pero existen más diferencias relevantes, pues la sentencia de contraste funda su fallo condenatorio en que la empresa; no vigiló la utilización de los medios de seguridad de que estaba previsto el trabajador accidentado, ni adoptó todas las medidas de precaución posibles...;. Esos argumentos no son trasladables al caso de la sentencia recurrida en el que si consta que la empresa proporcionó los medios de seguridad establecidos para trabajos en altura y que había en la obra dos encargados de seguridad”.*

¹²⁵ Sentencia de 11 de febrero de 2016 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel López y García de la Serrana.

Por el contrario, encontramos otras resoluciones que aplican este tipo de responsabilidad de una forma mucho más estricta, convirtiendo la responsabilidad del empresario en una responsabilidad cuasi objetiva (por no pecar de exagerado y calificarla de objetiva) entendiendo que la carga de la prueba sobre la falta de su responsabilidad corresponde en exclusiva al empresario y que sólo cederá en supuestos de fuerza mayor o culpa exclusiva y no exonerable de la víctima. Citamos aquí a modo de ejemplo la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social), de 18 de noviembre de 2021 que establece: *“Por consiguiente, es el empresario quien debe probar que obró con la diligencia que le era exigible y que el incumplimiento de su deber de garantizar la seguridad de sus empleados no le era imputable, pues así se deriva de lo dispuesto en los preceptos citados y en el art. 1183 del Código Civil, donde se establece la presunción “iuris tantum” de que si la cosa se pierde en poder del deudor se presume que el incumplimiento de la obligación se debe a la culpa del deudor, presunción que el Tribunal Supremo (Sala 1ª) en Sentencia de 2 de octubre de 1995, extiende al incumplimiento de las obligaciones de hacer. Lo que es lógico, ya que el daño prueba la realidad del incumplimiento imputable al deudor mientras no acredite lo contrario, esto es, que hizo todo lo posible para cumplir con su obligación. Estas ideas son las que han motivado la sentencia de la Sala 4ª de 30 de junio de, dictada en Sala General. En ella, sobre la base de que el empresario es deudor de seguridad, se concluye que estamos ante un supuesto de responsabilidad contractual, lo que conlleva, conforme al art. 217 de la L.E.C. y al 1.183 del Código Civil, que sea el empresario quien deba probar que actuó con toda la diligencias que le era exigible, quedando exento de responsabilidad, como en esta sentencia, se dice “cuando el resultado lesivo se hubiese producido por fuerza mayor o caso fortuito, por negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador o por culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario argumentando los arts. 1105 CC y 15.4 LPRL, pero en todo estos casos es al empresario a quien le corresponde acreditar la concurrencia de esa posible causa de exoneración, en tanto que él es el titular de la deuda de seguridad y habida cuenta de los términos cuasi objetivos en que la misma está concebida legalmente”.*

Vemos por tanto como se aplica un criterio de interpretación totalmente distinto, partiendo de la idea de que el daño de por sí prueba la existencia de culpa en el empresario, (presunción de carácter genérico) por lo que la exigencia de prueba sobre el cumplimiento de sus obligaciones va a ser mucho más exigente que en cualquier otro supuesto de responsabilidad civil; la diligencia del empresario deber cumplir un plus y en base a este principio gira esta línea jurisprudencial. Y en el mismo se pronuncian las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social), de 24 julio de 2020 y la del

Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias (Sala de lo Social), de 24 de julio de 2020.

Pero si ya la responsabilidad exigida al empresario en estos supuestos por infracción del deber de cumplir con las obligaciones de seguridad y salud en el trabajo para sus empleados pueden resultarnos, en ocasiones, una obligación que, muchas veces, se aparta de los criterios generales de imputación por culpa, más aun se hace ver en aquellos casos donde la responsabilidad *in vigilando* surge por el deber de responder por los actos no ya negligentes sino dolosos de sus empleados, por los que se ha causado daño a otro trabajador o incluso a un tercero. Son aquellos supuestos donde el trabajador realiza una conducta dolosa dentro de su horario de trabajo, en su centro de trabajo o fuera del mismo, pero con ocasión de su puesto de trabajo, causando daños por los que finalmente deberá responder el empresario; el empresario no responde aquí por la falta de adopción de medidas de seguridad para sus trabajadores, sino que responde ante un acto intencionado de sus empleados por el mero hecho de haber sucedido dentro del marco laboral de la empresa o con ocasión del puesto de trabajo del empleado.

Dice nuestra jurisprudencia que esta obligación de asunción de responsabilidad del empresario tiene también su fundamento en su obligación de elección y vigilancia sobre la actuación de sus empleados, pero sin duda alguna veremos que en muchos supuestos resulta complicado poder llegar a comprender la argumentación jurídica que justifica esta atribución de responsabilidad. En este sentido nuestro Tribunal Supremo llega a reconocer incluso que en los supuestos de responsabilidad civil subsidiaria del ilícito penal cometido un trabajador, el empresario debe responder por su calidad de titular de la explotación o negocio dentro del cual o como consecuencia del mismo, se ha producido el ilícito penal, pues quien se beneficia de una actividad debe también responder de los perjuicios que se derivan de ella. Acogiendo la literalidad de la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2010¹²⁶, *“ciertamente, en una primera fase, el origen de la responsabilidad civil subsidiaria de los principales por los actos delictivos cometidos por sus empleados, se justificaba en una falta in vigilando in eligendo, lo que suponía un fundamento culposo de la misma, poco a poco esta fundamentación fue abonándose y hoy ya es general y pacífica la tesis de que el fundamento del nacimiento de la responsabilidad civil subsidiaria encuentra en la teoría de la creación del riesgo, de manera que quien se beneficia de las actividades de otra persona, que*

¹²⁶ Sentencia de 17 de marzo de 2010 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, ponente Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García.

de alguna manera puedan provocar un riesgo para terceras personas, también debe soportar las consecuencias negativas de las consecuencias lesivas de ese riesgo creado, y ello, incluso se ha declarado cuando la actividad desarrollada por el infractor no le reporte ningún beneficio al principal”.

Es una proclamación clara y contundente de la existencia de responsabilidad por riesgo y nada más. Veamos un ejemplo de la aplicación de esta doctrina en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de enero de 2019 en la que se resuelve sobre el robo cometido por un empleado de hogar en la vivienda donde estaba prestando sus servicios, resultando responsable civil subsidiaria la empresa a través de la cual dicho empleado fue contratado por los propietarios de la misma, y ello aunque no existía como tal una relación de dependencia entre el autor de robo y la empresa, pues también en este punto la jurisprudencia es flexible, indicando que basta una cierta relación “pro damnato” en virtud de la cual se haya puesto en contacto al trabajador con los demandantes del servicio para que con ello deba responder por los actos ilícitos de aquel. Dice la sentencia que *“Precisar que la citada disposición no limita el alcance de la responsabilidad civil a la existencia de una relación laboral con el sujeto activo, sino que se refiere a “empleados o dependientes”, lo que en adecuada hermenéutica a fin de tratar de amparar a los perjudicados, irradiada del principio “pro damnato”, y, conforme a la teoría jurisprudencial del aprovechamiento conjunto del riesgo — quiénes se benefician de la actividad de una persona debe asumir el perjuicio que de la misma se derive, a salvo del derecho de repetición cuando proceda—, le resulta oponible el deber de resarcimiento, es decir, la inmunidad de que goza el perjudicado”.*

Es también interesante la declaración de responsabilidad de la aseguradora del empresario en el supuesto de una pelea entre sus empleados dentro del local propietario de aquel, pues nuevamente en virtud de su deber *in vigilando* o *in eligendo*, el empresario debe ser responsable por no haber transmitido a sus empleados unas determinadas pautas de comportamiento en el desarrollo de sus funciones, y por tanto su aseguradora del mismo modo debe responder de los daños reclamados aunque en este caso el empresario no hubiera sido llamado al procedimiento, pues el perjudicado ejercita la acción directa del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro. Dice la sentencia: *“Y en ese caso ha sido parte en el procedimiento la aseguradora del establecimiento donde sucedieron los hechos, sin que sea necesario denunciar también al titular del mismo, tomador del seguro, que ex lege, por el artículo 1903 antes transcrito, deviene responsable de las consecuencias de los actos cometidos por sus empleados cuando estaban en sus funciones como es el caso, en el que D. Isidro estaba como encargado del Bar y camarero del mismo, y ello bien por “culpa*

in vigilando”, bien por culpa “*in eligendo*” del titular del negocio.” En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 2 de febrero de 2010, con ocasión de la pelea de un portero de discoteca con unos de los clientes que pretendían acceder al mismo, la cual justifica su fallo bajo la siguiente argumentación: “*pues no cabe duda que el agresor al desempeñar su trabajo de portero en la discoteca Cesar’s, ya sea como empleado de la explotadora, ya de otra empresa, debía seguir las pautas, instrucciones y directrices de la explotadora Stringfella’s, responsabilidad directa se establece en razón del incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social de vigilar a las personas que están bajo la dependencia de otras y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos*”.

Es evidente por tanto que en estos supuestos podemos concluir que se prescinde del criterio de imputación por culpa, aunque en los principios que regulan la figura de la responsabilidad civil *in vigilando* del empresario venga establecido como requisito imprescindible para su determinación, pues nuestra jurisprudencia ha priorizado el interés de protección del perjudicado, (como en algunas otras ocasiones), buscando la interpretación jurídica que permita como objetivo primordial que los daños causados no queden sin ser indemnizados. Es lo que CAVANILLAS MÚGICA califica¹²⁷ como la culpa social. Un claro ejemplo es la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2022¹²⁸, ponente Andrés Palomo del Arco, en la que haciéndose eco de otra anterior de 19 de julio de 2021, condena a una entidad bancaria como responsable civil subsidiaria a raíz de un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito continuado de apropiación indebida, cometido por uno de sus agentes financieros, reconociendo expresamente lo siguiente: “*Esta Sala admite, como expresa la sentencia núm. 647/2021, de 19 de julio (RJ 2021, 3876), que “nos movemos en un terreno en que aparecen en tensión dos líneas de fuerza enfrentadas: la necesidad de condenar civilmente al empresario que ha autorizado genéricamente a una persona para realizar una actividad que le reporta beneficio, lucro o utilidad; y el sentir común de que sería injusto hacerlo responsable por absolutamente todos los actos realizados por sus dependientes”; pero a su vez precisa que “en nuestro derecho prima la protección a la víctima aunque no de manera absoluta, naturalmente. La presunción es que el empleado o subordinado obra en el ejercicio de sus funciones. Solo*

¹²⁷ CAVANILLAS MÚGICA, S., “*La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*”. Aranzadi 1987.

¹²⁸ Sentencia de 31 de enero de 2022 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, ponente Excmo. Sr. D. Andrés Palomo del Arco.

cuando puede afirmarse con claridad y ha quedado así acreditado que la acción era ajena o totalmente extraña al ejercicio de sus funciones por cuenta de otro, se cancelará esa responsabilidad civil subsidiaria. La jurisprudencia de esta Sala ha tendido a interpretar el art. 120.4 C.P. de forma expansiva, possibilitado a que estamos ante una cuestión de responsabilidad civil que consiente interpretaciones extensivas a diferencia de las materias de responsabilidad penal; por ende sólo cuando la conducta objeto de consideración presente rasgos de una abierta o radical heterogeneidad, es decir cuando el vínculo con el principal no existe o la conducta delictiva fuere absolutamente ajeno a las funciones desarrolladas para aquel, deja de operar a responsabilidad civil subsidiaria”.

Cuesta comprender esta conjunción de principios que señala la sentencia, pues nos indica que el derecho de protección a la víctima no puede considerarse de forma absoluta, cuando difícilmente podemos compartir que las soluciones llevadas a cabo por las sentencias analizadas no estén conduciendo a una defensa absoluta del derecho de indemnización a la víctima por encima y con sacrificio de otros principios jurídicos; pues sinceramente, a la vista de las resoluciones que encontramos en estos supuestos, cuesta comprender cuándo se considerará que la conducta delictiva fuere absolutamente ajena a las funciones desarrolladas para aquel.

Con todo ello podemos considerar que quizás resultaría más conveniente, y esclarecedor para todo agente jurídico, reconocer abiertamente que cuando hablamos de la figura de la responsabilidad *in vigilando* del empresario el requisito de la existencia de culpa ha desaparecido, y que, tal y como dice alguna de estas sentencias, nos encontramos ahora ante una responsabilidad por riesgo, donde la existencia del daño justifica de por sí la declaración de responsabilidad del empresario. Podremos estar de acuerdo o no con esta conclusión, pero no podemos discutir que es una realidad que se desprende de nuestra jurisprudencia actual.

Y es que en esta ocasión, como en algunas otras, nuestra jurisprudencia aplica e interpreta determinadas figuras jurídicas en atención al fin perseguido, en este caso la total indemnización de la víctima, desdibujando los requisitos propios que configuran dicha figura, pues se trata de conseguir el objetivo marcado aunque para ello haya que prescindir de los presupuestos básicos que le son propios. La crítica que quizás podemos hacer ante esta realidad es que nuestra jurisprudencia no determine de forma clara que las reglas del juego han cambiado, y que en el caso de la responsabilidad *in vigilando* del empresario la culpa ya no juega como uno de los límites esenciales para su aplicación, pareciendo que en estos supuestos no estamos jugando vinculados por las líneas dibujadas en el campo, sino que aunque las mismas existan, nuestros tribunales

se permiten en algunos casos pasarlas por alto en favor de la víctima; aunque como diría MIGUEL DE CERVANTES¹²⁹, no por el peso de la dádiva sino por el de la misericordia.

Otra carga más para quien realmente crea empleo en nuestra sociedad actual, el empresario, ya sea pequeño, mediano o grande. Pero ¿quién defiende al empresario? No me refiero a quien defiende sus intereses o a quien lo representa, ni siquiera a quien le procura herramientas o leyes que faciliten o contribuyan a su labor. Me estoy refiriendo a quien defiende su imagen, deteriorada por años de demagogia en los que se le ha tachado de interesado, especulador y hasta explotador. Esa imagen que quizás sea la responsable de que haya desaparecido el requisito de la culpa para que pueda ser condenado por los actos, impredecibles en muchos casos y dolosos en otros, de sus empleados, sustituyéndose su responsabilidad *in vigilando* por una responsabilidad por riesgo; el que asume por ayudar al desarrollo social creando puestos de trabajo y riqueza. Algo que cuanto menos resulta difícil de comprender, a la vez que injusto, a mi parecer. De ahí la importancia de que al menos ese empresario disponga de un seguro que cubra su responsabilidad, en este supuesto tan especial y en cualquier otro.

¹²⁹ “Si acaso doblares la vara de la justicia, no sea con el peso de la dádiva, sino con el de la misericordia”. Don Quijote de la Mancha, parte 2, cap. 42.

BIBLIOGRAFÍA

- ANGULO RODRÍGUEZ, L.: “Hacia la reforma de la Ley de contrato de seguro, tras más de XXV años de vigencia”, en Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro, nº 21, Primer Trimestre de 2007, pág. 8 y ss.
- CAVANILLAS MÚGICA, S.: “La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia.” Aranzadi 1987.
- LASO PENA, J. M.: “El incomprendido seguro de defensa jurídica”, en revista de Tráfico, marzo-abril 2006, nº 5. Ed. LA LEY 2006.
- LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.: “El seguro de responsabilidad civil de los directivos y administradores (Seguro D&O), en Revista RC (Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro), nº 1 del año 43 (enero 2007). Ed. INESE.
- LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.: “La libre elección de profesional en el seguro de defensa jurídica”, en Revista Práctica de Derecho de Daños, nº 46, febrero 2007, pág. 16 y ss. Ed. LA LEY 2007.
- LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.: “Seguro de responsabilidad civil. La cláusula que limita la defensa jurídica en caso de conflicto de intereses, puede ser limitativa de derechos o considerada como lesiva si desnaturaliza el objeto del seguro.” Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2020, en Revista RC (Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro), nº 8 del año 56 (septiembre 2020). Ed. INESE.
- LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.: “El seguro de defensa jurídica: la libre designación de abogado y sus límites”, en AAVV, “Homenaje a Mariano Medina Crespo”, dirección LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J, publicado por SEPIN, Noviembre 2020.
- LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.: “Responsabilidad civil y derecho de seguros. Estudio doctrinal de supuestos especiales en ambas materias”, Ed. Comares, Enero 2021.
- MARÍN LÓPEZ, J.J., «La libre elección de abogado para un procedimiento de mediación como objeto de cobertura del seguro de defensa jurídica: su aplicación al procedimiento de oferta y respuesta motivada y a la reclamación previa a la vía judicial de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor», en AAVV, “Homenaje a Mariano Medina Crespo”, dirección LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J, publicado por SEPIN, 2020.
- OLMOS PILDÁIN, A.: “El seguro de defensa jurídica”, Ed. Aranzadi, 1997.

- PAGADOR LÓPEZ, J.: “La protección del consumidor en el contrato de seguro”. En “Derecho (privado) de los consumidores”, Miranda Serrano, L., y Pagador López, J., (coords.). Marcial Pons, Madrid, 2012.
- PÉREZ CALVO, I.: “El seguro de caución y su automatismo en el funcionamiento de la garantía”, en Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro, nº 48, Tercer Trimestre de 2013, pág. 27 y ss.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: “Comentario al artículo 74 de la LCS”, en Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro, 3ª edición, 2005.
- SALAS CARCELLER, A.: “Consecuencias de la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de seguro. Supuestos que dejan sin contenido el contrato e imposibilitan su cumplimiento”, en manual de ponencias del XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro, SEPIN 2014, pág. 385 y ss.
- TAPIA HERMINA, A.J.: “Comentario al artículo 76 apartados a) al g) de la LCS en SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.) “Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones”; 4ª ed., Thomson-Aranzadi, 2010, pág. 1801 y ss.
- TAPIA HERMIDA, A.J.: “El seguro de defensa jurídica. Aspectos polémicos y novedosos del derecho vigente y del proyectado, con particular referencia al límite de la cobertura en supuestos de libre designación de profesionales”, en manual de ponencias del XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro. SEPIN 2013, pág. 241 y ss.
- TAPIA HERMIDA, A.: “El seguro de pérdida de beneficios por interrupción de empresa a resultas del covid 19. Estado de la cuestión y futuro de las indemnizaciones”, El Blog de Alberto J. Tapia Hermida, agosto de 2021.
- TIRADO SUÁREZ, F.J.: “La libre elección de profesionales en el seguro de defensa jurídica”, XXII Congreso de derecho de la Circulación, celebrado en Madrid los días 24 y 25 de abril de 2006
- VEIGA COPO, A.: “Contrato de Seguro y Pandemia”, Civitas, 1ª Edición, 2020.
- VEIGA COPO, A.: “El seguro de pérdida de beneficios e interrupción de negocio”, nº 970, enero de 2021, en Revista Legal Today.
- VELA TORRES, P.J.: “Condiciones generales en el contrato de seguro. Cláusulas lesivas por desnaturalización del objeto”, en manual de ponencias del XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro. SEPIN 2016, pág. 233 y ss.
- YZQUIERDO TOLSADA, M.: “Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual”. Dykinson 2001. 1ª ed.