

INDICE

ABREVIATURAS	1
INTRODUCCIÓN	3

CAPÍTULO PRIMERO

FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA SUBROGACIÓN DEL ASEGURADOR

I.- FUNDAMENTO DE LA SUBROGACIÓN DEL ASEGURADOR.....	7
1.- INTRODUCCIÓN	7
2.- EL PRINCIPIO INDEMNIZATORIO COMO FUNDAMENTO DE LA SUBROGACIÓN	12
3.- CRÍTICA A LA CONSIDERACIÓN DEL PRINCIPIO INDEMNIZATORIO COMO FUNDAMENTO DE LA SUBROGACIÓN DEL ASEGURADOR PARA EVITAR EL CÚMULO DE INDEMNIZACIONES	21
4.- LA SUBROGACIÓN COMO MECANISMO PARA EXIGIR LA RESPONSABILIDAD DEL TERCERO	31
5.-LA SUBROGACIÓN EN BENEFICIO DEL ASEGURADOR Y COMO MEDIDA A FAVOR DE LA TÉCNICA ASEGURADORA	35
II.- LAS DIFERENTES POSTURAS DOCTRINALES EN TORNO A LA DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA SUBROGACIÓN.....	44
1.- INTRODUCCIÓN	44
2.- FORMULACIÓN DE LAS DIVERSAS TEORÍAS DOCTRINALES ENTORNO A LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA SUBROGACIÓN DEL ASEGURADOR	45
A.- La tesis de la subrogación y su revisión crítica	46
B.- La tesis de la cesión de créditos	49
C.- Crítica a la tesis de la cesión de créditos	54
D.- La tesis de la acción subrogatoria	58
E.- Crítica a la tesis de la acción subrogatoria	62
F.- La tesis de la institución propia del Derecho de seguro.....	66

3.- LA CONFIRMACIÓN DE LA SUBROGACIÓN DEL ASEGURADOR COMO UN SUPUESTO DE SUBROGACIÓN LEGAL	70
--	----

CAPÍTULO SEGUNDO

LOS PRESUPUESTOS LEGALES DE LA SUBROGACIÓN EN EL ÁMBITO DEL SEGURO DE TRANSPORTE TERRESTRE DE MERCANCÍAS

I.- INTRODUCCIÓN.....	89
II.- LA OBLIGACIÓN DEL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN AL ASEGURADO	94
1. – EL ORIGEN DE LA OBLIGACIÓN DEL PAGO DEL ASEGURADOR. LA EXISTENCIA DEL CONTRATO.....	94
2.- CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN.....	102
A.- El interés en los seguros de daños en general	104
B.- El interés en el seguro de transporte terrestre en particular.....	115
C.- El valor del interés asegurado y la suma asegurada	117
D.- El valor del interés y la determinación del daño en el seguro de transporte terrestre	123
E.- El riesgo en el seguro de transporte terrestre en relación con el interés que se asegura	127
III.- LA EXISTENCIA DE UN CRÉDITO DE RESARCIMIENTO A FAVOR DEL ASEGURADO FRENTE AL TERCERO RESPONSABLE DEL SINIESTRO.....	138
1.- NATURALEZA DEL CRÉDITO OBJETO DE LA SUBROGACIÓN.....	138
2.- EL CRÉDITO OBJETO DE LA SUBROGACIÓN EN EL SEGURO DE TRANSPORTE DE MERCANCÍAS	142
3.- EL CONCEPTO DE TERCERO RESPONSABLE DEL DAÑO.....	145
A.- El sujeto pasivo de la acción de subrogación. La consideración de tercero responsable.....	146
B.- La posición del tomador en el seguro por cuenta ajena y en el seguro por cuenta de quien corresponda	150
C.- El tomador del seguro de transporte terrestre.....	162
D.- El seguro de transporte contratado por el porteador por cuenta propia	166
E.- Tratamiento jurisprudencial del seguro de transporte contratado por el porteador	173

F.- La posición del tomador en el seguro por cuenta ajena en el seguro de transporte terrestre de mercancías	182
4.-RESPONSABILIDAD DEL TERCERO EN LA PRODUCCIÓN DEL SINIESTRO	195
A.- La responsabilidad del tercero en el transporte terrestre de mercancías	196
B.- La existencia de límites legales o convencionales de la responsabilidad del tercero en el transporte terrestre de mercancías .	199

CAPÍTULO TERCERO

EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE SUBROGACIÓN. LÍMITES Y CONSECUENCIAS. ASPECTOS PROCESALES.

I.- EL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN COMO PRESUPUESTO GENERADOR DEL INGRESO DEL ASEGURADOR EN LOS DERECHOS Y ACCIONES DEL ASEGURADO	201
1.- EFECTO LIMITADOR DE LA INDEMNIZACIÓN.....	202
2.- SUBROGACIÓN PARCIAL Y CONCURRENCIA ENTRE ASEGURADO Y ASEGURADOR EN LAS ACCIONES FRENTE AL TERCERO.....	209
3.- LA PRUEBA DEL PAGO	220
II.- MECANISMO DE LA SUBROGACIÓN. SUBROGACIÓN AUTOMÁTICA O SUBROGACIÓN VOLUNTARIA DEL ASEGURADOR	223
1.- MECANISMO DE LA SUBROGACIÓN. SU PLANTEAMIENTO	223
2.- CARÁCTER AUTOMÁTICO DE LA SUBROGACIÓN.....	227
3.- CARÁCTER VOLUNTARIO DE LA SUBROGACIÓN.....	230
4.- EL DESTINATARIO DE LA COMUNICACIÓN DE LA VOLUNTAD DE SUBROGARSE	231
5.- CRÍTICAS A LAS DIFERENTES TESIS QUE EXPLICAN LA OPERATIVIDAD DE LA SUBROGACIÓN.....	238
6.- JUSTIFICACIÓN DE LA SUBROGACIÓN AUTOMÁTICA POR EL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN	244
7.- SITUACIÓN JURÍDICA DEL ASEGURADO INDEMNIZADO.....	248
III.- CARÁCTER DERIVATIVO DE LA ACCIÓN DEL ASEGURADOR CONTRA EL RESPONSABLE E IDENTIDAD DEL CRÉDITO DEL ASEGURADOR.....	253
1.- CARÁCTER DERIVATIVO DEL CRÉDITO DEL ASEGURADOR.....	253
2.- PRINCIPIO DE IDENTIDAD DEL CRÉDITO SUBROGADO	256

IV.- EXCEPCIONES DEL TERCERO.....	264
1.- EXCEPCIONES PROCESALES	264
2.- EXCEPCIONES A LA LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA	266
3.- EXCEPCIONES MATERIALES	270
A.- Límites convencionales a la responsabilidad del porteador.....	272
B.- Límites legales a la responsabilidad del porteador	279
V.- EXCLUSIÓN DE LA SUBROGACIÓN FRENTE A DETERMINADAS PERSONAS RELACIONADAS CON EL ASEGURADO.....	281
1.- FUNDAMENTO DE LA EXCLUSIÓN FRENTE A LAS PERSONAS QUE GENERARÍAN LA RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADO	283
A.- Responsabilidad de los empresarios por hecho ajeno.....	287
B.- Aplicación del art. 43.3 LCS en el ámbito del transporte terrestre.	289
2.- EXCLUSIÓN DE LA SUBROGACIÓN FRENTE A CIERTOS FAMILIARES DEL ASEGURADO	301
3.- EXCEPCIÓN A LA EXCLUSIÓN DE LA SUBROGACIÓN	303
VI.- ASPECTOS PROCESALES DE LA SUBROGACIÓN.....	307
1.- EL CARÁCTER DE LA ACCIÓN QUE EJERCITA EL ASEGURADOR.....	307
A.- Acción subrogatoria	308
B.- Acción de repetición.....	312
2.- EL EJERCICIO DE LA SUBROGACIÓN EN EL PROCESO CIVIL.....	316
3.- EL EJERCICIO DE LA SUBROGACIÓN EN EL PROCESO PENAL	321

CAPÍTULO CUARTO

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN. RENUNCIA DEL DERECHO DE SUBROGACIÓN

I.- PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE SUBROGACIÓN FRENTE AL RESPONSABLE DEL SINIESTRO	325
1.- PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DEL ASEGURADOR. CONSECUENCIAS DEL CARÁCTER DERIVATIVO DE LA ACCIÓN: INALTERABILIDAD DEL RÉGIMEN DE PRESCRIPCIÓN A QUE VENÍA SUJETO.....	325
2.- CÓMPUTO DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN EN EL CONVENIO CMR	331
3.- CÓMPUTO DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN CONFORME A LA LCTTM... 337	
4.- INTERRUPCIÓN Y SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EN EL CONVENIO CMR. SUS EFECTOS JURÍDICOS.....	339
5.- INTERRUPCIÓN Y SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EN LA LCTTM.....	349

A.- Efectos jurídicos de la suspensión provocada por la primera reclamación escrita	353
B.- Efectos jurídicos de las reclamaciones posteriores	361
6.- LA PRESCRIPCIÓN EN LA RECLAMACIÓN ENTRE PORTEADORES.....	364
II.- EXTINCIÓN VOLUNTARIA DEL DERECHO DE SUBROGACIÓN .	366
1.- LA ADMISIBILIDAD DE LA RENUNCIA DEL ASEGURADOR.....	366
2.- LA LLAMADA RENUNCIA DEL ASEGURADOR A LA SUBROGACIÓN.....	369
3.- LA RENUNCIA A LA SUBROGACIÓN PROPIAMENTE DICHA	373
4.- EFECTOS DE LA RENUNCIA DEL DERECHO DE SUBROGACIÓN	383
5.- MODIFICACIÓN CONVENCIONAL AL RÉGIMEN LEGAL QUE PREVÉ LA SUBROGACIÓN DEL ASEGURADOR. LA LLAMADA «RENUNCIA ANTICIPADA»	388

CAPÍTULO QUINTO

EL DEBER DEL ASEGURADO DE NO PERJUDICAR LA SUBROGACIÓN

I.- FUNDAMENTO DEL DEBER DEL ASEGURADO DE NO IMPEDIR LA SUBROGACIÓN DEL ASEGURADOR.....	397
II.- CARÁCTER DERIVATIVO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CONTRA EL TERCERO Y ACTUACIÓN DEL ASEGURADO EN PERJUICIO DE LA SUBROGACIÓN.....	400
III.- EL PERJUICIO DE LA SUBROGACIÓN DEL ASEGURADOR AL IMPEDIR EL NACIMIENTO, TOTAL O PARCIAL, DEL CRÉDITO O AL PROVOCAR SU EXTINCIÓN CON ANTERIORIDAD A LA PRODUCCIÓN DEL SINIESTRO.....	403
1.- INEXISTENCIA DEL CRÉDITO ANTES DE LA PRODUCCIÓN DEL SINIESTRO ..	404
2 - ESPECIAL INCIDENCIA DE LAS CLÁUSULAS DE EXONERACIÓN, O DE LIMITACIÓN, DE LA RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR EN EL SEGURO DE TRANSPORTE TERRESTRE	416
IV.- EL PERJUICIO DE LA SUBROGACIÓN TRAS LA PRODUCCIÓN DEL SINIESTRO.....	424
1.- IMPEDIMENTO DE LA SUBROGACIÓN POR LA ACTUACIÓN DEL ASEGURADO DE FORMA PREVIA AL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN DEL ASEGURADOR.....	425
A.- Extinción total o parcial de la deuda del tercero	425
B.- Omisión de las actuaciones necesarias para el mantenimiento del derecho de crédito.....	430
a.- La no formulación de reservas al porteador en la recepción de las mercancías	430

b.- La prescripción de la acción frente al responsable	433
2.- IMPEDIMENTO DE LA SUBROGACIÓN POR LA ACTUACIÓN DEL ASEGURADO UNA VEZ PRODUCIDO EL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN DEL ASEGURADOR ...	437
V.- PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CONTRA EL ASEGURADO	440
CONCLUSIONES.....	445
BIBLIOGRAFÍA.....	457
JURISPRUDENCIA	471

ABREVIATURAS

ADC	Anuario de Derecho Civil
AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
CC	Código Civil
Ccom	Código de Comercio
CCCat	Codi Civil de Catalunya
cit.	Citado/a
CIM	Reglas uniformes relativas al contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril, de 9 de mayo de 1980
CMR	Convenio de Ginebra de 19 de mayo de 1956 sobre contrato de transporte internacional de mercancías por carretera
Cod. Civ.	Codice Civile
CP	Código Penal
DCFR	Draft Common Frame of Reference
ed.	Edición
F.J.	Fundamento Jurídico
FF.JJ.	Fundamentos Jurídicos
IUA	International Underwriting Association
LCS	Ley del Contrato de Seguro
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LCTTM	Ley del Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías
LOTT	Ley de Ordenación del Transporte Terrestre
nº	Número

p.	Página
PEICL	Principles Insurance Contract Law
PECL	Principles of European Contract Law
pp.	Páginas
Rev. Der. Circ.	Revista de Derecho de la Circulación
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDT	Revista de Derecho del Transporte
RES	Revista Española de Seguros
RGD	Revista General del Derecho
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
Riv. trim. dir. e proc. civ.	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
ss.	Siguientes
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo
UNESPA	Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tiene por objeto el estudio de la legitimación de la entidad aseguradora en los seguros de transporte de mercancía por carretera para ejercitar la acción de responsabilidad contra el causante de un siniestro que aquélla ha asegurado.

En el marco de los seguros contra daños, el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro reconoce el derecho de subrogación del asegurador en los derechos y acciones del asegurado frente al tercero responsable del daño. La aplicación de la subrogación del asegurador, cuando estamos ante un seguro de transporte terrestre de mercancías, tropieza con ciertas dificultades, debidas, principalmente, a la confusión generada en la práctica aseguradora entre el seguro de responsabilidad del porteador de las mercancías y el seguro de transporte de las mercancías. Por ello, conviene recordar que ambos seguros cubren intereses diversos proporcionando distintas coberturas.

Al mismo tiempo, la nueva Ley del Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías, adaptada a los convenios internacionales en esta materia, aporta una serie de importantes modificaciones, algunas de las cuales consideramos especialmente relevantes para nuestro estudio por cuanto inciden en el ejercicio de la subrogación del asegurador. En particular, aquellas que hacen referencia al régimen jurídico de la responsabilidad del porteador, así como, al plazo de prescripción señalado para las acciones derivadas del contrato de transporte.

El trabajo está ordenado en cinco capítulos. En el primero de ellos, como punto de partida, se estudia con carácter general el fundamento jurídico de la figura de la subrogación en el ámbito de los seguros de daños, analizando los

tres supuestos que han servido de base para la justificación de dicha institución. Posteriormente, se analizan las distintas posturas doctrinales que se han ocupado de explicar la naturaleza jurídica de la subrogación del asegurador.

A partir del segundo capítulo, se aborda la problemática de la aplicación de la subrogación en los seguros de transporte de mercancías por carretera. Así, se examinan los presupuestos legales para que se produzca la subrogación del asegurador. A continuación, se analizan las dificultades que implica la determinación del asegurado y del tercero responsable en un seguro de transporte terrestre contratado por el porteador en nombre propio.

El tercer capítulo está dedicado, en primer lugar, al examen del carácter derivativo del derecho en el que se subroga el asegurador y de su función delimitadora para el ejercicio de la acción como asegurador del transporte; considerando relevante en este punto el análisis de las excepciones que el tercero puede oponer al ejercicio de la subrogación. En segundo lugar, se estudia aquel apartado de la norma que prevé la exclusión de la subrogación frente a aquellas personas que estén ligadas al asegurado por vínculos de dependencia. Por último, se consideran los aspectos procesales del ejercicio de la acción del asegurador.

En el cuarto capítulo se aborda, con detenimiento, el análisis de la prescripción de la acción que adquiere el asegurador frente al tercero, partiendo de los plazos de las acciones regulados en la Ley del Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías y en el Convenio CMR para el transporte internacional de mercancías por carretera. Asimismo, se estudia la renuncia del asegurador al derecho de subrogación por cuanto ésta no supone que el asegurado adquiera de nuevo la titularidad del derecho de crédito frente al tercero, sino la liberación de este último del deber de responder como causante del siniestro.

Finalmente, en el quinto y último capítulo, se analiza el deber del asegurado de no perjudicar la subrogación del asegurador. Dicho análisis se realiza desde una doble perspectiva: por un lado, cuando la responsabilidad del asegurado frente al asegurador surge al impedir el nacimiento de su propio derecho contra el tercero; por otro, cuando el asegurado es titular del derecho de crédito, y su responsabilidad está referida al mantenimiento de ese derecho a favor del asegurador.

Como método de investigación de este trabajo, nos ha servido de base el estudio de la legislación nacional, en particular, la normativa vigente en materia de seguros y la muy reciente en materia de transporte terrestre de mercancías. Por otra parte, también se ha analizado la legislación extranjera referente al Derecho de seguros, especialmente el *Codice Civile* italiano y el Código de los seguros francés. Así también, se han revisado en profundidad los aportes doctrinales más relevantes en la materia. A este respecto conviene resaltar la importancia de estos estudios, puesto que ha sido a través de ellos que, en materia de subrogación, durante mucho tiempo se han establecido pautas de interpretación y aplicación muchas veces seguidas por el órgano jurisdiccional competente. De ahí que el estudio haya sido complementado con el análisis de la jurisprudencia existente en esta materia. Por otro lado, dado que nos encontramos inmersos en un proceso de armonización comunitaria de Derecho de seguros, han sido considerados en nuestro estudio los Principios de Derecho europeo del contrato de seguro (Principles of European Insurance Contract Law, PEICL) en referencia a la subrogación.

Al inicio de la tesis doctoral, y con el fin de acceder a las fuentes legislativas, doctrinales y jurisprudenciales de Derecho comparado, se ha realizado una estancia de investigación en el Centro de Documentación Jurídica International del *International Institute for the Unification of Private Law*

(UNIDROIT) en Roma, bajo la supervisión de Laura N. Tikanvaara, responsable de dicha Institución.

Posteriormente, se ordenaron los diversos materiales obtenidos en la estancia de investigación mencionada para proceder al estudio y análisis de las distintas líneas doctrinales y jurisprudenciales sobre la materia objeto de estudio. Ello ha servido de base para la reacción de este trabajo, en el que se ha procurado proponer soluciones a cuestiones jurídicas

Durante la elaboración de la tesis, ha servido de ayuda la colaboración en la Sección de Seguros de la Revista de Derecho del Transporte, realizando comentarios de jurisprudencia sobre sentencias recientes en la materia objeto de estudio para el presente trabajo. Ello me ha permitido analizar la evolución de la doctrina judicial acerca de la problemática y las posibles soluciones entorno a un tema tan complejo como el del aseguramiento del transporte terrestre de mercancías

En la última fase de la elaboración del trabajo, se ha formado parte del comité organizador de unas Jornadas sobre la reforma de la Ley del Contrato de Seguro. Esta labor nos ha permitido conocer, de primera mano, las nuevas orientaciones legislativas, las más recientes posturas doctrinales, así como las opiniones de los operadores económicos del sector asegurador sobre diversas cuestiones relativas al derecho de subrogación. Gracias a ello, hemos podido profundizar en algunas cuestiones complejas y así poder ofrecer un análisis más detallado de la materia objeto de nuestro estudio.

CAPÍTULO PRIMERO

FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA SUBROGACIÓN DEL ASEGURADOR

I.- FUNDAMENTO DE LA SUBROGACIÓN DEL ASEGURADOR.

1.- INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente el establecimiento de la figura de la subrogación del asegurador ha descansado sobre una doble finalidad. Por un lado, evitar que el asegurado pueda enriquecerse ejercitando los dos derechos de crédito que la producción de un siniestro amparado por la cobertura de seguro y del que se deriva la responsabilidad de un tercero, le confieren. Por otro lado, impedir que el tercero quede liberado, a costa de la existencia de un contrato de seguro del que no es parte, de las consecuencias patrimoniales que se deriven de su responsabilidad en la producción del siniestro¹.

Cuando tiene lugar un siniestro del que se determina la responsabilidad de un tercero, el damnificado asegurado frente a dicha eventualidad dispone de dos derechos de crédito dirigidos a la reparación del perjuicio patrimonial que ha sufrido por efecto del siniestro. Puede reclamar a su asegurador o a la

¹ A este doble fundamento se refieren entre otros, RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador. Especial referencia al seguro marítimo*, Tesis Doctoral inédita, San Sebastián, 1975, p. 24; IGLESIAS PRADA, J. L., «La subrogación del asegurador en el seguro marítimo», en *RES*, 1981, pp. 19-37, p. 20; GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, 2.^a ed., Madrid, 1982, pp. 197-198; GÓMEZ CALERO, J., «Los derechos de reintegro del asegurador en la Ley de Contrato de Seguro», en VERDERA Y TUELLS, E., (Coord.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Colegio Universitario de Estudios Financieros, Madrid, 1982, pp. 745-752, p. 745; SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 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*, 4.^a ed., Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 948-981, p. 950; VIVANTE, C., *Il Contratto di Assicurazione. Le Assicurazioni Terrestri*, vol. I, Milano, 1885, p. 436; DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, vol II, Milano, 1954, pp. 465-466; FERRARINI, S., *Le Assicurazioni Marittime*, Milano, 1991, p. 445; PICARD, M./BESSON, A., *Les Assurances Terrestres en Droit Français. (Le contrat d'assurance)*, T. I, 4.^a ed., París, 1975, p. 500.

persona responsable de los daños. Ambos derechos de crédito, aunque tienen distinta fuente, puesto que la obligación de reparar del tercero nace de su responsabilidad en la producción del siniestro, mientras que la obligación de indemnizar del asegurador resulta directamente del contrato de seguro, cumplen para el asegurado la misma función resarcitoria o reparadora de aquel daño patrimonial.

Llegado el caso de que el asegurado pudiese obtener la indemnización del seguro y, al mismo tiempo, dirigirse contra el tercero para reclamar la reparación íntegra del daño sin abstraer la suma percibida del asegurador, se encontraría en una situación denominada de cúmulo de indemnizaciones, gracias a la cual el asegurado resultaría doblemente indemnizado con ocasión de un mismo siniestro. Entiende la doctrina que dicho cúmulo de indemnizaciones vulnera el principio indemnizatorio que rige en los contratos de los seguros de daños, configurados como contratos de estricta indemnización, en virtud del cual la indemnización del asegurador tiene por finalidad la reparación del daño real causado al asegurado². De manera que si el asegurado pudiera sumar la acción contra el tercero a la indemnización del asegurador, se situaría, gracias al contrato de seguro, en una situación patrimonialmente más ventajosa de la que tenía antes de que ocurriera el siniestro.

En consecuencia, para evitar que éste último, ejercitando el cúmulo de indemnizaciones pueda obtener un lucro en caso de siniestro, se establece la subrogación del asegurador, que opera a su favor el cambio de titularidad del derecho de crédito frente al responsable del siniestro, perteneciente inicialmente al asegurado hasta que fue indemnizado a través del seguro. De forma que,

² BENÍTEZ DE LUGO Y REYMUNDO, L., *Problemas y sugerencias sobre el contrato de seguros: sobreseguro, infraseguro, cláusulas de estabilización*, Madrid, 1952, p. 9; GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 198.

una vez que el asegurador efectúa el pago de la indemnización, el asegurado pierde el interés, y por ello, la titularidad del derecho para reclamar al responsable, en la misma medida y cuantía en que el daño patrimonial ha sido reparado por el seguro, transfiriéndose el derecho de crédito al asegurador en virtud de aquel pago.

Por otra parte, la subrogación del asegurador cumple un segundo objetivo, que consiste en evitar que el tercero eluda las consecuencias económicas de su responsabilidad en la producción del siniestro, gracias a la existencia del contrato de seguro. Ocurrido el siniestro, el asegurado, que ya ha sido indemnizado por el seguro, deja de estar interesado en reclamar al responsable del siniestro la reparación del daño. De forma que, si no se atribuyera al asegurador similares acciones a las que correspondían al asegurado para ejercer aquella reclamación, el tercero responsable quedaría liberado de la obligación de afrontar las consecuencias patrimoniales derivadas de su responsabilidad, beneficiándose indirectamente de un contrato que le es ajeno y por el cual no ha pagado ninguna prima³.

Junto a esta doble fundamentación más clásica o tradicional, se ha considerado por algunos autores un tercer argumento, de carácter económico, para justificar que el legislador disponga a favor de asegurador la subrogación en el derecho del asegurado posibilitándole reclamar al responsable del evento dañoso. En esta finalidad económico-empresarial se entiende que la subrogación representa un beneficio para la industria aseguradora, por cuanto la recuperación de las indemnizaciones a través de los responsables de los siniestros posibilita a los aseguradores disponer de recursos suplementarios que le permitan llevar a cabo una mejor explotación de la actividad empresarial⁴.

³ VIVANTE, C., *Il Contratto di Assicurazione. Le Assicurazioni Terrestri*, vol. I, cit., p. 436; RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., p. 24.

⁴ SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 950

Estos recursos suplementarios constituyen un importante factor estadístico a la hora de calcular el precio de las primas. En este sentido, lo obtenido a través del ejercicio de la subrogación significaría una garantía en beneficio de la masa de asegurados, puesto que posibilita una reducción de las tarifas de las primas⁵.

Debemos observar que esta triple fundamentación ya estaba recogida en la Exposición de Motivos del Código de Comercio de 1885, al establecer la subrogación del asegurador en los seguros contra incendios, expresada en los siguientes términos: «Satisfecho el asegurado de cualquiera de los modos indicados, es de estricta justicia que, como consecuencia de este acto, quede subrogado «ipso jure» el asegurador en todos los derechos del asegurado, contra los terceros que sean responsables del incendio, por cualquier título o concepto; pues ni el asegurado, una vez percibida la indemnización, puede exigir de éstos otra, lo cual constituiría un lucro o beneficio, en oposición con la naturaleza fundamental del mismo contrato, ni los terceros quedan libres de su responsabilidad en virtud del seguro, como acto ajeno a ellos, siendo, por el contrario, muy ventajosa esta subrogación al mismo asegurado, que obtendrá por ella alguna rebaja en la cuantía del premio del seguro».

Al margen de las precedentes justificaciones de la razón de ser de la atribución del derecho de subrogación al asegurador, se sitúa, de forma aislada, la posición adoptada en la doctrina italiana por GENOVESE⁶, quien parte de la tesis de la función subsidiaria del seguro ante las irregularidades del mecanismo de reparación del daño. Desde esta consideración, se ha sostenido que cuando el daño pueda ser atribuido a la autoría de un tercero o a la responsabilidad de éste, el daño en cuestión sólo subsiste de forma abstracta,

⁵ DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazione Private*, vol II, cit., pp. 465-466; FERRARINI, S., *Le Assicurazioni Marittime*, cit., p. 445; IGLESIAS PRADA, J.L., «La subrogación del asegurador en el seguro marítimo», cit., p. 20.

⁶ GENOVESE, A., «Il fondamento razionale della surroga dell'assicuratore», en *Assicurazioni*, I, 1968, pp. 15-49, pp. 28-32.

siendo sustituido el valor de lo destruido y otros daños por un derecho de crédito del damnificado frente a aquel tercero. En este caso, la prestación del asegurador estará subordinada a un posible retraso o incumplimiento del resarcimiento de parte del tercero responsable del daño cubierto por el contrato. Es decir, en caso de que el tercero no cumpla con su obligación de reparar, el daño originario subsiste, y será el asegurador quien, asumiendo una función subsidiaria, anticipe su reparación. En este caso, surgirá en el asegurador un derecho de subrogación para reclamar al tercero responsable la suma anticipada.

No obstante, esta tesis que prevé la cobertura del seguro como subsidiaria de la obligación del responsable, no puede ser aceptada. La obligación del asegurador y la del tercero responsable frente al asegurado damnificado, son de distinta naturaleza y autónomas entre sí. El deber de resarcimiento del tercero surge en virtud de la ley, para reparar las consecuencias dañosas infringidas al asegurado derivadas de su responsabilidad en la producción del siniestro. Sin embargo, la obligación de indemnizar del asegurador nace con motivo del contrato de seguro y en cumplimiento del principio indemnizatorio que rige en los seguros de daños. Sobre la base de dicho principio, el asegurador, como consecuencia de la producción del siniestro objeto de cobertura del seguro, se obliga a reparar el daño patrimonial que ha experimentado el asegurado derivado de aquel siniestro. Ambas obligaciones se sitúan en un plano de igualdad, sin que una sea subsidiaria de la otra, de manera que el asegurador sólo quedará liberado de indemnizar a su asegurado cuando éste haya sido resarcido por el responsable del siniestro, puesto que en tal caso, y en virtud del principio indemnizatorio, la ausencia del daño hace inviable la indemnización del seguro por falta de causa.

2.- EL PRINCIPIO INDEMNIZATORIO COMO FUNDAMENTO DE LA SUBROGACIÓN

En referencia al primero de los fundamentos señalados, la subrogación del asegurador en el derecho de crédito del asegurado indemnizado frente al tercero responsable, se concibe como una salvaguarda del principio indemnizatorio que rige en los seguros de daños. De este modo, se evita que el asegurado pueda lucrarse ejerciendo satisfactoriamente el derecho de crédito frente al asegurador y frente al responsable del siniestro. La doctrina ha entendido que existe una íntima vinculación entre el principio indemnizatorio y la prohibición del cúmulo de prestaciones en la persona del asegurado, lo que justifica el establecimiento legal de la subrogación del asegurador. En esta línea se manifiesta que «En el fondo, y de un modo indirecto, es el principio indemnizatorio el que domina esta institución y el que prohíbe la acumulación del derecho a la indemnización por un mismo motivo y en una sola persona»⁷. Y también que el mecanismo subrogatorio sirve para restablecer el equilibrio que pueda quebrarse en el patrimonio del asegurado con la acumulación de la indemnización del asegurador y la reparación por parte del tercero cuando dicha acumulación comporte una duplicidad de indemnizaciones; y «en este sentido cumple una función tutelar del principio indemnizatorio»⁸. En términos parecidos se afirma, que «la subrogación encuentra su punto de partida en una rígida actuación del principio indemnizatorio»⁹, con el fin de impedir que el asegurado pueda lucrarse percibiendo una doble indemnización.

Dicho principio se halla expuesto con carácter general en el art. 26 LCS en el que, teniendo en cuenta la función indemnizatoria del contrato de seguro, se dispone que el seguro «no puede ser objeto de enriquecimiento injusto para

⁷ GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., pp. 197-198.

⁸ IGLESIAS PRADA, J. L., «La subrogación del asegurador en el seguro marítimo», cit., pp. 23-24.

⁹ DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazione Private*, vol II, cit., p. 466.

el asegurado»¹⁰. Cabe destacar que este artículo se ubica en el Título Segundo de la LCS, referente a los seguros de daños, a los que la doctrina califica de contrato de indemnización¹¹, en los que el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado en el caso de que ocurra el siniestro frente al cual éste último se asegura. Partiendo de una rígida actuación de dicho principio se entiende por parte de la doctrina que la prestación del asegurador «no puede exceder nunca de la cuantía del daño sufrido», siendo así, que «no puede convertirse en fuente de provecho ni en ocasión de lucro para el asegurado, porque la indemnización debe ser la reparación exacta del perjuicio experimentado»¹². Respecto a estos seguros, se señala que son razones de orden público, como la provocación de siniestros voluntarios, las que se oponen a «que el seguro llegue a ser para el asegurado una ocasión de beneficios»¹³. Así, atendiendo al contenido de dicho artículo, la doctrina ha puesto de relieve que su texto constituye una formulación negativa del principio indemnizatorio¹⁴, indicando que la indemnización del asegurador no debe proporcionar un enriquecimiento injusto al asegurado. Pero al mismo tiempo se evidencia que el precepto deja sin

¹⁰ GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 134, señala que el principio indemnizatorio obedece a un doble fundamento: por un lado, el temor a que el asegurado provoque intencionadamente el siniestro con la esperanza de obtener una ganancia; por otro lado, evitar que el seguro se convierta en un apuesta o de lugar a especulaciones inmorales.

¹¹ WEENS, C., *L'assurance de choses. Contrat d'indemnité*, Paris, 1927, p. 95, subraya la íntima relación entre el concepto de interés y la finalidad indemnizatoria del seguro de daños, cuando manifiesta que la noción del interés en Derecho de seguros, es de la mayor importancia desde el punto de vista de la aplicación del principio de que el seguro es un contrato de indemnización, en el que es el valor del interés y no el de la cosa el que debe servir para fijar la cuantía de la indemnización que deberá pagarse al asegurado, si se desea evitar que obtenga un beneficio, porque los daños personales que sufre no superan dicho valor.

¹² DEL CAÑO ESCUDERO, F., *Derecho Español de Seguros. Parte general*, T I, 3.^a ed., Madrid, 1983, p. 518.

¹³ TRAVIASAS, M. M., *Sobre contrato de seguro terrestre*, Madrid, s.f., [pero, 1934], p. 47.

¹⁴ CUÑAT EDO, V., «Comentario Art. 26 LCS», en BOQUERA MATARREDONA, J.; BATALLER GRAU, J.; OLAVARRÍA IGLESIA, J., (Coords.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 249-356, p. 349.

respuesta la cuestión positiva, puesto que no señala «qué es o qué debe ser» el principio indemnizatorio¹⁵.

Precisamente, siendo la finalidad de la indemnización del seguro de daños procurar la reparación del daño sufrido por el asegurado, el principio indemnizatorio se revela como el mecanismo para evitar que dicho asegurado pueda lucrarse «injustificadamente» a costa del seguro y situarse en una situación mejor de la que tenía antes de producirse el siniestro. No obstante, cabe entender que dicho principio actúa impidiendo el enriquecimiento «injusto» del asegurado por medio del seguro, cuando dicho resultado es fruto de un proceder o actuación contraviniendo las reglas de la buena fe que rigen en todo contrato de seguro. En este sentido BENÍTEZ DE LUGO subraya que «en el principio indemnizatorio descansan todas las reglas referentes a la buena fe que debe presidir las relaciones entre asegurador y asegurado»¹⁶. Conforme a dichas reglas, señala este autor, el asegurado paga la prima a cambio de la seguridad de que en caso de ocurrir el siniestro, será reparado exactamente conforme a la cuantía del mismo en función de las sumas aseguradas. A su vez, el asegurador puede liberarse del temor frente a los siniestros causados dolosamente por el asegurado, ya que «la indemnización está limitada exclusivamente por el interés asegurable, el daño y la suma asegurada, y el asegurado no puede obtener un lucro en caso de siniestro, supuesto éste incompatible con el seguro»¹⁷.

El contrato de seguro de daños se estipula en torno a la protección jurídica del interés del asegurado relacionado con unos bienes amenazados por un siniestro determinado. Así, el objeto del contrato, no es la cosa o bien que se

¹⁵ GIRGADO PERANDONES, P., *El principio indemnizatorio en los seguros de daños. Una aproximación a su significado*, Comares, Granada, 2005, p. 134.

¹⁶ BENÍTEZ DE LUGO Y REYMUNDO, L., *Problemas y sugerencias sobre el contrato de seguros: sobreseguro, infraseguro, cláusulas de estabilización*, cit., p. 9

¹⁷ BENÍTEZ DE LUGO Y REYMUNDO, L., *Problemas y sugerencias sobre el contrato de seguros: sobreseguro, infraseguro, cláusulas de estabilización*, cit., p. 9.

asegura, sino el interés del asegurado en ella¹⁸, esto es, el interés en preservarse contra el daño patrimonial resultante de la producción del siniestro en los bienes asegurados¹⁹. De esta forma, conforme a lo dispuesto en el art. 25 LCS, el interés del asegurado en la indemnización del daño se configura como la causa del contrato²⁰ y presupuesto para su validez. De ahí que atendiendo a la función indemnizatoria del contrato de seguro, el propio art. 26 LCS señala que la determinación del daño se hará de acuerdo al valor del interés asegurado en el momento inmediatamente anterior a la realización del siniestro.

Así, el principio indemnizatorio está íntimamente relacionado con el interés que se asegura, y el valor que se le asigna, y con la función indemnizatoria del seguro de daños. Respecto al interés que se asegura, el valor asegurado es el valor que el interesado asigna a su interés y se expresa mediante la suma asegurada. Dicha suma es la que se espera obtener del asegurador en caso de producirse el siniestro que afecte a los bienes o a las cosas objeto de la cobertura del seguro²¹. Conforme a lo establecido en el art. 27 LCS la suma asegurada constituye el límite máximo de la indemnización que deberá pagar el asegurador en cada siniestro. Al mismo tiempo, esta suma sirve de base para el cálculo de las primas que se deberán abonar como contrapartida de la cobertura aseguradora. Por lo tanto, es evidente que a pesar de que la suma asegurada la establezca libremente el propio asegurado, o el tomador del seguro, sin que el asegurador intervenga en su fijación, la aceptación de esa suma por su parte se refleja en la determinación de la prima correspondiente. No obstante, en el caso de que dicha suma supere notablemente el valor del

¹⁸ WEENS, C., *L'assurance de choses. Contrat d'indemnité*, cit., p. 102

¹⁹ TRAVIASAS, M. M., *Sobre contrato de seguro terrestre*, cit., p. 37, afirma que «Sin duda que es el interés lo que constituye el objeto del seguro», añadiendo que es indispensable un objeto al cual se refiera ese interés.

²⁰ TRAVIASAS, M. M., *Sobre contrato de seguro terrestre*, cit., p. 59, subraya que la causa del contrato de seguros parece ser siempre obtener una indemnización del daño. Del mismo modo, DEL CAÑO ESCUDERO, F., *Derecho español de seguros. Parte general*, T. I, cit., p. 428, señala la función indemnizatoria como la causa del contrato de seguro.

²¹ GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 135.

interés asegurado, es decir, cuando estemos en una situación de sobreseguro, el art. 31 LCS deja a merced de la autonomía de las partes la posibilidad de exigir la reducción de la suma y de la prima, determinando solamente la ineficacia del contrato cuando el sobreseguro se deba a la mala fe del asegurado.

El art. 26 LCS formula el principio indemnizatorio utilizando el concepto de enriquecimiento «injusto» del asegurado, cuando prohíbe que éste se lucre percibiendo del seguro una indemnización que supere el valor de la pérdida sufrida por razón del siniestro²². Ello induce razonablemente a pensar que sólo se incumplirá dicho principio si el asegurado resulta favorecido por un enriquecimiento que merezca aquel calificativo, por lo que cabe consentir un cierto enriquecimiento cuando está justificado y admitido por el propio seguro y asumido por las partes²³. De ahí que un sector de la doctrina considere que «el mero enriquecimiento puede estar presente en los contratos de seguro, sin que

²² Según DÍAZ MORENO, A., *La disciplina de la póliza estimada en la Ley de Contrato de Seguro*, Cuadernos Civitas, 2008, pp. 33-43, el principio indemnizatorio presenta dos caras o aspectos diferentes: el aspecto negativo, que se entiende como constitutivo de un límite legal a la prestación debida por el asegurador; y el aspecto positivo o constructivo, que se refiere a la causa negocial. Atendiendo al aspecto negativo señala que «el principio indemnizatorio no prohíbe propiamente que el asegurado obtenga una cuantía superior al daño, sino que permite al asegurador conmensurar su prestación al importe del daño efectivamente sufrido». A este respecto mantiene que la ley deja en manos del asegurador la efectividad de la prohibición del enriquecimiento injusto del asegurado, permitiéndole que frente a la pretensión de éste último pueda hacer valer el límite legal dispuesto por el art. 26 LCS. Así, en rigor, la ley no impide que el importe de la indemnización que finalmente perciba el asegurado supere el valor del daño derivado del siniestro, sino que surja para el asegurador la obligación contractual de resarcir por aquél importe superior. De ahí que pueda darse ciertos casos en que el asegurado resulte enriquecido al margen de la estricta función resarcitoria del seguro. Por lo tanto, para este autor, el aspecto negativo del principio indemnizatorio impide que el enriquecimiento del asegurado sea el resultado querido de acuerdos o pactos establecidos contractualmente, es decir, con anterioridad a la producción del siniestro, pero no se opone a que una vez determinado el daño resultante del siniestro, pueda el asegurador realizar lícitamente una prestación superior a la magnitud de ese daño. Por lo que respecta a la vertiente positiva del principio, entiende que la prohibición de enriquecimiento injusto impide que las partes pacten un seguro excluyendo la causa indemnizatoria.

²³ Contrariamente, CUÑAT EDO, V., «Comentario Art. 26 LCS», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, cit., p. 351, mantiene que el carácter estrictamente indemnizatorio del seguro impide que pueda constituir ningún enriquecimiento para el asegurado, por lo que no cabe distinguir entre enriquecimiento justo o injusto.

suponga una sanción que los anule»²⁴. En este sentido, merece interés incidir en la noción del contrato de seguro del art. 1 LCS en el que se establece que el asegurador se obliga, a cambio del cobro de una prima, a indemnizar «dentro de los límites pactados», el daño producido al asegurado. Por lo tanto, son las partes las encargadas de fijar los límites en que quedará determinada la indemnización debida por el asegurador. Al respecto, se subraya la función del principio de la autonomía de la voluntad para señalar que en sede de principio indemnizatorio, «la libertad contractual puede cumplir una función básica para determinar cuál es la cuantía de la indemnización, incluso aunque ésta pueda conducir a una situación de cierto enriquecimiento del asegurado»²⁵. Tal situación, como veremos seguidamente, puede resultar factible en cierta medida tratándose de las pólizas estimadas y del seguro a valor nuevo, así como en el seguro de lucro cesante. En estos tipos de seguro se constata la evolución experimentada por el principio indemnizatorio como consecuencia de la nueva realidad del tráfico, permitiendo a las partes extender la cobertura del seguro más allá del daño real provocado por el siniestro.

La configuración legal del seguro de daños como un contrato de resarcimiento, permite considerar que el principio indemnizatorio es la formulación resumida de la causa del negocio asegurador, esto es, de la función de resarcimiento del seguro de daños. Por ello, dicho principio tiene un valor eminentemente positivo o constructivo, cuya comprensión resulta imprescindible para dar solución práctica a diversas cuestiones relacionadas con la naturaleza del contrato²⁶. Al respecto, indica PARTESOTTI que es cierto que

²⁴ GIRGADO PERANDONES, P., *El principio indemnizatorio en los seguros de daños...*, cit, p. 135.

²⁵ GIRGADO PERANDONES, P., *El principio indemnizatorio en los seguros de daños...*, cit., p. 140 señala que ante una expresión parecida contenida en el § 1 VVG alemán, la doctrina de aquél país ha señalado que la mención de límites pactados comprende tanto las normas legales como los acuerdos fijados por las partes.

²⁶ PARTESOTTI, G., *La polizza stimata*, Padova, 1967, p. 88, observa que el principio indemnizatorio está íntimamente relacionado con la naturaleza del contrato de seguro, que se plantea en sí

la consecución de la función resarcitoria plantea una cuestión de orden público en relación a la posible desviación de la concreta función negocial del contrato de seguro²⁷. De ahí que se justifique la necesidad de integrar la disciplina propia de estos contratos con normas que, en la medida de lo posible, garanticen el respeto de esa función resarcitoria «merecedora de tutela» por parte del ordenamiento. No obstante, señala este autor, es deseable una interpretación más flexible del principio indemnizatorio con la finalidad de posibilitar el encuadramiento de ciertas modalidades aseguradoras que responden a necesidades prácticas de modernidad y de reconstrucción del sistema asegurador, como es el caso de la contratación del seguro mediante la llamada póliza estimada²⁸.

La póliza estimada se halla regulada en el art. 28 LCS cuando permite la fijación convencional por las partes del valor del interés asegurado. En este tipo de póliza el tomador del seguro y el asegurador aceptan de forma expresa el valor del interés asegurado, que se tendrá en cuenta para el cálculo de la indemnización que abonará el asegurador en caso de que se produzca el siniestro²⁹. Constituye así, un instrumento práctico predispuesto por las partes para facilitar la liquidación de la indemnización. De esta forma, quedando fijado previamente el valor del interés asegurado, cuando se produzca el

misma como un recíproco cambio aleatorio de sumas dinerarias restringido en su cuantía por razones de orden público.

²⁷ PARTESOTTI, G., *La polizza stimata*, cit., p. 88.

²⁸ PARTESOTTI, G., *La polizza stimata*, cit., pp. 89-92.

²⁹ PARTESOTTI, G., *La polizza stimata*, cit., pp. 6-7 señala que, en lo que respecta a los seguros terrestres, la póliza estimada es utilizada casi exclusivamente en el seguro de lucro cesante y cuando los bienes asegurados no tienen un precio de mercado fácilmente comprobable y se habla de un valor estimado. Por lo que se refiere a los seguros marítimos, indica que su típico campo de aplicación es en el seguro de la nave. El empleo de las pólizas estimadas también se justifica en el ámbito del seguro terrestre de mercancías, cuando para la determinación del valor de dichas mercancías el art. 62 LCS otorga carácter prioritario al pacto de estima de las partes respecto al método alternativo propuesto en el mismo artículo. Acerca de la especial valoración de las mercancías en el contrato de seguro de transporte, v. GIRGADO PERANDONES, P., «Algunas consideraciones sobre el valor de las mercancías en el contrato de seguro de transporte (Art. 62 LCS). El caso especial de las pólizas estimadas», en *RES*, n.º 118, 2004, pp. 193-227, pp. 193-225.

siniestro el asegurado sólo deberá probar la destrucción de su interés a causa de ese siniestro, quedando liberado de probar la cuantía del daño que ha sufrido³⁰. Pero más allá de este alcance procesal, substancialmente la estima constituye un instrumento negocial que sirve para extender la indemnización aseguradora respecto de la usual, que sólo permite la plena aplicación de la causa de resarcimiento³¹.

En este caso, la póliza estimada otorga un margen de libertad a las partes para la fijación de los criterios de determinación de la indemnización dentro de los límites considerados compatibles con la propia función resarcitoria del seguro³². La estimación del valor del interés asegurado debe ser acordada expresamente por las partes. No obstante, el valor estimado resultante de tal acuerdo no se configura a modo de obligación absoluta e indiscutible para el asegurador, sino que éste dispone de unas concretas y limitadas causas de impugnación que le permiten rechazar aquel valor pactado con el asegurado³³.

La aceptación de ese valor como base para la liquidación de la indemnización, en lugar del valor real del daño, se compensará por parte del asegurador estableciendo una prima mayor. Es por ello que, exceptuando los casos en que, por error o por dolo del asegurado, la suma estimada supere de forma notable el valor del interés asegurado, puede haber un cierto «riesgo» de

³⁰ SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 28 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*, 4.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 637-654, p. 646.

³¹ PARTESOTTI, G., *La polizza stimata*, cit., p. 91.

³² PARTESOTTI, G., *La polizza stimata*, cit., p. 74.

³³ Así, EMBID IRUJO, J. M., «Causas de impugnación de las pólizas estimadas en la Ley de Contrato de Seguro», en IGLESIAS PRADA, J. L., (Coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T. III, Civitas, Madrid, 1996, p. 2751-2763, pp. 2752-2759, quien, en referencia a las causas de impugnación del valor estimado dispuestas por la LCS, señala que «la utilización de las pólizas estimadas permite al asegurado obtener una indemnización superior al valor real del interés asegurado en el momento de producirse el siniestro, siempre que dicho exceso no lo sobrepase “notablemente”», debiéndose considerar este resultado como una excepción del principio indemnizatorio. Es decir, la contravención del principio indemnizatorio, como consecuencia de un enriquecimiento injusto del asegurado, sólo se producirá en el caso de que exista una «notable» diferencia entre el valor estimado y el valor real cuando ocurra el siniestro.

que el asegurado resulte beneficiado por la estima; siendo asumido y compensado ese riesgo por parte del asegurador mediante el cobro de una prima más elevada. En referencia a la sobrevaloración en la estima, cabe considerar que el exceso de la suma asegurada sobre el valor no representa de por sí una situación contraria a la norma imperativa; por el contrario, «es el motivo individual ilícito el que determina la invalidez del contrato»³⁴.

Por otro lado, la estricta y clásica formulación del principio indemnizatorio, se halla superada por la fórmula aseguradora a valor nuevo. Ésta permite que la indemnización del seguro se extienda más allá de su función reparadora del valor del daño efectivamente ocasionado por el siniestro a los bienes asegurados, para cubrir el valor de reposición de esos bienes, cuando el daño es total, y siempre que se trate de bienes de uso. En el seguro a valor nuevo, el asegurador se obliga a pagar una indemnización calculada con base no en el valor real del bien asegurado en el momento inmediatamente anterior al siniestro, sino en su valor de nuevo, sin deducir cantidad alguna en concepto de depreciación del bien dañado³⁵. Para la determinación de la indemnización, el valor que ha de tenerse en cuenta es el correspondiente al del momento inmediatamente anterior al siniestro si hubiera de adquirirse por primera vez en el mercado el bien siniestrado, o, en el caso de inmuebles, lo que costaría la reconstrucción del edificio siniestrado con exclusión del terreno³⁶.

En esta modalidad de contratación de seguro, de suma importancia en el orden económico, para el cálculo de la indemnización se toma como base el valor de adquisición como nuevo del bien, sin deducir la depreciación de valor

³⁴ PARTESOTTI, G., *La polizza stimata*, cit., p. 76.

³⁵ MUÑOZ PAREDES M.^a L., *El seguro a valor nuevo*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 29-30.

³⁶ MUÑOZ PAREDES M.^a L., *El seguro a valor nuevo*, cit., p. 30, (nota a pie de página n.º 2) señala que el precio de la primera adquisición del bien asegurado, o el que tenía en el momento de la contratación del seguro, servirán, en todo caso, para determinar la suma asegurada, pero no son relevantes para la estimación del daño ni para fijar la indemnización, permaneciendo ésta última desconocida hasta que se produzca el siniestro.

de nuevo a viejo que haya podido sufrir ese bien. De esta forma, la finalidad indemnizatoria del seguro resulta ampliada dado que no procura el estricto resarcimiento del daño sufrido por el asegurado, sino la reposición íntegra del bien damnificado, por cuanto aquél obtiene con ocasión del siniestro el valor de nuevo que tenía el bien en ese momento. A pesar de ello, el seguro a valor nuevo es respetuoso con el principio indemnizatorio expresado en el art. 26 LCS puesto que no implica un enriquecimiento injusto del asegurado, sino la manera en que las partes valoran de común acuerdo el daño resarcible. Es decir, el seguro no comportará un lucro para el asegurado ya que la indemnización a percibir viene justificada por los términos pactados en el contrato. De ahí que en este tipo de seguro no se dé cobertura de forma indiscriminada a cualquier bien, quedando excluidos aquellos bienes que presenten una rápida depreciación de valor a consecuencia del uso a que están destinados, así como los que, por el contrario, su depreciación es mínima³⁷.

3.- CRÍTICA A LA CONSIDERACIÓN DEL PRINCIPIO INDEMNIZATORIO COMO FUNDAMENTO DE LA SUBROGACIÓN DEL ASEGURADOR PARA EVITAR EL CÚMULO DE INDEMNIZACIONES

De conformidad con el breve examen realizado sobre la formulación y la concepción doctrinal del principio indemnizatorio, desde su consideración más rigurosa hasta su evolución más actualizada y acorde con las nuevas necesidades económicas, podemos constatar que dicho principio actúa en relación al contrato de seguro de daños, impidiendo que el asegurado víctima de un siniestro pueda lucrarse injustificadamente a costa del seguro. Estamos por lo tanto ante un principio que tiene su razón de ser y su operatividad en relación al contrato de seguro, pero no fuera de éste, obligando a las partes contratantes a permanecer dentro de la órbita causal de todo contrato de seguro

³⁷ Para una mayor comprensión del seguro a valor nuevo, nos remitimos al detallado y riguroso estudio realizado por MUÑOZ PAREDES M.^a L., *El seguro a valor nuevo*, cit.

de daños. En definitiva, que la indemnización del asegurador procure dejar patrimonialmente indemne al asegurado de las consecuencias dañosas del siniestro, sin que el asegurado obtenga unas ganancias que rebasen los límites indemnizatorios propios de cada modalidad contractual.

Es por ello que entendemos que el principio indemnizatorio no debe ser considerado como el fundamento cardinal que justifique el derecho de subrogación del asegurador para reclamar al responsable del daño y la correlativa pérdida de legitimación del asegurado para actuar contra éste último³⁸. Como decíamos, este principio actúa en el ámbito estricto del contrato de seguro para procurar el cumplimiento de su función indemnizatoria, pero no rige en la relación entre el asegurado ya indemnizado por el asegurador y el tercero responsable del siniestro ajeno a dicho contrato.

Cuando tiene lugar un siniestro cubierto por un seguro de daños y del que se deriva la responsabilidad de un tercero, el asegurado víctima de las consecuencias dañosas de dicho siniestro tiene dos opciones para reclamar el resarcimiento de los daños sufridos: dirigirse contra el asegurador o contra el responsable. En el caso de que decida reclamar en primer lugar al tercero responsable y resulte efectivamente indemnizado por éste, la actuación del principio indemnizatorio impedirá que posteriormente pueda obtener por ese mismo daño la indemnización derivada del contrato de seguro. En efecto, habiendo sido previamente indemnizado por el tercero, desaparece el daño que el siniestro ha ocasionado al interés asegurado y con él el objeto de la indemnización del asegurador. Consecuencia de ello es que si percibiera dicha indemnización se produciría una clara vulneración del principio

³⁸ Al respecto RIGHETTI, G., *Trattato di Diritto Maritimo*, Milano, 1994, p.628, señala que la idea de que el principio indemnizatorio actúa como fundamento de la subrogación, con la finalidad de impedir que el asegurado pueda ser doblemente resarcido por el asegurador y por el responsable del siniestro, se ha dejado en la actualidad prácticamente de la lado por la jurisprudencia italiana.

indemnizatorio, porque en este caso el seguro se habría convertido en una fuente de lucro para el asegurado debido a la inexistencia del daño.

Por el contrario, si el asegurado, como será lo más habitual habiendo previsto la contratación del seguro, opta por dirigirse en primer lugar al asegurador y éste le indemniza en la totalidad del daño, el hecho de que posteriormente pueda dirigirse contra el responsable y percibir la indemnización de éste, sin deducir aquella cantidad, no supondrá una vulneración del principio indemnizatorio. En este caso, siendo la indemnización del seguro previa a la que pueda recibir posteriormente del tercero responsable, no se incumple la prohibición contenida en el art. 26 LCS de que la indemnización del asegurador supere el valor del daño efectivamente causado al asegurado por el siniestro.

En este último supuesto señalado, la prohibición de que el asegurado, habiendo sido previamente, y totalmente, indemnizado por el seguro, pueda percibir la indemnización debida por el tercero responsable del daño, no se sustentaría en el principio indemnizatorio sino en la prohibición de enriquecimiento injusto³⁹. Ante la ausencia del daño, puesto que ya ha sido reparado por el asegurador, lo injustificado del enriquecimiento radica en la falta de causa para que el asegurado pueda exigir y percibir la indemnización del tercero responsable⁴⁰. En el ámbito de la subrogación en el seguro, el

³⁹ Respecto a la diferencia entre el Derecho de Daños y el Derecho de Enriquecimiento, v. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. V, 1.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 28-51. Explica el autor que las normas que tienen una función indemnizatoria pertenecen al Derecho de Daños, mientras que las normas cuyo objeto sea la reintegración o la sustitución de valores patrimoniales obtenidos mediante el ejercicio indebido de un derecho ajeno, pertenecen al Derecho de Enriquecimiento. Así, entre las diferencias señaladas por este autor interesa destacar que la pretensión por daños y perjuicios amparada por el Derecho de Daños se orienta a la consecución de una indemnización; mientras que la pretensión de enriquecimiento se encamina contra el enriquecido sin causa para obtener la restitución de la cuantía del enriquecimiento.

⁴⁰ Señala DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. V, cit., pp. 172-173, que «en principio, quien tiene contratado un seguro contra daños y recibe del

enriquecimiento injustificado del asegurado se correlaciona con el empobrecimiento del asegurador, que verá imposibilitado el ejercicio de su derecho de subrogación, puesto que el tercero responsable, siempre y cuando pueda alegar el desconocimiento de la subrogación, ha quedado liberado de su obligación con el pago efectuado al asegurado⁴¹.

El replanteamiento de la actuación del principio indemnizatorio, en relación a la subrogación del asegurador, en orden a impedir al asegurado el cúmulo de la indemnización debida por el asegurador y el resarcimiento debido por el responsable, ha sido expuesto por un sector de la doctrina italiana⁴². Entre estos autores cabe destacar a PASINISI⁴³ quien afirma que el principio indemnizatorio está destinado a actuar en el ámbito interno del contrato de seguro, con el fin de evitar que como tal instrumento de la actividad aseguradora sea utilizado contraviniendo su propia finalidad. Es decir, no como medio para eliminar las consecuencias económicas del siniestro, sino como medio de enriquecimiento con ocasión del siniestro, sin que sea por ello posible

asegurador, por virtud de un contrato celebrado, la totalidad de la indemnización por los daños sufridos, carece de acción frente al causante del daño, puesto que ese daño ya no existe».

⁴¹ En este sentido, la SAP de León (Sección 2.ª), de 18 de febrero de 2009, Ponente Alberto Francisco Álvarez Rodríguez, F.J. 3.º (JUR 2009/189259) en referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, manifiesta que a falta de una regulación general de la figura de enriquecimiento sin causa en nuestro ordenamiento jurídico, ha sido una labor jurisprudencial su sustentación en el principio general del Derecho de que nadie puede enriquecerse injustificadamente a costa de otro. En caso de haberse producido aquel beneficio, surge la obligación de restituir o de reparar el patrimonio así empobrecido por quien, a costa de él, ha enriquecido el suyo. La acción restauradora basada en aquél efecto habrá de sustentarse en el enriquecimiento a costa de un empobrecimiento, en la falta de causa que lo justifique y en la inexistencia del precepto legal que lo imponga, prescindiéndose de toda idea de culpa o maquinación originadas.

⁴² TORRENTE, A., «Ancora in tema di surrogazione dell'assicuratore», en *Assicurazioni*, II, 1958, pp. 4-15, p. 7; SOTGIA, S., «Valore ed effetti della notificazione dell'assicuratore al responsabile del danno di voler esercitare a suo tempo il diritto di surroga secondo l'art. 1916 cod. civ.», en *Assicurazioni*, I, 1960, pp. 205-225, pp. 210 y ss.; GENOVESE, A., «Il fondamento razionale della sorroga dell'assicuratore», cit., p. 18; Pasinisi, E., «Ancora sulla natura e sul fundamento della suroga assicurativa», en A.I.D.A., *Studi in onore di A. Donati*, vol. II, Roma, 1970, pp. 529-542, 530-533.

⁴³ PASINISI, E., «Ancora sulla natura e sul fundamento della suroga assicurativa», cit., pp. 530-533.

extender su operatividad fuera de dicho contrato. Subraya este autor que el principio indemnizatorio se predispone como medio para equilibrar el contrato de seguro y dirigirlo hacia su finalidad, no para regular la relación entre el contrato de seguro y otras relaciones jurídicas ajenas a él. Tal observación permite excluir que la base y el fin de la subrogación del asegurador sea este principio, puesto que dicha subrogación está dirigida a actuar fuera del contrato de seguro, coordinando los derechos que nacen de éste con los derechos derivados de la relación de responsabilidad civil⁴⁴. Sobre la base de estas consideraciones concluye PASINISI que el principio indemnizatorio y la prohibición del cúmulo de indemnizaciones son cosas diversas, de modo que decir que la subrogación se inspira en el concepto de que el asegurador pueda impedir dicho cúmulo, no significa en absoluto afirmar que el principio indemnizatorio es la base de la subrogación en el seguro y que la observación de este principio es el fin que la inspira⁴⁵.

En objeción a tales planteamientos por parte de quienes defienden la justificación de la subrogación del asegurador en la actuación del principio indemnizatorio, se señala⁴⁶, que dicho principio prohíbe el lucro del asegurado, no como consecuencia del contrato de seguro, sino como consecuencia del siniestro impidiendo que el cúmulo de prestaciones por un mismo siniestro se convierta en un enriquecimiento para dicho asegurado. En opinión de TATO PLAZA, la admisión de dicha conclusión permite explicar la limitación que el art. 32 LCS hace respecto del seguro múltiple, dictaminando la reducción de la indemnización debida por cada asegurador, con la finalidad de que la suma de todas ellas no supere la cuantía del daño, «a pesar de que todas las prestaciones

⁴⁴ PASINISI, E., «Ancora sulla natura e sul fondamento della suroga assicurativa», cit., p 532.

⁴⁵ PASINISI, E., «Ancora sulla natura e sul fondamento della suroga assicurativa», cit., p 533.

⁴⁶ RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., p. 43., quien afirma que el interés del principio para prohibir el lucro del asegurado, no reside en el contrato aislado, sino que se dirige al siniestro real y a sus efectos patrimoniales sobre el asegurado.

percibidas por el asegurado procedieran de distintas fuentes; esto es, de diversos contratos de seguro⁴⁷.

No nos parece convincente en este punto la opinión expresada por el citado autor en cuanto asimila la regulación del seguro múltiple, con la pretendida incidencia del principio indemnizatorio en la figura de la subrogación del asegurador en aras a evitar que el asegurado acumule el resarcimiento del tercero con la indemnización del seguro. Recordemos una vez más que el principio indemnizatorio actúa para impedir que el asegurado se enriquezca injustificadamente a costa del seguro percibiendo una indemnización que supere, fuera de los términos establecidos en el contrato, la cuantía del daño sufrido.

La actuación de este principio, tal como lo entendemos, se muestra claramente en la hipótesis del seguro múltiple en el que, por iniciativa del tomador, un mismo riesgo e interés, y por idéntico período de tiempo, resulta cubierto por varios aseguradores. El art. 32 LCS determina su régimen teniendo presente la tutela de aquel principio, cuando establece para el tomador del seguro, o para el asegurado, el deber de comunicar a cada asegurador la estipulación de los otros contratos. Entiende la doctrina que el citado deber de comunicación se establece como medida de prevención en defensa del principio indemnizatorio, de forma que el conocimiento de la existencia del seguro múltiple por parte de todos los aseguradores, evitará que se produzca una situación de sobreseguro⁴⁸. De ahí que, en la hipótesis de seguro múltiple, en la que un mismo asegurado acumula varios seguros que operan conjuntamente⁴⁹,

⁴⁷ TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 47-48.

⁴⁸ SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 32 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*, 4.ª ed., Aranzadi, Pamplona, pp. 695-714, p. 701.

⁴⁹ En referencia a la relación entre el asegurado y los distintas compañías aseguradoras BATALLER GRAU, J., «Comentario Art. 32 LCS», en BOQUERA MATARREDONA, J.; BATALLER GRAU,

la relación entre la prohibición del sobreseguro y el principio indemnizatorio, hace evidente, una vez más, que la prohibición de que el asegurado perciba una indemnización que supere la cuantificación económica del daño, se enmarca en el contrato de seguro⁵⁰. En efecto, entendemos que el objeto del principio indemnizatorio es impedir que el lucro injustificado del asegurado proceda de la indemnización del seguro, con independencia de que dicha indemnización sea debida a un solo contrato de seguro o resulte de varios contratos que cubran el mismo riesgo, respecto al mismo interés, durante el mismo periodo de tiempo, pues en este caso la causa de las indemnizaciones es la misma: el contrato de seguro.

Por lo tanto, respecto al cúmulo de indemnizaciones, la finalidad de la subrogación del asegurador no sería evitar que el asegurado se enriquezca por medio del seguro percibiendo una indemnización que supere la cuantía del daño patrimonial que el siniestro le ha ocasionado. Por el contrario, la finalidad radicaría en la prohibición de que se enriquezca injustificadamente obteniendo al mismo tiempo que la indemnización del asegurador, la correspondiente del tercero, cuando ésta última ya no tendrá como objetivo necesario la reparación de daño alguno del asegurado, toda vez que ha sido eliminado por el seguro. De este modo, la subrogación produce un cambio de titularidad del derecho para reclamar al tercero responsable, con la consecuencia de que será el asegurador que ha indemnizado al asegurado, y no éste, la persona legitimada para ejercitar aquella acción de reclamación. Consecuentemente, en el caso de

J.; OLAVARRÍA IGLESIA, J., (Coords.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 402-410, p. 407, señala que el legislador español parece haber adoptado el sistema de reparto solidario en cuanto a la obligación de pago de la indemnización. En este sentido observa que nos encontramos ante «diferentes obligaciones de indemnizar que surgen de varios contratos de seguro, cuya peculiaridad se encuentra en que el legislador, en aras de preservar el principio indemnizatorio, establece un límite máximo que no puede ser superado: el asegurado no puede cobrar una cantidad superior al valor del daño».

⁵⁰ Entiende WEENS, C., *L'assurance de choses. Contrat d'indemnité*, cit., p. 427 que el cúmulo de indemnizaciones está prohibido en el doble seguro porque hay razones para temer el siniestro voluntario.

que el asegurado satisfecho por el seguro percibiera la indemnización resultante de la responsabilidad del tercero, obtendría un lucro derivado del ejercicio indebido de un derecho ajeno, esto es, del derecho del asegurador para dirigirse contra el responsable del siniestro para recuperar la indemnización abonada al asegurado⁵¹. Es por ello que el asegurador que ha visto impedido su derecho podrá ejercitar la acción de enriquecimiento contra el asegurado para obtener de éste lo que haya percibido del tercero, hasta el límite de la indemnización que él mismo había abonado⁵².

También encontramos en nuestra doctrina autores que han cuestionado que el principio indemnizatorio sea invocado como fundamento de la subrogación, prohibiendo la acumulación de indemnizaciones en manos del asegurado. Al respecto, HERNÁNDEZ MARTÍ observa que tal principio «opera únicamente en el contrato de seguro y no en la relación jurídica con el tercero responsable de los daños»⁵³. En opinión de este autor, el fundamento de la subrogación podría ser examinado fuera del principio indemnizatorio, y de su carácter de orden público, para «encuadrarlo en la reglamentación de los intereses que surgen con ocasión de un siniestro del que es responsable un tercero». En este sentido, entiende que, ante la duplicidad de créditos del asegurado por motivo del siniestro, la prestación del asegurador tiene un cierto carácter subsidiario respecto de la prestación debida por el causante del daño,

⁵¹ En último término, el asegurado se enriquecería a costa de la masa de asegurados que se verán privados de la reducción de las primas, calculada sobre la base de la recuperación de las indemnizaciones abonadas a los asegurados para la cobertura de siniestros derivados de la responsabilidad de terceros.

⁵² DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. V, cit., p. 29, indica que cuando una persona ejecuta actos de disfrute o de disposición de un derecho ajeno, obtiene o recibe bienes patrimoniales procedentes de la invasión de ese derecho ajeno, e independientemente del carácter culposo o no de dicha invasión de derechos ajenos, existe para aquella persona una obligación de restituir, cuyo régimen jurídico y estudio no pertenecen al Derecho de daños, sino al Derecho de enriquecimiento.

⁵³ HERNÁNDEZ MARTÍ, J., «Comentario Art. 43 LCS», en BOQUERA MATARREDONA, J.; BATALLER GRAU, J.; OLAVARRÍA IGLESIA, J., (Coords.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 537-547, pp. 538-539.

puesto que el deber del asegurador se hará efectivo cuando el asegurado se dirija contra él en lugar de hacerlo contra el tercero responsable. Así, el citado autor sostiene, el derecho de subrogación nace del contrato de seguro, pero sólo se realizará cuando el asegurado acepte la indemnización del asegurador⁵⁴. Por consiguiente, la subrogación no actuaría para garantizar el principio indemnizatorio, de orden público, sino para tutelar el interés privado del asegurador.

Asimismo, RECALDE⁵⁵ observa que el principio indemnizatorio no explica por sí sólo el complejo mecanismo de la acción subrogatoria. Al respecto, destaca que dicho principio justifica que el asegurador niegue el pago de la indemnización al asegurado cuando éste ha sido previamente resarcido por el tercero, pero no la acción del asegurador. En realidad, afirma, «el fundamento de la acción del asegurador frente al causante del daño se encuentra en el perjuicio económico que ha sufrido como consecuencia de la indemnización satisfecha». En opinión de este autor, la justificación de la atribución de la acción al asegurador radica en que éste carece de una acción directa para dirigirse contra el causante del daño, de manera que el desplazamiento del daño del asegurado al asegurador, extiende a este último la acción de resarcimiento del asegurado.

Como hemos dicho, la idea de la construcción de la subrogación del asegurador sobre la base del principio indemnizatorio, en cuanto éste comportaría la imposibilidad para el asegurado de obtener una doble indemnización por un mismo daño, ha sido abandonada por un sector de la doctrina. En este sentido, se indica⁵⁶ que la doctrina alemana, que inicialmente había considerado el impedimento de enriquecimiento del asegurado como uno

⁵⁴ *Ibidem*, p. 539.

⁵⁵ RECALDE CASTELLS, A. J., «Conocimiento de embarque y acción por pérdidas y averías: cuestiones de legitimación activa», en *R D M*, nº 193-194, 1989, pp. 721-783, p. 768.

⁵⁶ V. GIRGADO PERANDONES, P., *El principio indemnizatorio en los seguros de daños...*, cit., p. 143.

de los fines de la subrogación, posteriormente ha considerado más acertado concebir dicha subrogación, no como un reflejo de aquella prohibición, sino como una forma de precisar la prestación del asegurador en los seguros de daños. De este modo, la subrogación se relacionaría con la valoración de la indemnización que en cada siniestro efectuará el asegurador, de ahí que se la considere «como una consecuencia indirecta del principio indemnizatorio»⁵⁷ que rige en los seguros de daños. En consecuencia con este planteamiento entendemos que la relación entre el principio indemnizatorio y la subrogación ha de constituirse desde el punto de vista de que aquél actúa estableciendo indirectamente el límite por el que el asegurador podrá reclamar al tercero responsable.⁵⁸

En cierta medida este planteamiento, caracterizado por ver la subrogación del asegurador como una forma de actuación de la función indemnizatoria del contrato de seguro fue propuesto por TORRENTE⁵⁹, para quien el fundamento de la subrogación no se encuentra en el impedir el enriquecimiento injustificado del asegurado, sino que radica en la propia causa del contrato de seguro que consiste en la eliminación de la alea económica que eventualmente pueda sufrir el asegurado⁶⁰. En opinión de este autor, con la

⁵⁷ DEL CAÑO ESCUDERO, F., *Derecho español de seguros. Parte especial*, T II, 3.ª ed., Madrid, 1983, p. 9.

⁵⁸ V. en este sentido MUÑOZ PAREDES M.ª L., *El seguro a valor nuevo*, cit., pp. 414-415, cuando en un supuesto de indemnización de un seguro a valor nuevo, entiende que el asegurador podrá reclamar al tercero responsable por la totalidad de la indemnización abonada al asegurado en función de si la suma debida por dicho tercero cubre o no la reclamada por el asegurador. Si aquélla es inferior, no cabe resarcimiento alguno, pero, en el caso contrario, sí procede recuperar el total indemnizado, sin que el tercero pueda oponer una falta de responsabilidad por la diferencia de nuevo a viejo, puesto que lo que se espera de él es que responda hasta la cantidad debida.

⁵⁹ TORRENTE, A., «Ancora in tema di surrogazione dell'assicuratore», cit., pp. 6-7.

⁶⁰ En esta misma línea, GENOVESE A., «Il fondamento razionale della surroga del'assicuratore», cit., p. 18-19, manifiesta que recurrir al principio indemnizatorio, cual regla de orden público en el campo asegurador, no es aceptable, porque dicho principio es el responsable de limitar la indemnización que el asegurado puede reclamar al asegurador, y dicha regla, sin una norma explícita u justificación particular, no se hace extensiva a una relación distinta como es la que existe entre el asegurado y el tercero.

percepción de la indemnización del seguro y el resarcimiento del responsable, no hay un enriquecimiento injusto para el asegurado, puesto que no se da el presupuesto necesario para que el enriquecimiento pueda ser calificado como tal, que consiste en la falta de una causa justificativa. Siguiendo este planteamiento, se señala que no hay por parte del asegurado un enriquecimiento frente al asegurador porque la indemnización constituye la correspondencia de las primas pagadas al asegurador y encuentra su fuente en el contrato de seguro. Tampoco hay enriquecimiento frente al responsable del siniestro, puesto que el resarcimiento del daño deriva de la obligación de reparar como consecuencia de la producción de un hecho ilícito, o del incumplimiento de una obligación contractual. Sobre la base de esta premisa, es decir, que el cúmulo de prestaciones no comporta un enriquecimiento injustificado para el asegurado⁶¹, afirma TORRENTE que la subrogación debe fundamentarse en la función económico-social del contrato y en la aplicación del principio indemnizatorio, concebido éste como principio connatural e interno del contrato de seguro sin propagación externa, consistente en la necesidad de limitar la obligación del asegurador al resarcimiento del daño sufrido por el asegurado y no otra. En consecuencia, en aplicación de aquel principio, el asegurador sustituye al asegurado en la relación con el tercero responsable, estando sujeto a las limitaciones a las que se sometió el asegurado al contratar.

4.- LA SUBROGACIÓN COMO MECANISMO PARA EXIGIR LA RESPONSABILIDAD DEL TERCERO

⁶¹ En un sentido parecido, WEENS, C., *L'assurance de choses. Contrat d'indemnité*, cit., p. 417, manifiesta que en el caso del cúmulo de la indemnización del seguro y la debida por el tercero responsable, no hay tal cúmulo. Según observa este autor, cuando el incidente es imputable a la actuación o a la falta de un tercero el cúmulo de indemnizaciones no es posible. La voluntad del asegurado no tiene por tanto ninguna influencia en la producción del siniestro. En estas condiciones, siendo imposible el siniestro voluntario, el cúmulo de indemnizaciones no presenta ningún peligro para el orden público y debe ser permitido.

Otra de las finalidades señaladas por la doctrina para justificar la subrogación legal del asegurador, es evitar que el tercero quede libre de su responsabilidad en la producción del siniestro que ha motivado el pago de la indemnización del seguro. En efecto, como ya hemos tenido ocasión de constatar, con la realización de un siniestro que es objeto de la cobertura del seguro, el asegurado tiene ante sí dos derechos de crédito para exigir la reparación patrimonial del daño sufrido. Podrá dirigirse contra el tercero, por lo que éste se verá obligado a cumplir con su obligación de reparar el daño que motivó su responsabilidad. O por el contrario, podrá exigir del asegurador la indemnización derivada del seguro. En este último caso, puesto que el daño ya ha sido reparado por el seguro, el asegurado carecerá de interés, y por ello de legitimación, para reclamar al responsable del siniestro. De forma que de no existir el derecho de subrogación a favor del asegurador para actuar contra el tercero, éste quedaría liberado gracias al contrato de seguro, del que es totalmente ajeno, de su obligación de reparar el daño ocasionado al asegurado.

En efecto, el hecho de que la persona que ha sido víctima de un siniestro provocado por un tercero, o del que deriva la responsabilidad de éste, tiene un contrato de seguro que le protege contra aquel mismo siniestro, no puede representar que ese tercero se vea liberado de su propia responsabilidad. El contrato de seguro no debe servir para amparar la responsabilidad del tercero, porque dicho contrato le es completamente ajeno. Por otro lado, se apunta la posibilidad de que si la responsabilidad del tercero resultase indirectamente eximida por el hecho de que el damnificado tiene contratado un seguro, dicho seguro representaría «un incentivo para la conducta negligente o incluso mal intencionada de los hombres, con violación del principio *neminem laedere*»⁶². En este sentido, podría decirse que son razones de orden público, las que

⁶² GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 198.

motivaron al legislador para establecer el derecho de subrogación en beneficio del asegurador que ha cubierto los riesgos ocasionados por terceros.

Al mismo tiempo, se evidencia⁶³ que la subrogación permite impedir un resultado del todo inadmisibles, que sin dicha institución se plantearía por la concurrencia de la responsabilidad civil del tercero y el seguro de daños del damnificado. Al respecto, se observa que de no existir la subrogación, no solo se derivaría que el tercero resultaría liberado de responder patrimonialmente de su responsabilidad, beneficiándose injustificadamente de un contrato de seguro que es *res inter alios acta* para él, sino que dicho beneficio se realice a expensas de la masa de asegurados⁶⁴. Esto ocurriría, porque la liberación de los responsables incrementa el volumen de indemnizaciones que deberá afrontar el asegurador y ello se traducirá en un encarecimiento de las primas que pagarán los asegurados.

Sin embargo, esta segunda justificación de la subrogación que radica en evitar que el tercero pueda sustraerse de su responsabilidad en la producción del siniestro, de resultas que dicho siniestro es objeto de la cobertura del seguro, ha sido rechazado. Al respecto, SCALFI⁶⁵ mantiene que se trata de un efecto reflejo de la disposición que establece aquella institución, en el sentido de que, una vez atribuido el derecho al asegurador, si éste no lo ejercita, renunciando así a su derecho, tal renuncia resultará en beneficio del tercero responsable. En efecto, el asegurador puede renunciar válidamente a su derecho de subrogación, lo que comportará un claro beneficio para el responsable de similar resultado práctico al que se obtendría asegurando su responsabilidad civil. De lo cual debe concluirse, en opinión del citado autor, que si se permite al

⁶³ CALZADA CONDE, M.^a A., «La subrogación del asegurador y la protección de los intereses de los asegurados», en *RDM.*, nº 270, 2008, pp. 1393-1434, p. 1401.

⁶⁴ CALZADA CONDE, M.^a A., «La subrogación del asegurador y la protección de los intereses de los asegurados», cit., p. 1401

⁶⁵ SCALFI, G., *I Contratti di Assicurazione. L'Assicurazione Danni*, Torino, 1991, pp. 239-241.

asegurador renunciar al ejercicio de la subrogación, el legislador no excluye que, por efecto del seguro, el responsable no soporte el coste del resarcimiento del daño que ha provocado o del que debe responder; de ahí que, como consecuencia de la norma, el que responsable sea reclamado por el asegurador sea un posible efecto de la norma, pero no su objetivo⁶⁶.

En tal sentido nuestra opinión es en cierta medida coincidente con la señalada por el citado autor. No cabe duda de que sin la figura de la subrogación el tercero responsable se beneficiaría del seguro de daños estipulado a favor del damnificado por el siniestro. Por el contrario, transfiriendo el derecho de crédito para exigir aquella responsabilidad a manos del asegurador que indemniza al asegurado, se posibilita que la deuda patrimonial del tercero sea exigida, no por el propio damnificado, sino por el asegurador de éste. De esta manera, de la existencia de un seguro en beneficio del damnificado no se deriva la liberación de la responsabilidad patrimonial del tercero en la producción de los daños que son objeto de la cobertura aseguradora. No obstante, entendemos que éste es un resultado de la subrogación, pero no el objeto de su establecimiento normativo.

En realidad, como expondremos a continuación, la finalidad perseguida por el legislador al disponer la subrogación, es facilitar al asegurador un medio de recuperar de los responsables de los siniestros las indemnizaciones abonadas a sus asegurados y, de esta forma, reforzar la solvencia del asegurador en beneficio de la masa de asegurados. Así, en la mayoría de los casos, el asegurador, tras cumplir con la obligación de indemnizar a su asegurado, se dirigirá contra el tercero para recuperar el desembolso efectuado y podrá disponer así de recursos suplementarios para el desarrollo de su actividad económica. No obstante, en un menor número de casos, el asegurador puede decidir no ejercitar su derecho de subrogación contra el tercero, con el resultado

⁶⁶ SCALFI, G., *I Contratti di Assicurazione. L'Assicurazione Danni*, cit., p. 241.

de que éste quedará liberado de hacer frente a su deuda de responsabilidad. Tal situación es factible cuando el asegurador renuncie al derecho de subrogación, adquirido por el pago de la indemnización, porque su ejercicio resulta más gravoso para el desarrollo de su actividad económica que la efectiva obtención de los importes exigibles a los responsables de los siniestros. En definitiva, el hecho de establecer la subrogación a favor del asegurador no impide en todos los casos que el tercero eluda su deuda de responsabilidad. Será el asegurador, como beneficiario de la institución y, en cuanto responsable del eficiente desarrollo de la actividad aseguradora, quien juzgue la conveniencia de exigir aquella responsabilidad o bien proceder a su renuncia.

5.-LA SUBROGACIÓN EN BENEFICIO DEL ASEGURADOR Y COMO MEDIDA A FAVOR DE LA TÉCNICA ASEGURADORA

Junto al doble objetivo señalado, se incluye una tercera *ratio* de carácter económico para justificar la subrogación del asegurador consistente en reforzar la finalidad específica de la actividad aseguradora. En este sentido, señala DONATI⁶⁷ que la subrogación legal del asegurador, a la vez que interviene para la salvaguarda del principio indemnizatorio, evitando el lucro del asegurado, bajo el doble aspecto de favorecer la disminución de la entidad de las primas y de ofrecer una mayor garantía colectiva para los asegurados, evita el indebido enriquecimiento del tercero y del asegurador.

No obstante, para un sector de la doctrina, es el fin económico, de carácter esencialmente recuperatorio, para el asegurador, el que ha de considerarse determinante para explicar la institución de la subrogación en el seguro. Se entiende que las dos finalidades que han explicado tradicionalmente la subrogación del asegurador, esto es, la invocación del principio indemnizatorio para impedir al asegurado el beneficio de un doble

⁶⁷ DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazione Private*, vol II, cit., p. 466.

resarcimiento del mismo daño, así como el evitar que el tercero eluda su responsabilidad en la producción del siniestro, enriqueciéndose a costa de un seguro que le es ajeno, no explican por sí solas que se establezca el derecho de subrogación a favor del asegurador. En realidad, afirma RECALDE⁶⁸, esta institución se fundamenta en el perjuicio económico que ha experimentado el asegurador como consecuencia de la indemnización satisfecha. Su justificación se sustenta sobre la base de que con aquél pago se ha producido una extensión del daño de una persona a otra y, en consecuencia, de la acción de resarcimiento del asegurado a favor del asegurador, debido a que éste carece de una acción directa frente al tercero responsable.

Partiendo de este carácter recuperatorio, la *ratio legis* de la subrogación reside principalmente en favorecer la actividad de la empresa aseguradora. Por ello se dispone por la ley como medida del todo particular, no para excluir el enriquecimiento del asegurado, sino para reforzar la consecución de la finalidad específica del seguro, consistente en la eliminación o minimización de las consecuencias perjudiciales de la verificación del riesgo⁶⁹. En esencia, la posibilidad de la subrogación permite al asegurador realizar su actividad en las mejores condiciones de coste gracias a su indudable incidencia en la determinación de las primas. De ahí que en los seguros contra daños, el cálculo de las primas se realice, además de sobre las bases actuariales, también necesariamente en atención a la posibilidad de recuperación de las indemnizaciones que se concede al asegurador mediante la subrogación⁷⁰.

Teniendo en cuenta que la actividad aseguradora se lleva a cabo sobre el principio de la repartición del riesgo y de los costes entre la masa de

⁶⁸ RECALDE CASTELLS, A., «Conocimiento de embarque y acción por pérdidas y averías: cuestiones de legitimación activa», cit., p. 768.

⁶⁹ SOTGIA, S., «Valore ed effetti della notificazione dell'assicuratore al responsabile del danno di voler esercitare a suo tempo il diritto di surroga secondo l'art. 1916 cod. civ.», cit., p. 211.

⁷⁰ SOTGIA, S., «Valore ed effetti della notificazione dell'assicuratore al responsabile del danno di voler esercitare a suo tempo il diritto di surroga secondo l'art. 1916 cod. civ.», cit., p. 212.

asegurados, no cabe duda de que la subrogación posibilita al asegurador el desarrollo de una buena técnica aseguradora. Así, permitiendo la parcial recuperación de las sumas abonadas a los asegurados en la cobertura de los siniestros derivados de la culpa de terceros, se consigue el objetivo de disminuir correlativamente los costes de gestión. El resultado de ello se traducirá en la disminución de la cuantía de las primas y el aumento de la garantía colectiva a favor de la masa y de cada uno de los asegurados, evitando al mismo tiempo un enriquecimiento indebido del asegurador, puesto que las primas han sido calculadas teniendo presente la posibilidad de la subrogación⁷¹.

La importancia de esta finalidad ha sido resaltada por PASINISI⁷², para quien la subrogación se dispone a favor del asegurador con un mero fin recuperatorio, a cargo del responsable del siniestro, de cuanto ha pagado al asegurado en cumplimiento con el contrato de seguro. Así, el propósito final del legislador al otorgar el derecho de subrogación en beneficio del asegurador es aligerar la carga de los siniestros en interés de la masa de los asegurados, sobre los cuales, en definitiva, se libera, por medio de las primas, las cargas del asegurador. En atención al mecanismo del contrato de seguro, basado siempre en la constitución de una comunidad de riesgos y sobre el equilibrio entre la masa de las primas y la masa de los siniestros, resulta evidente para este autor la relevancia de la subrogación como elemento influyente en la entidad de una de estas masas para permitir el aligeramiento de la otra. Observa el citado autor que se trata ciertamente de un elemento relativo a aspectos económicos del contrato, pero no hay ninguna dificultad en admitir que es este aspecto y no otro el que tuvo presente el legislador al disponer la subrogación del asegurador⁷³.

⁷¹ LA TORRE, A., «Il punto sulla surrogazione dell'assicuratore», en *Assicurazioni*, I, 1978, pp. 341-619, p. 342.

⁷² PASINISI, E., «Ancora sulla natura e sul fondamento della surroga assicurativa», cit., p. 534.

⁷³ PASINISI, E., «Ancora sulla natura e sul fondamento della surroga assicurativa», cit., p. 536.

No obstante, que el interés del asegurador en recuperar de los terceros responsables las indemnizaciones de los asegurados, se considere como una de las razones que fundamentan el establecimiento de una figura tan compleja como la subrogación en el ámbito del seguro, ha sido criticado por un sector de la doctrina. A este respecto se subraya que el que posibilite al asegurador disponer de unos recursos adicionales que le permitan explotar de forma más eficiente el negocio del seguro, o incluso una rebaja del precio de las primas, «es un acto reflejo de la subrogación sobre la economía contractual y empresarial que no puede elevarse a la categoría de causa última de la sustitución»⁷⁴. En términos más contundentes, se ha negado que con el establecimiento legal de la subrogación se pretenda satisfacer el interés privado del asegurador, afirmando que aquella institución se dispone, no para satisfacer a los aseguradores, sino para evitar el cúmulo de indemnizaciones a favor del asegurado y, al mismo tiempo, que el responsable quede liberado de su responsabilidad a costa del seguro⁷⁵. Del mismo modo, en nuestra más reciente doctrina, se ha rechazado que el establecimiento de la subrogación en el seguro obedezca a razones económicas en interés del asegurador. En este sentido, TATO PLAZA refuta este tercer fundamento argumentando que los recursos complementarios que la subrogación posibilita a los aseguradores constituye un elemento secundario, que si bien «puede llegar a influir en determinados aspectos del régimen jurídico de la institución, no puede ser tomado como referente hasta convertirlo en el fundamento principal de aquélla»⁷⁶

Por nuestra parte, consideramos que la institución de la subrogación en el seguro se dispone a favor del asegurador con el objetivo de procurar que sean

⁷⁴ RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., p. 25

⁷⁵ PICARD, M./BESSON, A., *Les Assurances Terrestres en Droit Français. (Le contrat d'assurance)*, T. I, cit., p. 500.

⁷⁶ TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., p. 40.

los asegurados quienes en último término se beneficien de aquella institución⁷⁷. De ahí que no compartamos las anteriores críticas respecto a este tercer fundamento, realizadas sobre la base de que la razón de ser de la subrogación es evitar el cúmulo de indemnizaciones en manos del asegurado. De seguirse este último razonamiento, se llegaría a la situación absurda de que la subrogación impide el enriquecimiento del asegurado, imposibilitándole el cobro de la indemnización del seguro junto con la del tercero responsable, pero posibilita el enriquecimiento del asegurador, al permitirle reclamar al tercero la indemnización abonada al asegurado, cuando, como contrapartida de dicha suma, ha percibido previamente las primas de ese asegurado.

En nuestra opinión no cabe duda de que la finalidad perseguida por el legislador al permitir al asegurador subrogarse en el derecho del asegurado, para recuperar en la medida de lo posible la indemnización, es equilibrar la relación aseguradora en beneficio del conjunto de asegurados. Debemos recordar una vez más que el fin esencial del seguro es el poder ofrecer al asegurado la seguridad patrimonial que precisa, protegiéndole de todo factor adverso que amenaza su patrimonio⁷⁸. Para la consecución de dicha finalidad, la técnica aseguradora se basa en la distribución del daño entre un gran número de patrimonios sometidos al mismo riesgo, de tal forma que el seguro actúa sobre la base de esa comunidad de riesgos mediante la compensación entre todos ellos⁷⁹. De esta forma, la actividad de la empresa aseguradora se desarrolla económicamente sobre la base de una comunidad de asegurados, con la finalidad de previsión y protección contra determinados riesgos que les son comunes.

⁷⁷ Así también, SOTGIA, S., «Surroga dell'assicuratore ed atti pregiudizievoli dell'assicurato», en *Assicurazioni*, II, 1948, pp. 65-70, p. 67.

⁷⁸ BENÍTEZ DE LUGO Y REYMUNDO, L., *Problemas y sugerencias sobre el contrato de seguros: sobreseguro, infraseguro, cláusulas de estabilización*, cit., p. 8.

⁷⁹ GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 11.

De ahí que la subrogación del asegurador responda esencialmente a un único propósito, y éste es, favorecer la actividad aseguradora haciendo partícipe a la masa de asegurados de la recuperación de las indemnizaciones debidas por la intervención de terceros en la producción del siniestro, mediante la reducción de las primas⁸⁰. Al mismo tiempo, se impide que la subrogación, al imposibilitar que el asegurado indemnizado por el seguro pueda reclamar ese mismo importe al tercero, se convierta en una fuente de lucro para el asegurador. De esta forma, al igual que los riesgos se compensan entre la colectividad de asegurados, la subrogación del asegurador permite en cierta medida aligerar la carga de estos asegurados, incidiendo en el cálculo de las primas.

Al respecto, la doctrina ha puesto de relieve que el asegurador podría valerse de la subrogación a pesar de que la recuperación de las indemnizaciones no incida en el cálculo de las primas⁸¹. En este mismo sentido, se objeta⁸² que quienes justifican la subrogación sobre la base de su incidencia en las primas, no tienen presente que esta función resulta externa a la que es esencial al contrato de seguro. Consecuencia de ello es que tal ventaja resulta cuanto menos aleatoria, puesto que deriva de la discrecionalidad del asegurador, el cual prioriza antes que nada las oportunidades que ofrece la competencia o los

⁸⁰ La posibilidad de recuperación en favor del asegurador estaría contemplada para la apreciación estadística del tipo de riesgo y también para su incidencia en la tarifa de las primas, disminuyendo la carga que éstas representan para los asegurados. En este sentido observa LA TORRE, A., «Il punto sulla surrogazione dell'assicuratore», cit., p. 343, nota a pie de p. 16, que el asegurador que se obliga también a indemnizar los siniestros causados por terceros, ofrece sin lugar a dudas una cobertura mucho más amplia que aquella derivada únicamente de causas naturales o fuerza mayor, por lo que afronta un mayor riesgo que se traducirá en un sobre prima para el asegurado. No obstante una fracción de ese mayor riesgo puede ser neutralizada por la posibilidad de reclamar al tercero responsable, por lo que si tal factor no es tenido en cuenta por el asegurador en el cálculo de la prima, ésta resultará en definitiva superior a la debida.

⁸¹ TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., p. 41.

⁸² V. GENOVESE, A., «Il fondamento razionale della surroga dell'assicuratore», cit., p. 17, quien afirma que, por otra parte, la reducción de las primas contribuyen a la difusión del seguro, pero ésta, u otras consideraciones similares de política aseguradora, no constituyen un medio válido de interpretación y por ello resultan extraños a la problemática jurídica de la subrogación.

requisitos de la política de la empresa, propia de cada entidad aseguradora, para satisfacer su tendencia a la consecución de máximos beneficios, y sólo después tiene en cuenta el interés del asegurado en la disminución de la prima.

No obstante, en respuesta a la crítica expresada⁸³ respecto a la posibilidad para el asegurador de reclamar el importe de la indemnización al responsable del siniestro, incluso en aquellas hipótesis en las que el asegurador no hubiese tomado en consideración tal posibilidad para el cálculo de la prima, hemos de subrayar el hecho de que el objetivo buscado por el legislador existe con independencia de su singular cumplimiento por parte del asegurador.

Asimismo, en referencia a las críticas vertidas entorno a la justificación de la subrogación en atención a permitir al asegurador obtener beneficios complementarios que le posibiliten una mejor explotación de su actividad aseguradora, y también en beneficio de la masa de asegurados, nos interesa señalar las consideraciones expresadas por relevantes autores. En este sentido LA TORRE⁸⁴, pone de relieve que la pretensión de excluir la reducción de las primas se inscribe en el propósito, o por lo menos, en el dispositivo técnico de la subrogación, hace más difícil explicar que se atribuya al asegurador, y gratuitamente, el crédito del asegurado frente al tercero responsable. Conviniendo que, ciertamente, el tercero no debe ser exonerado de su responsabilidad ni el damnificado puede acumular el resarcimiento con la indemnización procedente del propio asegurador, señala que el problema es establecer por qué se le atribuye a este último, pese a haber percibido las primas a cambio de la promesa de la prestación de la garantía, la suma que el tercero responsable debe pagar y que el damnificado no puede recibir. En teoría, observa el autor, esta suma podría ser también atribuida a un hipotético «fondo de garantía» o, menos utópicamente, destinada de forma específica a reforzar la

⁸³ V. TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., p.41

⁸⁴ LA TORRE, A., «Il punto sulla surrogazione dell'assicuratore», cit., p. 343.

garantía colectiva en armonía con la mutualidad aseguradora. Sin embargo, afirma, existe una alternativa más concreta, que de hecho es la tercera finalidad de la subrogación, y es la de tener en cuenta la recuperación que ésta permite al asegurador. De este modo, explica LA TORRE,⁸⁵ el menor coste del seguro, que es un beneficio de carácter general del que se beneficia individualmente cada uno de los asegurados, vendría a compensar la ventaja que el asegurador obtiene de la subrogación, excluyendo la gratuidad y justificándola también sobre el plano del equilibrio contractual.

En esta misma línea, CALZADA CONDE⁸⁶ manifiesta que la subrogación encuentra su justificación en la pretensión de tratar de evitar un perjuicio para los asegurados, que en su ausencia, estarían financiando la responsabilidad del tercero en la producción de los daños que ellos mismos han sufrido. En efecto, de no existir la subrogación, los responsables de los siniestros no sólo se beneficiarían de la existencia del contrato de seguro por el hecho de no tener que indemnizar al asegurado que ya ha sido indemnizado por el asegurador, sino que dicho beneficio lo obtendrían precisamente a costa de la comunidad de asegurados, puesto que son éstos los que han pagado las primas de ese seguro⁸⁷.

En conclusión, el derecho de subrogación, se justifica desde la necesidad económica de favorecer el desarrollo de la actividad aseguradora teniendo presente el fin social que desempeña el seguro. De este modo, atribuyendo el derecho de subrogación al asegurador, se llega al mismo resultado que en la hipótesis de que el asegurado decida reclamar al responsable del siniestro en lugar de hacerlo frente al asegurador. En primer lugar, quedará impedido el

⁸⁵ LA TORRE, A., «Il punto sulla surrogazione dell'assicuratore», cit., p. 343, nota a pie de p. 7.

⁸⁶ CALZADA CONDE, M.^a A., «La subrogación del asegurador y la protección de los intereses de los asegurados», cit., p. 1936.

⁸⁷ CALZADA CONDE, M.^a A., «La subrogación del asegurador y la protección de los intereses de los asegurados», cit., p. 1401.

enriquecimiento del asegurado al verse privado de la posibilidad de reclamar al tercero, en la medida en que ya ha sido indemnizado por el asegurador. En segundo lugar, el tercero deberá hacer frente a su responsabilidad, no ya ante el asegurado, sino frente al asegurador. Y en tercer lugar, el asegurador obtiene la recuperación de la indemnización, que gracias a la técnica del seguro, redundará en beneficio de los asegurados mediante la correspondiente reducción de las primas, de manera que no deberán soportar el coste del siniestro.

Justamente, por ser la subrogación un derecho que se concede al asegurador para mejorar la gestión de su actividad empresarial en provecho de la masa de asegurados, resulta comprensible que pueda renunciar a la subrogación y con ello no reclamar al tercero la indemnización que ha abonado al asegurado. En efecto, partiendo de la idea de que la subrogación se produce de forma automática cuando indemniza a su asegurado, el asegurador puede renunciar a ese derecho cuando así lo estime conveniente para sus intereses empresariales, porque de alguna forma le resulte más ventajoso, o menos oneroso, no reclamar al responsable por los daños que se ha visto obligado a indemnizar. De esta forma, el tercero quedará liberado del deber de cumplir con su responsabilidad, pero dicha liberación redundará, de algún modo, en forma de beneficio directamente o de un menor perjuicio, para la práctica aseguradora y por ende para la masa de asegurados. Así, a pesar de la renuncia, se habrá logrado el fin de esta institución, esto es, que el hecho de que el tercero acabe eludiendo las consecuencias patrimoniales derivadas de su responsabilidad, no ocurra en detrimento de la comunidad de asegurados⁸⁸

⁸⁸ Así, en un seguro de transporte de mercancías en el que el asegurador indemniza al cargador por los daños sufridos a las mercancías transportadas, resultando responsable de dichos daños el porteador. Puede ocurrir que ese porteador también esté asegurado en la misma compañía aseguradora, en este caso, al asegurador le puede interesar no actuar contra el porteador. Del mismo modo, puede darse la circunstancia de que ese porteador, al celebrar los diversos

II.- LAS DIFERENTES POSTURAS DOCTRINALES EN TORNO A LA DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA SUBROGACIÓN

1.- INTRODUCCIÓN

Por parte de la doctrina que se ha ocupado de este tema en profundidad, no se ha logrado consensuar una postura unánime a la hora de determinar la naturaleza jurídica de la institución que permite al asegurador que ha indemnizado a su asegurado el poder dirigirse contra el responsable del siniestro para recuperar aquel importe⁸⁹. Al respecto, se observa que han sido varias las tesis apuntadas para explicar la institución en cuestión⁹⁰. Así, se ha hecho referencia a que se trata de un supuesto particular de subrogación por pago; de una cesión de créditos; de una simple facultad procesal que permite el ejercicio de una acción subrogatoria; o que se trata de una figura *sui generis* propia del Derecho mercantil, que se constituye como un supuesto atípico de sucesión en el crédito del asegurado frente al tercero responsable⁹¹.

contratos de transporte, recomienda dicha entidad aseguradora para el aseguramiento de las mercancías a los cargadores, con lo cual, el asegurador estaría consiguiendo unos beneficios que podría superar o compensar el importe de la indemnización debida por su responsabilidad. O finalmente, que la cuantía de los daños no compensen los costes que comportaría la reclamación.

⁸⁹ Sobre la dificultad para determinar la naturaleza jurídica de la subrogación del asegurador, GASPERONI, N., *Assicurazioni Private*, Padova, 1972, p. 391, pone de relieve que ello se debe a que la doctrina no ha afrontado el problema de la naturaleza y el fundamento de la subrogación como un fin en sí mismo, sino para dar una solución al problema sobre la operatividad, automática o voluntaria, de la subrogación. Observa el autor que esta falta de desvinculación con el citado problema sobre el modo en que opera, ha influido negativamente sobre los resultados relativos a la explicación y a la justificación del fenómeno de la subrogación en el seguro.

⁹⁰ Referencia a las diversas hipótesis para explicar la naturaleza jurídica de la subrogación del asegurador, extraída de SÁNCHEZ CALERO, F., « Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 953.

⁹¹ A parte de las tesis señaladas, existe un sector doctrinal que se muestra partidario de considerar la naturaleza autónoma de la subrogación del asegurador. En este sentido, se observa que no se trata de una sucesión a título derivativo y particular en el derecho de crédito, sino de la atribución legal de un derecho autónomo. Para un conocimiento más amplio de esta tesis, puesta en relación con las excepciones oponibles por el tercero al asegurador subrogado,

La figura objeto de estudio determina el subingreso del asegurador en la titularidad del derecho a reclamar al tercero su responsabilidad en la producción del siniestro. Es decir, se opera una modificación en la posición activa de la relación obligatoria debido al cambio de acreedor. El hecho de que la modificación de la relación obligatoria por cambio de acreedor se encuadre en supuestos y figuras diversas, sin un régimen jurídico unitario, ha sido la razón que explica la disparidad de criterios que se han mantenido para determinar la calificación jurídica del subingreso del asegurador como nuevo acreedor frente al responsable del siniestro⁹².

De los diversos supuestos en los que se produce un cambio en la titularidad del crédito *inter vivos*, son dos los que han sido mayoritariamente utilizados para encuadrar jurídicamente la figura de la subrogación del asegurador: la cesión de créditos y la subrogación. Es esta última de las hipótesis, a pesar de las críticas de que ha sido objeto, la que se presenta de forma más convincente y la que cuenta con un mayor respaldo doctrinal.

2.- FORMULACIÓN DE LAS DIVERSAS TEORÍAS DOCTRINALES ENTORNO A LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA SUBROGACIÓN DEL ASEGURADOR

me remito a VINICIO, G., «Ancora intorno alla natura della surroga assicuratoria e delle eccezioni opponibili dal terzo responsabile», en *Assicurazioni*, II, 1968, pp. 113-122, pp. 112-119.

⁹² V. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, 6.^a ed., Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 969-970, quien atendiendo a las diversas razones que justifican el cambio de acreedor en la relación obligatoria, señala los siguientes supuestos: a) La cesión de créditos, consistente en un negocio jurídico celebrado por el acreedor con otra persona a la que se transmite la titularidad de su derecho. Su finalidad es servir de cauce para la realización del interés de las partes y el interés general en la circulación y en la comercialización de los créditos; b) La transmisión del crédito mediante su incorporación a un título valor. También con la finalidad de circulación y comercialización de los créditos, pero sometido a un régimen especial por razón de estar aquellos incorporados a un título o documento; c) La subrogación en el crédito, que es un subingreso o una subentrada de un nuevo acreedor en lugar del antiguo, que se produce por mandato legal o de forma convencional. Cumple la función de defensa de un interés en la recuperación o en el reintegro de una atribución patrimonial hecha al acreedor; d) La transmisión hereditaria del crédito a los herederos por la vía de la sucesión *mortis causa*, o a título singular, mediante el legado del crédito a un específico beneficiario; e) La transmisión del crédito por virtud de una actuación judicial, en situaciones de embargo del acreedor por sus propios acreedores.

A.- La tesis de la subrogación y su revisión crítica

Los estudiosos del tema han constatado que históricamente la respuesta que se ha ofrecido al planteamiento de la cuestión de la naturaleza jurídica de la subrogación en el seguro, es que ésta constituye un caso particular de la subrogación por pago de Derecho Común⁹³. Conceptuada ésta como un subingreso o una subentrada de un nuevo acreedor en la posición del originario acreedor ya satisfecho⁹⁴.

De las razones apuntadas que justifican la existencia de una norma que dispone la subrogación del asegurador en la titularidad del crédito del asegurado damnificado contra el tercero responsable, se ha señalado principalmente aquella que obedece a la salvaguarda del principio indemnizatorio, para concluir que el subingreso del asegurador tiene una verdadera naturaleza de subrogación dispuesta de forma expresa por la ley⁹⁵. En este sentido se ha manifestado que la subrogación legal del asegurador, en cuanto transfiere a éste el derecho del asegurado, encuentra su punto de partida, esto es, la «expropiación» del derecho del asegurado contra el tercero, «en una rígida actuación del principio indemnizatorio»⁹⁶.

Por otro lado, la identificación de la subrogación en el seguro con la subrogación general por pago, también ha sido evidenciada por quienes

⁹³ V. RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., p. 134.

⁹⁴ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, cit., p. 991.

⁹⁵ Así, VIVANTE, C., *Il Contratto di Assicurazione. Le Assicurazioni Terrestri*, vol. I, cit., pp. 436-438, donde se indica que la ley dispone a favor del asegurador una subrogación personal en todos aquellos derechos que correspondan al asegurado contra el tercero por la producción del daño, y que dicha subrogación es una consecuencia natural del pago de la indemnización. De forma que el asegurado que ha sido resarcido del daño, ya no dispone de acción para dirigirse contra el tercero responsable porque carece de cualquier interés para reclamar a éste último. PICARD M./BESSON, A., *Traité Général des Assurances Terrestres en Droit Français*, T. II, Paris, 1940, p. 692, donde se subraya que la solución comúnmente admitida en las legislaciones de otros países (con expresa referencia a Alemania, Suiza e Italia) ha sido el establecimiento de una subrogación legal a favor del asegurador en los derechos del asegurado contra el tercero responsable.

⁹⁶ DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazione Private*, vol. II, cit., p. 466.

entienden que la finalidad de atribuir al asegurador el derecho del asegurado para reclamar al tercero, no estriba en la aplicación del principio indemnizatorio, sino que obedece a una finalidad estrictamente económica, dirigida a posibilitar al asegurador la recuperación a cargo del tercero responsable de cuanto ha pagado al asegurado por la producción del siniestro. En este sentido, PASANISI⁹⁷ llama la atención en que el propósito del legislador al establecer la subrogación del asegurador no ha sido otro que aligerar la carga que representa la producción del daño para la masa de asegurados, que son los que a través del pago de las primas soportan el cumplimiento de la obligación del asegurador. En consecuencia, considera que la subrogación en el seguro es una verdadera subrogación, puesto que está destinada a la recuperación de las sumas pagadas por el asegurador a través del tercero responsable del siniestro.

No obstante, la tesis de la subrogación ha sido criticada por el hecho de que esta institución está destinada al tercero que paga una deuda ajena, lo que no ocurre en el caso del asegurador, que con el pago al asegurado satisface su propia deuda y no la del tercero. Así, se ha puesto de manifiesto que la obligación del asegurador y la obligación del tercero, aunque ordenadas al resarcimiento del mismo daño, tienen títulos diversos y obedecen a distinta causa⁹⁸. La obligación del asegurador nace del contrato de seguro, que establece el pago de la indemnización al asegurado por motivo de la producción del siniestro contra el cual se aseguraba; por el contrario, la obligación del tercero se basa en su responsabilidad por la producción de un hecho ilícito del que se derivan efectos dañosos para el damnificado. Consecuentemente, se considera imposible que el asegurador esté obligado de forma solidaria a pagar con el

⁹⁷ PASINISI, E., «Ancora sulla natura e sul fondamento della surroga assicuratoria», cit., p. 534.

⁹⁸ SATTÀ, S., «Legittimazione ad agire dell'assicurato e surroga dell'assicuratore», en *Assicurazioni*, 1952, pp. 96-102, p. 100; ANDREOLI, G., «Note in tema di surrogazione dell'assicuratore», en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, pp. 1098-1126, pp. 1103-1106; FAVARA, E., «Surrogazione dell'assicuratore e responsabilità del terzo per il danno», en *Assicurazioni*, II, 1960, pp. 108-115, pp. 110-111; GASPERONI, N., *Assicurazioni Private*, cit., p. 394; LA TORRE, A., «Il punto sulla surrogazione dell'assicuratore», cit., pp. 349-350.

tercero y tampoco que esté obligado en lugar del tercero, pagando lo que éste último debía pagar⁹⁹.

De forma que, si bien es cierto que el asegurador paga el daño derivado de la actuación del tercero, lo hace por causa totalmente diversa, por lo que no cumple la obligación de aquél sino su propia obligación contractual frente al asegurado. Para SATT¹⁰⁰ esta consecuencia es importantísima porque permite descartar que la subrogación del asegurador sea una verdadera y propia subrogación por efecto del pago. Por lo cual, concluye este autor, el tercero no puede excepcionar el pago de su propia deuda por obra de un tercero (el asegurador), porque este pago no ha ocurrido, y, en consecuencia su obligación no se ha extinguido.

Por lo tanto, las críticas formuladas se centran en que si la subrogación se produce en el mismo derecho de crédito por el que se ha realizado el pago, en la subrogación en sede del seguro, el asegurador, pagando su propia deuda, se subroga en un crédito distinto¹⁰¹, de forma que con aquel pago no se extingue

⁹⁹ MERLO, G. M.^a, *La surrogazione per pagamento*, Padova, 1933, p. 284; en este mismo sentido MINERBI, F., «Sulla natura jurídica della surroga assicuratoria», en *Assicurazioni*, I, 1954, pp. 273-300, pp. 277-280, evidencia la independencia de las dos obligaciones y su diversa naturaleza jurídica. En lo referente al derecho de crédito contra el asegurador, señala que éste es liquidable y exigible, independientemente de cualquier cuestión judicial de daño culposo, estando a también a cargo del asegurador la pérdida y los daños de la cosa asegurada por fuerza mayor o por caso fortuito. Mientras que la existencia del derecho de crédito contra el responsable presupone su reconocimiento por parte de éste último o su declaración mediante sentencia judicial. Así, el crédito frente al asegurador, que debe satisfacerse normalmente dentro de los términos establecidos en la póliza, es distinto del crédito contra el responsable que, en el momento de verificarse el daño, todavía no es líquido y exigible y ni siquiera cierto. Por ello, la deuda del asegurador es una deuda pecuniaria o monetaria, sujeta al principio nominalístico, en el que no incide la depreciación de la moneda. Mientras que la deuda del autor del daño es una deuda de valor y por ello, sensible a la devaluación monetaria. Por ello, afirma el autor, no hay una única deuda de resarcimiento de la que deban responder dos deudores por título diverso, tal situación sería suficiente para crear un responsabilidad solidaria.

¹⁰⁰ SATT^a, S., «Legittimazione ad agire dell'assicurato e surroga dell'assicuratore», cit., p. 100.

¹⁰¹ MERLO, G. M.^a, *La surrogazione per pagamento*, cit., p. 284; LA TORRE, A., «Il punto sulla surrogazione dell'assicuratore», cit., p. 349.

la deuda del tercero. Sin embargo, señala SCALFI¹⁰², la subrogación del asegurador radica esencialmente en la falta del efecto extintivo de la obligación del tercero referido al pago de la indemnización del asegurador. Para este autor, la eliminación del efecto extintivo es precisamente el mecanismo esencial del pago con subrogación, que permite y explica la sucesión en la obligación.

B.- La tesis de la cesión de créditos

Una de las varias las teorías que han sido consideradas por la doctrina para explicar la naturaleza jurídica de la subrogación del asegurador ha sido la de la cesión de créditos, figura que tiene lugar, o bien cuando ha habido un negocio jurídico entre el acreedor cedente y el cesionario, con la finalidad de transmitir el crédito, o bien, cuando se trata de una cesión legal.

En este sentido, se ha constatado que por parte de un sector de la doctrina y de la jurisprudencia italiana, se ha querido ver la similitud entre la subrogación del asegurador y la cesión de créditos en la creencia de que la transferencia del crédito del asegurado no opera de forma automática con el pago de la indemnización, sino por voluntad del propio asegurador¹⁰³. Se entiende así, que la norma otorga un derecho potestativo al asegurador para adquirir el derecho de crédito del asegurado, de forma que dicho fenómeno traslativo sólo ocurrirá cuando manifieste al tercero su voluntad de arrogarse aquel derecho. De esta forma, hasta que el asegurador no notifique al tercero la realización del pago al asegurado, efectuado con la intención de que le sea

¹⁰² Recogiendo la tesis de BETTI, observa SCALFI, G., *I Contratti di Assicurazione. L'Assicurazione Danni*, cit., pp. 245-246, que la satisfacción de un acreedor no debe necesariamente acompañarse de la extinción de la deuda. Así, referido al *solvens*, el pago no opera una sucesión en la posición jurídica del acreedor, sino en la obligación.

¹⁰³ ANDREOLI, G., «Note in tema di surrogazione dell'assicuratore», cit., pp. 1099-1100.

traspasado su derecho de crédito frente a él, el asegurado sigue permaneciendo titular de ese derecho frente al tercero responsable del siniestro¹⁰⁴.

No obstante, la similitud entre la figura de la subrogación del asegurador y la cesión de créditos basada en una necesaria notificación al tercero de la producción de la cesión carece de fundamento. Ello es debido a que en la cesión no es necesaria la notificación al deudor por parte del cesionario, de que se ha producido el pago de la deuda, para que opere plenamente el cambio de titularidad del derecho de crédito del cedente al cesionario. En la cesión de créditos, tal como se regula en el CC, dicha notificación no es un requisito para la eficacia del negocio de cesión frente al deudor. En este sentido, la doctrina ha manifestado que la notificación de la cesión al deudor «no es elemento constitutivo del supuesto de hecho de la transmisión del crédito del cedente al cesionario, ni tampoco de la creación de una vinculación del deudor cedido frente al susodicho cesionario»¹⁰⁵.

La adquisición de la titularidad del crédito por el cesionario ocurre de forma inmediata por virtud de la cesión, de forma que el tercero conecedor de aquella sólo se liberará de su obligación pagando a dicho cesionario. En este sentido, el art. 1527 CC que dispone que «el deudor, que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación», debe interpretarse en el ámbito de la aplicación de la tutela del deudor de buena fe, que pagando al acreedor originario queda liberado de su obligación por cuanto paga a un acreedor aparente¹⁰⁶. De ahí, que la notificación al tercero

¹⁰⁴ LA TORRE, A., «Il punto sulla surrogazione dell'assicuratore», cit., p. 361 subraya que la consecuencia de que la subrogación no sea un efecto automático del pago de la indemnización, sino una facultad del asegurador para proceder a su ejercicio, es que hasta que éste no ejerza dicha facultad el damnificado puede reclamar al tercero responsable, sin que éste último, ajeno a la relación del contrato de seguro, pueda oponerle que ya se ha efectuado la indemnización.

¹⁰⁵ V. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, cit. p. 981, donde se recoge la opinión doctrinal que rechaza que la notificación al tercero sea una condición para la eficacia del otorgamiento del negocio de cesión frente a él.

¹⁰⁶ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, cit., p. 981

actúe como mero mecanismo de protección de su interés, como deudor, de no realizar un pago indebido, a quien no es el legítimo acreedor, debido a su desconocimiento de que se ha producido la cesión. Es decir, la notificación no constituye un requisito para la eficacia de la cesión frente al deudor, sino la forma o el mecanismo de poner en conocimiento de éste la realización de la cesión del crédito por parte del acreedor cedente¹⁰⁷.

Por eso, aunque se quiera aplicar de forma analógica la disciplina de la cesión a la figura de la subrogación del asegurador debe concluirse que el asegurado pierde el derecho contra el tercero responsable, con su correlativa adquisición por parte del asegurador, desde el momento del pago de la indemnización, independientemente de cualquier notificación al tercero responsable¹⁰⁸. De esta forma, sólo es posible que el tercero se libere pagando al asegurado en lugar del asegurador mientras desconozca que se ha producido la subrogación.

Por otro lado, ante la imposibilidad de vincular la subrogación del asegurador con la subrogación general del Derecho, se ha entendido que lo que en realidad se produce en la primera, es una cesión legal del crédito¹⁰⁹. Por consiguiente, el subingreso del asegurador en el derecho del asegurado ocurre de forma automática, por voluntad de la ley, nada más producirse el pago de la indemnización y no depende de ninguna iniciativa del cedente ni de ningún reconocimiento del cesionario. Al respecto, se observa que en la figura estudiada tiene lugar un acontecimiento traslativo de la titularidad, mediante

¹⁰⁷ En este sentido, GASPERONI, N., *Assicurazioni Private*, cit., p. 412 afirma que, en realidad la notificación no constituye un requisito para la eficacia de la cesión, ni frente al deudor cedido. Manifiesta al respecto que «È absurdo che un diritto di credito verso un determinato soggetto non valga proprio rispetto al soggetto contro cui dovrebbe operare; è, pertanto, inammissibile la formula di un trasferimento del credito, che sia immediato nei rapporti tra cedente e cessionario e non sia, invece, efficace verso il debitore o debba ulteriormente perfezionarsi nei suoi confronti».

¹⁰⁸ ANDREOLI, G., «Note in tema di surrogazione dell'assicuratore», cit., p. 1101.

¹⁰⁹ GASPERONI, N., *Assicurazioni Private*, cit., p. 403.

una simple modificación subjetiva en el lado activo de la relación; fenómeno, se afirma, del todo análogo con la cesión legal, que ocurre cuando un tercero sucede *ope legis* en el lado activo de una relación obligatoria, sin que haya habido un cumplimiento de la obligación e independientemente de cualquier actividad del deudor¹¹⁰.

El hecho jurídico al que la ley conecta la transferencia de la titularidad del crédito es el pago de la indemnización al asegurado. En consecuencia, una vez que aquél tiene lugar se produce de forma automática el traspaso del derecho de crédito del asegurado al asegurador, lo que provoca la correlativa falta de legitimación del primero para reclamar al tercero responsable. De esta forma, observa GASPERONI¹¹¹ que al impedir la permanencia del crédito en manos del asegurado indemnizado se da debido cumplimiento a la *ratio legis* de

¹¹⁰ V. GASPERONI, N., *Assicurazioni Private*, cit. pp. 403-404, quien afirma que la identidad de ambas situaciones jurídicas no ofrece dudas, porque en el caso de la subrogación en el seguro, al igual de lo que ocurre en la cesión legal, el asegurador sucede *ope legis*, sin necesidad de ninguna cláusula contractual, ni de ningún acuerdo o actividad entre las partes, en lugar del asegurado, en una relación obligatoria no extinguida. De esta manera, con el límite de la indemnización pagada, se opera la transferencia automática de la titularidad del derecho de crédito del asegurado al asegurador, que subentra por vía derivativa en la posición del primero, con la consecuencia que el asegurado, dentro de aquél límite pecuniario, pierde la legitimación para actuar contra el tercero responsable. Según indica este autor, el encuadramiento de la subrogación del asegurador en el esquema de la cesión legal corresponde al origen histórico de la figura. Aquélla nació como una cesión convencional del asegurador en los derechos del asegurado contra el tercero responsable de los daños cubiertos por el asegurador, formalizándose normalmente mediante cláusulas específicas insertadas en la póliza, para transformarse posteriormente en una sucesión *ex lege*, como forma más eficaz para tutelar y salvaguardar el principio indemnizatorio. Sobre el origen de las cláusulas de cesión de acciones, v. PICARD M./BESSON, A., *Traité Général des Assurances Terrestres en Droit Français*, T. II, Paris, 1940, pp. 688-690, quien explica que desde el S. XIX los aseguradores han buscado la forma de reservarse expresamente, dentro de las pólizas, una acción contra los terceros haciéndose sustituir por el asegurado en sus propios derechos. No obstante, pesar de que en el redactado de dichas cláusula se hiciera referencia una subrogación convencional y se las denominara «cláusula subrogatoria», se constató, por el contenido de las mismas, la inexactitud de dicha denominación. En este sentido, se indica, la jurisprudencia siempre reconoció que la llamada cláusula subrogatoria, era en realidad una cesión de créditos eventuales y aleatorios sometida a la única condición de la realización del riesgo por la culpa de un tercero, en la que de forma avanzada, el asegurado cedía al asegurador su acción de responsabilidad por daños y perjuicios contra los terceros responsables del siniestro.

¹¹¹ GASPERONI, N., *Assicurazioni Private*, cit., p. 411.

la norma que establece la subrogación del asegurador: la tutela y la salvaguarda de la función indemnizatoria del seguro.

No obstante, un sector de la doctrina ha manifestado que la subrogación en el seguro no responde a la figura de la cesión legal, sino que se trata de una verdadera cesión convencional del crédito del asegurado al asegurador. Así, GENOVESE¹¹², quien parte de la teoría de que el seguro asume una función subsidiaria consistente en la asunción del funcionamiento incorrecto del mecanismo de reparación impuesto al tercero responsable, de forma que mediante el abono de la indemnización, el asegurador anticipa el contenido de la prestación debida por el responsable del siniestro. Según este autor, el mecanismo de la restitución de la indemnización se constituye contemporáneamente a la perfección del contrato, que, al mismo tiempo, hace surgir en el asegurado el derecho a la indemnización y a la anticipación de ésta frente al asegurador¹¹³.

Por consiguiente, explica el citado autor, el derecho de subrogación se constituye como un instrumento indispensable para la práctica de la actividad aseguradora, de ahí que no esté previsto explícitamente por los contratantes, o que sea reconocido por el legislador mediante una norma especial, porque aquél nace por la función propia del seguro, constituyendo un efecto directo y necesario del contrato de seguro. En este sentido, afirma que «en la estipulación del contrato de seguro está implícita la cesión negocial (o voluntaria) del crédito de resarcimiento que dará lugar a la sucesión a título particular del asegurador en la titularidad del crédito frente al tercero»¹¹⁴. En consecuencia, indica este autor, carece de utilidad recurrir a la figura de la cesión necesaria por cuanto no es preciso el acto de transferencia del crédito, siendo suficiente la voluntad

¹¹² GENOVESE, A., «Il fondamento razionale della surroga dell'assicuratore», cit., p. 28.

¹¹³ GENOVESE, A., «Il fondamento razionale della surroga dell'assicuratore», cit., p. 37.

¹¹⁴ GENOVESE, A., «Il fondamento razionale della surroga dell'assicuratore», cit., p. 38.

originaria de los contratante para permitir su operatividad de forma sucesiva, según la exigencia de la relación aseguradora, que comporta en primer lugar la atribución del derecho de subrogación al asegurador y, posteriormente, mediante el ejercicio de éste, la sucesión en el crédito.

C.- Crítica a la tesis de la cesión de créditos

Por parte de la doctrina, como expondremos seguidamente, se han formulado distintas objeciones al encuadramiento de la subrogación del asegurador en el marco de la cesión de créditos. Con carácter general la dificultad de aceptar la teoría de la cesión de créditos estriba principalmente en las diferencias que presentan ambas figuras en orden a la función económica que persiguen cada una de ellas y a los distintos intereses que a los que se intenta proteger.

En lo que respecta a la función de la cesión, ésta se concibe como un cauce institucional para el interés en la circulación de un crédito considerado como bien patrimonial con el que se puede comerciar, de ahí que se la configure siempre como un negocio jurídico para vehicular la transmisión voluntaria del crédito¹¹⁵. Por el contrario, en la subrogación la transmisión del crédito es obra de la ley y se configura como mecanismo jurídico para realizar el interés del subrogado de recuperar en vía de regreso un desembolso patrimonial que ha efectuado al acreedor satisfecho¹¹⁶. Esta diversidad de intereses es la causa de la diferencia de trato o de régimen jurídico aplicable a cada una de estas figuras. En este sentido, la posición del subrogador, por cuanto interesa recuperar el importe del pago de una deuda, goza de mayor protección que si se le concediera una simple acción de reembolso. De esta forma, la subrogación

¹¹⁵ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, cit., p. 996.

¹¹⁶ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, cit., p. 997.

permite al subrogado ejercitar el crédito que adquiere en toda su integridad y con todas las facultades a él anexas.

Así, la finalidad de la cesión de créditos es esencialmente económica, por cuanto lo que se persigue es favorecer la circulación del crédito dentro del tráfico o del comercio jurídico. Mientras que la subrogación en el seguro no tiene esta finalidad especulativa. El interés del asegurador no es lucrativo, sino que se centra en recuperar del tercero el importe de la indemnización que se ha visto obligado a abonar a su asegurado por la existencia del contrato de seguro; de forma que la transferencia del crédito es el medio de garantizar el interés en recobrar lo pagado¹¹⁷.

Esta diferente función económica se hace evidente por el hecho de que en la cesión de créditos el cesionario puede reclamar al deudor el importe íntegro de la deuda, aunque éste sea superior al precio de la cesión. Por el contrario, en la subrogación el asegurador se subroga en el crédito frente al tercero con el límite de la indemnización abonada al asegurado como acreedor originario. En este sentido, la subrogación está limitada a las obligaciones a las que está comprometido el asegurador en virtud del contrato de seguro. Por lo tanto, el asegurador no puede dirigirse contra el tercero más que en la medida en que él mismo se encuentra obligado a garantizar al asegurado por la producción del siniestro. Luego, no le corresponde subrogarse por la totalidad de las sumas abonadas al asegurado, sino sólo por la suma que efectivamente ha pagado y que debía pagar según los términos del contrato¹¹⁸.

¹¹⁷ V. entre otros, RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., p. 137; TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., pp. 59-60; LA TORRE, A., «Il punto sulla surrogazione dell'assicuratore», cit., p. 351; SCALFI, G., *I Contratti di Assicurazione. L'Assicurazione Danni*, cit., p. 245.

¹¹⁸ PICARD M./BESSON, A., *Traité Général des Assurances Terrestres en Droit Français*, T. II, cit., pp. 705-706.

La cesión de créditos es un negocio jurídico celebrado entre el cedente, que busca desprenderse del crédito, y el cesionario, a quien le interesa su adquisición. Por lo tanto, estamos ante una transferencia patrimonial *inter vivos* que, de conformidad con nuestro Derecho positivo, exige la existencia un acuerdo que la determine. Sin embargo, en la subrogación regulada en el art. 43 LCS la transferencia del derecho de crédito del asegurado al asegurador no está condicionada a la existencia de ningún acuerdo previo dirigido a producir la transmisión de aquel derecho. Esta transmisión tiene lugar por voluntad de la ley desde el mismo momento en que se realiza el pago de la indemnización del seguro. La causa de la transmisión no es dispositiva para las partes, sino que viene implícita en la propia norma.

Por otro lado, la necesidad de la existencia de un acuerdo de voluntades entre el cedente y el cesionario para llevar a cabo la cesión, no encaja en la figura de la subrogación del asegurador. En el ámbito del seguro, la posibilidad de su contratación bajo la modalidad por cuenta ajena, permite que las figuras de tomador del seguro y asegurado no coincidan en una misma persona. En consecuencia, quien resulte ser el asegurado cuando se produzca el siniestro que haga nacer en su patrimonio un derecho de crédito frente al tercero responsable, no siendo tomador del seguro, no habrá celebrado ningún acuerdo con el asegurador con la finalidad traspasarle su derecho de crédito en caso de que éste surgiera a su favor. Ello enlaza, a su vez, con la exigencia de que en el negocio de cesión el cedente del crédito deberá tener poder de disposición sobre el crédito¹¹⁹. Sin embargo, el tomador de un seguro por cuenta ajena no tiene ningún poder de disposición del crédito que pueda surgir contra el tercero tras la producción del siniestro; el titular de dicho crédito es el asegurado y éste no ha sido parte en la contratación del seguro.

¹¹⁹ V. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, cit., p. 976, quien indica que «el cedente del crédito deberá tener plena capacidad de obrar y poder de disposición sobre el crédito»

Una ulterior consideración para descartar la idea de asimilar la subrogación del asegurador con la cesión de créditos, es que este último caso comporta necesariamente una garantía respecto al crédito objeto del negocio de cesión. Es la llamada garantía de la *veritas nominis*, impuesta a modo de obligación al cedente sobre la existencia y la legitimación del crédito. Como resultado del análisis de esta garantía, la doctrina ha señalado que la inexistencia del crédito determina la nulidad de la cesión por falta de los presupuestos objetivos del negocio de cesión y la restitución de las cosas a la situación en que se encontraban antes de la cesión¹²⁰.

Esta garantía es inexistente en la figura de la subrogación del asegurador. El art. 43 LCS no impone al asegurado una obligación de garantía análoga a la de la cesión de créditos: él no promete al asegurador en todos los casos un recurso contra un tercero, dado que el siniestro puede no desencadenar la responsabilidad personal. La subrogación tiene, entonces, un carácter eventual: se producirá en la medida en que el tercero sea declarado responsable del siniestro. Por el contrario, si no se aprecia dicha responsabilidad no surge ningún derecho de crédito a favor del asegurado en el que pueda subrogarse el asegurador. Sin embargo, a pesar de que la inexistencia del crédito ha imposibilitado la subrogación, el asegurado no estará obligado a devolver la indemnización al asegurador.

Teniendo en cuenta las consideraciones que acabamos de exponer sobre la cesión de créditos entendemos que la figura de la subrogación del asegurador

¹²⁰ Sobre la garantía de la existencia y legitimación del crédito, v. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, cit., pp. 982-984, donde se observa que como consecuencia de la nulidad del contrato el cedente estará obligado a restituir el valor del crédito cedido, los intereses o rendimientos si el cesionario hubiera tenido que restituirlos, los gastos de los pleitos que hubiera tenido que sostener y los gastos del contrato si los hubiera pagado él. Junto a la garantía *veritas nominis* existe la llamada garantía de la *bonitas nominis* que hace referencia a la solvencia del deudor. Respecto a esta última se señala que, por regla general, no debe entenderse que el cedente deba asumir ninguna obligación de garantizar al cesionario la solvencia del deudor, excepto en el caso de que las partes voluntariamente así lo establezcan.

tampoco puede asimilarse a la cesión legal¹²¹. Aunque en referencia a ésta última se diga que la sucesión se produce por voluntad de la ley, sin necesidad de ninguna cláusula contractual o acuerdo entre las partes, la distinta función económica que realizan cada una de estas figura y el diferente régimen jurídico a que están sometidas permite evidenciar la ausencia de aquella similitud. Por otro lado, el considerar que estamos en presencia de una cesión legal a favor del asegurador del crédito que el asegurado ostentaba frente al tercero topa con una dificultad, y es que en nuestro ordenamiento jurídico, el reconocimiento de la cesión se formula de forma expresa¹²².

D.- La tesis de la acción subrogatoria

Algunos autores han entendido que en la subrogación del asegurador se produce un fenómeno de sustitución procesal por la que se legitima a éste para ejercitar el derecho del asegurado frente al tercero responsable. Un exponente de esta teoría es MINERBI quien parte del supuesto de que la finalidad que persigue la norma al atribuir el derecho de subrogación al asegurador es la tutela de los intereses de éste, puesto que si ha debido soportar un riesgo no derivado de caso fortuito tiene derecho a recuperar del asegurado, como legitimado directo para actuar contra el tercero, la eventual indemnización pagada por éste último¹²³.

El fundamento de esta teoría, explica el autor, radica en que el contrato de seguro es esencialmente un contrato de azar, en el que el asegurador asume el riesgo de aquellos daños que son irreparables porque no pueden imputarse a

¹²¹ V. SATTÀ, S., «Legittimazione ad agire dell'assicurato e surroga dell'assicuratore», cit., p. 101, quien manifiesta que «no es necesario y tampoco es justo» hablar en este caso de una cesión de créditos *ope legis*. Así, puntualiza: «Non é necessario perchè basta affermare la ripetibilità a favore dell'assicuratore di quanto abbia pagato nei limiti di quanto venga pagato all'assicurato; non é giusto perchè neppure si sa se un crédito esiste».

¹²² V. TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., p. 59, quien señala el art. 1778 CC en referencia a obligación de la cesión de acciones, contra el comprador, del heredero del depositario que de buena fe haya vendido la cosa depositada.

¹²³ MINERBI, F., «Sulla natura giuridica della surroga assicuratoria», cit., pp. 286-300.

nadie, o porque no puede conseguir su resarcimiento, por insolvencia del deudor o por cualquier otra causa. De manera que el asegurador no está obligado a reparar los siniestros ocasionados por dolo o culpa grave del tomador del seguro, del asegurado o del beneficiario. De esta forma, si el asegurado ha omitido dolosamente el hacer cuanto le era posible para evitar o disminuir el daño, puede negarle la indemnización del seguro, o disminuirla si aquél había ocurrido por incumplimiento del deber de salvación a que está obligado el asegurado.

Del mismo modo, si el daño es atribuible al comportamiento doloso o culposo de un tercero, el equivalente pecuniario de aquél, que corresponda al damnificado, no constituye un daño efectivo del que el asegurador deba soportar el riesgo, sino que constituye un elemento patrimonial que se integra en la economía del contrato de seguro, lo que le da el derecho de resarcimiento frente a ese tercero. No obstante, se observa que esta finalidad no siempre puede realizarse antes del pago de la indemnización del seguro, dado que en la mayor parte de los casos, una vez verificados el siniestro y el daño, la posibilidad de recuperación frente al tercero permanece incierta y dilatada en el tiempo, lo que es incompatible con el breve plazo que se establece en el contrato de seguro para el pago de la indemnización. Consiguientemente, el asegurador debe pagar la indemnización a que está obligado por el contrato, reservando la regulación para un momento posterior su relación con el asegurado para recuperar en la medida de lo posible el importe equivalente al siniestro. De esta forma, el asegurador que, en virtud de la ley o del contrato, se ha visto obligado a soportar el riesgo de la avería o la destrucción de la cosa asegurada, pagando su valor al asegurado, se encuentra respecto a ese objeto en la misma situación en que se encontraba éste último antes de haberse producido tal reparación. De ahí, entonces, que tenga derecho a recuperar la indemnización debida por el tercero responsable del daño.

No obstante, afirma MINERBI¹²⁴, la realidad es que el asegurador sólo puede ejercitar su derecho de recuperación frente al asegurado, dado que es éste último quien tiene en su poder la gestión del daño, no pudiendo dirigirse contra el tercero responsable porque carece de legitimación activa frente a éste. Es el asegurado quien puede ejercer contra el tercero una acción para obtener la reparación del daño, fundada en su propio derecho a la integridad de las cosas que conforman su patrimonio. Siguiendo esta argumentación, se evidencia la legítima concurrencia de dos pretensiones sobre el mismo objeto, pero por título diverso: el asegurador pretende recuperar del asegurado y éste del tercero, de forma que lo que el tercero pague, deberá ser remitido al asegurador. De manera que tras el pago de la indemnización el asegurado podrá ser requerido por el asegurador, en virtud del deber de salvamento propio de los seguros de daños, para obtener el resarcimiento debido por el tercero responsable.

De esta forma, el asegurador, después de haber pagado la indemnización, tiene la facultad de subrogarse en lugar del asegurado porque ha devenido acreedor frente a éste respecto de aquello que el asegurado obtenga a su vez como acreedor frente al tercero responsable. Así, para MINERBI¹²⁵, la naturaleza de la subrogación en el seguro se reconduce a un subingresso legal del asegurador justificado por la concurrencia sobre el mismo objeto del derecho de recuperación del asegurador y del derecho al resarcimiento del asegurado. Por lo tanto, señala este autor, la subrogación del asegurador se trata de un instituto de carácter procesal, en el que por razones de política legislativa y con una finalidad cautelar, se admite, derogando así el principio de la titularidad subjetiva de la acción, que un sujeto pueda ejercitar en el proceso el derecho de otro en nombre propio¹²⁶.

¹²⁴ MINERBI, F., «Sulla natura giuridica della surroga assicuratoria», cit., pp. 296-297.

¹²⁵ MINERBI, F., «Sulla natura giuridica della surroga assicuratoria», cit., p. 297

¹²⁶ MINERBI, F., «Sulla natura giuridica della surroga assicuratoria», cit., pp. 297-298; en este mismo sentido, SATTA, S., «Legittimazione ad agire dell'assicurato e surroga dell'assicuratore»,

En la sustitución procesal no se produce una transferencia del derecho del sustituido al sustituto, a diferencia de lo que ocurre en la subrogación por pago, sino que ese derecho sigue perteneciendo al sujeto sustituido. De esta forma, afirma el citado autor, en la figura de la subrogación del asegurador, éste, mediante el pago de la indemnización, satisface el crédito que el asegurado tiene contra él en virtud del contrato de seguro, pero la subrogación no ocurre por el hecho del pago en sí mismo, sino porque después del pago se ha convertido en acreedor del asegurado para su recuperación. Ello determina la sustitución procesal voluntaria del asegurador en la reclamación del asegurado, como acreedor aún insatisfecho, respecto de la eventual recuperación que se pretende frente al tercero.

Por lo tanto, concluye MINERBI¹²⁷, si el ejercicio del derecho de subrogación del asegurador no presupone una transferencia del derecho del asegurado al asegurador, sino simplemente la facultad de éste para accionar como sustituto procesal voluntario del asegurado cuando lo estime conveniente, debe concluirse que la legitimación del asegurado para reclamar la responsabilidad del tercero en la producción del daño nunca decae, ni siquiera después del pago de la indemnización del asegurador. Así, el asegurado es, en todo momento, la persona legitimada para exigir la reparación del tercero, sin que éste pueda oponerle la falta de legitimación activa. Tampoco puede oponerse la falta de interés que el pago ha provocado en el asegurado para proceder a la reclamación, porque conforme al espíritu y a la función del seguro, el deber de salvamento corresponde al asegurado antes y después del

cit., pp. 101-102, quien afirma que en la subrogación del asegurador se produce una subrogación procesal, como instrumento cautelar propio de la acción subrogatoria, que permite que el asegurador actúe en el proceso como sustituto del asegurado. Observa el autor que tal voluntad legislativa se desprende de la propia norma (art. 1916 Cod. Civ.) cuando dispone que el asegurado será responsable ante el asegurador de los perjuicios que pueda causar a la subrogación, lo cual presupone el poder y el deber del asegurado, de accionar contra el tercero. Evidenciándose al respecto, de qué otro modo podría el asegurado perjudicar la pretensión del asegurador, sino tuviera el poder de actuar en el juicio.

¹²⁷ MINERBI, F., «Sulla natura giuridica della surroga assicuratoria», cit., pp. 298-299.

pago de la indemnización, de modo que éste tiene un interés jurídico en afrontar su responsabilidad frente al asegurador.

E.- Crítica a la tesis de la acción subrogatoria

La tesis que ve en la subrogación del asegurador un fenómeno de naturaleza esencialmente procesal, consistente en la legitimación extraordinaria concedida al asegurador para actuar en juicio el derecho del asegurado frente al tercero responsable, ha sido ampliamente rechazada por la doctrina¹²⁸. En efecto, el afirmar que el asegurador está legitimado procesalmente para actuar frente al tercero, respecto de un derecho que es del asegurado y sigue perteneciéndole, implica integrar el instituto de la subrogación del asegurador en el marco de la acción subrogatoria¹²⁹. Acción que está configurada como un instrumento cautelar para salvaguardar la realización del derecho de crédito del acreedor ante la inactividad de su deudor en el ejercicio de los derechos y acciones que le corresponden frente a sus propios deudores.

La acción subrogatoria, regulada en el art. 1111 CC, pertenece a la categoría de la llamada sustitución procesal, en la que la ley otorga a una persona una legitimación extraordinaria para actuar en juicio un derecho de titularidad ajena, en defensa de su propio interés de no verse perjudicado por la inactividad de aquel titular¹³⁰. Según el art. 1111 CC, el acreedor, para asegurar la realización de su derecho de crédito, puede ejercitar los derechos y acciones de que sea titular su deudor y que no ejerce frente a sus deudores. La finalidad de la legitimación subrogatoria es esencialmente garantizar el patrimonio del

¹²⁸ V. entre otros, RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., pp. 138-139; TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., pp. 161-162; SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 953; ANDREOLI, G., «Note in tema di surrogazione dell'assicuratore», cit., pp. 1121-1123; GASPERONI, N., *Assicurazioni Private*, cit., pp. 385-389; SCALFI, G., *I Contratti di Assicurazione. L'assicurazione Danni*, cit., pp. 235-236.

¹²⁹ GASPERONI, N., *Assicurazioni Private*, cit., p. 385.

¹³⁰ NIEVA FENOLL, J., *La sustitución procesal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 44-45; MONTERO AROCA, J., *De la legitimación en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 335.

acreedor; siendo los presupuestos para su ejercicio la existencia de un crédito, el peligro de insolvencia del deudor y la inercia perjudicial de este último.

En el fenómeno de la sustitución procesal se faculta a una persona para que pueda actuar, en su propio interés, un derecho del que no es titular¹³¹. A este respecto, se ha subrayado por la doctrina que ejercitando procesalmente el derecho del deudor frente al tercero, el acreedor no puede ser considerado como sucesor del deudor¹³². Entre la posición jurídica del acreedor propiciada por la vía subrogatoria y la posición del deudor no existe ningún nexo derivativo. No se crea para el deudor una situación de indisponibilidad de su derecho, de manera que, aún en la fase de ejercicio de la acción subrogatoria, el deudor conserva el poder de disponer de su propio derecho y puede, por lo tanto, privar de objeto la legitimación del acreedor con un acto de renuncia o de alienación.

Por lo tanto, en la llamada acción subrogatoria, se confiere al acreedor una potestad meramente procesal para ejercitar en nombre propio un derecho ajeno, pero no se trasfiere en ningún momento la titularidad del derecho del deudor al acreedor sustituto, sino que seguirá perteneciendo al primero. De manera que pueda concluirse que en el ejercicio de la acción subrogatoria «no estamos ante una verdadera subrogación, dado que no existe cambio alguno en el titular del derecho de crédito, sino ejercicio de eses derecho por quien no es su titular»¹³³.

De ahí la total falta de analogía entre la acción subrogatoria y el derecho de subrogación del asegurador. Institución, esta última, en la que se verifica un

¹³¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, cit., p. 895.

¹³² GASPERONI, N., *Assicurazioni Private*, cit., p. 388.

¹³³ MONTERO AROCA, J., *De la legitimación en el proceso civil*, cit., p. 369; en este mismo sentido, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, cit., p. 897, cuando afirma que a pesar de su nombre, «la acción no “subroga” a los acreedores en el derecho que ejercitan».

verdadero fenómeno de subrogación de derecho material mediante la transferencia del derecho del asegurado al asegurador y con ello, el subingreso de éste último en la titularidad del derecho, con la expulsión del anterior titular, esto es, del asegurado¹³⁴. En este sentido, se ha puesto de relieve¹³⁵ la total diferencia que existe entre «ser subrogado en un derecho» y el fenómeno de la acción subrogatoria en la que se faculta a una persona para «ejercitar los derechos y las acciones correspondientes a otro», descartando que la institución del derecho de subrogación del asegurador pueda subsumirse en la mera actuación procesal del derecho perteneciente al asegurado frente al tercero responsable.

A las anteriores críticas debemos añadir una más. En la hipótesis de la sustitución procesal se ha manifestado que el derecho de crédito frente al tercero sigue perteneciendo al asegurado, y que esta persistencia posibilita la sustitución legal del asegurador en la acción que se deriva para la tutela de sus propios intereses. En consideración a este planteamiento, se afirma que el momento en que se hace operativo el subingreso legal del asegurador es aquel en el que insta de hecho la acción perteneciente al asegurado, deudor del asegurador, o en el momento en que manifiesta al tercero que quiere valerse de la subrogación. Por lo que en tal caso, si el tercero es reclamado por el asegurado, debe abstenerse de efectuar ningún pago a éste, en perjuicio del derecho del asegurador¹³⁶. En este punto, conviene señalar la inconsistencia de la anterior afirmación en relación con la naturaleza de la acción subrogatoria. En efecto, si la finalidad de la acción subrogatoria es garantizar el crédito del acreedor, permitiendo que ejercite las acciones de su deudor inactivo para que éste pueda cobrar de sus deudores, no tiene sentido que el pago de la deuda del

¹³⁴ GASPERONI, N., *Assicurazioni Private*, cit., p. 388; RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., p. 139.

¹³⁵ V. ANDREOLI, G., «Note in tema di surrogazione dell'assicuratore», cit., pp. 1122-1123.

¹³⁶ MINERBI, F., «Sulla natura giuridica della surroga assicuratoria», cit., pp. 299.

tercero al asegurado, se vea como una perjuicio para los intereses crediticios del asegurador.

Del mismo modo, tampoco nos parece correcto que se justifique la negativa del pago del tercero, a requerimiento del asegurado, en el derecho del tercero de no verse obligado a efectuar un doble pago por un mismo daño¹³⁷. Debemos recordar que el ejercicio de la acción subrogatoria no produce ninguna transferencia del derecho del deudor sustituido al acreedor sustituto. Por el contrario, el derecho sigue perteneciendo al deudor, y por consiguiente las cantidades obtenidas por el ejercicio de la acción, no ingresarán en el patrimonio del acreedor sino en el patrimonio de su deudor¹³⁸.

De ahí lo incorrecto de la afirmación de que mediante el ejercicio de la acción subrogatoria el asegurador resultará indemnizado por el responsable del siniestro, porque el resultado de esta acción no será el pago directo del tercero responsable al asegurador, sino, el pago de aquél al asegurado, que es el titular del derecho a la indemnización. Por lo tanto, el asegurador nunca podrá cobrar directamente del tercero, sino que deberá dirigirse *a posteriori* contra el asegurado para reclamarle la indemnización que aquél le ha pagado como resultado del ejercicio de la acción subrogatoria dirigida contra él. De esta forma, el tercero nunca podrá ser compelido a pagar dos veces por su responsabilidad en la producción del siniestro.

¹³⁷ V. MINERBI, F., «Sulla natura giuridica della surroga assicuratoria», cit., pp. 299, cuando manifiesta: «E poichè il terzo responsabile ha incontestabili diritto di non essere costretto a indennizzare lo stesso danno più di una volta, egli ha diritto d'accertarsi della legittimazione attiva dell'assicuratore che si avvale della surroga, ma la sua posizione è sufficientemente tutelata dalla produzione della *quietanza di danno*, da cui risulta il pagamento da parte dell'assicuratore, in tale sua qualità del valore di quelle stesse cose che per fatto suo sono state danneggiate o sono andate perdute: se, poi, egli pagasse l'assicurato prima che l'assicuratore si avvallesse della surroga, sarebbe senza fundamento il timore di dover rispondere due volte dello stesso danno, perchè, essendo Romay consumato il diritto d'azione, egli potrebbe victoriosamente opporre all'assicuratore l'eccezione *de soluto* e il divieto del *non bis in idem*».

¹³⁸ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, cit., pp. 897-898; NIEVA FENOLL, J., *La sustitución procesal*, cit., p. 90; MONTERO AROCA, J., *De la legitimación en el proceso civil*, cit., p 377.

F.- La tesis de la institución propia del Derecho de seguro

La dificultad de encuadrar la subrogación del asegurador en otras figuras generales previstas en el Ordenamiento Jurídico, como es la cesión de créditos o la subrogación general en el crédito, ha llevado a un sector doctrinal a considerar la figura estudiada como una institución propia del seguro. En este sentido, IGLESIAS PRADA¹³⁹ observa que el origen legal del mecanismo de la subrogación se explica por su función tutelar del principio indemnizatorio. Dicha tutela permite calificar a la subrogación del asegurador, «como una institución propia del seguro, que tiene su fuente en la ley, y no guarda ninguna relación de identidad sustancial con los supuestos típicos de modificación de la relación obligatoria por subrogación en el crédito que regula el Código civil»¹⁴⁰.

En la doctrina italiana, uno de los autores representativos en el desarrollo de la idea de la individualización de la institución, respecto a la subrogación general por efecto del pago, es SOTGIA¹⁴¹. En opinión de este autor, la naturaleza jurídica de la subrogación del asegurador debe ser considerada como «una peculiar forma de sucesión a título particular en el derecho de crédito». Se concibe así, como una figura particular que confiere un derecho de carácter potestativo al asegurador para actuar frente al responsable del siniestro, y que encuentra su justificación en la *ratio* normativa de dicha institución: favorecer el correcto desarrollo de la actividad aseguradora.

¹³⁹ IGLESIAS PRADA, J. L., «La subrogación del asegurador en el seguro marítimo», cit., p. 24. La consideración de que la subrogación del asegurador es una institución propia del seguro, que opera por la sola voluntad de la ley, también puede apreciarse en GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 199, quien afirma su diferencia con los distintos supuestos de subrogación contemplados en el Código Civil; al igual que tampoco tiene nada que ver con la obligación del fiador, que consiste en pagar o cumplir por un tercero, ni con la cesión de acciones del asegurado al asegurador, en la que se exige un previo acuerdo de voluntades en un contrato de cesión.

¹⁴⁰ IGLESIAS PRADA, J. L., «La subrogación del asegurador en el seguro marítimo», cit., p. 24

¹⁴¹ SOTGIA, S., «Valore ed effetti della notificazione dell'assicuratore al responsabile del danno di voler esercitare a suo tempo il diritto di surroga secondo l'art. 1916 cod. civ.», cit., p. 213.

Señala el citado autor que las tesis propuestas por la doctrina para explicar la naturaleza jurídica de la subrogación del asegurador, se han basado en que la *ratio legis* para disponer legalmente aquella institución había sido la explícita voluntad legislativa de evitar un posible enriquecimiento injusto del asegurado a través del contrato de seguro. De ahí se deriva que el pago de la indemnización produzca automáticamente el cambio de titularidad del derecho de reclamación frente al tercero y la correlativa pérdida de legitimación del asegurado para dirigirse contra aquél¹⁴².

En oposición a la teoría de la subrogación automática por efecto del pago, otros autores han sostenido que el fundamento de la institución no debe basarse en el enriquecimiento injusto del asegurado, sino que debe buscarse en la causa del contrato de seguro, esto es, en la función socioeconómica del contrato de eliminar la eventual alea económica que pueda sufrir el asegurado¹⁴³. Es por esta función propia, que el seguro de daños está dominado por el principio indemnizatorio que limita la obligación del asegurador al resarcimiento de los daños sufridos por el asegurado. De esta forma, la subrogación del asegurador, en correlación con la función reparadora del seguro, posibilita la aplicación del principio indemnizatorio como algo connatural y propio del contrato de seguro, sin propagación externa del mismo, excluyéndose así la posibilidad que un tercero ajeno al contrato pueda valerse del mismo. Así, en aplicación de aquél principio, el damnificado consiente en sustituir al asegurador en la relación con el tercero responsable, dentro de los límites a los que él mismo estaba sujeto por los términos del contrato. Por consiguiente, la subrogación debe concebirse en la función propia del contrato de seguro y en la relación interna entre asegurado y asegurador. De esta forma, es el asegurador quien tiene la facultad de valerse o no del derecho que el

¹⁴² PICARD, M./BESSON, A., *Traité Général des Assurances Terrestres en Droit Français*, T. II, cit., p. 700.

¹⁴³ TORRENTE, A., «Ancora in tema di surrogazione dell'assicuratore», cit., p. 7.

contrato hace nacer a su favor; y hasta que no se valga de él, la posibilidad de proceder a la sustitución es algo que permanece en la esfera interna entre asegurado y asegurador, y que resulta ajeno para el responsable del siniestro.

Adhiriéndose esta teoría SOTGIA, afirma que la subrogación en el seguro se dispone legalmente como un medio totalmente particular, no para excluir el enriquecimiento injustificado del asegurado, sino para reforzar la específica finalidad de la actividad aseguradora y del contrato de seguro. Esto es, para obtener la eliminación o la disminución de las consecuencias perjudiciales de la verificación del riesgo. Concebida así la *ratio* de la subrogación y teniendo presente la finalidad particular para la cual se ha dispuesto, se deriva que deba ser configurada como una atribución de un derecho potestativo o facultad del asegurador para desarrollar la función propia de la actividad del seguro y del contrato en las mejores condiciones de realización y de coste¹⁴⁴.

Por lo tanto, conceptualizado el derecho de subrogación como una figura particular de derecho potestativo, entiende SOTGIA que aquél no puede ser considerado como un efecto imprescindible del pago de la indemnización. Por el contrario, el presupuesto esencial para que opere el derecho de subrogación en el seguro, es la manifestación de la voluntad de parte del asegurador de querer valerse de su derecho, dirigida al tercero responsable. A lo que añade, en apoyo a la anterior afirmación, que es perfectamente legítimo estimar que el legislador haya solicitado el pago de la indemnización, no como presupuesto generador del derecho de subrogarse, sino como una condición y medio de prueba de la legitimación del asegurador para actuar en juicio frente al tercero responsable¹⁴⁵. De conformidad con esta teoría, los efectos propios de la

¹⁴⁴ SOTGIA, S., «Valore ed effetti della notificazione dell'assicuratore al responsabile del danno di voler esercitare a suo tempo il diritto di surroga secondo l'art. 1916 cod. civ.», cit., pp. 211-212.

¹⁴⁵ V. SOTGIA, S., «Valore ed effetti della notificazione dell'assicuratore al responsabile del danno di voler esercitare a suo tempo il diritto di surroga secondo l'art. 1916 cod. civ.», cit., p. 219, cuando manifiesta: «Mi pare che di fronte a tutto quanto fin qui osservato si presenti del tutto

subrogación, es decir, la transferencia del derecho de crédito al asegurador, con la consecuencia de su sustracción a cualquier eventual disponibilidad tanto del asegurado como del tercero, se producen con la declaración de voluntad del asegurador, sin que sea necesario por su parte el previo pago de la indemnización¹⁴⁶.

No obstante, la tesis que configura la subrogación en el seguro como una peculiar forma de sucesión a título particular en el derecho de crédito ha sido criticada por su formulación excesivamente generalista y por su falta de precisión. Se indica a este respecto que a pesar de que se evidencia el carácter derivativo del derecho que adquiere el asegurador, no pone de relieve su distinción con el fenómeno de la subrogación por pago, ni con la teoría de la concesión legal de un derecho autónomo al asegurador, aceptando al mismo tiempo, un cierta afinidad con la transmisión que se opera en la cesión legal de créditos¹⁴⁷.

En esta misma línea de rechazo se observa que configurar la subrogación en el seguro como una institución *sui generis*, es decir, como una nueva figura jurídica con elementos propios de legitimación, diversos de los de la subrogación general por pago, sin entrar a explicar su identidad de funcionamiento, ni deducir sus efectos, es una tautología estéril¹⁴⁸. Al respecto, se subraya que si hay razones para dudar de la exactitud de la identificación de la subrogación en el seguro con la subrogación por pago, a pesar que del texto normativo se desprenda una aparente similitud, el problema no se resuelve

logica e corrispondente alla *ratio* della norma l'affermazione che all'assicuratore sia possibile notificare al terzo la volontà di esercitare la surroga, esercizio che verrà attuato a suo tempo, ed ottenere fin da quel momento la produzione degli effetti proprio verso il terzo, salvo in un secondo momento l'intervento della necessità del fornire la prova della propria legittimazione a stare in giudizio od a ricevere il pagamento da parte del terzo (o dal suo assicuratore)».

¹⁴⁶ SOTGIA, S., «Valore ed effetti della notificazione dell'assicuratore al responsabile del danno di voler esercitare a suo tempo il diritto di surroga secondo l'art. 1916 cod. civ.», cit., p. 220.

¹⁴⁷ LA TORRE, A., «Il punto sulla surrogazione dell'assicuratore», cit., p. 351.

¹⁴⁸ MINERBI, F., «Sulla natura giuridica della surroga assicuratoria», cit., p. 283.

acudiendo al texto de la ley, cuando al mismo tiempo se niega la raíz común de ambas figuras, porque se estaría admitiendo sin críticas aquello que se debe demostrar¹⁴⁹.

3.- LA CONFIRMACIÓN DE LA SUBROGACIÓN DEL ASEGURADOR COMO UN SUPUESTO DE SUBROGACIÓN LEGAL

Como acabamos de constatar, las diferentes tesis que se han formulado con el propósito de explicar la naturaleza de la subrogación del seguro fuera de la figura de la subrogación general del Derecho civil, no han resultado plenamente satisfactorias. Por ello cabe manifestar que, a pesar de que entre ambas figuras existan las diferencias que ya han sido puestas de relieve, el legislador ha querido adoptar el procedimiento jurídico de la subrogación para disciplinar el subingreso del asegurador en los derechos del asegurado frente al tercero responsable del daño que se ha visto obligado a indemnizar.

Así lo ha entendido un sector doctrinal cuando expresa que, a pesar de que el asegurador, al indemnizar al asegurado, no paga la deuda del tercero, sino su propia deuda en cumplimiento del contrato de seguro, no es menos cierto que el legislador ha querido incluir esta transferencia de derechos del asegurado dentro del cuadro de la subrogación¹⁵⁰. Al respecto, se subraya que el texto de la norma no ofrece dudas de que el legislador ha previsto una subrogación y no una cesión de derechos. De haber querido que la transmisión de los derechos del asegurado al asegurador se realizara mediante una cesión del crédito frente al tercero responsable, no habría utilizado el término «subrogación» para designar la forma en que el asegurador adquiere la

¹⁴⁹ MINERBI, F., «Sulla natura giuridica della surroga assicuratoria», cit., p. 283.

¹⁵⁰ PICARD M./BESSON, A., *Traité Général des Assurances Terrestres en Droit Français*, T.II, cit., p. 692, donde se subraya que la solución comúnmente admitida en las legislaciones de otros países (con expresa referencia a Alemania, Suiza e Italia) ha sido el establecimiento de una subrogación legal a favor del asegurador en los derechos del asegurado contra el tercero responsable.

titularidad del derecho de crédito del asegurado; de esta forma, parece claro que se ha querido adoptar el procedimiento jurídico de la subrogación¹⁵¹. Acerca de la naturaleza de la institución, se observa que el hecho de que las condiciones generales de la subrogación legal no concurren en este caso, es irrelevante para negar la naturaleza subrogatoria de la institución, ya que si dichas condiciones se cumplieran no sería preciso establecer la subrogación del asegurador en un texto especial. Por lo tanto, debido a que la subrogación general no puede aplicarse en beneficio del asegurador, es por lo que el legislador ha creado un nuevo caso de subrogación legal que supone una situación particular, diferente de la situación normal¹⁵².

Precisamente, debido a que de forma generalizada la norma utiliza de forma expresa el término subrogación, diversos autores han hecho meritorios esfuerzos a la hora de calificar de verdadera subrogación la que se establece a favor del asegurador en la mayoría de los textos legales. En este sentido, interesa destacar la opinión expuesta por DONATI, cuando manifiesta que el error de las diferentes tesis que rechazan el calificativo de subrogación, para explicar aquél derecho establecido en beneficio del asegurador, es haber confundido el instituto de la subrogación con su causa¹⁵³. Según este autor, si se considera la subrogación como efecto del pago, en lugar considerar el pago como causa de la subrogación, lo cierto es que el instituto objeto de estudio es una subrogación, es decir, la transferencia de un derecho de crédito de un sujeto, respecto del cual el crédito se extingue, a otro sujeto, por efecto del pago efectuado por éste último al primero. Observa este autor que la unidad de título entre deuda y pago, es sólo uno de los casos posibles, o la forma tradicional del instituto, pero no presupuesto esencial de la subrogación. De forma que la ley

¹⁵¹ PICARD M./BESSON, A., *Traité Général des Assurances Terrestres en Droit Français*, T. II, cit., p. 693.

¹⁵² PICARD M./BESSON, A., *Traité Général des Assurances Terrestres en Droit Français*, T. II, cit., p. 693.

¹⁵³ DONATI, A., *Tratatto del Diritto delle Assicurazione Private*, vol. II, cit., p. 471.

puede establecer expresamente la subrogación en aquellos casos en que, a pesar de la diversidad del título de la deuda, el pago realizado extinga el crédito respecto al acreedor.

Afirma el autor¹⁵⁴ que esto es precisamente lo que ocurre en el ámbito del seguro, en que, si bien es cierto que hay una dualidad de títulos, la ley, por razones de política legislativa, implementa la subrogación como si fuera el mismo título, debido a que ambos provienen de la misma causa, consistente en la eliminación del daño. De esta forma, se opera dentro de los límites previstos, una sustitución jurídica del asegurador en lugar del asegurado frente a las consecuencias económicas del siniestro. Luego, es por motivo de la existencia del contrato de seguro, que se concede la subrogación al asegurador que paga obligado por ese contrato, que cubre el mismo interés de cuya lesión es responsable el tercero y contra el mismo riesgo del que también es responsable ese tercero; es decir, que el título del pago, aun no siendo el deber del tercero, es la forma prescrita por la ley¹⁵⁵.

No obstante, el argumento precedente, a pesar de reconocérsele su acierto en cuanto intenta disociar el concepto de pago del de subrogación, no ha sido generalmente aceptado¹⁵⁶. Así, ANDREOLI¹⁵⁷ señala que la justificación expuesta podría ser válida si el dato normativo fuese la subsunción expresa de la figura de la subrogación del asegurador en la subrogación por pago del Código Civil, en cuyo caso sería razonable pensar que el ordenamiento considera ambos créditos del asegurado como concurrentes entre sí ante una misma finalidad. Pero precisamente, cuando de lo que se trata es de explicar aquella subsunción, la teoría que considera la subrogación del asegurador como

¹⁵⁴ DONATI, A., *Tratatto del Diritto delle Assicurazione Private*, vol. II, cit. p. 471, matiza que se trata de una sustitución jurídica y no de hecho, dado que es el asegurado quien está siempre expuesto al riesgo.

¹⁵⁵ DONATI, A., *Tratatto del Diritto delle Assicurazione Private*, vol. II, cit., p. 472.

¹⁵⁶ Entre otros, RUÍZ SOROA, J.M.³, *La subrogación del asegurador...*, cit., p. 149.

¹⁵⁷ ANDREOLI, G., «Note in tema di surrogazione dell'assicurato», cit., p. 1106.

si se tratara de una unidad de título entre los dos créditos carece de fundamento.

Para SOROA¹⁵⁸ la justificación del establecimiento de una subrogación legal para el asegurador radica esencialmente en la función que cumple la subrogación, en cuanto ésta responde a la realización del interés de recuperar o realizar en vía de regreso el crédito; de ahí que constituya una mayor garantía para el interesado que un mero derecho de repetición. Atendiendo a esta específica función, el citado autor opina que es lícito incluir dentro de la subrogación no sólo los casos típicos de subrogación por pago, sino también todos aquellos supuestos en los que la ley pretenda garantizar el interés de recobro de una persona mediante la delación del crédito del sujeto sometido a tal recobro¹⁵⁹. Por ello, de la misma forma que el asegurador puede repetir de su asegurado la doble indemnización conseguida a través del tercero, ve fortalecida su posición mediante la delación del crédito perteneciente a aquél.

En opinión de este autor el problema radica en la disociación estructural de los supuestos de subrogación, puesto que si bien se admite la unidad funcional de los diversos casos de subrogación, la doctrina los ha disociado en dos grupos estructurales diversos: la subrogación por pago y los demás casos de subingreso legal¹⁶⁰. La diferencia entre ambos reside en que, si en los segundos se defiere el mismo crédito que poseía el primitivo acreedor, en el primero de ellos, el crédito se extingue con el pago. En este caso, lo que permanece es sólo el débito, persistiendo únicamente el lado pasivo de la obligación, de forma que lo que la ley defiere es el «puesto» de acreedor pero no el crédito, que ya se ha extinguido por efecto del pago¹⁶¹. Para el citado autor, esta disociación es inadmisibles desde el punto de vista teórico si se tiene en

¹⁵⁸ RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., pp. 142-143

¹⁵⁹ RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., p. 149.

¹⁶⁰ RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., p. 150

¹⁶¹ RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., p. 150

cuenta el concepto unitario de la obligación, que es incompatible con la idea de que el pago por tercero pueda provocar la extinción del crédito pero no la de la deuda¹⁶².

En consideración con lo expuesto, entiende SOROA que la solución pasaría por aceptar la opinión que niega que el pago realizado por el tercero sea un verdadero pago que comporte el cumplimiento de la obligación y con ello la extinción del crédito, sino que debería ser considerado como un medio de satisfacer el interés material del acreedor sin correlativa realización de la obligación¹⁶³.

Esta opinión es la que expone SANTAGATA¹⁶⁴, quien también parte de la necesidad de revisar la estructura y la naturaleza de la subrogación para dar una noción de la institución comprensiva de todas las hipótesis de subingreso que, teniendo el mismo fundamento, deberían ser construidas unitariamente, confirmando que la subrogación actúa con el subingreso del subrogado en el mismo derecho de crédito del acreedor satisfecho. Por lo tanto, según este autor, la institución se concreta en una modificación subjetiva del derecho de crédito inherente a la relación obligatoria en relación a la cual la subrogación se dispone. La modificación se refiere a la titularidad del crédito y se efectúa con su adquisición por parte del subrogado tras la previa pérdida de parte del acreedor precedente. Presupuesto de este fenómeno es la falta de interés del acreedor originario en la prestación objeto del crédito; sin embargo, el fundamento del fenómeno es la presencia en el subrogado de un interés

¹⁶² RUÍZ SOROA, J. M.^ª, *La subrogación del asegurador...*, cit., p. 151, afirma que jurídicamente obligación está concebida de forma unitaria, de forma que no puede desaparecer o pervivir uno sólo de los extremos, esto es, en el lado pasivo o en el lado activo de la relación obligatoria.

¹⁶³ RUÍZ SOROA, J. M.^ª, *La subrogación del asegurador...*, cit., p. 152.

¹⁶⁴ SANTAGATA, C., «L'automaticità della surrogazione assicuratoria (Appunti per una costruzione unitaria del subingreso nel credito)», en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, T. II, 1961, pp. 1102-1270, p. 1166.

análogo en la prestación debida en virtud de la relación en la que el crédito está adherido.

En efecto, el pago de la indemnización del asegurador no extingue la relación obligatoria originada por efecto de la producción de un daño al asegurado por parte del tercero. El asegurador paga su propia deuda, y no la del tercero, por lo que éste no resulta liberado. En consecuencia, en el lado pasivo de la relación sigue inalterable la posición del tercero por el hecho de que no ha cumplido con su obligación de satisfacer el interés del asegurado en verse resarcido del daño. Por otro lado, en el extremo activo de la relación sigue existiendo un interés en la prestación del tercero. Pero la titularidad de este interés no corresponde al asegurado, puesto que ha sido desinteresado mediante la indemnización del seguro, sino al asegurador, que con ese pago ha asumido aquellas consecuencias dañosas derivadas del siniestro, de manera que el tercero deberá cumplir ante el nuevo acreedor de la prestación, esto es, el asegurador.

En definitiva, entendemos que la responsabilidad civil del tercero persiste a pesar de que el daño ocasionado al asegurador haya sido reparado por el asegurador; tal afirmación viene sustentada sobre dos razonamientos básicos. En primer lugar, el asegurado, aceptando el pago del asegurador hace realidad una actitud previsoras que tuvo lugar mediante la estipulación del contrato de seguro, pero esa aceptación de la indemnización no puede asimilarse en modo alguno a un acto de renuncia al crédito del tercero¹⁶⁵. Por otro lado, la reparación del daño en la persona del asegurado no comporta la eliminación de sus consecuencias, puesto que éstas inciden en una nueva persona: en el asegurador, que las asume mediante el pago de la indemnización. De manera que persiste para el tercero la obligación de

¹⁶⁵ GENOVESE, A., «Il fondamento razionale della surroga dell'assicuratore», cit., p. 17.

reparación frente al asegurador, porque es éste quien adquiere el interés en obtener esa reparación.

Señala SANTAGATA que para verificar la exactitud de la teoría de la transposición del interés debe partirse previamente de la noción de interés a la prestación y su importancia en relación a la titularidad del derecho de crédito¹⁶⁶. En este sentido, cabe observar que el interés material del acreedor es aquel que se dirige directamente sobre un bien, de forma que la relación obligatoria constituye un medio directo para realizar la satisfacción de ese interés material. Por lo tanto, cuando la norma relaciona a un hecho o acto determinado -como fuente de la obligación- la presencia de una obligación, a cargo de un sujeto, de ejecutar un comportamiento idóneo para satisfacer el interés material del acreedor, tal interés material asume en la relación obligatoria una calificación y una protección jurídica particular: interés en la prestación del deudor. Este interés constituye un elemento fisonómico de la relación obligatoria, por lo que debe estar presente no sólo en el momento del nacimiento del vínculo obligatorio, sino igualmente durante toda su duración ya que su contenido también es proporcional al interés que debe cumplir¹⁶⁷.

No obstante, la relación obligatoria puede no ser el único medio para satisfacer el interés material del acreedor. Así, puede suceder que, independientemente de la existencia de una determinada relación obligatoria, el interés material del acreedor resulte satisfecho por un tercero en cumplimiento de otra relación dirigida a satisfacer ese mismo interés. En este caso, falta el interés en la prestación derivada de la relación obligatoria, que, resultando inútil para la realización de su función, se extingue, liberando al deudor de la obligación de la prestación. El fundamento de esta extinción se basa en la

¹⁶⁶ SANTAGATA, C., «L'automaticità della surrogazione assicuratoria (Appunti per una costruzione unitaria del subingresso nel credito)», cit., p. 1166.

¹⁶⁷ SANTAGATA, C., «L'automaticità della surrogazione assicuratoria (Appunti per una costruzione unitaria del subingresso nel credito)», cit., p. 1179.

consideración del interés a la prestación como interés material, de forma que la satisfacción de éste último y su carencia determina la falta de interés en la prestación derivada de la relación obligatoria¹⁶⁸.

Sin embargo, objeta SANTAGATA¹⁶⁹, no puede decirse que la falta de interés deje directamente vacía de contenido la relación, en cuanto instrumento para la satisfacción del interés material, ni que la liberación del deudor dependa directamente de la satisfacción o de la falta de interés del acreedor. Conforme a ello, la carencia de interés sobre un bien o su satisfacción no incide directamente sobre el contenido del vínculo obligatorio ni sobre su existencia, sino, sólo, en la posición del acreedor en el ámbito de la relación y, en particular, en su permanencia en la titularidad del crédito. La demostración de tal afirmación puede extraerse considerando que la norma, en presencia de un hecho idóneo que sirve de fuente de una obligación, tutela la posición sustancial del acreedor, atribuyéndole el derecho de crédito inherente a aquella relación en correspondencia con la presencia y la relevancia jurídica de su interés. Por lo tanto, la presencia de un interés del acreedor es la base para su reconocimiento por la norma como interés a la prestación y de su tutela, atribuyéndole el derecho de crédito.

Así, mientras el cumplimiento realiza el derecho de crédito en cuanto la satisfacción del interés del acreedor es efecto de la actuación del poder jurídico en que se sustancia el crédito, los hechos que determinan la desaparición o la simple satisfacción del interés material, actuando fuera de la relación, no realizan el derecho de crédito, pero influyen en su persistencia en la persona del

¹⁶⁸ V. SANTAGATA, C., «L'automaticità della surrogazione assicuratoria (Appunti per una costruzione unitaria del subingresso nel credito)», cit., p. 1180, donde recoge la posición doctrinal en este sentido.

¹⁶⁹ SANTAGATA, C., «L'automaticità della surrogazione assicuratoria (Appunti per una costruzione unitaria del subingresso nel credito) », cit., p. 1180.

portador originario del interés¹⁷⁰. Es decir, la falta o la satisfacción del interés material determinan la desaparición del interés en la prestación, con la consecuencia de que el derecho de crédito, a pesar de no haberse realizado por incumplimiento del deudor, deja de pertenecer al sujeto al cual le fue atribuido y se extingue, a menos que se considere la necesidad y la oportunidad de utilizar la misma tutela a favor de otro sujeto portador de un interés material análogo¹⁷¹.

Efectivamente, en ciertos casos, el hecho que ha determinado la satisfacción del acreedor originario, produciendo su falta de interés a la prestación procedida de la relación obligatoria, puede haber producido contemporáneamente en un tercero el surgimiento de un interés en esta prestación. En otras palabras, el tercero puede encontrarse en la misma posición substancial en que se encontraba el acreedor originario antes de quedar fuera de la relación. La necesidad de atribuir al tercero la misma tutela que se concedió al acreedor originario determina la oportunidad de utilizar la misma relación que, persistiendo inmutable en su contenido objetivo, continúa vinculando al deudor con la obligación de prestación contra el nuevo titular del interés¹⁷².

Según explica SANTAGATA¹⁷³, el medio técnico para la utilización de la relación preexistente con el objetivo de tutelar el interés del tercero es la subrogación. La base de ésta consiste en un fenómeno de transposición del interés o, mejor dicho, de su transferencia del originario titular de la relación (el subrogante) a un tercero (el subrogado), siendo tal fenómeno un dato constante de la subrogación.

¹⁷⁰ SANTAGATA, C., «L'automaticità della surrogazione assicuratoria (Appunti per una costruzione unitaria del subingresso nel credito)», cit., p. 1181.

¹⁷¹ SANTAGATA, C., «L'automaticità della surrogazione assicuratoria (Appunti per una costruzione unitaria del subingresso nel credito)», cit., p. 1182.

¹⁷² SANTAGATA, C., «L'automaticità della surrogazione assicuratoria (Appunti per una costruzione unitaria del subingresso nel credito)», cit., pp. 1182-1183.

¹⁷³ SANTAGATA, C., «L'automaticità della surrogazione assicuratoria (Appunti per una costruzione unitaria del subingresso nel credito)», cit., pp. 1182-1183.

Esta tesis, que hemos reproducido de forma resumida, ha sido utilizada para explicar la subrogación del asegurador, de la que se observa¹⁷⁴, presenta los presupuestos señalados para la subrogación en general; de ahí que deba descartarse que se trate de una institución *sui generis* sometida a reglas autónomas. Consiguientemente, la atribución del crédito al asegurador manteniéndole en la misma posición crediticia del asegurado frente al tercero, debe fundamentarse en la transposición del interés en la prestación del tercero responsable del siniestro. De forma que, si en cualquier caso, la subrogación tiene la función de adaptar la posición formal con una mutación substancial en la subjetividad de la relación, en la subrogación del asegurador, la modificación de la posición subjetiva resultante del pago de la indemnización del seguro, tiene el efecto de originar la exclusión del asegurado indemnizado de la relación de resarcimiento y de producir el subingreso automático a favor del asegurador en esa misma relación¹⁷⁵.

Por lo tanto, se afirma, la presencia de un interés material de igual naturaleza que aquel que justificaba en el titular originario la operatividad de la relación crediticia a su favor, tiene el efecto de excluir la extinción de la relación obligatoria¹⁷⁶. Así pues, el núcleo de esta tesis radica en la transposición de interés en el lado activo de la relación obligatoria. Lo que posibilita que permanezca inalterable la obligación de resarcimiento a cargo del tercero, pero no ya frente al asegurado satisfecho materialmente por la indemnización del asegurador, sino frente a éste, que, como consecuencia de tal indemnización, ostenta un interés análogo al del asegurado en el resarcimiento patrimonial del daño y por ello deviene titular de su mismo derecho de crédito.

¹⁷⁴ V. SANTAGATA, C., «L'automaticità della surrogazione assicuratoria (Appunti per una costruzione unitaria del subingreso nel credito)», cit., p. 1209.

¹⁷⁵ SANTAGATA, C., «L'automaticità della surrogazione assicuratoria (Appunti per una costruzione unitaria del subingreso nel credito)», cit., p. 1225.

¹⁷⁶ SANTAGATA, C., «L'automaticità della surrogazione assicuratoria (Appunti per una costruzione unitaria del subingreso nel credito)», cit., p. 1185.

Ahora bien, esta tesis ha sido rechazada por GASPERONI ¹⁷⁷ por cuanto no considera satisfactoria ni adecuada la justificación de la naturaleza jurídica de la subrogación del asegurador en el fenómeno de la transposición del interés, dadas las notables diferencias entre los intereses del asegurado y los del asegurador a la hora de reclamar al responsable. La opinión del citado autor al respecto es que su construcción se basa en una concepción «estrecha y limitada» de la restauración del daño, dado que normalmente el asegurador se limita a resarcir el daño emergente, por lo que sólo consigue colmar parcialmente la laguna provocada por el hecho lesivo del tercero. Este autor entiende que la concepción «real» del daño, que hace referencia a la lesión material del bien, ha sido superada por la concepción «patrimonial», que se distingue de la anterior por cuanto se refiere al entero patrimonio del damnificado y a la repercusión que sobre él ha provocado el hecho lesivo. Desde este punto de vista el daño, no consiste únicamente en la pérdida o lesión de un concreto bien patrimonial, sino en la diferencia del estado patrimonial antes y después del siniestro.

Consiguientemente, es posible entender que la obligación de resarcir puede tener un mayor alcance y abarcar no sólo el daño emergente, sino también el lucro cesante, el daño futuro y daños no estrictamente patrimoniales. De forma que la indemnización del asegurador limitada a reparar estrictamente el daño patrimonial derivado del hecho lesivo, deja insatisfecho un cierto porcentaje de interés del asegurado, porque no hay ninguna coherencia entre el derecho del asegurado contra el tercero y el contenido del derecho del asegurado contra el asegurador. De ahí, se opine¹⁷⁸, sea absurdo hablar de transposición de interés del asegurado al asegurador con automática expulsión del primero de la relación como consecuencia de su falta de interés y de liberación del tercero responsable de la obligación de resarcir el daño frente al asegurado indemnizado.

¹⁷⁷ GASPERONI, N., *Assicurazioni Private*, cit., p. 401.

¹⁷⁸ GASPERONI, N., *Assicurazioni Private*, cit., pp. 401-402.

Así, en opinión de GASPERONI¹⁷⁹, con la tesis de la transposición del interés se llega a la absurda situación de que el asegurado indemnizado por el asegurador, habiendo perdido la titularidad del derecho, y por lo tanto, la legitimación para accionar contra el tercero, no podrá conseguir la plena reparación del daño. Añadiendo que si a ello se le suma que el asegurador puede no ejercer el derecho del que es titular, liberando así al tercero de su responsabilidad patrimonial, se creará una situación contraria a los intereses de quien se asegura y un indebido enriquecimiento del tercero.

Por nuestra parte, debemos manifestar nuestra disconformidad con la opinión mostrada por este autor para descartar la teoría de la transposición de interés que permite explicar la subrogación en el seguro. Debemos tener presente que la subrogación del asegurador sólo se produce en la parte en que indemniza al asegurado, de forma que este último sigue siendo titular de un derecho de crédito frente al tercero responsable en aquella parte del daño no cubierta por la indemnización del seguro¹⁸⁰. En efecto, la subrogación parcial es posible y, en este caso, se producirá la concurrencia de ambos acreedores frente al deudor: el subrogado, por la parte del crédito pagada y el acreedor parcialmente pagado, por la parte restante de su crédito¹⁸¹. Por otro lado, la posibilidad de que el asegurador subrogado no ejercite el derecho de crédito obtenido por subrogación frente al tercero, con el resultado de que este último quede liberado de su responsabilidad patrimonial, también puede ocurrir en el caso de admitirse, como sostiene GASPERONI¹⁸², que la figura objeto de estudio hace referencia a una cesión legal de créditos. En lo que respecta a la cesión legal el asegurador sucede por voluntad de la ley, sin ninguna manifestación de

¹⁷⁹ GASPERONI, N., *Assicurazioni Private*, cit., p. 403

¹⁸⁰ El art. 43 LCS establece claramente la subrogación del asegurador «hasta el límite de la indemnización». Del mismo modo lo hacen el art. L121-12 del Código de seguros francés y el art. 1916 del Código civil italiano.

¹⁸¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, cit., p. 1003.

¹⁸² GASPERONI, N., *Assicurazioni Private*, cit., pp. 403 y ss.

voluntad de las partes, al asegurado en el crédito frente al tercero dentro del límite de la indemnización. Pero, ni en este caso, como tampoco en la subrogación, el derecho que la ley establece en beneficio del asegurador es de obligado ejercicio para este último, de forma que le es posible renunciar a su actuación frente al responsable del siniestro.

La conclusión de que la figura objeto de estudio deba ser calificada de verdadera subrogación, en la que se opera una modificación subjetiva en el lado activo de la obligación, empero el asegurador pague su propia deuda y no la del tercero, podría extraerse del propio Código Civil. En efecto, el art. 1203.3 CC determina que las obligaciones pueden modificarse «subrogando a un tercero en los derechos del acreedor», lo que ha llevado a suponer a algún autor que en dicho precepto se establece con carácter general la figura de la subrogación en el derecho de crédito¹⁸³. No obstante, se señala que, a pesar de su inclusión en la sección dedicada a la novación en las obligaciones, no se trata de una auténtica novación de la obligación en el sentido propio de novación extintiva¹⁸⁴, sino de una «novación impropia o simplemente modificativa, equivalente a la transmisión pura y simple de una obligación en su aspecto activo»¹⁸⁵.

Siguiendo esta línea interpretativa del art. 1203.3 CC se subraya, en primer lugar, que en el concepto legal de subrogación que en él se ofrece no se encuentra ninguna referencia al pago, considerando en este sentido que el legislador destaca la importancia de la figura en su aspecto transmisivo, en lugar de hacerlo en su causa histórica más frecuente consistente en el pago de la deuda. En consecuencia, de admitirse que el apartado tercero del citado artículo

¹⁸³ RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., p. 145. En este mismo sentido, DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., «Legitimación del asegurador subrogado convencionalmente frente al responsable del siniestro», en *Rev. Der. Circ.*, 1967, pp. 597-602, p. 600 manifiesta que «la subrogación del asegurador se encuadra en la figura legal de la novación de la obligación por cambio de acreedor».

¹⁸⁴ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, cit., p. 992.

¹⁸⁵ RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., p. 145.

contiene un concepto legal de subrogación con carácter general, permitiría establecer la independencia entre la subrogación por pago y la subrogación en general, en el sentido de que la primera sería sólo un caso particular de la segunda¹⁸⁶. En segundo lugar, atendiendo a su carácter legal o convencional, se puntualiza que los artículos 1209 y siguientes del Código Civil tratan sólo de la subrogación convencional, distinguiendo en este caso entre la subrogación expresamente pactada y la legalmente presunta¹⁸⁷. Al respecto se mantiene que los casos referidos en el art. 1210 CC lo son de presunción de subrogación convencional y no supuestos de subrogación legal, quedando reservada esta categoría a diferentes supuestos regulados en el Código Civil y en el Código de Comercio¹⁸⁸.

Atendiendo a estas observaciones se indica¹⁸⁹ que, si bien los supuestos que enumeran en el art. 1210 CC son de subrogación convencional, en los que se presupone la unidad de título entre el crédito que se satisface y el que se

¹⁸⁶ RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., p. 145.

¹⁸⁷ El tenor del art. 1209 CC es el siguiente: «La subrogación de un tercero en los derechos del acreedor no puede presumirse fuera de los casos expresamente mencionados en este Código. En los demás será preciso establecerla con claridad para que produzca efecto».

¹⁸⁸ RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., p. 146; en este mismo sentido DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, cit., p. 998, niega la consideración de subrogación legal a los supuestos regulados en el art. 1210 CC, manifestando al respecto que en dicho precepto se contemplan verdaderas presunciones *iuris tantum* de subrogación convencional que no deben ser confundidas con los supuestos de subrogación legal. En consecuencia, explica, la ley no opera la subrogación automáticamente, sino que se limita a establecer unas presunciones respecto a la existencia del convenio de subrogación que operan una inversión de la carga de la prueba, de suerte que habrá de ser quien niegue la existencia de la subrogación quien tenga que probar la falta del convenio y de la voluntad de las partes en este sentido. Por el contrario, SANCHO REBULLIDA, F. DE A., «Comentario Art. 1210 CC», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., et al., (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, T II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 312- 314, pp. 312-313, opina que el art. 2010 CC regula una subrogación legal, de forma que no presume una voluntad subrogatoria del *solvens* cuando se encuentra en alguna de las circunstancias previstas en dicho artículo, sino que tal voluntad se presume en todo caso *iuris et de iure*, de forma que el acreedor no puede evitar la subrogación impuesta por la ley. En este mismo sentido, LACRUZ BERDEJO, J. L., et al., *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, vol. I, 4.^a ed., Dykinson, Madrid, 2007, pp. 223-225. Del mismo modo, ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, 14.^a ed., Edisofer, Madrid, 2011, p. 349, entiende que el artículo 1210 CC hace referencia supuestos genéricos de subrogación legal.

¹⁸⁹ RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., p. 146.

subroga, existen otros preceptos en los que la subrogación se produce automáticamente por voluntad de la ley. De ahí, se afirma, cabe concluir que los supuestos de subrogación legal entronquen directamente con el concepto legal de subrogación contenido en el art. 1203.3 CC, sin necesidad de vincularlos con los casos de subrogación convencional por pago. Sin embargo, interesa apuntar que por parte de la doctrina civilista se aportan serias dudas a la opinión de que el art. 1203.3 CC contenga un concepto general de subrogación. Al respecto, observa DÍEZ PICAZO¹⁹⁰ que es posible pensar que el citado precepto acoge un cambio de acreedor como resultado de una delegación activa o delegación del crédito.

A nuestro entender, en la figura de la subrogación en el seguro estaríamos ante un caso de subrogación legal establecida de forma taxativa, de modo que el crédito del asegurado se transfiere al asegurador al cumplirse los presupuestos señalados en el art. 43 LCS, es decir, cuando éste último indemniza al asegurado por motivo de un siniestro del cual se deriva la responsabilidad del tercero. En efecto, el propio Código Civil regula, fuera de los casos de presunción contenidos en el art. 1210 CC, otros concretos en los que de forma específica establece la subrogación del tercero. Entre estos supuestos de subrogación legal se señalan el art. 1186 CC, cuando por la pérdida de la cosa debida se atribuyen al acreedor las acciones del deudor contra terceros por razón de dicha pérdida¹⁹¹; el art. 1839 CC, cuando el fiador paga la deuda fiada; o el art. 1145 CC, cuando el deudor solidario que ha efectuado el pago reclama a sus codeudores¹⁹².

¹⁹⁰ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, cit., p. 992.

¹⁹¹ V. SANCHO REBULLIDA, F., «Comentario Art. 1210», en *Comentario del Código Civil*, T II, cit., pp. 263-264; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, T II, vol. I, p. 224, donde al mismo tiempo se señala el carácter dudoso y peculiar del este precepto en cuanto a supuesto de subrogación. Cfr. con ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, cit., p. 351, quien sitúa este caso entre los supuestos de cesión de créditos.

¹⁹² ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, cit., p. 349.

Por lo tanto, fuera de los casos típicos de presunción de subrogación por pago, el propio Código Civil establece directamente la subrogación en determinados supuestos atendiendo a la satisfacción de los intereses en ellos contemplados. Precisamente, el elemento que subyace en todos los supuestos de subrogación señalados es la presencia de un interés en el subrogado para exigir la prestación del deudor, y de forma correlativa, la pérdida de interés del acreedor subrogante en aquella prestación¹⁹³.

En el caso que estamos estudiando, mediante el pago de la indemnización como consecuencia de la producción del siniestro, se consigue el desinterés del asegurado para reclamar al tercero responsable, y el surgimiento de un análogo interés del asegurador en la prestación debida por ese responsable. Por ello, es acertado pensar que, en el ámbito del seguro, el art. 43 LCS regula a favor del asegurador un supuesto de subrogación legal en el crédito del asegurado, permitiendo reclamar al responsable del siniestro el importe de la indemnización satisfecha en las mismas condiciones en que podía hacerlo este último. Efectivamente, cuando el objeto de la norma es transferir al asegurador la titularidad del mismo derecho de crédito del asegurado frente al tercero, el medio que responde mejor a dicha finalidad es la subrogación. De esta forma, mediante el establecimiento de una subrogación legal a favor del asegurador se posibilita la subsistencia de la relación y la entrada de éste último como nuevo acreedor frente al tercero responsable, ocupando el lugar del asegurado ya satisfecho por la indemnización del seguro. En consecuencia, se le transfiere el crédito, con todos los derechos a él anexos¹⁹⁴, limitado a la cantidad efectivamente abonada mediante aquella indemnización.

¹⁹³ En este sentido RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., p. 153, manifiesta que «la traslación legal del crédito no hace sino adecuar el dato formal de su titularidad al substancial del interés en su realización. Este fenómeno es dato común de todos los supuestos de subrogación esparcidos en nuestro Derecho Positivo, y de ahí su esencial unidad».

¹⁹⁴ V. art. 1212 CC.

Así pues, es la figura de la subrogación la que ha sido adoptada por el legislador para satisfacer el interés del asegurador en reclamar al tercero responsable del siniestro y a la que debemos referirnos para determinar el alcance y los efectos del art. 43 LCS. En efecto, esta institución es la que mejor se adecua a la finalidad perseguida por el legislador cuando establece legalmente la subrogación del asegurador en los derechos del asegurado: favorecer el ejercicio de la actividad aseguradora teniendo en cuenta su repercusión positiva en beneficio de la comunidad de asegurados. De ahí que la institución, operando el cambio de titularidad del derecho de crédito frente al tercero, esto es, desposeyendo al asegurado de tal derecho para atribuirlo al asegurador, no persigue un mero fin lucrativo en beneficio de este último, sino la forma de recuperar de manos de los responsables de los siniestros el desembolso efectuado a sus asegurados, reforzando así su solvencia ante la masa de asegurados.

Consecuentemente, la subrogación del asegurador no está regida por el carácter especulativo propio de la cesión de créditos, de forma que la atribución de los derechos del asegurado para reclamar al responsable del siniestro no cumple la función de proteger el interés económico en la circulación del crédito. Por el contrario, con la institución de la subrogación se protege el interés del asegurador en recuperar en vía de regreso la indemnización abonada al asegurado. Tal interés surge en el asegurador por efecto de aquel pago, puesto que es en este acto cuando asume, en lugar del asegurado, las consecuencias dañosas del siniestro¹⁹⁵. Es debido a ello, por lo que resulta especialmente protegido por el legislador cuando se le atribuye el crédito que tenía el asegurado, pudiendo ejercerlo en toda su integridad y con todas las garantías

¹⁹⁵ RUÍZ SOROA, J. M.^a, «Fundamentos de la subrogación legal del asegurador», en *ADM*, vol. II, 1984, pp. 45-91, p. 89, señala el asegurador sufre un perjuicio, aunque de carácter indirecto, al verificarse el siniestro; de ahí la no justificación de un derecho propio a su resarcimiento, pero sí la prestación de «una tutela indirecta: la delación a favor de su titular del crédito que ostenta el directamente perjudicado».

que le acompañan. Por otro lado, la ausencia de aquella finalidad especulativa que caracteriza a la cesión de créditos se manifiesta en el hecho de que el asegurador no podrá reclamar al tercero más de lo que él mismo ha pagado al asegurado en virtud del contrato de seguro. Así, a pesar de que la prestación debida por el responsable sea superior al importe de la indemnización, este importe actúa como límite para el ejercicio de la acción de reclamación del asegurador.

CAPÍTULO SEGUNDO

LOS PRESUPUESTOS LEGALES DE LA SUBROGACIÓN EN EL ÁMBITO DEL SEGURO DE TRANSPORTE TERRESTRE DE MERCANCÍAS

I.- INTRODUCCIÓN

El artículo 43 de la LCS reconoce, de forma general, en los denominados seguros de daños, el derecho del asegurador a recuperar la indemnización satisfecha a su asegurado, posibilitando su subrogación en los derechos y acciones de éste frente al tercero responsable del siniestro. Mediante el contrato de seguro, el asegurado queda protegido de los daños producidos por un siniestro derivado de una situación de fuerza mayor, o debido a un caso fortuito, o atribuible a un tercero. Cuando la causa del siniestro sea imputable a un tercero, la existencia de un seguro que cubra aquella eventualidad no significa que este tercero se vea liberado de su responsabilidad; al contrario, su responsabilidad subsiste, pero frente al asegurador que indemnizó al asegurado.

La subrogación posibilita al asegurador, una vez que ha cumplido con su obligación contractual de indemnizar al asegurado, resarcirse reclamando dicha cantidad al tercero responsable del siniestro. Es decir, una vez reparado el daño sufrido por el asegurado, la exigencia de responsabilidad a este tercero se traslada del asegurado al asegurador. De esta forma, entiende un amplio sector de la doctrina¹⁹⁶, mediante el cambio del acreedor, se cumple con el principio

¹⁹⁶ V. entre otros, RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., p. 24; IGLESIAS PRADA, J. L., «La subrogación del asegurador en el seguro marítimo», cit., p. 20; GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., pp. 197-198; GÓMEZ CALERO, J., «Los derechos de reintegro del asegurador en la Ley de Contrato de Seguro», en *Comentarios a la Ley de contrato de seguro*, cit., p. 745; SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 950; VIVANTE, C., *Il Contratto di Assicurazione. Le Assicurazioni Terrestri*, vol. I, cit., p. 436; DONATI, A.,

indemnizatorio, que impide que el asegurado se enriquezca indebidamente por la existencia de un contrato de seguro ejercitando simultáneamente su derecho de crédito frente a su asegurador y frente al tercero causante del daño. La *ratio legis* del principio de la subrogación del asegurador en los derechos del asegurado contra el tercero causante del daño «consiste en mantener vivo el derecho de resarcimiento frente al tercero, pero atribuirlo no al asegurado –que ya fue reparado del daño sufrido- sino al asegurador que lo reparó»¹⁹⁷.

El citado art. 43 LCS establece dos presupuestos básicos para que opere la subrogación. El primero de ellos es que el asegurador haya pagado al asegurado la indemnización prevista en el contrato de seguro. El segundo presupuesto es que exista un crédito de resarcimiento a favor del asegurado frente al tercero como consecuencia del mismo siniestro que motivó la indemnización¹⁹⁸. Junto a estos dos requisitos, un amplio sector de la doctrina añade un tercer requisito de carácter subjetivo para que opere la subrogación: el que el asegurador manifieste su voluntad de subrogarse¹⁹⁹.

De conformidad con lo antedicho, el primer presupuesto para que nazca la subrogación es que el asegurador, en virtud de un contrato de seguro, pague a su asegurado la indemnización pactada para el caso de producirse un daño cubierto por dicho contrato²⁰⁰. Este primer presupuesto implica, no sólo que el

Trattato del Diritto delle Assicurazione Private, vol II, cit., pp. 465-466; FERRARINI, S., *Le Assicurazioni Marittime*, cit., p. 445; PICARD, M./BESSON, A., *Les Assurances Terrestres en Droit Français. (Le contrat d'assurance)*, cit., p. 500.

¹⁹⁷ GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 198.

¹⁹⁸ RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., p. 215; GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., pp. 199-200; DEL CAÑO ESCUDERO, F., *Derecho español de seguros. Parte general*, T. I, cit., p. 536;

¹⁹⁹ GÓRRIZ LÓPEZ, C., *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías (Carretera, ferrocarril, marítimo, aéreo y multimodal)*, Real Colegio De España, Bolonia, 2001, p. 201; TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., pp. 186-187; SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 955.

²⁰⁰ El previo pago de la indemnización por parte de la entidad aseguradora, es un requisito «sine qua non» para que proceda la subrogación. Dicho requisito ha quedado reiteradamente establecido por la doctrina del TS, como presupuesto imprescindible, para determinar la eficacia

pago sea debido a la existencia de un contrato de seguro válido, sino que el asegurador realice la prestación como consecuencia de la producción de un daño que se halla dentro de la cobertura contractual²⁰¹. La consecuencia de que el pago de la indemnización deba derivarse de un contrato de seguro válido y eficaz, es que el tercero responsable puede oponer al asegurador tanto la inexistencia del contrato, como la nulidad del mismo. No obstante, el tercero responsable de los daños no puede interferir en el modo en que las partes han interpretado y ejecutado el contrato²⁰².

El segundo presupuesto que exige la norma para que se produzca la subrogación es la existencia de un crédito del asegurado contra un tercero, que nace cuando este tercero deviene responsable del daño sufrido por el asegurado y por el cual éste último recibe la indemnización del asegurador. Con la producción del daño, surge a favor del perjudicado una acción de responsabilidad contra el causante del siniestro que motivó aquel daño. Dicha

de la subrogación. Ver a modo de ejemplo la STS (Sala de lo Civil), de 7 de mayo de 1993, Ponente Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, F.J. 3.º (RJ 1993/3448), en la que, habiéndose reconocido el derecho de subrogación de la entidad aseguradora para el cobro de los gastos de hospitalización de su asegurado, se determina la improcedencia de la aplicación del art. 43 LCS porque la entidad aseguradora no había pagado la correspondiente indemnización. Sobre esta cuestión el Tribunal manifestó que «ya que, ha quedado plenamente acreditado, a través de la prueba documental, que por «Asisa», no se ha abonado la cantidad a que se condena dicha sentencia, siendo al efecto paradigmático el certificado expedido por el Servicio Vasco de Salud, por lo cual, se podría decir, que dicha entidad carece de legitimación «ad causam» al no acaecer el presupuesto fundamental sobre el que puede constituirse luego el derecho de subrogación». Subrayando que «éste es un requisito «sine qua non», tras el cual podrá ejercitarse el derecho de subrogación correspondiente».

²⁰¹ Así, la STS (Sala de lo Civil), de 30 de marzo de 1985, Ponente Antonio Sánchez Jáuregui, F.J. 6.º (RJ 1985/1258), que determina la inexistencia de la subrogación debido a que la sustracción de las mercancías aseguradas durante su estancia en los muelles del puerto, se produjo fuera del plazo de vigencia del seguro establecido en la póliza correspondiente, señalando al respecto que «la «subrogación legal» que se opera a favor del asegurador, lo es con exclusivo fundamento en que el pago por el mismo efectuado a su asegurado lo haya sido durante la vigencia del plazo por el que el riesgo era amparado, y precisamente por la circunstancia de que ha de sufrir un tercero las consecuencias de un contrato en el que no fue parte, si tal contrato ha quedado inoperante al efecto de originar derechos y obligaciones entre los que lo suscribieron, mal puede predicarse que se deriven para dicho tercero obligaciones que carecían de virtualidad para los que lo autorizan».

²⁰² BATALLER GRAU, J./ LATORRE CHINER, N./ OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Derecho de los seguros privados*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 233.

responsabilidad puede ser de origen contractual o extracontractual, siendo decisivo que de aquélla se desprenda una obligación de resarcimiento al asegurado damnificado²⁰³. Así, para la eficacia de la subrogación, el asegurador debe acreditar la existencia de una deuda de responsabilidad del causante del daño frente al asegurado²⁰⁴.

La subrogación actúa bajo el principio de la identidad del crédito, de forma que el crédito que adquiere el asegurador es idéntico al que tenía el asegurado frente al tercero, tal como señala SÁNCHEZ CALERO al manifestar que «es interesante hacer notar la necesidad de que exista una identidad objetiva entre la indemnización abonada por el asegurador y el resarcimiento que adeuda el tercero responsable»²⁰⁵. Una vez que el asegurador, por motivo del contrato de seguro, ha pagado la indemnización dirigida a reparar el daño sufrido por su asegurado, la acción en la que se subroga para reclamar dicha cantidad es la misma que tenía el asegurado para obtener del tercero responsable el resarcimiento de ese mismo daño²⁰⁶.

²⁰³ En este sentido, v. GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 200; BATALLER GRAU, J./LATORRE CHINER, N./OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Derecho de los seguros privados*, cit., p. 233; SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 958.

²⁰⁴ Así, v. la STS (Sala de lo Civil), de 29 de diciembre de 1993, Ponente Jesús Marina Martínez-Pardo, F.J. 1.º (RJ 1993/10159), en la que se determina la improcedencia de la acción subrogatoria ante la inexistencia de responsabilidad de la comunidad de propietarios demandada. Sobre este punto se manifiesta que «La acción ejercitada por la compañía de seguros al amparo del art. 43 de la Ley del Seguro de repetición de lo pagado a su asegurado no le releva la carga de probar la concurrencia de los elementos constitutivos de la acción de responsabilidad extracontractual».

²⁰⁵ SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 958.

²⁰⁶ Así, v. la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 7 de marzo de 2007, Ponente José Ramón Ferrándiz Gabriel, F.J. 4.º, (RJ 2007/1825), que determina la improcedencia de la acción subrogatoria de la aseguradora tras el pago de la indemnización al asegurado vendedor en una venta CIF, haciendo extensiva la falta de acción del asegurado a la aseguradora demandante, precisando que el pago al asegurado no le legitima para reclamar una indemnización que no correspondía a aquél reclamar. Al respecto declara «si el indemnizado no tenía acción contra el causante del daño, por haberle atribuido ex *voluntate* (mediante la cláusula CIF) al comprador la condición de perjudicado, el pago de la indemnización por la aseguradora no bastará para impedir que el demandado como responsable del daño niegue estar obligado a repararlo frente al que acciona subrogado en la posición de quien, como el vendedor no consta que haya sufrido perjuicio directo como consecuencia de la desaparición de la cosa». En la misma línea

A estos dos requisitos señalados, algunos autores²⁰⁷ mantienen que hay que añadir un tercero de carácter subjetivo, que consiste en la manifestación de la voluntad del asegurador de que se produzca la subrogación. En este sentido, se considera que el derecho de reembolso que reconoce la LCS a favor del asegurador no opera de forma automática una vez que ha pagado la indemnización a su asegurado, sino que depende de la voluntad de aquél en su adquisición. En cierta medida, el carácter potestativo de la subrogación se ha deducido de la redacción del artículo 43 LCS. Así, cuando dice que el asegurador «podrá ejercitar» los derechos y acciones de su asegurado, se interpreta que la norma reconoce un derecho potestativo del asegurador que requerirá, para hacer efectiva la subrogación, la manifestación expresa de hacer suyos los derechos y acciones que correspondiesen al asegurado. Por el contrario, otros autores²⁰⁸, a cuyo criterio nos sumamos, consideran que la subrogación opera de forma automática en el momento del pago de la indemnización del asegurador a su asegurado.

El hecho de afirmar que la subrogación no opera de forma automática, sino que se hace necesaria la declaración de voluntad del asegurador de querer que ésta se produzca, exige precisar la forma en que se debe llevar a cabo esa manifestación de voluntad. Sobre este punto, hay autores que sostienen que la subrogación opera cuando la citada manifestación se dirige al asegurado,

argumental v., entre otras, la STS (Sala de lo Civil), de 2 de junio de 1984, Ponente Antonio Sánchez Jáuregui, F.J. 4.º (RJ 1984/3209); STS (Sala de lo Civil), de 20 de noviembre de 1991, Ponente Teófilo Ortega Torres, F.J. 3.º (RJ 1991/7974) y STS (Sala de lo Civil), de 31 de marzo de 1997, Ponente José Almagro Nosete, F.J. 6.º (RJ 1997/2481).

²⁰⁷ En este sentido v. IGLESIAS PRADA, J. L., «La subrogación del asegurador en el seguro marítimo», cit., p. 25; TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., pp. 131 - 141; BATALLER GRAU, J./ LATORRE CHINER, N./ OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Derecho de los seguros privados*, cit., p. 233; SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., pp. 961-962.

²⁰⁸ GARRIGUES J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., pp.199-200; HERNÁNDEZ MARTÍ, J., «Comentario Art. 43 LCS», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, cit., p. 541; CALZADA CONDE, M.ª A., «La subrogación del asegurador y la protección de los intereses de los asegurados», cit., pp. 1421-1425.

matizando que no será preciso, aunque sí conveniente, que se comunique al tercero la subrogación para destruir la apariencia de titularidad del asegurado²⁰⁹. Al contrario, otros autores interpretan que la subrogación se produce cuando la comunicación de la voluntad de subrogarse del asegurador se dirige al tercero responsable del siniestro²¹⁰.

La cuestión del carácter automático o voluntario de la subrogación que la LCS establece en beneficio del asegurador será abordada con mayor amplitud en el siguiente capítulo²¹¹. Por ello, dejamos aquí sólo apuntado que nuestra opinión es que la subrogación del asegurador se produce automáticamente con el pago de la indemnización al asegurado. En efecto, la indemnización restauradora del seguro consigue dos efectos sucesivos. En primer lugar, provoca el desinterés del asegurado y, con ello, su correlativa pérdida de legitimación para reclamar por ese mismo daño al responsable. En segundo lugar, transfiere el interés en el crédito contra el tercero al asegurador. En consecuencia, la transferencia de la titularidad en el crédito se produce por el mero hecho del pago del asegurador, que en este acto asume las consecuencias del siniestro, sin que sea preciso que manifieste ninguna declaración de voluntad para que se produzca ese efecto.

II.- LA OBLIGACIÓN DEL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN AL ASEGURADO

1. – EL ORIGEN DE LA OBLIGACIÓN DEL PAGO DEL ASEGURADOR. LA EXISTENCIA DEL CONTRATO

²⁰⁹ En este sentido, TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., p. 86, en nota a pie de p. nº 5, indica que la declaración de voluntad de subrogarse debe ir dirigida al asegurado, no al tercero responsable del siniestro; así mismo BATALLER GRAU, J./LATORRE CHINER, N./OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Derecho de los seguros privados*, cit., p. 233.

²¹⁰ SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 774.

²¹¹ Ver *infra*, Capítulo tercero.

La legitimación del asegurador para reclamar al tercero responsable se basa en dos requisitos esenciales: la existencia de un contrato de seguro válido que cubra el daño sufrido por el asegurado y el efectivo pago de la indemnización al asegurado, que es el titular del derecho de crédito frente al responsable del daño que ha desencadenado la prestación indemnizatoria²¹².

El asegurador que pretende reclamar al tercero el importe de la indemnización debe probar, además del pago, el contrato de seguro que lo motivó. En efecto, el derecho del asegurador nace con el abono de la indemnización al asegurado damnificado por un siniestro del que es responsable un tercero y que se haya previsto en el contrato de seguro. De esta forma, para que surja tal derecho, la indemnización que el asegurador paga al asegurado debe estar justificada por la existencia de un contrato de seguro válido que determine la obligación del pago²¹³.

Así, el derecho del asegurador para reclamar al tercero responsable nace por el hecho del pago²¹⁴. Ahora bien, si no existe un contrato de seguro válido, el asegurador, aun cuando haya abonado al asegurado la indemnización

²¹² Como señala DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazione Private*, vol. II, cit., p. 472, el derecho de subrogación no se concede a cualquiera que pague el daño del que es responsable un tercero, sino al asegurador, que efectúa ese pago debido a la existencia de un contrato de seguro que cubre el mismo interés que ha sido lesionado por el tercero y contra el mismo riesgo cuya realización es debida a ese tercero. En este mismo sentido LA TORRE, A., «Il punto sulla surrogazione dell'assicuratore», cit., p. 605, manifiesta que el tercero tiene la facultad de verificar la existencia de los presupuestos legales de la subrogación. Así, para verificar la cualidad del asegurador podrá exigir la prueba de que el contrato de seguro se ha estipulado a favor del damnificado y que éste, y no otro, es el titular del derecho a la indemnización. Del mismo modo, podrá eventualmente oponer la inexistencia o la resolución del contrato.

²¹³ V. por todos DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Seguro de transporte: libertad de pactos. Subrogación del asegurador. Doctrina de los actos propios: interpretación del contrato», en *Rev. Der. Circ.*, 1969, pp. 260-266, p. 265; RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., p. 217; GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 199; HERNÁNDEZ MARTÍ, J., «Comentario Art. 43 LCS», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, cit., p. 541; SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 955; DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazione Priavate*, vol. II, cit., p. 472; PICARD, M./BESSON, A., *Les Assurances Terrestres en Droit Français (Le contrat d'assurance)*, cit. p. 505.

²¹⁴ DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Legitimación del asegurador subrogado convencionalmente frente al responsable del siniestro», cit., p.601.

destinada a reparar el daño que le ha ocasionado el tercero, éste podrá oponer a la reclamación que el pago fue indebido²¹⁵.

Consecuentemente, el derecho a subrogarse del asegurador debe fundamentarse en un contrato de seguro plenamente válido, es decir, que no esté afectado de ninguna causa que pueda producir su nulidad²¹⁶. Una de las causas que pueden determinar específicamente la nulidad del contrato de seguro de daños radica en la inexistencia del interés²¹⁷. Justamente, el art. 25 LCS determina la nulidad del contrato ante la inexistencia de un interés del asegurado a la indemnización del daño. La consecuencia de la nulidad deriva del hecho de que el interés es el objeto del contrato de seguro²¹⁸, y de conformidad con el art. 1261 CC, el objeto constituye uno de los requisitos esenciales para la validez de los contratos. Por consiguiente, el tercero podrá oponer al asegurador que pretende hacer efectiva la subrogación, la nulidad del contrato sobre la base de que se ha indemnizado a una persona que carecía del interés necesario, en virtud de ese determinado contrato, para percibir la

²¹⁵ Sobre la validez del contrato, v. SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., pp. 955-956.

²¹⁶ FERRARINI S., «Prova degli estremi della surroga assicuratoria ed eccezioni opponibili dal terzo all'assicuratore», en *Assicurazioni*, II, 1954, pp. 82-88, p. 85, indica que si el contrato fuera inexistente el tercero podrá invocar esa inexistencia y por ello la falta de uno de los presupuestos de la subrogación. En este mismo sentido, SCALFI, G., *I Contratti di Assicurazione. L'Assicurazione Danni*, cit., p. 250.

²¹⁷ Así, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 4.^a), de 21 de junio de 2002, Ponente José Ignacio Álvarez Sánchez, F.J. 2.^o (AC 2002/1281) en la que, en referencia a un contrato de seguro de automóvil, con cobertura relativa a los daños propios, se desestima la legitimación del tomador del seguro para exigir la indemnización del asegurador, puesto que el tomador del seguro no era propietario del vehículo ni consta que tuviera un legítimo interés para asegurarlo. Al respecto se manifiesta que «Tiene declarado el Tribunal Supremo que el interés en la reparación del daño constituye el presupuesto legitimador para reclamar la reparación debida y que la indemnización no puede ser superior al daño producido al asegurado. En consecuencia si el tomador del seguro no era propietario del vehículo ni consta que tuviera alguna relación posesoria con el mismo que justificara su interés en asegurarlo, ha de concluirse que lleva razón el juzgador de instancia cuando concluye que esa falta de interés le impide reclamar indemnización alguna al haber contratado por cuenta propia, sin perjuicio de los efectos derivados de esa nulidad que le permitirá reclamar la prima abonada por esa concreta cobertura».

²¹⁸ TRAVIESAS, M. M., *Sobre contrato de seguro terrestre*, cit., p. 37.

indemnización. Del mismo modo, y de conformidad con el art. 4 LCS, la nulidad podría venir referida a la inexistencia del riesgo al que se pretendía dar cobertura cuando se concluyó el contrato, o a que el siniestro ya había ocurrido en el momento de su conclusión. En efecto, de la identificación del riesgo con la causa del contrato de seguro²¹⁹, se deriva que su ausencia comporte la nulidad del contrato, tal como disponen los arts. 1261 y 1275 CC.

El interés del tercero en oponer al asegurador la nulidad del contrato resulta del todo evidente, cuando, como consecuencia de la anulación, podría verse obligado a realizar un segundo pago, esta vez, en manos del asegurado. Tengamos presente que, por motivo de la nulidad del contrato, el asegurador, en el caso de que hubiera pagado la indemnización, tendrá derecho, en virtud del pago de lo indebido, de repetir contra el asegurado la suma abonada²²⁰. En tal caso, si el tercero hubiera accedido inicialmente a la demanda del asegurador, podría ver empeorada su situación ante la posibilidad de que el asegurado, desposeído de la indemnización del seguro, y, manteniendo la titularidad del crédito, se dirigiera contra él para reclamar su deuda de responsabilidad²²¹.

²¹⁹ EMBID IRUJO, J. M., «Comentario Art. 1 LCS», en BOQUERA MATARREDONA, J.; BATALER GRAU, J.; OLAVARRÍA IGLESIA, J., (Coords.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 49-60, p. 53; SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 4 LCS», en SÁNCHEZ CALERO, F.(Dir.), *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 148-164, p. 155.

²²⁰ DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Seguro de transporte: libertad de pactos. Subrogación del asegurador. Doctrina de los actos propios: interpretación del contrato», cit., p. 265 señala que el supuesto de nulidad del contrato, el asegurador que hubiera pagado la indemnización no se subrogaría en los derechos del asegurado frente al responsable de los daños. En tal caso, el asegurador «no tendría más derecho que el de repetir del asegurado la indemnización pagada a éste, en virtud del pago de lo indebido. Es decir se aplicarían las normas de la nulidad de los contratos y no las normas que deciden la subrogación del asegurador»

²²¹ RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador..*, cit., p. 220, señala que en el supuesto de la nulidad del contrato, y por ello, la ineficacia de la novación en la posición del acreedor, el asegurado seguiría siendo el titular del crédito de resarcimiento frente al tercero. De ahí el deber del responsable, conocedor de la nulidad, de rehusar el pago a quien no es legítimo titular, puesto que si pagara a éste podría verse compelido a un segundo pago a favor del verdadero acreedor.

Por otro lado, el asegurador deberá probar no sólo la validez, sino también la existencia del contrato, es decir, que el siniestro que motivó el pago de la indemnización se produjo dentro de la vigencia material del contrato de seguro²²². No obstante, SÁNCHEZ CALERO matiza esta afirmación indicando que tanto la doctrina como la jurisprudencia han atenuado este planteamiento, puesto que de otro modo se estaría permitiendo al tercero responsable «excepcionar sobre la validez del contrato o la licitud del pago, que la práctica demuestra que son simples pretextos del tercero para liberarse del cumplimiento de la obligación que le incumbe como responsable»²²³

Al respecto, en opinión de un amplio sector doctrinal, el tercero responsable puede oponer la nulidad o la inexistencia del contrato, sin embargo, no podrá oponer a la acción del asegurador aquellas excepciones referentes al contenido del contrato, por el hecho de que ese contenido es materia disponible para las partes y ajena al tercero²²⁴. Así, el tercero contra el que reclama asegurador no puede, en caso de que el contrato sea anulable o

²²² V. SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 4 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 157, quien subraya la especial importancia de la delimitación temporal del riesgo a los efectos de conocer si nace o no la obligación del asegurador al pago de la indemnización. En este mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 30 de marzo de 1985, Ponente Antonio Sánchez Jáuregui, F.J. 6.º (RJ 1985/1258) expone que «... la subrogación legal, que se opera a favor del asegurador lo es con exclusivo fundamento en que el pago por el mismo efectuado a su asegurado lo haya sido durante la vigencia del plazo por el que el riesgo era amparado y precisamente por la circunstancia de que ha de sufrir un tercero las consecuencias de un contrato en el que no fue parte, si tal contrato ha quedado inoperante al efecto de originar derechos y obligaciones entre los que lo suscribieron, mal puede predicarse que se deriven para dicho tercero obligaciones que carecían de virtualidad para los que lo autorizaron».

²²³ SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., pp. 955-956.

²²⁴ RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., pp. 220-221; TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., p. 93. Entre la doctrina italiana v. FERRARINI, S., «Prova degli estremi della surroga assicuratoria ed eccezioni opponibili dal terzo all'assicuratore», cit., p. 85; VINICIO, G., «Ancora intorno alla natura della surroga assicuratoria e delle eccezioni opponibili dal terzo responsabile», cit., pp. 112-119; GASPERONI, N., *Assicurazioni Private*, cit., pp. 417-418; LA TORRE, A., «Il punto sulla surrogazione dell'assicuratore», cit., p. 606; SCALFI, G., *I Contratti di Assicurazione. L'Assicurazione Danni*, cit., p. 250; CAGNASSO, O.; COTTINO, G.; IRRERA, M., en COTTINO, G., (Dir.), *Trattato di Diritto Commerciale. L'assicurazione: l'impresa e il contratto*, vol. 10.º, Padova, 2001, p. 164.

afectado de nulidad relativa pretender invocar tal vicio para sostener que no es verificable la subrogación. La justificación de tal afirmación se sustenta en que el vicio que comporta la anulabilidad no puede ser invocado más que por la parte del contrato a quien afecte dicha nulidad relativa y, mientras esa acción no sea ejercitada, el contrato despliega todos sus efectos²²⁵. Una ulterior justificación radica en que, a diferencia de la nulidad, que priva al contrato de cualquier efecto, y entre ellos, el de la verificación de la subrogación, el contrato afecto de anulabilidad despliega todos sus efectos mientras no sea impugnado por cualquiera de las partes. De ahí que, producida la subrogación, el pago del tercero al asegurador es plenamente liberatorio y no podrá ser compelido a efectuar un segundo pago, esta vez, a requerimiento del asegurado²²⁶.

De esta manera, se consideran inoponibles por parte del responsable, aquellas excepciones referidas al contrato, basadas en la posibilidad de que el asegurador hubiera podido negar al asegurado el pago de la indemnización²²⁷. Por consiguiente, el tercero no podrá excepcionar que el siniestro por el cual se indemnizó al asegurado no entraba dentro del riesgo cubierto por la póliza²²⁸.

²²⁵ Al respecto RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., p. 220 señala que, conforme al art. 1302 CC, la acción de nulidad del contrato están sólo legitimados los intervinientes en el contrato anulable.

²²⁶ V. RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., pp. 220-221, quien manifiesta que el efecto liberatorio del pago del tercero se deriva del principio general de que el deudor no puede ser perjudicado por los actos del acreedor. Por otra parte, TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., p. 94, puntualiza que la anulación de un contrato sólo despliega efectos *ex nunc*, de manera que la anulación carece de efecto en relación al pago realizado antes del pronunciamiento de la anulación. Del mismo modo LA TORRE, A., «Il punto sulla surrogazione dell'assicuratore», cit., p. 606, explica que el tercero que paga a requerimiento del asegurador no queda expuesto a la acción de reclamación del asegurado.

²²⁷ V. FERRARINI, S., «Prova degli estremi della surroga assicuratoria ed eccezioni opponibili dal terzo all'assicuratore», cit., p. 85.

²²⁸ FERRARINI, S., «Prova degli estremi della surroga assicuratoria ed eccezioni opponibili dal terzo all'assicuratore», cit., p. 86, observa que no puede considerarse como un caso de inexistencia del contrato de seguro aquellos en que pueda discutirse si el riesgo que ha determinado el daño está o no cubierto por el seguro. En consecuencia, en respuesta a quienes defienden la tesis contraria, manifiesta: «Todos sabemos lo difícil que es la determinación si un daño entra o no –y en qué medida– en la cobertura del seguro estipulada concretamente, y por ello es fácil ver que con dicha tesis se abriría un vía, prácticamente sin fin, a la conflictividad y a las argucias del resistente a la acción de reclamación del asegurador».

En este sentido, se observa que el responsable del siniestro es ajeno al contrato y por ello no puede cuestionar el modo en que las partes han interpretado dicho contrato²²⁹. Del mismo modo, se observa que ese tercero no tiene derecho ni interés para cuestionar el pago de la indemnización, desde el momento en que el propio interesado para rechazar ese pago, esto es, el asegurador, lo reconoce y lo hace efectivo a favor del asegurado²³⁰.

Esta misma tesis es la que se recoge en la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 22 de diciembre de 1993²³¹ en referencia a un contrato de seguro de transporte por carretera en la que la transportista demandada excepcionaba la falta de acción de la aseguradora subrogada por no estar incluida la reclamación en los supuestos comprendidos en el riesgo indemnizable. La Audiencia considera que la entidad demandada es ajena respecto al contrato de seguro por lo que no puede entrar a valorar la interpretación dada por los contratantes. En el fundamento segundo de la sentencia se indica que, conforme a la interpretación que hacen los contratantes, el siniestro acaecido a las mercancías estaba cubierto por el contrato, quedando dicho extremo fuera del alcance valorativo del tercero imputado responsable del siniestro.

²²⁹ TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., p. 94; FERRARINI, S., «Prova degli estremi della surroga assicuratoria ed eccezioni opponibili dal terzo all'assicuratore», cit., p. 85; GASPERONI, N., *Assicurazioni Private*, cit., p. 418; LA TORRE, A., «Il punto sulla surrogazione dell'assicuratore», cit., p. 606.

²³⁰ LA TORRE, A., «Il punto sulla surrogazione dell'assicuratore», cit., p. 606.

²³¹ SAP de Málaga, de 22 de diciembre de 1993, Ponente Antonio Alcalá Navarro, F.J. 2.º (AC 1993/2402), en la que se estima la subrogación del asegurador tras el pago de la indemnización al asegurado, según los términos del contrato de seguro: «... y así es interpretado por los actos de ambos contratante que sin ningún problema consideran el siniestro cubierto por la póliza de seguro por ellos contratada, procediendo la aseguradora a la indemnización y subrogándose en los derechos y acciones de su asegurada, que ejerce contra la transportista, a quien le cabe oponer las excepciones que le corresponderían contra la persona en cuyos derechos la actora se ha subrogado, pero solamente en lo que respecta al contrato de transporte y no en relación del seguro a la que fue y continúa siendo completamente ajena...». En este mismo sentido, la STS (Sala de lo Civil), de 5 de febrero de 1998, Ponente José Luis Albácar López, F.J. 2.º (RJ 1998/403).

No obstante, la afirmación de que el tercero no puede cuestionar la forma como las partes han interpretado el contrato, no ha estado exenta de crítica. Al respecto, se ha puntualizado²³² que, si bien es cierto que para el asegurado el contrato de seguro es *res inter alios acta*, no lo es menos que la subrogación se basa en ese contrato y no sólo en el hecho del pago. Por lo tanto, si este contrato es inexistente o nulo, o el daño por el cual se reclama no estaba cubierto por la póliza, no se puede mantener que el asegurador se ha subrogado, sólo porque ha pagado la indemnización. Siguiendo esta misma tesis, se manifiesta que si la subrogación está sometida a dos requisitos ineludibles, que son el pago de la indemnización debida en virtud de un contrato de seguro, no están satisfechas las condiciones para la acción del asegurador cuando, «estando las partes vinculadas por un contrato de seguro, la indemnización ha sido satisfecha en relación a un riesgo excluido y, por lo tanto, no se había reflejado en una relación aseguradora preexistente»²³³.

Del mismo modo, se objeta que la redacción del art. 43 LCS, al disponer que el pago del asegurador debe efectuarse «por razón del siniestro», indica claramente que «la indemnización que el asegurador satisface al asegurado debe tener por causa el riesgo asumido por el asegurador»²³⁴. De manera que no se consideran cumplidos los presupuestos necesarios de la subrogación si la indemnización hace referencia a un daño que no está comprendido en la delimitación temporal, espacial y causal del contrato de seguro.

En respuesta a estas críticas cabe oponer que los requisitos necesarios para la subrogación del asegurador se considerarán cumplidos cuando, del

²³² RIGHETTI, G., *Trattato di Diritto Marittimo*, cit., p. 628.

²³³ POGGI, R., «Eficacia provatoria della quietanza del danneggiato nel procedimento ex art. 1916 cod. civile», en *Assicurazioni*, II, 1958, pp., 249-254, p. 258.

²³⁴ HERNÁNDEZ MARTÍ, J., «Comentario Art. 43 LCS», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, cit., pp.451-452 señala que el asegurador «no es una sociedad de factoring que pueda pagar al asegurado al margen del contrato», como si se tratara un servicio que se ofrece al cliente ocupándose de las reclamaciones frente a terceros, porque en este caso lo propio sería hablar de la existencia de una cesión de créditos, pero no de una subrogación.

recibo del pago de la indemnización se derive claramente que el daño indemnizado coincide con el daño ocasionado por el tercero al asegurado. Es evidente que el asegurador no indemniza a su asegurado realizando un mero acto de generosidad. Por el contrario, si se abona la indemnización es porque, el asegurador, principal interesado en verificar la idoneidad del pago, considera que el daño estaba cubierto por el seguro. Por otro lado, el tercero no puede eludir su responsabilidad cuestionando la forma en las partes han interpretado el contrato, porque, en último término, está obligado a cumplir su deuda de responsabilidad, siéndole indiferente hacerlo frente al asegurado o frente al asegurador; máxime, si tenemos presente que la subrogación no atribuye este último mejor derecho del que tenía el asegurado. Finalmente, porque, como ya hemos dicho, el pago del tercero al asegurador que se subroga tiene plenos efectos liberatorios, de forma que, en el supuesto, difícil de imaginar, de que se anulase el contrato por motivo de un pago indebido, el tercero no podrá ser requerido por el asegurado para realizar un segundo pago.

2.- CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN

El artículo 43 LCS permite la subrogación del asegurador en los derechos del asegurado en los siguientes términos: «el asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización». Por lo tanto, como hemos ya tenido la ocasión de examinar, la primera condición establecida legalmente para que se produzca la subrogación es que el asegurador pague a su asegurado la indemnización y que dicho pago sea debido por la existencia de un contrato de seguro válido²³⁵.

²³⁵ V. por todos GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 199.

De la lectura del artículo transcrito se aprecia la importancia del requisito del pago de la indemnización para que opere la institución de la subrogación. En este sentido, la existencia del contrato de seguro, no es suficiente para que se produzca la subrogación²³⁶. Tampoco es suficiente el hecho de haberse producido el siniestro objeto de la cobertura del contrato de seguro²³⁷. Es el pago de la indemnización la condición que se convierte en requisito «sine qua non»²³⁸ tras el cual podrá realizarse el ejercicio de la subrogación.

En los seguros contra daños, el artículo 27 LCS establece que el límite máximo de la indemnización a pagar por el asegurador en cada siniestro queda determinado por la suma asegurada por las partes contratantes. Por otro lado, la indemnización abonada al asegurado determina el importe máximo que el asegurador subrogado podrá reclamar al tercero responsable del daño que era objeto de la cobertura del seguro²³⁹. Consecuencia de ello es que la extensión de la subrogación queda limitada al importe de la indemnización efectivamente satisfecha, evitando de este modo que el asegurador utilice esta institución como un medio para realizar una ganancia²⁴⁰. Efectivamente, una vez determinada la cantidad en concepto de indemnización, para que el asegurador pueda subrogarse en los derechos del asegurado, debe primero pagar a éste la totalidad de la indemnización, de forma que, en el caso de efectuarse un pago parcial no se produciría la subrogación, al carecer el asegurador de «*legitimatío ad causam*» por no haber pagado íntegramente la indemnización²⁴¹.

²³⁶ SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 955.

²³⁷ GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 199.

²³⁸ V. STS (Sala de lo Civil), de 7 de mayo de 1993, Ponente Luis Martínez-Calcerrada Gómez, F.J. 3.º (RJ 1993/3448).

²³⁹ TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., p. 87.

²⁴⁰ DEL CAÑO ESCUDERO, F., *Derecho español de seguros. Parte general*, T. I, cit., p. 537.

²⁴¹ V. STS (Sala de lo Civil), de 7 de marzo de 2001, Ponente José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, F.J. 4.º (RJ 2001/2729), en la que se hace referencia a la citada STS de 7 de mayo de 1993 (RJ 1993/3448) y en la que se manifiesta que el pago parcial no produce la subrogación.

Mediante el contrato de seguro el asegurador se obliga a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado (artículo 1 LCS). De esta forma, en el ámbito de los seguros contra daños, el contrato de seguro se instituye como un contrato de indemnización²⁴² en el que tiene especial relevancia la forma en que se ha de fijar la cantidad de la prestación que el asegurador deberá pagar en concepto de indemnización por razón del siniestro. En virtud del principio indemnizatorio, que rige en el contrato de seguro, se establecen unos límites a la indemnización, de forma que el cálculo de su cuantía no debe sobrepasar un triple máximo: el daño, el valor del interés asegurado y la cantidad fijada en el contrato como suma asegurada²⁴³.

A.- El interés en los seguros de daños en general

En los seguros contra daños, el interés es elemento esencial para la validez del contrato. Así lo establece expresamente el artículo 25 LCS con los siguientes términos: «Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 4, el contrato de seguro contra daños es nulo si en el momento de su conclusión no existe un interés del asegurado en la indemnización del daño». En el ámbito del Derecho y, en concreto, en sede del seguro contra daños, el término «interés» implica un concepto económico, no jurídico, por cuanto identifica la existencia de una relación de contenido económico entre una persona y una cosa, un bien, o un derecho²⁴⁴. La doctrina del seguro contra daños, considera que el interés es la relación entre la persona y la cosa o el bien, susceptible de valoración económica²⁴⁵. De esta forma, mediante el contrato de seguro, la persona se

²⁴² V. PICARD M./ BESSON A., *Les Assurances Terrestres en Droit Français. (Le contrat d'assurance)*, T. I, cit., p.301.

²⁴³ DEL CAÑO ESCUDERO, F., *Derecho español de seguros. Parte general*, T. I, cit., p. 518.

²⁴⁴ GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 128

²⁴⁵ V. DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, vol. II, cit., p. 194, cuando manifiesta que esta definición de interés, entendida como la relación entre un sujeto y un bien, está ampliamente aceptada en sede de la teoría general del Derecho y en la teoría del daño.

asegura contra la posibilidad de sufrir un daño de contenido económico²⁴⁶. Precisamente, en el seguro contra daños, el interés adquiere un especial significado, en el sentido de que se aseguran aquellos bienes sobre los que tenemos un interés y que se ven amenazados por un riesgo determinado. En este sentido, el profesor GARRIGUES define el interés en el seguro contra daños como «la relación por cuya virtud alguien sufre un daño patrimonial por un determinado hecho; o como la relación de una persona con una cosa amenazada por un riesgo determinado»²⁴⁷.

Así pues, la finalidad de los seguros de daños es asegurar el interés que las personas tienen o proyectan sobre ciertas cosas, bienes o derechos. El asegurado tiene interés en que el siniestro no se verifique por cuanto representa para él un daño patrimonial. Lo que persigue el asegurado mediante el contrato de seguro, es mantenerse económicamente indemne frente a las consecuencias dañosas en caso de verificarse el riesgo cubierto. Es de esta forma como el interés se relaciona con el riesgo, pese a su divergencia, porque a través del contrato de seguro, el interés del asegurado, es decir la relación económica que le une con la cosa o el bien asegurado, queda protegido contra el riesgo, esto es, contra la posibilidad de que se produzca un evento dañoso. Pero ese interés, esa relación, existe por sí mismo con independencia del riesgo y del daño²⁴⁸.

En el contrato de seguro de daños, riesgo e interés son conceptos que se hayan estrechamente vinculados. El riesgo no existirá si no existe al mismo

²⁴⁶ Respecto al interés, CUÑAT EDO, V., «Disposiciones generales referidas al seguro de daños», en VERDERA Y TUELLS, E., (Coord.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Colegio Universitario de Estudios Financieros, Madrid, 1982, pp. 517-564, p. 520, señala que la doctrina ha formulado dicho concepto con un sentido amplio, con el deseo de abarcar y expresar diversas situaciones del asegurado, como «interesado» en la indemnidad de su patrimonio, respecto de las consecuencias dañosas del siniestro cubierto.

²⁴⁷ GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 128.

²⁴⁸ DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, vol. II, cit., p. 189.

tiempo un interés sobre el que incidir²⁴⁹. Además, ambos elementos se hayan conectados por cuanto se precisa necesariamente su presencia para la validez del contrato. La conexión entre la necesidad de la existencia de un interés asegurable y la necesidad de la existencia de un riesgo sobre ese interés la establece el art. 25 LCS, que exige la presencia de un interés asegurable para la validez del contrato, y hace una remisión al artículo 4 LCS, que determina la nulidad del contrato ante la inexistencia del riesgo.

Sobre la base de que el interés es un elemento esencial del contrato, un sector de la doctrina identifica ese interés con el objeto del contrato de seguro²⁵⁰, mientras que la causa será la obligación de reparación contraída por el asegurador²⁵¹. Así pues, lo que se asegura no son las cosas sino el interés, es

²⁴⁹ Cfr., DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, vol. II, cit., p. 195, nota a pie de página nº 3, quien afirma que riesgo e interés se hallan jurídicamente en un mismo plano; pero, si bien el riesgo nunca puede ser considerado como elemento del interés, que para un sujeto puede existir sin el riesgo, el interés sí puede considerarse elemento del riesgo, puesto que para un sujeto determinado el riesgo no puede existir sin su interés. Por ello, observa este autor, debiendo combinar ambos elementos, más que considerar el interés como la relación económica expuesta a un riesgo, desde la doctrina tradicional se prefiere considerar el riesgo como la posibilidad de lesión de un interés.

²⁵⁰ TRAVIESAS, M. M., *Sobre contrato de seguro*, cit., p. 37; GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 131-132; PICARD, M./ BESSON, A., *Les Assurances Terrestres en Droit Français. (Le contrat d'assurance)*, T. I, cit., pp. 308-309. En contra, v. VIVANTE, C., *Il Contratto di Assicurazione. Le assicurazioni Terrestre*, vol I, cit. p. 181, quien identifica el objeto del contrato de seguro con el riesgo: «l'oggetto del contratto di assicurazione é il rischio, cioè la probabilità di sinistro che minaccia il patrimonio dell'assurato». También en contra de la teoría del interés como objeto del seguro, v. FERRI, G., «L'interesse nell'assicurazione danni», en *Assicurazioni*, 1941, pp. 205-217.

²⁵¹ Respecto a la discusión doctrinal acerca de que el interés, como elemento esencial del contrato de seguro, deba considerarse como objeto o bien como causa del contrato, es destacable la justificación que hace el profesor GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 131-132, nota a pie de p. nº 10, sobre la asimilación del interés con el objeto del contrato de seguro de daños. Al respecto indica que un sector minoritario de la doctrina, entre los que señala a DONATI, defiende la tesis que considera que el interés no es el objeto, sino la causa del contrato (v. DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, vol. II, cit., pp. 187-276). Efectivamente, el profesor DONATI, cuando establece la diferencia entre interés y daño, manifiesta que ambos conceptos se contraponen, de forma que el segundo es la negación del primero, pero que si consideramos el conjunto del que forman parte: «l'interesse è un *quid* positivo che esiste indipendentemente dal danno e che il danno è la lesione, totale o parziale, di questo *quid* preesistente». DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, vol. II, cit., p. 191. El profesor GARRIGUES apoya la teoría de que el interés constituye el objeto del contrato de seguro en «preceptos categóricos de las leyes», entre las que destaca la Ley francesa y la Ley suiza. GARRIGUES afirma que desde el punto de vista del Derecho Civil español, el interés no

decir, la relación económica que liga al asegurado con una cosa, derecho o patrimonio que puede sufrir un daño como consecuencia de un evento determinado²⁵².

Llegados a este punto, debemos establecer la diferencia entre el objeto del contrato de seguro y el objeto asegurado. Así, el objeto del contrato es el interés, es decir, la relación que une al asegurado con el bien expuesto al riesgo, mientras que el objeto asegurado es dicho bien sobre el que se proyecta el interés del asegurado²⁵³.

El objeto asegurado es un elemento relevante en los contratos de seguros y su designación en la póliza del contrato adquiere el carácter de obligatoriedad según señala el art. 8.4 LCS. No obstante, en los seguros, la importancia recae en el interés, porque, como se ha dicho anteriormente, lo que se asegura no son las

puede ser considerado como causa del contrato de seguro y señala el artículo 1274 del Código Civil que dice «en los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte». Coincidimos plenamente con la afirmación que hace este autor de que en el seguro contra daños, de acuerdo con el citado artículo, la causa para el contratante consistirá en la promesa del asegurador de llevar a cabo la reparación del daño causado por el siniestro o, asumiendo el riesgo del asegurado, mediante la promesa de prestar a éste el servicio de asumir las consecuencias económicas del siniestro. Con ello, descarta la idea de que pueda considerarse como causa la relación que une al asegurado con la cosa expuesta al riesgo. Esa relación o interés «será el *substratum* real del contrato, es decir su objeto». En apoyo de esta afirmación nos remite al artículo 1271 del Código Civil, cuando dice en su primer apartado que «pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres», para posteriormente indicar en el tercer apartado del mismo artículo, que el objeto del contrato no se identifica únicamente con las cosas materiales, sino que también pueden serlo «todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres». Añade que se trata de una idea espiritualista del objeto del contrato que queda reforzada con el artículo 1261 del Código Civil que señala como uno de los elementos del contrato el objeto cierto que sea materia del mismo, lo que permite afirmar la tesis de que la materia propia del contrato del seguro es el interés en el seguro. Siendo el interés el objeto del contrato de seguro, es decir, el *substratum* real del contrato, las cosas aseguradas son, aquello sobre lo que recae el interés del contratante o del asegurado, esto es, «el *substratum* material del contrato».

²⁵² V. TRAVIESAS, M. M., *Sobre contrato de seguro*, cit., p. 52 donde se afirma que la causa del contrato es «obtener a cambio de una prima o cuota, la indemnización que se fija en el respectivo contrato, por la producción de un evento fortuito». En este mismo sentido VEIGA COPO, A. B., *El seguro de dependencia*, Comares, Granada, 2008, p. 143.

²⁵³ BROSETA PONT, M./MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, vol. II, 18.ª ed., Tecnos, Madrid, 2011, pp. 390-391.

cosas sino el interés del asegurado sobre esas cosas que, determinadas en la póliza, servirán para delimitar el interés asegurado. Precisamente, porque no se aseguran cosas, sino intereses²⁵⁴, puede ocurrir que sobre una misma cosa coexistan diversos contratos de seguro porque los intereses que se tutelan en ellos sean diversos y/o concurrentes (por ejemplo: el interés del propietario, el del acreedor hipotecario, o el del arrendatario sobre un inmueble). Por otro lado, también es posible que se estipulen diversos contratos en que los que se asegure un mismo interés frente a un mismo riesgo, siendo estos los casos de doble seguro (art. 32 LCS) en el que el tomador del seguro celebra dos o más contratos de seguro sobre un mismo interés y riesgo, durante un mismo período de tiempo, y de coaseguro²⁵⁵ (art. 33 LCS) en que son los propios aseguradores los que se unen para cubrir determinados riesgos, asumiendo cada uno de ellos una cuota del total de la suma asegurada.

Conceptuando el interés como la relación de carácter económico que une a una persona con una cosa o un bien amenazado por un riesgo, la doctrina ha establecido una concepción subjetiva del interés, puesto que esa relación debe referirse a un sujeto que esté interesado en que el siniestro no se produzca²⁵⁶. En

²⁵⁴ PICARD, M./BESSON, A., *Les Assurances Terrestres en Droit Français. (Le contrat d'assurance)*, T. I, cit., pp. 308-309.

²⁵⁵ Sobre el coaseguro v. el trabajo de MUÑOZ PAREDES, J. M.^{a.}, *El coaseguro*, Civitas, Madrid, 1996.

²⁵⁶ Definido el interés como la relación económica entre un bien y un sujeto determinado o determinable, afirma DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, vol. II, cit., pp. 195 a 197, que el interés sólo puede ser concebido de un modo subjetivo. Es por ello que una concepción objetiva absoluta, es decir, el interés en sí independiente de cualquier sujeto, entra en lógica contradicción con la definición de interés que siempre ha tenido una base subjetiva; y es absolutamente incompatible con el concepto y la función del seguro, ya que el hecho de que cualquier persona pueda pedir una indemnización por un siniestro que afecta un interés, sin que esa persona (o quien ha estipulado el seguro a su favor) sea su titular, conduce directamente al juego o a la apuesta. Esta concepción objetiva finalmente entraría en contradicción con las normas de Derecho de seguros de cada país, y en particular, con las que distinguen el seguro por cuenta propia del seguro por cuenta ajena o por cuenta de quien corresponda, que sería del todo superfluo si se asegurara el interés en sí, dejando a un lado también el de su titular en el momento del siniestro. Asimismo, entraría en contradicción con las normas sobre la transferencia de la relación aseguradora en caso de transmisión de la cosa asegurada, porque si dicha concepción objetiva fuese correcta, no sería necesario en este caso

este sentido, se afirma que para ser objeto de la protección jurídica del seguro, es necesario que el interés vaya anudado a un determinado sujeto, de forma que no se asegure un simple interés en un determinado objeto, sino el interés individual de una persona de preservarse contra un daño. En consecuencia, el titular del interés se determina en el momento de la conclusión del contrato, o como menos, deberán fijarse las pautas para su posterior concreción. En todo caso, es indispensable su identificación cuando tenga lugar la liquidación del siniestro²⁵⁷. El sujeto titular del interés en el seguro de daños se identifica con el asegurado por el propio art. 25 LCS cuando exige para la validez del contrato del seguro la presencia del «interés del asegurado» en el momento de su conclusión.

La consecuencia jurídica de la concepción subjetiva del interés en los seguros de daños es que sólo puede contratar este seguro quien esté interesado en que el siniestro no se produzca por encontrarse en alguna relación económica con la cosa asegurada²⁵⁸. Se ha de señalar que este sería el supuesto en que el tomador de seguro y el asegurado sean la misma persona, lo que sucederá cuando el tomador contrate por cuenta propia siendo él el titular del interés que asegura. Pero el tomador del seguro, como así se indica en el art. 7 LCS, puede contratar el seguro por cuenta de otra persona, que será el asegurado, por ser quien tiene la relación económica con la cosa asegurada; en este caso, se dice que contrata por cuenta ajena. El citado artículo señala que, en caso de duda, se presumirá que el tomador contrata por cuenta propia. En definitiva, el art. 7 LCS permite que el tomador del seguro contrate por cuenta propia, coincidiendo en este caso en una misma persona el tomador y el asegurado, y también, que el tomador contrate por cuenta ajena, con lo que

ninguna transmisión de la relación aseguradora que cubre el interés en sí mismo, y mucho menos, debería darse al asegurador la facultad de rescindir el contrato.

²⁵⁷ TRAVIESAS, M. M., *Sobre contrato de seguro*, cit., p. 32.

²⁵⁸ Cfr., GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 128 y DEL CAÑO ESCUDERO, F., *Derecho español de seguros. Parte general*, T. I, cit., p. 429.

habrá una tercera persona, que será el asegurado, distinta del tomador del seguro. Lo determinante es que la relación respecto a un bien que sea susceptible de valoración económica, ha de referirse siempre a una persona que es precisamente el asegurado²⁵⁹, porque lo que el seguro de daños tutela es el interés económico del asegurado en que no se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura.

Es preciso señalar que la concepción subjetiva del interés no comporta necesariamente la determinación inmediata de su titular. La persona del asegurado puede estar concretada desde el momento de la conclusión del contrato o bien ser identificada por las partes en un momento posterior, o incluso permanecer indeterminada hasta que se produzca el siniestro²⁶⁰. Como lo que se asegura es el interés del asegurado en que el evento no se produzca y no ocurra un daño, el art. 7 LCS afirma expresamente que, a excepción de los derechos especiales del tomador en los seguros de vida, los derechos derivados del contrato corresponderán al asegurado. La consecuencia de dicha afirmación es que, en el caso de verificarse el siniestro asegurado, el derecho a la indemnización del asegurador por la producción del daño, le corresponde al asegurado (o al beneficiario del seguro si lo hubiere), puesto que es el asegurado la persona titular del interés y, por ende, la persona que sufrirá las consecuencias económicas del evento dañoso.

De todo ello se desprende la importancia de identificar quién es la persona asegurada en los seguros de daños, porque será el asegurado quien, en virtud del contrato de seguro, podrá exigir al asegurador que cumpla con la

²⁵⁹ SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 25 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 597.

²⁶⁰ En este sentido, DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, vol. II, cit., p., 197 afirma que la concepción subjetiva del interés no comporta necesariamente la determinación inmediata del titular del interés, es decir, no impide que la persona titular del interés asegurado pueda ser determinada en cualquier momento durante la vigencia del contrato o incluso permanecer ignorada hasta el momento en que se produzca el siniestro; esto último es lo que sucede cuando se asegura “por cuenta de quien corresponda”.

obligación de prestar la tutela del interés amenazado por el siniestro cubierto, antes de que éste se haya producido, o la obligación de indemnizar el daño causado por la producción del riesgo²⁶¹. Por lo tanto, el interés es el elemento que permite identificar quien es la persona asegurada durante la vigencia del contrato de seguro, es decir, la persona legitimada para exigir la reparación del daño sufrido por la cosa asegurada. En este sentido el Prof. GARRIGUES señala que «el interés es el elemento que legitima a una persona para poder asegurar una cosa. Y, precisamente, por ser el interés elemento del contrato, ha de mencionarse en la póliza «el concepto en el cual se asegura» porque, justamente, a través de ese concepto, se descubrirá el interés»²⁶². La obligatoriedad de especificar en la póliza el concepto en el cual se asegura viene establecida por el art. 8.2 LCS. Es de esta forma como se identifica en póliza la naturaleza de la relación entre el sujeto y el objeto asegurado, es decir el interés asegurado y, consecuentemente, es la forma determinar a la persona titular de dicho interés.

Conforme establece el art. 25 LCS, el interés es presupuesto de la validez del contrato de seguro, por lo que se exige su existencia en el momento de su conclusión, so pena de nulidad. No obstante, de entenderse la exigencia de la existencia de un interés desde el momento de la perfección²⁶³ o nacimiento del

²⁶¹ En este sentido, VIVANTE, C., *Il Contratto di Assicurazione. Le Assicurazioni Terrestre*, cit., p. 122 afirma que, siendo la persona del asegurado uno de los elementos que componen el concepto del riesgo, el asegurador tiene interés en saber cuál es el vínculo jurídico que lo une a la cosa asegurada y en consecuencia deberá de declararse dicho vínculo en la póliza.

²⁶² GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 129.

²⁶³ La doctrina equipara el término «conclusión» con el término «perfección» del contrato en una correcta interpretación de la voluntad contenida en el artículo 25 LCS. En este sentido se expresa CUÑAT EDO entendiendo que la voluntad del precepto es exigir la existencia del interés en el momento del nacimiento del contrato, lo que se identificaría de una forma más correcta con el término «perfección» en lugar del término «conclusión» utilizado en el citado artículo. CUÑAT EDO, V., «Disposiciones generales referidas al seguro de daños» en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, cit, p. 521. En este mismo sentido, VEIGA COPO, A. B., *El seguro de dependencia*, Comares, Granada, 2008, p. 148, utiliza el término «perfección» del contrato al referirse a la exigencia del art. 25 LCS de la existencia del interés desde la conclusión del contrato,

contrato, en un sentido estricto, comportaría, como consecuencia jurídica, la imposibilidad de celebrar contratos de seguro sobre intereses futuros pero perfectamente identificables y previsibles, como en el caso del seguro de lucro cesante.

Por consiguiente, la doctrina entiende que ese interés en que no ocurra el siniestro puede existir ya desde el momento que nace el contrato o no existir todavía²⁶⁴. Así, CUÑAT EDO²⁶⁵ interpreta que la intención del legislador no es la de declarar nulos este tipo de contratos, sino que el contrato de seguro no surtirá efectos de cobertura sin la existencia de un interés asegurado. Por lo tanto, el contrato es posible y puede perfeccionarse antes de la existencia del interés en el asegurado, pero en el caso de que ese interés futuro no llegue a manifestarse nunca, el contrato dejará de tener eficacia como cobertura del riesgo asegurado. Consecuentemente, para el citado autor, la exigencia del interés del art. 25 LCS ha de entenderse referida al momento en que el contrato «debe comenzar a producir efectos», puesto que será a partir de ese momento que su presencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 LCS, sea necesaria para su relación con la causa contractual²⁶⁶.

El art. 25 LCS exige la presencia del interés asegurable desde el inicio del seguro, pero esta existencia inicial no es suficiente para la pervivencia del contrato. La presencia del interés asegurado debe mantenerse durante toda la duración del contrato, de forma que si el interés que se quiere tutelar mediante

manifestando que la falta de interés asegurado en el momento de la perfección del contrato lo califica de nulo.

²⁶⁴ GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 129.

²⁶⁵ CUÑAT EDO, V., «Disposiciones generales referidas al seguro de daños», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, cit., p. 521.

²⁶⁶ CUÑAT EDO, V., «Disposiciones generales referidas al seguro de daños», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, cit., pp. 523-524. En este mismo sentido, v. BATALLER GRAU, J./LATORRE CHINER, N./OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Derecho de los seguros privados*, cit., p. 176.

el seguro no llega a nacer²⁶⁷, o, si existiendo un interés asegurable desde la perfección del contrato posteriormente desaparece, dicha desaparición repercutirá sobre el contrato. Su falta puede ocurrir porque el interés esperado no llegue a nacer, es lo que sucedería si en un contrato de seguro de transporte terrestre, las mercancías que se pretenden asegurar no llegaran a cargarse para su transporte, en tal caso el contrato deja de tener el objeto que determina su validez.

Por otro lado, puede suceder que el interés existente desde la celebración del contrato desaparezca en un momento posterior por causas no cubiertas en dicho contrato; en este caso, la desaparición del interés conlleva la desaparición del riesgo, puesto que si el asegurado carece de interés en proteger el objeto o bien asegurado contra el riesgo cubierto, no sufrirá las consecuencias económicas de la producción del evento dañoso. Como se ha dicho, el art. 25 LCS declara que si no existe un interés asegurado el contrato de seguro contra daños es nulo. Esta norma se ocupa de la necesidad de que el interés exista desde el inicio del contrato, disponiendo de forma taxativa la nulidad del mismo si falta el interés, pero guarda silencio respecto a las consecuencias jurídicas de la desaparición sobrevenida del interés ya existente en el contrato. La posición de la doctrina no es unánime a la hora de considerar los efectos jurídicos de la desaparición sobrevenida del interés. Un sector doctrinal manifiesta que con la desaparición sobrevenida del interés el contrato de seguro cesaría en sus efectos, apuntando que este hecho, congruentemente, sería asimilable a la nulidad, por cuanto «entraña la desaparición del elemento

²⁶⁷ El artículo 1904 del Código Civil italiano dice que el contrato de seguro contra daños es nulo si en el momento en el que deba iniciarse el seguro no existe un interés del asegurado en el resarcimiento del daño.

causal, con la consiguiente devolución por cada parte de las prestaciones que correspondan desde que desapareció el interés asegurado»²⁶⁸.

Otro sector de la doctrina sostiene que la desaparición del interés será causa de resolución contractual²⁶⁹. En este último sentido, SÁNCHEZ CALERO manifiesta que en el supuesto de la falta sucesiva de interés ha de entenderse que el contrato, «en principio, es válido», no obstante, cuando acaece la falta de interés durante la vigencia del contrato surge una causa de extinción del contrato, que «no puede equipararse a la nulidad a la que se refiere el art. 25 LCS», sino a una causa de «resolución del contrato» que deberá operar cuando el tomador del seguro o el asegurado notifiquen al asegurador la falta de interés²⁷⁰. En cualquier caso, recordando que se define el daño como la lesión del interés, la falta de éste último comporta la no producción del siniestro, de forma que cesa la obligación del asegurador de cubrir la posibilidad de que se produzca un evento dañoso. Así, una vez desaparecido el interés el asegurador queda liberado de la obligación de garantía con relación al asegurado y consiguientemente del deber de indemnizar²⁷¹.

²⁶⁸ CUÑAT EDO, V., «Disposiciones generales referidas al seguro de daños», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, cit., p. 522.

²⁶⁹ BATALLER GRAU, J./LATORRE CHINER, N./OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Derecho de los seguros privados*, cit., p. 176.

²⁷⁰ V. SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 25 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 605. En este mismo sentido VEIGA COPO A. B., *El seguro de dependencia*, cit., p. 148, manifiesta que con la falta total sobrevenida del interés se extingue la relación aseguradora. Esta extinción de la relación «no se trataría de nulidad sino de una causa de resolución del contrato mas con idénticos efectos que aquélla».

²⁷¹ V. STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 23 de marzo de 2006, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos, FJ 5.º (RJ 2006/6292), que entiende que la desaparición del interés asegurado durante la vigencia del contrato de seguro determina a su vez la extinción de éste, de tal manera que queda excluida la posibilidad del daño y, consiguientemente, el deber de indemnizar por el asegurador. En el caso enjuiciado, habiendo sido admitido por el tribunal que el interés asegurado puede radicar en la titularidad de un crédito garantizado hipotecariamente con el bien objeto del seguro y que dicho interés concurría respecto a dos fincas en el contrato celebrado con la tomadora del seguro, procedía determinar si la adjudicación de una finca mediante cesión del remate a un tercero determinaba la desaparición de dicho interés y con ello, la extinción del contrato, con la imposibilidad de ejercicio por parte del nuevo titular, de la acción indemnizatoria derivada del mismo. El tribunal manifiesta que la respuesta a dicha

B.- El interés en el seguro de transporte terrestre en particular

Como hemos examinado en el epígrafe anterior, el interés en los seguros de daños se ha definido como la relación, susceptible de valoración económica, entre una persona y un bien (la cosa asegurada) amenazado por un riesgo determinado. En el seguro de transporte de mercancías ha de entenderse que el interés asegurado es «la relación jurídico-económica de un sujeto con las mercancías aseguradas susceptible de sufrir un siniestro»²⁷². Precisamente, porque no se aseguran cosas, sino intereses, puede ocurrir que sobre una misma cosa, en este caso, las mercancías objeto del transporte, coexistan diversos contratos de seguro celebrados por los titulares de los diferentes intereses coincidentes en la conservación de esas mercancías: por los dueños o por quienes tengan un interés directo en las mercancías, o por los que tengan algún tipo de responsabilidad en su conservación. Pero no todos estos contratos de seguros serán verdaderos contratos de seguro de transporte terrestre de

cuestión debe ser positiva, «pues la transmisión de la cosa a la que alude el la LCS (artículo 34), que fundamenta la subrogación del adquiriente en los derechos del asegurado, equivale, como unánimemente reconoce la doctrina, a la transmisión del interés asegurado y no puede identificarse con cualquier enajenación o transmisión del bien, sino sólo con aquella que tiene lugar en las condiciones adecuadas a la naturaleza del contrato de seguro para que pueda entenderse transmitido dicho interés, derivado de la posición económica del asegurado respecto del bien objeto de transmisión. En efecto, es menester para que opere la transmisión ex lege [nacida de la Ley] contemplada en el artículo 34 LCS que la relación económica que existía entre el asegurado y el bien mantenga su identidad aunque se modifique la del sujeto que pasa a ser el nuevo titular del mismo interés asegurado. Dicho interés asegurado, en consecuencia, debe seguir siendo de la misma naturaleza, aun cuando pueda variar el grado o la intensidad de la utilidad que represente para el adquiriente (pues en este caso estaremos ante un supuesto de aumento o disminución del riesgo que no es en principio incompatible con la transmisión del interés asegurado). Pero si el interés que tenía el asegurado ha sido sustituido por un interés de otro tipo, por ser de distinta naturaleza y alcance, no estaremos, en resolución, en presencia de la [transmisión del objeto asegurado] a que se refiere el artículo 34 LCS y, en consecuencia, habrá que entender que la transmisión determina la desaparición del interés asegurado y, con ello, la extinción del contrato. La aplicación de esta doctrina nos permite ya dar solución al supuesto planteado. En el caso en que el interés asegurado deriva de la titularidad del crédito hipotecario, el remate y la adjudicación de la finca a un tercero comporta la extinción de la garantía a la que debe entenderse anudada la existencia del interés asegurado, pues éste difiere sustancialmente en cuanto a su naturaleza y alcance respecto del interés del adquiriente a título de propietario».

²⁷² BOQUERA MATARREDONA, J., *El contrato de seguro de transporte de mercancías por carretera*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 167.

mercancías, porque éste es un seguro de daños materiales, de cosas concretas y determinadas en la póliza, esto es, de los daños que puedan sufrir las mercancías transportadas.

Por lo tanto, se estará ante un seguro de transporte terrestre cuando el interés que se asegura se identifica con la relación jurídico-económica que une a una determinada persona con las mercancías amenazadas por los riesgos del transporte. De suerte que la persona titular de ese interés, será aquella que sufrirá el perjuicio económico directo de la pérdida o el deterioro de las mercancías y por ello será la persona legitimada para obtener la indemnización debida por el asegurador. Por el contrario, cuando el interés que se asegura es el interés de quienes tienen algún tipo de responsabilidad en la custodia de las mercancías objeto del transporte (el porteador, el almacenista, etc.), estamos ante un seguro de responsabilidad civil y no un seguro de transporte de mercancías²⁷³.

Lo habitual es que la persona que contrata un seguro de transporte sea la propietaria de las mercancías o del vehículo que las transporta; no obstante, es evidente que en una operación de transporte son varias los sujetos interesados en la conservación de las mercancías transportadas. Es por ello que, el art. 56 LCS, atendiendo a los diversos intereses legítimos sobre las mercancías transportadas frente a los riesgos derivados de la operación de transporte, enumera una serie de personas legitimadas para contratar un seguro de transporte terrestre. En virtud de este artículo, a parte del propietario de las mercancías y del propietario del vehículo utilizado para su transporte, que tienen un interés directo sobre la cosa asegurada, pueden contratar el seguro «el

²⁷³ En este sentido, VIVANTE, C., *Il contratto di Assicurazione. Le Assicurazioni Terrestri*, vol I, cit., p.322, cuando afirma que la empresa de transportes que asegura las mercancías objeto del transporte en su propio nombre, no contrata un verdadero seguro contra los riesgos del transporte, sino contra los riesgos por la responsabilidad que incumbe al transportista por los riesgos del transporte: «Questa non è una vera assicurazione contro i rischi del trasporto, ma contro i rischi della responsabilità che incumbe al vettore pel contratto di trasporto».

comisionista de transporte y las agencias de transporte, así como todos los que tengan interés en la conservación de las mercancías». De esta forma, la LCS no limita la contratación del seguro a la condición de ser propietario de las mercancías transportadas, o del vehículo de transporte, sino que amplía la legitimación para estipular dicho contrato a otras personas que, sin mantener una relación jurídica de propiedad sobre la cosa objeto del seguro, están, de alguna forma, interesadas en su conservación.

Precisamente, debido a la amplitud de personas legitimadas para contratar un seguro de transporte terrestre, el citado artículo establece que en todo caso dichas personas, al celebrar el contrato, lo harán «expresando en la póliza el concepto en que se contrata el seguro»; justamente, se entiende, con la finalidad de identificar cuál es la relación de interés que une al contratante con la cosa asegurada, es decir, el interés que se asegura. La necesidad de identificar el interés que se asegura también aparece manifestada, con carácter general para todo contrato de seguro, en el art. 8 LCS cuando exige que en toda póliza de seguro debe indicarse el concepto en el cual se asegura. Porque precisamente declarar el concepto por el cual se asegura permite conocer el interés del tomador del seguro, esto es, la relación que le une con la cosa asegurada, pues, como señala GARRIGUES, «justamente a través de ese concepto se descubrirá el interés»²⁷⁴

C.- El valor del interés asegurado y la suma asegurada

Como ya hemos visto, el interés es un elemento consustancial de los seguros de daños y su valor real sirve de medida para la reparación del daño y, es a la vez, el límite de la indemnización²⁷⁵. Dentro de la doctrina de daños, el interés ha sido definido como la relación económica entre un sujeto y un bien

²⁷⁴ GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 129

²⁷⁵ GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 130.

amenazado por un riesgo determinado²⁷⁶. De la naturaleza económica de esta relación se sigue que el interés es susceptible de valoración. Cuando la relación con el bien, esto es, el interés, se valora económicamente se produce lo que GARRIGUES denomina la «materialización del interés»²⁷⁷. Este valor representa el grado de utilidad de un bien, es decir, el grado de aptitud para satisfacer una necesidad económica. Del concepto mismo de utilidad, que se impone sobre el concepto objetivo del bien y sobre el subjetivo de la necesidad, se deriva que el valor no es referible exclusivamente al bien en sí, sino al bien en función del sujeto, es decir, al interés. En definitiva, el valor asegurable está en consonancia con el bien y con la naturaleza del interés²⁷⁸. Es justamente el valor del interés asegurable el que se identifica con el valor del seguro.

El art. 26 LCS, señala SÁNCHEZ CALERO²⁷⁹, contiene dos principios generales que rigen todo el ámbito del seguro de daños y que están íntimamente relacionados entre sí. El primero de ellos es el principio indemnizatorio, que impide el enriquecimiento injusto del asegurado como consecuencia del contrato de seguro; el segundo principio se refiere a la determinación del daño²⁸⁰.

Con arreglo al principio indemnizatorio, el seguro de daños se constituye como un contrato de indemnización en el que el asegurador queda obligado a reparar el daño realmente causado al asegurado, de forma que quede fuera de

²⁷⁶ TRAVIESAS, M. M., *Sobre contrato de seguro*, cit., p. 30. Del mismo modo, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. IV, 1.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 642, en referencia al interés en el seguro subraya la importancia de determinar el valor económico de dicho interés, lo que permitirá establecer la suma asegurada en cuanto límite máximo de la indemnización a pagar por el asegurador.

²⁷⁷ GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, T. II, 8.ª ed., Madrid, 1983, p. 289.

²⁷⁸ V. DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, vol. II, cit., pp. 240-241.

²⁷⁹ SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 26 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*, 4.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 607-625, p. 607.

²⁸⁰ El art. 26 LCS dispone que «El seguro no puede ser objeto de enriquecimiento injusto para el asegurado. Para la determinación del daño se atenderá al valor del interés asegurado en el momento inmediatamente anterior a la realización del siniestro».

la finalidad del seguro el que este último pueda obtener un lucro con ocasión de un siniestro. La función estrictamente reparadora del seguro significa que la indemnización de asegurador «está limitada exclusivamente por el interés asegurable, el daño y la suma asegurada»²⁸¹.

Consecuencia del principio indemnizatorio, es que el límite máximo de la prestación del asegurador sea el importe del daño efectivamente producido por el siniestro, impidiendo de esta forma que el contrato de seguro constituya una fuente de provecho o un medio de lucro para el asegurado. Al asegurar el interés, la indemnización nunca podrá ser superior al valor de dicho interés. De ahí la importancia del art. 26 LCS, que indica cómo ha de fijarse el valor del interés asegurado para determinar la cuantía del daño. En concreto, el artículo establece que para la determinación del daño producido, a efectos de su resarcimiento mediante el pago de la indemnización, «se atenderá al valor del interés asegurado en el momento inmediatamente anterior a la realización del siniestro». Como vemos, el valor del interés asegurado sirve como medida para la reparación del daño y también como límite de la indemnización²⁸².

A efectos de indemnización debe distinguirse entre valor asegurable y suma asegurada. El valor asegurable es el valor del interés, mientras que la suma asegurada es el importe por el cual se cubre el interés en el seguro²⁸³. De conformidad con el art. 26 LCS, para la determinación del daño producido,

²⁸¹ BENÍTEZ DE LUGO Y REYMUNDO, L., *Problemas y sugerencias sobre el contrato de seguros: sobreseguro, infraseguro, cláusulas de estabilización*, cit., p. 9.

²⁸² El profesor GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 130, ante la posible confusión que puede presentarse entre interés y daño, sostiene que daño e interés son conceptos contrarios. Define el daño como la lesión del interés preexistente y advierte que no es posible confundir el daño con el interés. Siendo el daño la negación del interés, afirma que ambos son conceptos contrarios. Sin la preexistencia del interés, como presupuesto económico para que una persona sufra las consecuencias dañosas del siniestro, a dicha persona le resultaría indiferente que éste se produjera. Así, cuando el riesgo se convierte en siniestro, el daño sufrido estará en íntima conexión con el interés, de lo que se deduce que interés, riesgo y daño son conceptos independientes, pero distintos entre sí. En el mismo sentido DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, vol. II, cit., p. 191.

²⁸³ DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, vol. II, cit., p. 251.

deberá tenerse en cuenta el valor del interés en el momento anterior a la realización del siniestro, lo cual implica que el conocimiento cierto de dicho valor se tendrá con la realización del siniestro. El valor asegurable representa la medida del interés asegurado y estará acorde con la cosa asegurada; además, simboliza el valor máximo garantizado en el momento de la estipulación del contrato. Se considera que en el Derecho de seguros, el criterio para determinar el valor asegurable debe ser objetivo, es decir, referido al grado de utilidad según una valoración media, y no referirse al valor particular que una persona atribuye a un bien²⁸⁴.

A su vez, la suma asegurada es el valor que el asegurado asigna a su interés respecto a las cosas aseguradas y representa la cifra que espera percibir del asegurador en caso de que ocurra el siniestro, por lo que al mismo tiempo sirve de base al asegurador para el cálculo de la prima. Como indica GARRIGUES²⁸⁵, el cálculo de la prima del seguro depende de la cuantía del daño sufrido, de forma que será importante disponer en el momento de la

²⁸⁴ DONATI A., *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, vol. II, cit., pp. 243-245, indica que la valoración de un interés puede efectuarse sobre una base individual, en función de la intensidad de la necesidad individual de cada uno de los individuos o sobre la base de la media colectiva. En el primer caso se habla de valor subjetivo y en el segundo de valor objetivo. En líneas generales, señala Donati, la economía política y el Derecho sólo tienen en cuenta el valor objetivo; también en el derecho de seguros por valor del interés se entenderá el valor objetivo, es decir, el grado de utilidad del bien según la valoración media. Sin embargo, explica este autor, no siempre es posible individualizar el valor objetivo con la adecuada precisión; en estos casos se recurre al sistema de la determinación aproximada (*forfait*), que no recae en una apreciación puramente objetiva porque comúnmente concurre el acuerdo de un sujeto diverso del interesado: el asegurador. No obstante, normalmente la valoración rigurosamente objetiva es posible en los intereses que tienen por objeto una cosa, en estos casos podemos hablar de un valor real. El valor objetivo de un interés puede ser considerado en función de la satisfacción que se deriva de la disposición del bien, siempre considerado sobre la del colectivo medio (valor de uso); o en función del precio, como valor monetario, para la adquisición de ese bien (valor de intercambio); también en el sector de los seguros pueden tomarse en consideración tanto el uno como el otro criterio. De todas formas, señala Donati, no puede nunca constituir objeto de cobertura del seguro un valor puramente subjetivo, esto es, un valor económico atribuido por el sujeto a un interés de naturaleza extraeconómica o un valor excesivo atribuido a un interés económico de valor inferior (valor afectivo). En el mismo sentido, SCALFI, G., *Il Contratti di Assicurazione. L'Assicurazione Danni*, cit., pp. 194-195.

²⁸⁵ GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 135.

celebración del contrato de «alguna base» que sirva para calcular la prima que deberá percibir el asegurador. Esa base es el valor que el tomador del seguro asigna al interés que se asegura, es decir, es el valor asegurado. La cifra de ese valor es la suma asegurada y se configura como otro límite de la indemnización; así lo afirma el artículo 27 LCS, según el cual, la suma asegurada representa el límite máximo de la prestación a que está obligado el asegurador en cada siniestro. En definitiva, la suma asegurada sirve para determinar el límite máximo del daño resarcible por el asegurador y sirve también para el cálculo de la prima²⁸⁶.

Este valor asegurable puede no ser coincidente con el valor asegurado (o suma asegurada), es decir, con el valor acordado por las partes contratantes como suma máxima por la que el asegurador estará obligado a responder en caso de que suceda el siniestro. El valor asegurable, señala GARRIGUES, «se mide objetivamente por la índole de la relación jurídica que une al interesado con la cosa que se asegura»²⁸⁷. Distintas personas pueden tener distintos intereses respecto al bien que se pretende asegurar, de forma que cada una de estas personas tendrían que asegurar por el valor que objetivamente tiene su relación con la cosa asegurada. De este modo, explica GARRIGUES, «estos valores serán los que midan la pérdida efectivamente sufrida por ellos en caso de siniestro, que no coincidirá necesariamente con el valor de la cosa misma, sino que expresará el valor de la relación con esa cosa»²⁸⁸. En cambio, la suma asegurada representa el valor que el asegurado asigna unilateralmente al interés que le une con dicho bien. Es por ello que en el contrato de seguro, la suma asegurada se establece libremente por cada contratante como valor asignado al interés que

²⁸⁶ VIVANTE, C., *Trattato di Diritto Commerciale*, vol. IV, Milano, 1926, p. 432.

²⁸⁷ GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 135.

²⁸⁸ Así GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 135, pone como ejemplo de los distintos intereses asegurables sobre una misma cosa y por ello los diferentes valores asegurables: el del propietario de la cosa (valor entero), el del acreedor hipotecario (valor del crédito hipotecario) y el del usufructuario (valor del usufructo).

se tiene en la conservación de la cosa asegurada y representa la suma que el asegurado está interesado en recuperar en caso de que acaezca el siniestro.

El fundamento del principio indemnizatorio es que el seguro no se convierta para el asegurado en un medio para obtener una ganancia con la producción del daño frente al cual se asegura²⁸⁹. De esta forma, mediante el seguro, el asegurador debe limitarse a garantizar el valor que reemplace el valor que represente el daño sufrido por el asegurado. De ello se deriva que, en el seguro contra daños, la suma asegurada, en cuanto límite máximo para la prestación debida por el asegurador, a pesar de estar libremente designada por el contratante como valor que éste asigna al interés que le une con la cosa asegurada, no puede ser superior al valor del interés asegurable. En definitiva, la suma asegurada representa el importe máximo que habrá de hacer efectivo el asegurador en concepto de indemnización, en el supuesto que se verifique el siniestro.

En todo caso, la suma asegurada no predetermina la indemnización exigible al asegurador, sino el límite máximo de la indemnización debida en cada siniestro, de manera que deberá de esperarse a que suceda el siniestro para conocer el alcance del daño sufrido por interés asegurable. En último término, será el valor del daño efectivamente causado, el que señale el importe de la indemnización que deberá hacer efectiva el asegurador pero teniendo como límite máximo la suma asegurada. Así, en los seguros de intereses, afirma

²⁸⁹ El principio indemnizatorio es esencial en el contrato de seguro; así lo afirma VIVANTE, C., *Trattato di Diritto Commerciale*, cit., p. 425, en los siguientes términos: «Toda la disciplina jurídica del contrato de seguro se desprende de este concepto: donde falte la finalidad de resarcimiento falta la legitimidad del contrato. En efecto, está prohibido asegurar valores inexistentes o que excedan del justo valor de la cosa asegurada; si la cosa fue asegurada por un valor excesivo, el seguro se anula por el excedente; si el asegurado vende la cosa asegurada, pierde junto con su propiedad, el derecho a ser resarcido por su pérdida; si se asegura por entero en varias compañías, estos seguros deben combinarse de modo que no perciba una indemnización superior al daño; si es indemnizado por el daño, su acción de responsabilidad contra quien fue culpable del siniestro, pasa de derecho a la compañía aseguradora para que el asegurado no obtenga de ambas partes un resarcimiento mayor que el daño».

GARRIGUES que «lo importante es que la prestación del asegurador se medirá por el valor de la pérdida realmente sufrida por el asegurado cuando el siniestro se haya producido (valor del seguro o valor asegurable), y siempre que este valor no exceda la suma asegurada. He aquí una derogación del principio indemnitario»²⁹⁰.

De la función limitante de la suma asegurada en el establecimiento del máximo de la prestación debida por el asegurador, se deriva que dicha suma no puede ser superior al valor del interés asegurado. Así lo declara el art. 30 LCS, que dice: «Si la suma asegurada supera notablemente el valor del interés asegurado, cualquiera de las partes del contrato podrá exigir la reducción de la suma y de la prima (...). Si se produjere el siniestro, el asegurador indemnizará el daño efectivamente causado».

D.- El valor del interés y la determinación del daño en el seguro de transporte terrestre

Dentro del seguro de daños, el seguro de transporte terrestre se configura con una disciplina específica para la determinación de la indemnización que, tal como afirma TIRADO SUÁREZ, «se inserta en el campo de la fijación del valor del interés»²⁹¹. Ya hemos tenido ocasión de señalar en el epígrafe anterior que el art. 26 LCS reúne dos principios básicos que rigen en todos los seguros de daños: el principio indemnizatorio, en virtud del cual el seguro no puede ser fuente de enriquecimiento para el asegurado, situándolo en una situación patrimonial mejor que la que tenía antes de verificarse el siniestro, y el principio referente a la determinación del daño. En efecto, para establecer la indemnización debida por el asegurador, el art. 26 LCS incide en

²⁹⁰ GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 137.

²⁹¹ TIRADO SUÁREZ, F. J., «Comentario Art. 62 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*, 4.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 1348-1358, p. 1348.

la relevancia del valor del interés asegurado para la determinación del daño efectivamente sufrido por la persona asegurada con la producción del siniestro, especificando que para proceder a tal determinación «se atenderá al valor del interés asegurado en el momento inmediatamente anterior a la realización del siniestro».

El principio indemnizatorio impide que la prestación del asegurador supere el daño sufrido por el asegurado. Consecuencia de ello es que el importe del daño efectivamente causado constituye en cualquier caso el límite máximo de la indemnización que deberá hacer efectiva el asegurador²⁹². Por lo tanto, habrá de procederse a la valoración del daño sufrido por las cosas o los bienes asegurados, en relación con el valor del interés asegurado, para determinar la indemnización que deberá pagar el asegurador.

Ahora bien, el valor del interés asegurado puede estar sujeto a variaciones durante la vida del contrato de seguro, de modo que el valor del interés que se asegura en el momento de la contratación del seguro puede no coincidir con el valor que tenga dicho interés en el momento en que ocurra el siniestro. De esta forma, la valoración del daño efectivamente producido cuando ocurre el siniestro puede ser distinta en función de las posibles variaciones en el valor del interés asegurado²⁹³. Teniendo en cuenta esas

²⁹² PICARD, M./BESSON, A., *Les Assurances Terrestres en Droit Français. (Le contrat d'assurance)*, T. I, cit., p.301.

²⁹³ En este sentido DONATI, A., *Tratatto del Diritto delle Assicurazioni Private*, vol II, cit. p. 242., afirma que el valor del interés no permanece siempre constante y que por lo tanto, no se puede hablar del valor del interés como entidad permanente, sino sólo respecto a un determinado momento. Consecuentemente, explica DONATI, a efectos del seguro puede distinguirse cuatro fases del valor: a) el valor que el interés que se asegura tiene en el momento de la conclusión del contrato o valor asegurable en sentido técnico; b) valor que tiene el interés asegurado en cualquier momento de la vida de la relación aseguradora, después de la celebración del contrato y hasta el instante antes del siniestro, al que llama valor sucesivo; c) el valor que el interés asegurado tiene en el momento inmediatamente antecedente al siniestro cubierto por el seguro, al que llama valor final; d) el valor que el interés asegurado tiene después del siniestro, o valor de residuo. DONATI señala que el valor final menos el valor residual es el valor resarcible, que ya no es el valor del interés, sino el valor de la lesión del interés, es decir, el daño.

posibles variaciones del valor del interés asegurado, el art. 26 LCS establece que el daño habrá de determinarse tomándose como referencia el valor del interés asegurado en el momento inmediatamente anterior a la realización del siniestro.

La regla que el art. 26 LCS establece con carácter general en los seguros de cosas para determinar económicamente el daño, puede ser excluida convencionalmente y plasmarse en la póliza el acuerdo de las partes contratantes para establecer el valor del interés asegurado, que servirá de referencia para la valoración del daño causado a las mercancías con la producción del siniestro. Así lo dispone el art. 28 LCS, conforme al cual se posibilita acordar convencionalmente el valor que se asigna al interés asegurado, lo que permitirá determinar la suma asegurada para el posterior cálculo de la indemnización.

En el seguro de transporte terrestre de mercancías, el art. 62 LCS dispone que el valor de la indemnización del asegurador se determinará, en primer lugar, por la estimación que hayan acordado las partes sobre el valor de las mercancías. En defecto de la referida estima, cuando se trate de pérdida total, para determinar la indemnización deberá tenerse en cuenta tres conceptos: el precio que tuvieran las mercancías en el lugar y en el momento en que se cargaran; todos los gastos realizados para entregarlas al transportista²⁹⁴; y el precio del seguro si éste recayera en el asegurado. Para el cálculo del importe de la indemnización, y siempre en ausencia de acuerdo entre las partes, el propio art. 62 LCS, a modo de excepción, utiliza como criterio para fijar el valor de las mercancías el que éstas se destinen a la venta. Así, en el primer párrafo del

²⁹⁴ Conforme explica TIRADO SUÁREZ, F. J., «Comentario Art. 62 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 1354, se trata de todos aquellos gastos previos a la entrega al transportista en los que se incluyen los gastos de embalaje y acondicionamiento de las mercancías, los necesarios para conducir las hasta el lugar desde donde se efectuará el transporte, los gastos de custodia y mantenimiento, los desembolsos necesarios en orden a la documentación de la operación, también se incluyen los impuestos y los derivados de las operaciones de carga. Quedan por lo tanto excluidos los gastos posteriores a la entrega, como los de descarga, así como el precio del transporte o porte.

artículo se dice que la indemnización cubrirá el precio que tuvieran las mercancías en general en el lugar y en el momento de su carga, mientras que en el segundo párrafo se determina que cuando las mercancías objeto del transporte estén destinadas a la venta, se tomará como referencia para calcular la indemnización el valor que aquéllas tuvieran en el lugar de destino.

De esta forma, el art. 62 LCS establece un criterio legal, supletorio al criterio convencional de las partes, para determinar el cálculo del valor del interés asegurado en el seguro de transporte terrestre, que entra en juego solamente cuando se trata de mercancías en general. Conforme al criterio legal, dado el carácter imperativo de la norma, la indemnización debida por el asegurador abarcará en todo caso tres conceptos: el valor en origen de las mercancías, al que se sumarán los gastos necesarios previos a la entrega al transportista, y también el precio del seguro, en el caso de que sea el asegurado quien pague el importe de la prima²⁹⁵. No obstante, tratándose de mercancías destinadas a la venta, el mismo art. 62 LCS determina que el criterio para regular la indemnización será el valor que tuvieran las mercancías en su destino. De forma que en este caso, el seguro cubre, no sólo el valor de las mercancías en el lugar de origen más los gastos transporte, sino que la indemnización se regulará por el valor de las mercancías en el lugar de destino²⁹⁶. En definitiva, cuando las mercancías objeto del transporte son destinadas a la venta, conforme señala TIRADO SUÁREZ, el valor de venta asume

²⁹⁵ Siguiendo el dictado del artículo 62 LCS, del criterio legal quedan excluidos los gastos que se realicen con posterioridad a la entrega de las mercancías al transportista y los gastos del transporte. No obstante, todos estos gastos pueden ser incluidos en el importe de la indemnización por voluntad de las partes de conformidad con el artículo 2 LCS que permite la incorporación de cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado.

²⁹⁶ DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., «Seguros de incendio, contra el robo, de transportes terrestres y lucro cesante (arts. 54-67)», en VERDERA Y TUELLS, E., (Coord.), *Comentarios a la Ley de contrato de seguros*, Ed., Colegio Universitario de Estudios Financieros, Madrid, 1982, pp. 755-853, p. 825.

«todos los gastos, impuestos, precios del transporte y seguro, e incluso el beneficio futuro»²⁹⁷.

E.- El riesgo en el seguro de transporte terrestre en relación con el interés que se asegura

Junto con el interés, el riesgo es un elemento esencial e imprescindible para la existencia de todo contrato de seguro, de tal forma, que su falta conlleva, como determina el artículo 4 de la LCS, la nulidad del contrato. El riesgo en los seguros de transporte es la posibilidad de un evento dañoso que se cierne sobre los medios de transporte o sobre las cosas transportadas durante el transporte. De este concepto se deriva que se trata de una modalidad de seguro en la que no es necesario que el transporte sea la causa del riesgo, sino que es suficiente que sea su ocasión, esto es, que la posibilidad del riesgo surja con motivo del transporte²⁹⁸. De esta forma, a diferencia de otras especies de seguros contra daños (seguro de incendio, seguro de robo, etc.), en los que las cosas se aseguran frente a unos riesgos específicos en función de la especie de seguro, mientras se hallan en reposo, para el seguro de transporte terrestre se establece, según parece desprenderse del tenor del art. 54 LCS, el principio de la universalidad de riesgos²⁹⁹. Lo cual significa que las mercancías no se aseguran

²⁹⁷ TIRADO SUÁREZ, F. J., «Comentario Art. 62 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 1355-1356. Respecto al beneficio esperado, señala este autor en nota a pie de página 20 (p. 1356), que no se trata de un seguro de lucro cesante sino del mayor valor presunto de la mercancía en destino.

²⁹⁸ DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, vol. III, Milano, 1956, p. 21.

²⁹⁹ Por el contrario, GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., p 297 afirma que la LCS no ha formulado el principio de la universalidad del riesgo en este seguro, aunque puede sostenerse la opinión contraria interpretando la letra del artículo 54 y que en este mismo sentido puede interpretarse el artículo 57 de la Ley. Asimismo, DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Seguros de incendio, contra el robo, de transportes terrestres y lucro cesante (Arts. 54-67)», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, cit., pp. 817 - 818 manifiesta que el principio de universalidad de los riesgos, recogido en el antiguo artículo 435 del Código de Comercio de 1885, no parece formalmente recogido en la LCS. Señala este autor, que el principio de la universalidad de riesgo, que rige en el seguro de transporte de mercancías, nació fundamentalmente en la práctica del transporte marítimo. Estima que este antecedente influenció al legislador de 1885, pero no ha ocurrido lo mismo con el legislador de 1980, que ha tenido presente la práctica aseguradora en este ramo

contra varios riesgos en concreto e individualizados (robo, incendio, explosión, etc.) sino, contra la multitud de riesgos que puedan amenazar dichas mercancías por el hecho de ser desplazadas de un lugar a otro.

Según establece el art. 54 LCS, por virtud del seguro de transporte terrestre «el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos por la Ley y en el contrato, a indemnizar los daños materiales que puedan sufrir con ocasión o consecuencia del transporte las mercancías porteadas, el medio utilizado u otros objetos asegurados». Estamos ante un seguro de daños en el que se cubren los daños materiales que puedan sufrir tanto las mercancías transportadas, como el medio utilizado como vehículo para su transporte, o ambas cosas a la vez, y también se añade, con una redacción del todo imprecisa en el artículo citado, otros objetos que se incluyan dentro de la cobertura de esta modalidad de seguro. Queda ampliamente admitido que mediante este seguro se cubren sólo los daños materiales que se produzcan con ocasión o como consecuencia del transporte, excluyéndose en todo caso, los daños corporales y personales, la responsabilidad civil, los daños morales y los supuestos de lucro cesante que se puedan producir por el transporte³⁰⁰.

del seguro, que ha hecho uso de la autorización dada por el artículo 435 del Código de Comercio a las partes del contrato para excluir de la garantía del seguro algunos riesgos especialmente mencionados en las pólizas.

³⁰⁰ V., entre otros, DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., «Seguros de incendio, contra el robo, de transportes terrestres y lucro cesante (arts. 54-67)», en VERDERA Y TUELLS, E., (Coord.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, p. 811; GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, T. II, p. 330; TIRADO SUÁREZ, F.J., «Comentario Art. 54 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*, 4.^a ed., Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 1189-1220, p. 1200; BOQUERA MATARREDONA, J., *El contrato de seguro de transporte de mercancías por carretera*, cit., p. 36. En la doctrina italiana DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, vol. III, cit., p.14.

Según criterio general de la doctrina³⁰¹, la definición de este contrato de seguro recoge el principio de la universalidad de riesgos y el de la extensión de la cobertura desde el transporte propiamente dicho o, traslado de la mercancía de un lugar a otro, hasta los momentos de reposo que preceden o siguen a la actividad traslativa de las mercancías (cuando la mercancía permanece en almacenes o depósitos a la espera de ser cargada para su transporte o para ser entregada al destinatario una vez finalizado el transporte). El seguro de transporte no cubre sólo los riesgos inherentes al desplazamiento de las mercancías desde el punto de inicio del transporte hasta el punto final. También cubre los riesgos que afectan a las mercancías transportadas cuando se hallan en reposo³⁰² durante las paradas intermedias que puedan efectuarse en el transporte y los riesgos de esas mercancías durante los períodos que preceden al transporte (almacenamiento y carga) y los períodos posteriores a la finalización del transporte (descarga, almacenamiento y entrega a su destinatario)³⁰³.

La extensión de la cobertura del seguro de transporte por los daños materiales acaecidos con ocasión o como consecuencia del transporte, que

³⁰¹ V. DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., «Seguros de incendio, contra el robo, de transportes terrestres y lucro cesante (arts. 54-67)», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, cit., pp. 800-811; PULIDO BEGINES, J. L., *Seguro de mercancías y seguro de responsabilidad civil del porteador terrestre*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 35; BOQUERA MATARREDONA, J., *El contrato de seguro de transporte de mercancías por carretera*, cit., pp. 180-181;

³⁰² V. la SAP de Madrid (Sección 10.^a), de 13 de julio de 2002, Ponente Ángel Vicente Illescas Rus, F.J. 3.^o (AC 2003/880), en la que se estima la procedencia de la cobertura del seguro en un supuesto en que se sustrajeron parte de las mercancías, cuando el camión que las transportaba estaba estacionado en la urbanización donde pernoctaba el conductor para desplazarse a la mañana siguiente al lugar donde debía entregar dichas mercancías. La Audiencia estima que «lo sustancial no es tanto el estado de reposo o movimiento del objeto asegurado, sino su conexión con un ámbito de riesgo determinado como es el que rodea a la operación de transporte: alrededor de ese hecho del transporte, en el que interviene o pueden intervenir multitud de personas, de las que va a depender la custodia de la cosa, giran los mismos riesgos que afectan a la cosa antes o después del cambio de lugar, pero, al recaer sobre un objeto en tránsito («in itinere») esos riesgos adquieren cierta especialidad, y a ellos se añaden otros peculiares».

³⁰³ V., entre otros, DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, vol. III, cit, p.15; DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., «Seguros de incendio, contra el robo, de transportes terrestres y lucro cesante (arts. 54-67)», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, cit., pp. 810 – 811; GARRIGUES J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., pp. 295 – 296.

incluye los daños que puedan sufrir las cosas transportadas en cualquier situación inicial, intermedia o posterior al transporte propiamente dicho, se manifiesta en otros artículos reguladores de este contrato de seguro. Así, el art. 57 aplica el carácter extensivo de este contrato de seguro a todos los siniestros posibles que se hayan realizado durante el plazo de vigencia del contrato. El art. 58 determina que la cobertura del seguro, que se inicia desde que se entregan las mercancías al porteador para su transporte³⁰⁴ en el punto de partida del viaje, hasta que termina con la entrega al destinatario en el punto de destino, podrá extenderse, cuando así lo pacten las partes, a los riesgos que afecten a las mercancías desde que salen del almacén o domicilio del cargador para su entrega al transportista, hasta que entran para su entrega en el domicilio o almacén del destinatario. A su vez, el art. 59 LCS dice que, salvo pacto expreso en contrario, la cobertura del seguro comprenderá el depósito transitorio de las mercancías y la inmovilización del vehículo o su cambio durante el viaje cuando se deban a incidencias propias del transporte asegurado, ajenas a acontecimientos no incluidos en el seguro.

Así, en principio, mediante este seguro se cubren todo género de riesgos que puedan amenazar a las mercancías en el ámbito de su transporte,

³⁰⁴ V. la SAP de Murcia (Sección 3.ª), de 15 de mayo de 2003, Ponente Cayetano Blasco Ramón, FJ 2º (JUR 2003/240119), en la que se considera la no procedencia de la reclamación de la indemnización a la empresa aseguradora en un transporte terrestre de mercancías, por dos motivos. El primero de ellos porque el cargador y porteador de las mercancías son la misma persona, lo cual «impide considerar la existencia de una entrega física de la mercancía, pues ésta se carga en sus propios camiones y en sus mismas instalaciones, o operándose una puesta a disposición de la misma a otra persona física o jurídica de su titular y con el encargo de proceder a llevarla de un sitio a otro». El segundo motivo para desestimar la reclamación de la indemnización se centra en el concepto del artículo 58 LCS, que establece la obligación de indemnizar dentro de los límites legales y contractuales, por los daños ocasionados con ocasión o a consecuencia del transporte, y en el clausulado de la póliza en cuestión, donde decía que ésta, a efectos de la cobertura, operaba desde que el vehículo inicia el viaje asegurado con la mercancía a bordo, determinándose que en este caso el siniestro que afectó a las mercancías no tuvo lugar durante el viaje de aquéllas, sino que acaeció, en las propias instalaciones de la asegurada, mientras se estaba engrasando el camión en el que habían sido previamente cargadas.

cualquiera que sea la causa que los origine³⁰⁵. Legalmente sólo se exceptúa, de forma expresa, de la universalidad de riesgos cubiertos, conforme el dictado del párrafo segundo del artículo 57 LCS, los daños debidos a la naturaleza intrínseca o vicios propios de las mercancías transportadas. Por otro lado, como indica DUQUE, es razonable estimar que en materia de limitación de las causas de riesgo en esta modalidad de seguro, son aplicables limitaciones recogidas en preceptos de la Ley que son predicables a todos los seguros de daños, como el siniestro provocado con dolo por el tomador o el asegurado de este contrato de seguro³⁰⁶.

No obstante, ya antes de la aparición de la vigente LCS, este principio de universalidad de riesgos que se proclamaba en el Código de Comercio con el derogado art. 435 se vio desvirtuado por la práctica aseguradora, puesto que no se aseguraban unitariamente todos los riesgos que pudieran acaecer en un «riesgo del transporte integral», sino que, atendiendo al carácter dispositivo del citado artículo 435, se delimitaban los riesgos que efectivamente quedaban cubiertos por el contrato de seguro de transportes. Mediante el condicionado de las pólizas se procedía a una enumeración exhaustiva de los riesgos incluidos en la actividad del transporte; de esta forma, por razón de la delimitación del riesgo asegurado, a partir de la lista de riesgos enumerados, quedaban excluidos de la cobertura aseguradora toda una serie de riesgos³⁰⁷. Esta práctica

³⁰⁵ El profesor GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., p 297., señala que merced al derogado artículo 435 del Código de Comercio de 1985, dominaba en el seguro de transporte el principio de la universalidad de los riesgos al declarar categóricamente el citado artículo que el contrato de seguro de transporte comprenderá todo género de riesgos, cualquiera que sea la causa que los origine, quedando excluidos los deterioros originados por vicio propio de las cosas o por el transcurso natural del tiempo, salvo pacto en contrario. De esta declaración del artículo 455 del Código de Comercio, afirma Garrigues, se deduce que «el riesgo que se asume es el de transporte como “opus”, consistente en trasladar una cosa de un lugar a otro. Este riesgo del transporte se diversifica en una variedad de riesgos que no es preciso enumerar, porque todos están comprendidos en aquél».

³⁰⁶ DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., «Seguros de incendio, contra el robo, de transportes terrestres y lucro cesante (arts. 54-67)», en *Comentarios a la Ley de contrato de seguro*, cit., p. 819.

³⁰⁷ V. TIRADO SUÁREZ, F.J., «Comentario Art. 57 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*, 4.ª ed.,

aseguradora, manifiesta GARRIGUES, ha sustituido el principio de la universalidad del riesgo por el principio de la pluralidad de riesgos, ya que no cabe hablar de universalidad relativa, por ser contradictoria en sus propios términos³⁰⁸.

Respecto al riesgo, un análisis más detallado de los artículos de la LCS referentes al transporte terrestre nos permite constatar que el principio de universalidad del riesgo puede ser limitado convencionalmente. A pesar de que el art. 54 menciona la obligación del asegurador de «indemnizar los daños materiales que puedan sufrir con ocasión o consecuencia del transporte las mercancías transportadas, el medio utilizado u otros objetos asegurados», al inicio del mismo artículo se habla de que la obligación de indemnizar del asegurador se establece «dentro de los límites establecidos por la Ley y en el contrato». Siguiendo con una idea delimitadora del riesgo, el art. 57 señala, en su primer párrafo, al hacer referencia a la contratación del seguro por viaje o por tiempo determinado, que el asegurador indemnizará «de acuerdo con lo convenido en el contrato de seguro, los daños que sean consecuencia de siniestros acaecidos durante el plazo de vigencia del contrato, aunque sus efectos se manifiesten con posterioridad, pero siempre dentro de los seis meses siguientes a la fecha de su expiración». Este mismo artículo, en su párrafo segundo, excluye de la responsabilidad del asegurador «el daño debido a la naturaleza intrínseca o vicios propios de las mercancías transportadas».

La práctica convencional, alejada del principio de la universalidad del riesgo, se sigue caracterizando por la técnica de la delimitación de los riesgos mediante una enumeración detallada tanto de los riesgos cubiertos como de los excluidos de la cobertura. En el seguro de transporte de mercancías se dispone

Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 1272-1293, p. 1282 y GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 297.

³⁰⁸ GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 297.

de una póliza tipo aprobada por UNESPA (Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras) que contiene unas condiciones generales para esta modalidad de seguro. En la práctica, es usual que se contrate este tipo de seguro incorporando las condiciones generales de la citada póliza UNESPA, aunque también es habitual que se empleen³⁰⁹ las condiciones generales del *Institute (Maritime) Cargo Clauses* (ICC)³¹⁰. Junto a las condiciones generales delimitadoras del riesgo, las pólizas incorporan impresas unas cláusulas delimitadoras de los riesgos para cada transporte en particular.

En las condiciones generales de la póliza UNESPA los riesgos cubiertos por el seguro de transporte de mercancías consisten en la destrucción, los daños materiales y la desaparición de las mercancías aseguradas. La causa de estos riesgos asegurados puede ser un incendio, rayo o explosión cualesquiera que sea su origen, excepto combustión espontánea. Puede ser un accidente de los medios de transporte por la caída del vehículo a cunetas, barrancos, precipicios, ríos y mar; colisión o choque del vehículo portador con otro cuerpo fijo o móvil; vuelco o descarrilamiento; lluvias o nieves tempestuosas, avalanchas y aludes; corrimiento y desprendimiento de tierras, montañas y rocas; rotura de puentes y derrumbamiento de edificios, túneles u otras obras de ingeniería y arquitectura; hundimiento súbito de la vía, de la carretera y de la calzada; agua de mar debido a temporal en trayectos terrestres. Puede tratarse de robo realizado en cuadrilla y a mano armada, debidamente probado, cuando resultara amenazada la vida o la integridad corporal de las personas que ocupen el medio de transporte. También se incluyen en la cobertura determinados accidentes marítimos (cuando se produzcan durante su eventual

³⁰⁹ V. BROSETA PONT, M./ MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, cit., p. 497, donde se señala que en la realidad estas cláusulas también son empleadas en el seguro de transporte terrestre.

³¹⁰ Sobre la importancia de la modificación en 2009 de las cláusulas generales (A) en los seguros a todo riesgo, elaborada por la IUA ver el interesante trabajo de RODAS PAREDES, P. N., «El seguro marítimo de mercancías después de las *Institute Cargo Clauses* 2009 (A): nuevas propuestas y viejos problemas», en *RDT*, n.º 8, 2011, pp. 81-97

tránsito a bordo de embarcaciones para su paso a través de canales, estrechos y franjas marítimas que separen zonas del trayecto asegurado) o aéreos (cuando se trate de transporte complementario al terrestre)³¹¹.

Acerca de los riesgos excluidos, las pólizas contienen un listado que supera considerablemente la lista de riesgos que quedan fuera de la cobertura a la que hace referencia el art. 57 LCS, cuando cita como no asegurables los daños debidos a la naturaleza intrínseca o vicios propios de las mercancías transportadas. Los riesgos excluidos en las condiciones generales de las pólizas son difíciles de clasificar debido a su heterogeneidad. En primer lugar, en la póliza UNESPA se mencionan los causados por determinadas conductas dolosas o constitutivas de culpa grave del personal dependiente del tomador del seguro o del asegurado, consideradas como conductas de «infidelidad» por parte de los sujetos mencionados. Debemos tener presente que la exclusión de los daños causados por mala fe de los dependientes del tomador o del asegurado proviene de la delimitación contenida en el art. 19 LCS para todo tipo de seguros, que exime al asegurador del pago de la indemnización cuando el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado. También se excluyen las conductas que consistan en infracciones de las prescripciones de expedición, importación y tránsito; violación de bloqueo, contrabando y comercio, o actividad o tráfico prohibidos, clandestinos o ilegales. Igualmente, quedan excluidas las demoras, desvíos, impedimentos o interrupción del viaje por causas imputables al asegurado o tomador del seguro.

En segundo lugar, se excluye de la cobertura el retraso en el transporte cuando dicho retraso sea debido a una avería del vehículo o medio de transporte; por el contrario, el retraso en la entrega de las mercancías quedará cubierto cuando la causa coincida con alguno de los riesgos que son objeto de la cobertura. En tercer lugar, se excluyen los daños o destrucción de las

³¹¹ V. art. 1.º de la póliza UNESPA sobre los riesgos cubiertos.

mercancías debidos a la combustión espontánea de las cosas aseguradas; el vicio propio o cualidad intrínseca de las cosas aseguradas o defecto en su fabricación o construcción; defecto o insuficiencia de envase o embalaje; materias radioactivas. En cuarto lugar, quedan fuera de la cobertura, salvo pacto expreso o en contrario, las pérdidas y daños debidas a: mermas naturales; golpe, choque o roce de las mercancías con obstáculos que se encuentren en el trayecto, cuando el transporte se realice en vehículos descubiertos, a no ser que fueren transportadas en contenedores cerrados; robo total o parcial, hurto, extravío o falta de entrega de bultos, derrames, roturas, oxidaciones, manchas, mojaduras, moho, vaho y contactos con otros cargamentos; mala estiba o estiba inadecuada, caída de bultos en las operaciones de carga y descarga³¹². En quinto lugar, en la cláusula se indica que sólo son objeto de cobertura los daños materiales y directos, quedando excluidos de la indemnización los daños indirectos tales como perjuicios comerciales por ventas no realizadas, diferencias de cambio, pérdidas de mercado o de garantía de origen³¹³.

En sexto lugar, se establece que el asegurador no responderá de las pérdidas, averías y daños que puedan sufrir las mercancías, cuando la carga del medio de transporte supere los límites establecido por la autoridad competente o las dimensiones excedan de los correspondientes límites legales, si quien asegura la mercancía es a su vez propietario u operador del medio de transporte o vehículo porteador³¹⁴. Igualmente, se excluye de la cobertura, salvo pacto expreso en contrario, los riesgos y accidentes que la póliza detalla como asegurados cuando sean causados o a consecuencia de situaciones de hostilidades, hechos, actos u operaciones de guerra o conflictos bélicos y, en general por cualquier accidente, guerra, minas, bombas y otros artefactos bélicos que no formen parte del cargamento; los derivados de actos de huelgas,

³¹² V. art. 3.º de la póliza UNESPA para los riesgos excluidos.

³¹³ V. art. 4.º de la póliza UNESPA.

³¹⁴ V. art. 6.º de la póliza UNESPA.

cierres patronales, o actos relacionados con la libertad de trabajo; tumultos, actos de vandalismo o sabotaje, así como inundaciones, terremotos, volcanes u otros fenómenos sísmicos³¹⁵. Finalmente, resta indicar que la póliza UNESPA establece para las condiciones generales que el asegurador no responderá en ningún caso cuando se haya firmado Boletín de Garantía por el remitente o persona que le represente, en virtud del cual no sean a cargo del porteador las pérdidas, daños o averías que se produzcan en las mercancías durante su transporte³¹⁶

Con respecto a los riesgos en el seguro de transporte, ya se ha manifestado con anterioridad que el seguro de transporte terrestre solo cubre los daños materiales directos que puedan sufrir las mercancías o los vehículos utilizados con ocasión o a consecuencia de su transporte por carretera, pero no cubre la responsabilidad del transportista, ni el lucro cesante, ni los daños personales. La actividad del transporte comporta multitud de riesgos; de ello se deriva la existencia de seguros diversos que cubran los diferentes intereses coincidentes alrededor de dicha actividad. No obstante, como acertadamente subraya BOQUERA MATARREDONA, queda claro que no todos estos seguros son un seguro de transporte y, como tal, regulado en los arts. 54 a 62 LCS³¹⁷. El seguro de transporte terrestre, conforme indica el art. 54 LCS, es el que asegura los daños materiales que puedan sufrir el vehículo que se utiliza para efectuar el transporte o las mercancías transportadas.

De esta forma, en relación con el transporte, debemos tener presente el seguro de responsabilidad del transportista o porteador, diferenciando por un lado la responsabilidad frente a terceros derivada de la circulación del vehículo

³¹⁵ V. art. 7.º de la póliza UNESPA.

³¹⁶ V. art. 5.º de la póliza UNESPA.

³¹⁷ BOQUERA MATARREDONA, J., *El contrato de seguro de transporte de mercancías por carretera*, cit., pp. 39 - 40.

utilizado como medio de transporte³¹⁸; y, por otro lado, la responsabilidad que asume como porteador por los daños causados a las mercancías con ocasión del transporte. Respecto a la responsabilidad del porteador por el incumplimiento de la obligación asumida de transportar las mercancías de forma indemne, interesa dejar claro que el seguro de transporte terrestre no cubre esa responsabilidad. Así lo expresa sin lugar a dudas GARRIGUES cuando, acerca del concepto del seguro de transporte terrestre afirma: «aunque el tema está ligado a la responsabilidad del porteador, no éste un seguro de responsabilidad. Ciertamente, el porteador puede asegurarse contra su responsabilidad, en caso de pérdida, avería o retraso de la entrega de la mercancía. Pero será éste un seguro de responsabilidad»³¹⁹. Es decir, el transporte puede dar lugar a la responsabilidad del transportista por incumplimiento de la prestación debida, de ahí que el único seguro que puede estar interesado contratar sea el de responsabilidad civil, pero no el de transporte.

Del mismo modo, teniendo presente la actividad económica que representa el transporte, ha de señalarse que el seguro de transporte terrestre no es un seguro de lucro cesante³²⁰ o de cobertura de ganancias esperadas. La póliza UNESPA para el seguro del transporte terrestre, en el art. 4.º de las condiciones generales, excluye de la cobertura de este seguro los daños indirectos consistentes en perjuicios comerciales por ventas no realizadas. Al

³¹⁸ El seguro de responsabilidad derivada de la circulación de automóviles está regulado en la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, Texto Refundido aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2004, de 29 de octubre, modificado por la Ley 21/2007, de 11 de julio; y su Reglamento aprobado por Real Decreto 1507/2008, de 12 de setiembre. Según determina el art. 1 de la Ley, «El conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de éstos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación».

³¹⁹ V. GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 295. En este mismo sentido, DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Seguros de incendio, contra el robo, de transportes terrestres y lucro cesante (arts. 54-67)», en *Comentarios a la Ley de contrato de seguro*, cit., p. 811 señala que los seguros de responsabilidad del transportista no son seguros de transporte.

³²⁰ V. TIRADO SUÁREZ, F. J., «Comentario Art. 54 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 1200; BOQUERA MATARREDONA, J., *El contrato de seguro de transporte de mercancías por carretera*, cit., p. 39.

respecto, VIVANTE³²¹ afirma que el seguro del beneficio esperado, con el que el expedidor de las mercancías estipula el resarcimiento de un valor que no existe en el momento del siniestro, es un hecho excepcional en el seguro de transporte terrestre, por lo que debe ser expresamente aceptado. Si la póliza está hecha por una suma única, se entiende que esa suma representa sólo el valor de la mercancía y no comprende el beneficio esperado. Este beneficio esperado es objeto de un seguro distinto y, si no se declara que se asegura, queda descubierto.

III.- LA EXISTENCIA DE UN CRÉDITO DE RESARCIMIENTO A FAVOR DEL ASEGURADO FRENTE AL TERCERO RESPONSABLE DEL SINIESTRO

1.- NATURALEZA DEL CRÉDITO OBJETO DE LA SUBROGACIÓN

Como ya hemos explicado, el primer presupuesto y condición básica para la subrogación, es que el asegurador indemnice al asegurado por los daños sufridos en la cosa asegurada como consecuencia de la actuación de un tercero. A este esencial requisito del pago de la indemnización se le añade legalmente un segundo presupuesto necesario para que opere la subrogación, y es que exista una obligación de responsabilidad del tercero en la producción del daño por el cual el asegurador realiza el pago de la indemnización al asegurado³²². Conforme a ello, para que opere la subrogación del asegurador, debe partirse de la existencia de una deuda de responsabilidad del tercero causante del daño y del correlativo derecho de crédito del asegurado perjudicado por la actuación del primero. La existencia de esta deuda de responsabilidad permite al

³²¹ V. VIVANTE, C., *Il Contratto di Assicurazione. Le assicurazioni terrestri*, vol. I, cit., p. 323.

³²² V. DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazione Private*, vol. II, cit., pp. 472-473.; PICARD, M./BESSON A., *Les Assurances Terrestres en Droit Français. (Le contrat d'assurance)*, cit., pp. 505-506; BIRDS, J., *Birds' Modern Insurance Law*, 7 th., ed., London, 2007, p. 321; GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., pp. 199-200; SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., pp. 957-960.

asegurador, tras el pago de la indemnización, subrogarse en el mismo crédito y derechos que ostentaba el asegurado frente al tercero responsable del siniestro amparado por el contrato de seguro.

El crédito del asegurado frente al responsable puede tener su origen jurídico en una relación contractual o derivar de una relación jurídica de carácter extracontractual. La subrogación operará siempre que el asegurado disponga por cualquier título de una acción por responsabilidad, ya sea contractual o extracontractual -responsabilidad por culpa o negligencia o responsabilidad objetiva- frente al responsable del siniestro³²³. De cualquier forma, se trata de un crédito para la obtención del resarcimiento del daño patrimonial experimentado por el asegurado, necesariamente, del mismo daño que ha motivado el pago de la indemnización del asegurador. Así lo indica SÁNCHEZ CALERO cuando habla de «la necesidad de que exista una identidad objetiva entre la indemnización abonada por el asegurador y el resarcimiento que adeuda el tercero responsable»³²⁴. Es decir, para que el asegurador pueda ejercer la acción de subrogación, el daño que ha experimentado el asegurado por la actuación del tercero debe ser el mismo daño que ha originado para él, en virtud del contrato de seguro, la obligación del pago de la indemnización al asegurado³²⁵. La coincidencia en un mismo daño patrimonial de los dos

³²³ V. DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazione Private*, vol. II, cit., p. 474, quien manifiesta que «L'obbligo di responsabilità può derivare sia da responsabilità subbiettiva, cioè da fatto doloso o colposo che abbia provocato il danno, sia da responsabilità per c.d. colpa presunta (in eligendo) o responsabilità obbiettiva per fatti di terzi o non umani per i quali il terzo sia appunto tenuto a rispondere». En términos parecidos, PICARD, M./BESSON, A., *Les Assurances Terrestres en Droit Français. (Le contrat d'assurance)*, T. I, París, 1975, p. 506 afirma que «On ne voit pas, en effet, de raison de distinguer suivant que la responsabilité de l'auteur du dommage est delictuelle ou contractuelle: le motif de la subrogation existe dans les deux cas, à savoir que, l'assuré ayant reçu réparation du préjudice à lui causé, l'assureur doit pouvoir agir à sa place contre l'auteur responsable». En el mismo sentido, GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, op. cit., p. 200; HERNÁNDEZ MARTÍ, J., «Comentario Art. 43 LCS», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, cit., p. 543.

³²⁴ SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 958.

³²⁵ DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazione Private*, vol II, cit. p. 473, subraya al respecto «che l'indennità riguardi il danno di cui è responsabile il terzo. Si l'assicuratore paga l'indennità

derechos de crédito que ostenta el asegurado damnificado, uno de resarcimiento frente al tercero responsable y el otro del pago de la indemnización frente al asegurador, permite hablar del principio de congruencia³²⁶. Dicho principio implica que entre el resarcimiento debido por el tercero y la indemnización abonada por el asegurador debe existir una relación y que el nexo que establece dicha relación es la reparación de un mismo daño patrimonial en la persona del asegurado³²⁷.

Así, se considera que el principio de congruencia encuentra su fundamento en otro de los principios rectores de los seguros de daños, esto es, el principio indemnizatorio. Puesto que el pago de la indemnización del asegurador se realiza para reparar el daño sufrido por el asegurado, aquél sólo podrá ejercer la acción para reclamar al tercero responsable de ese mismo daño, la cantidad abonada en virtud del contrato de seguro. De esta forma, se

relativamente alla lesione di interesse su cosa diversa o per evento diverso da quelli per i quali è responsabile il terzo, non può esservi surrogazione».

³²⁶ RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit. p. 238, subraya que el principio de congruencia o «Kongruenzprinzip» ha sido especialmente analizado y desarrollado por la doctrina alemana., destacando especialmente a MOELLER, SIEG y SCHLEGERBER. Este principio se halla recogido en el propio art. 43 LCS cuando establece que el asegurador que ha cumplido con su obligación contractual de pagar la indemnización acordada, podrá ejercitar los derechos y las acciones que «por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a los responsables del mismo». Dicho principio exige que el pago de la indemnización del asegurador y el resarcimiento debido por el tercero responsable del siniestro persigan el mismo objeto consistente en reparar el perjuicio patrimonial infringido al asegurado con la producción del siniestro.

³²⁷ TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., pp. 103-104, alerta en torno a las formulaciones del principio de congruencia demasiado amplias, como las que mantienen que la subrogación sólo puede operar cuando el derecho de crédito surja únicamente respecto a los daños incluidos en la cobertura del contrato de seguro del que se deriva la subrogación. Entiende este autor, que una formulación de este tipo permitiría al tercero responsable oponerse a la pretensión del asegurador excepcionando la falta de cobertura del siniestro que motivó el pago de la indemnización, no con base al modo como se ha interpretado y ejecutado el contrato de seguro, el cual le es completamente ajeno, sino amparándose en el incumplimiento de uno de los presupuestos necesarios para la subrogación. Por esta razón, señala TATO PLAZA, es preferible adoptar una definición del principio de congruencia más estricta, en virtud de la cual, sólo debería exigirse que la indemnización abonada por el asegurador y el resarcimiento adeudado por el tercero responsable procuren la reparación del daño patrimonial ocasionado al asegurado, con independencia de si este daño está cubierto o no por el seguro, cuestión en la que no puede entrar a valorar el tercero responsable por ser ajeno a dicho contrato.

entiende que el principio de congruencia cumple con el objetivo de impedir que el asegurado obtenga una doble reparación por un idéntico daño³²⁸.

Este principio, como hemos examinado, opera sobre el objeto material del seguro, de forma que el asegurador sólo podrá reclamar al tercero responsable por los daños causados a los bienes asegurados. Pero al mismo tiempo, el principio de congruencia también debe exigirse respecto al interés asegurado, de forma que el asegurador sólo podrá subrogarse frente al tercero por el daño patrimonial que representa para el damnificado la pérdida, sea parcial o total, del interés asegurado que ha comportado la producción del siniestro. Consecuentemente, los restantes daños de índole patrimonial que puedan derivarse u ocasionarse con la desaparición del interés asegurado, quedan fuera de la acción subrogatoria del asegurador, por tratarse de intereses distintos y por lo tanto, ajenos a la cobertura del seguro que da origen a la subrogación³²⁹. El derecho de crédito por dichos daños seguirá estando en manos del asegurado indemnizado, quien podrá ejercerlo directamente frente al tercero responsable del siniestro.

Como hemos visto, la subrogación sólo opera cuando el siniestro hace nacer a favor del asegurado un derecho de crédito frente al tercero responsable. Ahora bien, es necesario puntualizar que el crédito en el que se subroga el asegurador debe ser un crédito de resarcimiento, dirigido a reparar el desequilibrio patrimonial experimentado por el asegurado perjudicado con la producción del daño. Precisamente, dado que la finalidad de la indemnización debida por el asegurador, es mantener económicamente indemne al asegurado perjudicado por el siniestro, quedan excluidos de la subrogación los créditos carentes de la función de resarcimiento del quebranto patrimonial ocasionado al

³²⁸ TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., p. 104.

³²⁹ RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., pp. 238-240.

damnificado³³⁰. En consecuencia, la subrogación no tendrá lugar cuando el crédito que ostente el asegurado sea para reclamar al responsable de ese siniestro una compensación por los daños morales que igualmente se deriven se deriven del siniestro. Tampoco podrá subrogarse el asegurador en los créditos y acciones del asegurado para exigir el cumplimiento de un contrato, por carecer del necesario carácter resarcitorio, pero sí podrá hacerlo en los créditos para exigir al tercero el perjuicio patrimonial derivado del incumplimiento de dicho contrato; del mismo modo, no serán objeto de la subrogación los derechos dominicales, puesto que el derecho de crédito que se ostenta frente al tercero es un derecho real de propiedad sobre la cosa³³¹.

De esta forma, el asegurador, que en virtud de su obligación contractual de garantizar al asegurado, ha pagado la indemnización, subingresa legalmente en el crédito que el asegurado ostenta frente al tercero. Como consecuencia de dicho pago, adquiere todos los derechos y acciones del asegurado derivados de los daños y perjuicios patrimoniales ocasionados por el siniestro que dio lugar a la prestación de la garantía, para poder así reclamar al responsable de ese siniestro el resarcimiento de lo pagado.

2.- EL CRÉDITO OBJETO DE LA SUBROGACIÓN EN EL SEGURO DE TRANSPORTE DE MERCANCÍAS

Como ya se ha expuesto, el crédito objeto de la subrogación es el mismo crédito de resarcimiento que tenía el asegurado ante el responsable de la pérdida o los daños ocasionados a las mercancías transportadas. También se ha señalado que ese crédito de resarcimiento del asegurado puede tener un origen contractual, en virtud del contrato de transporte celebrado para la expedición de las mercancías o, ser de naturaleza extracontractual, cuando la acción de

³³⁰ TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., p. 102.

³³¹ Ejemplos extraídos de RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., pp. 235-236.

responsabilidad se fundamenta en la actuación de un tercero completamente extraño a la relación de transporte.

En el seguro de transporte de mercancías, el asegurador se obliga frente al asegurado al pago de la indemnización acordada por la pérdida o los daños sufridos por las mercancías con ocasión o a consecuencia de su transporte. Se trata de un seguro que da cobertura, en principio, a una universalidad de riesgos, de los que legalmente –*ex art. 57 LCS*– sólo se excluyen los daños debidos a la naturaleza intrínseca o vicios propios de las mercancías transportadas. Pero lo normal es que en cada caso las partes contratantes, mediante el redactado particular de la póliza, acaben delimitando los riesgos concretos que serán objeto de la cobertura. Ahora bien, cuando acaezca alguno de los riesgos cubiertos por el seguro, el asegurador que ha pagado la indemnización por los daños sufridos por la carga transportada, sólo podrá subrogarse en los derechos del asegurado, cuando exista un tercero responsable del siniestro asegurado a quien poder reclamar el importe de la indemnización. Dicha responsabilidad, tal como se ha indicado en el epígrafe anterior, debe entenderse como sinónimo de surgimiento de una deuda de carácter resarcitorio en manos del asegurado frente al tercero causante del daño a las mercancías.

En esta modalidad de seguro, se establece la obligación indemnizatoria del asegurador para resarcir al asegurado los daños materiales y la desaparición de las mercancías aseguradas con motivo de su transporte. Pero no deberá responder, como ya se ha indicado, por los daños derivados de los vicios inherentes a la cosa asegurada, y tampoco, por la culpa del propio asegurado o la de las personas de las cuales éste último sea responsable, en la producción del siniestro. Se trata por lo tanto, de un seguro por el que se cubren los riesgos derivados de caso fortuito o de fuerza mayor en relación con la persona asegurada. En esta delimitación del riesgo asegurado se entiende que la

responsabilidad del transportista por los daños ocasionados a la mercancía, no siendo imputable al asegurado, constituye un caso fortuito para éste³³².

Luego, en el seguro por el que se cubren los riesgos del transporte, el asegurador que ha indemnizado al asegurado el daño o la pérdida de la mercancía transportada, no podrá resarcirse de lo pagado en aquellos casos en los que el daño se ha producido por causa fortuita o por fuerza mayor, ni en los casos en que no exista un tercero responsable a quien imputar los daños. Por el contrario, sí que podrá subrogarse y reclamar la cuantía abonada en concepto de indemnización cuando los daños sufridos por las mercancías deriven de la actuación culposa o negligente de un tercero. En otras palabras, cuando exista un sujeto, distinto del asegurado, a quien se le pueda exigir su responsabilidad en la producción del daño, sea el propio porteador, sea otra persona ajena a la actividad del transporte.

Mediante la subrogación el asegurador se dirige contra el tercero en lugar del asegurado damnificado, de modo que ejercita la misma acción de responsabilidad que éste último tiene contra el causante del daño. Su derecho para reclamar al tercero queda delimitado por el derecho del asegurado, lo que significa que puede beneficiarse de todos los privilegios y garantías pertenecientes a éste, pero al mismo tiempo, que el tercero podrá invocar al asegurador subrogado las mismas excepciones que podía oponer al asegurado. En consecuencia, la acción del asegurador es de la misma naturaleza y tiene el mismo alcance que la del acreedor originario, de forma que podrá ejercerse bajo los mismos presupuestos y dentro de los mismos límites en que podía hacerlo el acreedor subrogante.

³³² VIVANTE, C., *Il Contratto di Assicurazione. Le Assicurazioni Terrestri*, vol. I, cit. p.316, señala que «L'assicuratore deve risarcire all'assicurato il danno e la perdita, che colpiscono le merci viaggianti per qualsiasi caso fortuito o per forza maggiore. La colpa del vettore, che non è imputabile all'assicurato, è un caso fortuito per lui».

En referencia a la naturaleza y al alcance del derecho en el que se subroga el asegurador la doctrina jurisprudencial ha manifestado reiteradamente que la subrogación del asegurador se encuadra dentro de la figura legal de la novación subjetiva del acreedor, de forma que la legitimación del asegurador trae causa de la propia legitimación del asegurado para reclamar la deuda del tercero responsable³³³.

3.- EL CONCEPTO DE TERCERO RESPONSABLE DEL DAÑO

El art. 43 LCS concede al asegurador una subrogación en los derechos y acciones del asegurado contra el tercero responsable del siniestro que ha afectado el interés cubierto por el seguro. Pero, al mismo tiempo, el propio artículo establece que la acción no podrá ejercitarse en perjuicio del asegurado, con lo que se impide que el asegurador pueda dirigirse mediante la subrogación contra la persona acreedora de la indemnización debida por el asegurador³³⁴. Consecuentemente se desprenden dos presupuestos para que pueda llevarse a cabo la subrogación. El primero de ellos, es que el tercero debe ser una persona distinta del asegurado en sentido estricto, es decir, como beneficiario de la prestación, puesto que no cabe la subrogación contra el propio asegurado. En segundo lugar, es que ese tercero, contra el que se dirige la acción de subrogación, debe ser responsable del daño causado al asegurado³³⁵.

Por lo tanto, uno de los principales problemas que plantea el ejercicio de la subrogación del asegurador es la identificación del tercero responsable y del

³³³ V. por todas, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 11 de octubre de 2007, Ponente Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, F.J.2.º (RJ 2007/6489) que se pronuncia en los siguientes términos: «...la acción subrogatoria responde a las características de la novación modificativa por cambio de acreedor, a que alude el art. 1203.3 CC, en relación con el art. 120 párrafo segundo, y 1212 del CC, de manera que el régimen de derechos, obligaciones, plazo de ejercicio de la acción y excepciones oponibles por los terceros responsables, al asegurado, es el mismo que éstos pueden oponer al asegurador subrogado. La subrogación, a diferencia de la acción de reembolso o regreso del art. 1158 del Código Civil, que supone el nacimiento de un nuevo crédito contra el deudor en virtud del pago realizado, el cual extingue la primera obligación, transmite al tercero que paga el mismo crédito inicial, con todos sus derechos accesorios, privilegios y garantías de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1212 del Código Civil».

asegurado. Como veremos a continuación, la determinación de estas figuras es especialmente problemática en el seguro de transporte terrestre.

A.- El sujeto pasivo de la acción de subrogación. La consideración de tercero responsable

La determinación del tercero responsable no es una cuestión pacífica en la doctrina científica. En este punto, la doctrina tradicionalmente ha considerado que el tercero es la persona ajena a la relación jurídica nacida del contrato de seguro³³⁶. Conforme a esta tesis, no puede identificarse con la figura del tercero ni al asegurador, ni al tomador del seguro, ni al asegurado, por ser estos tres sujetos que intervienen en el contrato. Podemos observar que acorde con esta postura el tomador del seguro no puede ser calificado como tercero, con lo cual se le está equiparando de forma generalizada con la persona del asegurado, ya que frente a éste no es posible dirigir la acción subrogatoria, afirmación que no podemos compartir sin más consideraciones. En efecto, en los casos en los que el interés que se asegura no es el del tomador del seguro, sino el de un tercero, desde el momento en que aquél no es el asegurado, no cabe excluir frente a él la subrogación del asegurador cuando ha sido el causante del daño.

³³⁴ Así, la LCS recoge el principio *nemo subrogat contra se*. Obviamente, la formulación de la subrogación no podía ser de otra forma, teniendo en cuenta que el asegurador que se subroga ejerce una acción que no le es propia de forma originaria, sino que la acción de resarcimiento que ejercita deriva de un derecho de crédito que nace en manos del asegurado damnificado en contra del tercero autor del siniestro frente al cual se asegura. Por ello, si no existe reclamación frente a uno mismo, no puede existir la subrogación.

³³⁵ SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 958, subraya la necesidad de que el tercero sea responsable del siniestro «en el sentido de que su conducta ha sido la causa del evento dañoso».

³³⁶ V. en general, GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit. pp. 199-200; DONATI, A., *Tratatto del Diritto delle Assicurazione Private*, vol II, cit. p.474; GENOVESE, A., «Il fondamento razionale della surroga dell'assicuratore», cit., p. 21.

Debemos partir del hecho de que la mayoría de los ordenamientos jurídicos admiten la posibilidad de contratar un seguro por cuenta ajena³³⁷. Es decir, de que el contrato pueda ser estipulado por una persona distinta a la que finalmente resultará asegurada, por ser esta última la persona titular del interés asegurado en el momento de producirse el siniestro, y por tanto, la legitimada para exigir al asegurador el pago de la indemnización garantizada mediante el contrato de seguro³³⁸. En estos casos, no es infrecuente que el tomador del seguro por cuenta ajena sea quien esté en contacto directo con las cosas o bienes asegurados y por ello responsable de los daños que aquéllas puedan sufrir mientras estén bajo su posesión o custodia. Cuando esto suceda, es evidente que con la producción del siniestro surgirá a favor del asegurado un crédito de resarcimiento contra el responsable del siniestro. Pues bien, a pesar de que el asegurado esté plenamente legitimado para ejercer su derecho de crédito y reclamar al deudor el perjuicio patrimonial que éste le ha ocasionado, la subrogación del asegurador en el crédito de su asegurado sólo tendrá lugar en función de que el tomador responsable del siniestro pueda ser considerado el sujeto pasivo de la subrogación, esto es, el tercero responsable.

Entre los exponentes españoles de la doctrina clásica que han negado el carácter de tercero responsable al tomador del seguro destacamos al profesor GARRIGUES, quien, al referirse al segundo de los presupuestos legales para el ejercicio de la acción del asegurador que se subroga, expresa la necesidad de que nazca a favor del perjudicado «una acción de responsabilidad contra el tercero, es decir, contra quien no sea ni tomador del seguro, ni asegurado, ni

³³⁷ Entre otros, el art. L112-1 del *Code des Assurances Français*; el art. 1891 *Cod. Civ.* Italiano; el art. 43 del *Versicherungsvertragsgesetz*.

³³⁸ El art. 7 de la LCS determina que «El tomador del seguro puede contratar el seguro por cuenta propia o ajena. En caso de duda se presumirá que el tomador ha contratado por cuenta propia. El tercero asegurado puede ser una persona determinada o determinable por el procedimiento que las partes acuerden»

asegurador»³³⁹. Del mismo modo, en la doctrina italiana, se encuentran autores que rechazan atribuir la condición de tercero responsable a los sujetos relacionados jurídicamente por el contrato de seguro. Así, DONATI manifiesta que «tercero es aquel que no es ni parte contractual (contratante) ni titular del derecho a la prestación del asegurador (asegurado)»³⁴⁰.

Esta posición doctrinal que ha sostenido que el tomador del seguro, por ser parte en el contrato, no podía ser considerado tercero responsable y por ello sujeto pasivo de la acción de subrogación, ha sido motivo de revisión³⁴¹. En esta línea crítica, RUÍZ SOROA pone de relieve que la definición que la doctrina tradicional ha hecho respecto al tercero se basa en su consideración de persona ajena al contrato de seguro. Desde esta perspectiva, entiende el autor citado que no puede calificarse como tercero ni el asegurador, ni el tomador del seguro, ni el asegurado. Así, la fijación del concepto de tercero en función de que sea parte o no en el contrato implica que el tomador del seguro queda automáticamente excluido de dicho concepto, lo cual es inaceptable si no se somete a un análisis más profundo. Para este autor, el concepto de tercero no debe partir de la ajenidad de la persona respecto al contrato de seguro, sino que debe establecerse sobre la base de «la relación efectiva de cobertura que une a asegurador y asegurado, con independencia de quién haya contratado el seguro: de esta forma, sería considerado tercero aquella persona que no tiene derecho a la protección otorgada por el contrato de seguro»³⁴².

Coincidente con esta opinión, SÁNCHEZ CALERO incide en que la ajenidad exigida al tercero para quedar excluido de la subrogación del asegurador, no debe establecerse esencialmente respecto a los sujetos relacionados por el

³³⁹ GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit. pp. 199-200.

³⁴⁰ DONATI, A., *Tratato del Diritto delle Assicurazione Private*, vol II, cit. p.474. En este mismo sentido, GENOVESE, A., «Il fondamento razionale della surroga dell'assicuratore», cit., p. 21.

³⁴¹ V. RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit. pp. 241-242; SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 959.

³⁴² RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit. pp. 241-242

contrato de seguro, sino que ha de determinarse por su distinción de la persona del asegurado en sentido estricto, a quien, como titular del interés objeto el seguro, se le reconocen los derechos dimanantes del contrato³⁴³.

Es notorio, como ya hemos adelantado, que no siempre el tomador del seguro es la persona que resulta finalmente asegurada y por ello acreedora de la prestación del asegurador. En este sentido, debemos tener en cuenta el seguro concluido por cuenta ajena y el seguro por cuenta de quien corresponda, en los que la postura de asegurado y de tomador del seguro no coincide en una misma persona. A nuestro entender, y siguiendo el tenor del art. 43 LCS, la condición de tercero, en calidad de responsable del siniestro, debe fijarse únicamente respecto al asegurado, es decir, la persona que tenga derecho a la protección garantizada por el asegurador. Poniendo en relación el art. 7 LCS, que contempla la posibilidad de que el asegurado pueda ser una persona distinta del tomador del seguro, con el art. 43 LCS, que sólo excluye de la subrogación al asegurado, debe concluirse que el tercero sujeto pasivo de la acción del asegurador puede ser el tomador del seguro siempre y cuando, sin tener la condición de asegurado, se le pueda imputar la responsabilidad por la producción del siniestro.

Nos sumamos por lo tanto a la tesis, de la que hemos apuntado a alguno de sus autores más representativos³⁴⁴, que afirma que el concepto de tercero no puede establecerse respecto del contrato de seguro, sino, específicamente, del hecho de carecer de la condición de asegurado y de la correlativa cobertura derivada del contrato.

En definitiva, para que el asegurador pueda subrogarse frente al tomador del seguro es preciso que a este último se le atribuya la condición de

³⁴³ SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 772.

³⁴⁴ Más recientemente TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., p. 107.

tercero responsable. Ello ocurrirá cuando su actuación le haga responsable del siniestro y del contenido del contrato se derive que no es el asegurado por ese contrato porque no es su interés el que se asegura sino el interés de un tercero. Por lo tanto, la determinación del tercero sujeto pasivo de la acción de subrogación depende de la interpretación que se haga del específico contrato del cual deriva el derecho del asegurador³⁴⁵.

B.- La posición del tomador en el seguro por cuenta ajena y en el seguro por cuenta de quien corresponda

Respecto a quién debe ser considerado sujeto pasivo del derecho de subrogación del asegurador, hemos constatado que la pura y simple afirmación de que dicho sujeto debe ser ajeno al contrato de seguro no resulta satisfactoria. Ante la amplia variedad de riesgos y de siniestros cubiertos por las distintas modalidades de seguros, para considerar satisfactoria tal respuesta, es necesario contar con elementos que permitan precisar, en cada caso, el concepto de tercero responsable. Como ya se ha indicado, es un hecho reconocido que, a menudo, el tomador del seguro es una persona distinta del asegurado y también es evidente que el daño puede ser producido por quien, habiendo estipulado el contrato, no asume la posición de asegurado³⁴⁶. En este sentido, se señala³⁴⁷ que, para hablar del tercero sujeto pasivo de la subrogación, será necesario que éste sea subjetiva y objetivamente responsable del daño ocasionado al asegurado; es decir, entre la acción u omisión del tercero y el siniestro debe intervenir una inmediata relación de causalidad, sin la presencia de la cual no será permitida la acción de subrogación del asegurador. Será

³⁴⁵ SOTGIA, S., «Soggetto passivo dell'azione di surroga assicurativa», en *Assicurazioni*, II, 1952, pp. 171-175, p.173.

³⁴⁶ Esta situación es especialmente frecuente en el seguro de transporte de mercancías en el que el transportista responsable de la ejecución del transporte contrata el seguro por cuenta de un tercero (el propietario o el destinatario de las mercancías), que será la persona asegurada por ser la titular del interés cubierto por el contrato.

³⁴⁷ SOTGIA, S., «Soggetto passivo dell'azione di surroga assicurativa», cit., p. 171.

entonces sujeto pasivo de la acción de subrogación cualquier persona responsable del siniestro que, en relación al contrato, no resulte asegurada o cubierta por el seguro, pudiendo ser el tomador del seguro.

La situación planteada es factible en el seguro por cuenta ajena, que es aquel en que el tomador contrata el seguro en su propio nombre pero por cuenta de un tercero, que será la persona titular de los derechos que se deriven del contrato por ser quien tiene una relación directa con el interés que se asegura y por ello la que se ve expuesta al riesgo³⁴⁸. Por lo tanto, en el seguro por cuenta ajena el tomador del seguro y el asegurado son personas distintas. De esta forma, para que tenga lugar el seguro por cuenta ajena, es decir, que el asegurado, como beneficiario del seguro, sea una persona distinta del tomador o contratante, es preciso que conste claramente que éste último contrata por cuenta ajena, de lo contrario la LCS presume que el tomador contrata el seguro por cuenta propia³⁴⁹.

³⁴⁸ V. art. 7 LCS

³⁴⁹ La STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 31 de marzo de 2004, Ponente Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, F.J. 1.º (RJ 2004/2071), se refiere a un supuesto de seguro de multirriesgo industrial en la que se estima la procedencia del pago de la indemnización al arrendador (asegurado) de la nave siniestrada en el incendio provocado intencionadamente por el arrendatario tomador del seguro por cuenta ajena, en el que incluye tanto el contenido como el continente. Así afirma en el F.J. 1.º: [«En efecto, en la póliza de seguro de tipo multirriesgo suscrita por la parte recurrente, el 4 de mayo de 1992, la firma «Assicurazioni Generali, SA» con el titular de la entidad mercantil «Muebles Demar, SL», se estableció en la cláusula inicial la siguiente frase en la que ésta, como tomadora del seguro, «lo hacía actuando en nombre propio o de quien corresponda». Por lo que el núcleo de la presente cuestión se traslada a la determinación de si la parte recurrida, Darío, como persona «de quien corresponda» se constituía en titular de un bien asegurado –en este caso la nave en la que estaba instalada la maquinaria de la industria de «Muebles Demar, SL», cuyo titular provocó dolosamente un incendio que afectó no sólo a tal utillaje, sino también a la «nave-continente»-. Y si como tal titular era beneficiario de una concreta indemnización (...). O sea que en el presente caso surge nítidamente la figura derivada de que el tomador del seguro no es el interesado en recibir la prestación del asegurador –tercer asegurado-. Todo ello basado en la relación arrendaticia que existió entre el causante del incendio y la parte demandante y ahora recurrida, y según se infiere del contrato locativo suscrito entre el propietario y arrendatario. También es cierto que el artículo 7 establece la presunción «iuris tantum» de que en caso de duda se ha de entender que el tomador ha contratado por cuenta propia. Pero en el presente caso no se ha destruido tal presunción porque se ha constatado que el seguro multirriesgo plasmado en la póliza de 4 de mayo de 1992, el

Es decir, la LCS parte del supuesto más habitual en el que el titular del interés que se quiere asegurar contrata el seguro en su propio nombre y por cuenta propia, coincidiendo en este caso en una misma persona la figura del asegurado y la del tomador del seguro. Sin embargo, la finalidad del seguro por cuenta ajena no es dar cobertura a intereses propios del tomador del seguro, sino asegurar el interés de un tercero, pero no el interés de cualquier tercero, sino el de la persona titular del interés al que se quiere dar cobertura mediante el seguro. Por lo tanto, en esta modalidad de seguro, siendo distintas la persona del tomador y del asegurado, la LCS se ha preocupado por establecer las relaciones entre el tomador y el asegurador y las de éste último con el asegurado. Consecuencia de esta regulación es que corresponden al tomador las obligaciones y los deberes derivados del contrato, gravitando éstos principalmente en el pago de las primas y en el deber precontractual de declaración del riesgo; por otro lado, corresponderán al asegurado los derechos derivados del seguro, básicamente, el derecho a la indemnización debida por el asegurador³⁵⁰.

El seguro por cuenta ajena puede contratarse por cuenta de persona determinada, declarando desde el momento de su estipulación la persona portadora del interés que se asegura, es decir, el asegurado. Igualmente, puede ser contratado por cuenta de persona de la que se desconoce su identidad al formalizar el contrato, pero está identificada directamente con referencia a criterios objetivos establecidos en el propio contrato (por ej., el cargador de la mercancía o el destinatario de la misma). De cualquier forma, en el contrato por cuenta ajena propiamente dicho nunca resultará asegurado el tomador del seguro porque siempre se identifica como acreedor del asegurador a un tercero

tomador del seguro contrató también por cuenta ajena. Por lo que esta persona «ajena» debe tener derecho en caso de siniestro a ser indemnizado»].

³⁵⁰ Debemos tener presente que el art. 7 LCS establece que los derechos que derivan del contrato corresponden al asegurado o, en su caso, al beneficiario, salvo los especiales derechos del tomador en los seguros de vida.

interesado distinto del contratante. Asimismo, el contrato por cuenta ajena puede celebrarse en la modalidad por cuenta de quien corresponda, cuando en el momento de celebrar el contrato se desconoce quién es el tercero interesado en la prestación derivada del contrato³⁵¹. Mediante esta forma contractual se deja indeterminada la persona asegurada porque su concreción se realizará indirectamente y de forma sucesiva en función de la relación existente con el interés. Ello posibilita que finalmente pueda resultar asegurado el propio tomador, siempre que se halle en la situación objetiva prevista en el contrato, esto es, que verificado el siniestro sea el titular del interés objeto de la cobertura del asegurador. Estas dos formas de pactar el seguro, por cuenta ajena o por cuenta de quien corresponda, expresan tan sólo una diferencia estructural, por el hecho de la determinación o indeterminación del asegurado en el momento de celebrarse el contrato, pero dicha diferencia estructural no se traduce en una diferencia sustancial, puesto que la relación entre el seguro y el interés existe desde que se estipula el contrato y se mantiene durante la vida de éste³⁵². De modo que nada impide que pueda celebrarse el contrato por cuenta de persona indeterminada –puede haber más de una persona interesada– en el momento inicial si se establecen los presupuestos objetivos para su identificación.

La contratación del seguro por cuenta de quien corresponda puede derivar de un mandato legislativo, como es el caso del seguro obligatorio de automóvil, en el que el tomador será el propietario del vehículo, o cualquier persona que tenga interés en el aseguramiento, y el asegurado será el conductor del vehículo, pudiendo en este caso coincidir el tomador con el asegurado.

³⁵¹ V. GASPERONI, N., *Assicurazioni Private*, cit., p. 590, cuando afirma que el contrato por cuenta de quien corresponda permite que el interés subjetivo que se asegura quede cubierto a pesar de la indeterminación o la mutación del titular del mismo; de forma que la adquisición y la pérdida de la calidad de asegurado coincide con el momento de la adquisición y la pérdida del interés que se asegura.

³⁵² GARRIGUES, J., *El contrato de seguro terrestre*, cit., p. 73, puntualiza que el seguro por cuenta de quien corresponda es el seguro de «un interés que queda indeterminado respecto de la persona y clase de interés y sólo determinado respecto del objeto del seguro».

También puede derivar de un contrato en el que se establece con carácter adicional la obligación de estipular el contrato de seguro, supuesto muy frecuente en los seguros de transporte³⁵³, en el que el transportista contrata un seguro de transporte de mercancías por cuenta del cargador o del destinatario de aquéllas. También en los contratos de custodia de cosas ajenas, en los que el tomador del seguro estipula el contrato por cuenta de la persona a quien aquéllas pertenecen. Por lo tanto, la relación existente entre asegurado y tomador, conforme a la cual se estipula el seguro por cuenta de otro, puede ser de naturaleza diversa, pero la consecuencia esencial es que los derechos derivados del contrato corresponden al asegurado mientras que las obligaciones son a cargo del tomador del seguro.

Por lo que respecta a la naturaleza jurídica del seguro por cuenta ajena, se ha considerado diversas hipótesis en las que estudiar esta forma de gestionar el interés del asegurado por parte del tomador del seguro. Estas distintas hipótesis abarcan desde que se trata de un negocio representativo, una gestión de negocios, un contrato de comisión, un contrato *sui generis* o un negocio a favor de terceros³⁵⁴. Como se hace evidente, la cuestión de dilucidar la naturaleza jurídica de esta institución no está exenta de dificultades.

³⁵³ GARRIGUES, J., *El contrato de seguro terrestre*, cit., pp. 70-71, señala que la modalidad del seguro por cuenta ajena nació en la Edad Media en el ámbito del seguro marítimo, con la obligatoriedad de declarar el nombre del asegurado (en la Ordenanza de los Magistrados de Barcelona de 1435 se cita este tipo de contrato), posteriormente, por la necesidad de mantener en secreto la identidad del asegurado, se utilizó la fórmula del seguro por cuenta de quien corresponda. Explica este autor, que originariamente se asimiló a la comisión, pero se establecía una solidaridad entre el contratante y el tercero interesado respecto al pago de la prima y se permitía a este tercero asegurado o comitente reclamar directamente al asegurador el pago de la indemnización. Este tipo de seguro se desarrolló ampliamente durante el siglo XX con el transporte tanto terrestre como marítimo y con el desarrollo del comercio, por cuanto comportan una serie de casos en los que se está temporalmente en posesión de bienes ajenos. V. también DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, T. II, cit., pp.70-72.

³⁵⁴ En este sentido, FERRI, G., «L'assicurazione per conto nella teoria dei contratti» en *Assicurazioni*, T. I, 1952, pp. 375-384, pp 375-378, se muestra crítico con la doctrina italiana manifestando que cuando se ha tratado de dar una sistematización dogmática del complejo fenómeno del seguro por cuenta, en sus diversas formas de seguro en nombre ajeno, por cuenta

En referencia al posible encuadre en el concepto de la representación económica del asegurado por parte del representante, debemos tener en cuenta el hecho de que tanto en el seguro por cuenta ajena como en el seguro por cuenta de quien corresponda el tomador del seguro contrata en nombre propio. De tal modo, no es posible asociarlo con la representación directa, conforme a la cual, el contrato se estipula en nombre de un tercero, el representado, de resultas que será éste último el efectivo contratante, esto es, el tomador del

ajena y por cuenta de quien corresponda, se ha perdido la sustancial unidad de estructura y de función práctica que marcan a las diferentes figuras y se ha finalizado por encuadrar el seguro en nombre ajeno y el seguro por cuenta ajena en el instituto de la sustitución representativa directa o indirecta, mientras que se ha incluido el seguro por cuenta de quien corresponda en la categoría del contrato a favor del tercero. Esta sistematización, observa el autor, se debe a que se ha centrado la atención principalmente en la relación asegurado-asegurador y tomador-asegurador, dejando de lado la otra relación que completa el fenómeno, esto es, la relación entre tomador y asegurado. Descuidando esta relación se ha perdido de vista la diferencia sustancial que existe entre “actuar por cuenta” y “actuar a favor”, que impone clasificar las dos figuras en categorías jurídicas netamente diferenciadas. En ambos casos se procura la realización de un interés del tercero. Pero quien actúa “por cuenta ajena” tiene la intención de lograr el interés del tercero a cargo de éste; quien actúa “a favor de tercero” tiene la intención de lograr el interés del tercero a su propio cargo. De ello se derivan diversos presupuestos y consecuencias. Por lo que respecta a los presupuestos, cuando se actúa “por cuenta ajena”, al realizarse el interés del tercero a su costa, es necesario la atribución del poder para llevar a cabo el acto por cuenta y no es preciso ningún interés propio en quien actúa, mientras que en el contrato “a favor de tercero”, realizándose el interés del tercero a cargo del contratante, es necesario la existencia de un interés de éste último en la estipulación a favor del tercero y no es preciso investidura alguna. En cuanto a las consecuencias, quien actúa “por cuenta ajena” tiene derecho al reembolso de cuanto ha pagado para la realización del interés del tercero y goza de un privilegio sobre lo que ha conseguido por cuenta de aquél; quien actúa “a favor de tercero” no tiene tal derecho dado que, a través de la realización del interés del tercero, realiza también un interés propio. Teniendo en cuenta la diferencia sustancial que existe entre actuar “por cuenta” y actuar “a favor” de tercero, Ferri señala las razones fundamentales que han llevado a la doctrina a incluir el seguro por cuenta de quien corresponda en la categoría del contrato a favor de tercero. Por un lado, se observó que el seguro por cuenta de quien corresponda no siempre se estipula como consecuencia de un mandato o comisión, por lo que no era posible recurrir a la institución del mandato con o sin representación; por otro lado, se observó que con base al principio del mandato sin representación no puede justificarse el efecto típico del seguro por cuenta de quien corresponda, esto es, que el derecho a la indemnización corresponde al asegurado, con exclusión absoluta del contratante, de forma que sólo podrá ser ejercitado por el asegurado, puesto que el principio basilar del mandato sin representación es precisamente que el mandatario asume los derechos y las obligaciones derivados del acto que ha realizado con el tercero. Por último, en el seguro por cuenta de quien corresponda puede resultar asegurado el propio tomador siempre que se encuentre en la situación objetiva prevista en el contrato.

seguro³⁵⁵. Por otro lado, no puede asimilarse con la representación directa puesto que falta la necesaria atribución del poder, la *contemplatio domini*, para actuar en nombre del representado gestionando sus intereses³⁵⁶. Tampoco se trata de una comisión ya que, a diferencia de ésta, en las dos modalidades de celebrarse el seguro por cuenta ajena, los derechos derivados del seguro nacen directamente en la persona del tercer interesado y no en el contratante³⁵⁷, de forma que aquéllos son exigibles al asegurador directamente por la persona titular del interés objeto de la cobertura aseguradora. A ello hay que añadir que en la comisión el comisionista conoce el nombre del comitente aunque no lo manifieste, cosa que no ocurre en el seguro por cuenta de quien corresponda, que se caracteriza por la indeterminación de la persona interesada, de manera que puede resultar asegurado el propio contratante o un tercero interesado.

Una vez vista la insuficiencia de la teoría de la representación, directa o indirecta para explicar plenamente la naturaleza jurídica del seguro por cuenta ajena, conviene atender a otras posiciones doctrinales. Así, un sector de la doctrina³⁵⁸ ha considerado más acertado encuadrar este contrato de seguro dentro del esquema del negocio a favor de tercero recogido en el art. 1257 CC, entendiendo que esta figura posibilita dar respuesta a otras cuestiones del contrato que no quedan resueltas en el redactado del art. 7 LCS. Por otro lado, la identificación del seguro por cuenta ajena con la estipulación a favor de tercero no ha sido plenamente satisfactoria para otro sector doctrinal³⁵⁹. En este

³⁵⁵ V. art. 247 CCom en que se señala que cuando el comisionista contratare en nombre del comitente el contrato y las acciones derivadas del mismo “producirán su efecto entre el comitente y la persona o personas que contrataren con el comisionista”.

³⁵⁶ Sobre el concepto y significación jurídica del poder de representación v. DÍEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho privado*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 125-131.

³⁵⁷ V. art. 246 CCom que establece que cuando el comisionista contrate en nombre propio, “quedará obligado de un modo directo, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quien contratare, las cuales no tendrán acción contra el comitente, ni éste contra aquellas”.

³⁵⁸ V. SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 7 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*, 4.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 213-230, p. 220.

³⁵⁹ Entre otros, v. FERRI, G., «L’assiurazione per conto nella teoria dei contratti», cit. pp. 376-377.

sentido, GARRIGUES afirma que más que un puro contrato con estipulación a favor de tercero, se trataría de una figura intermedia entre la representación directa y la indirecta en la que el contratante sería un apoderado para el ejercicio de los derechos contractuales y sería un comisionista para el cumplimiento de las obligaciones. Conforme a este planteamiento el interesado asegurado sería parte del contrato para exigir directamente al asegurador los derechos derivados del contrato, sin que recaiga sobre él el deber de cumplimiento propio del tomador del seguro frente al asegurador³⁶⁰. De todas formas, salvo algunas excepciones como las que acabamos de señalar³⁶¹, la doctrina dominante considera que tanto el seguro por cuenta ajena como el seguro por cuenta de quien corresponda son contratos estipulados a favor de tercero³⁶², con la salvedad de que no es necesaria la aceptación del tercero, ni el asegurador es libre para revocar su promesa de cumplimiento a pesar de que no se haya producido la aceptación.

Llegados a este punto, una de las cuestiones que ha de precisarse es saber quién es el tercero a favor del cual se estipula el contrato de seguro, esto es, la persona asegurada. Esta cuestión no presenta problemas cuando se contrata el seguro a favor de persona determinada. Ahora bien, cuando el contrato se concluye por cuenta de persona indeterminada o por cuenta de quien corresponda, surge el problema de identificar al tercero interesado que se verá favorecido por el seguro. Debemos partir del principio básico de que en todo contrato de seguro, para que sea válido, debe existir un interés objeto de la cobertura aseguradora y que dicho interés, determinado e identificado

³⁶⁰ Para una explicación más detallada v. GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit. p. 74.

³⁶¹ En esta misma opinión crítica respecto a la asimilación del seguro por cuenta ajena con el contrato con estipulación a favor de tercero, v. GARCÍA LUENGO, R. B., «Consideraciones sobre el seguro por cuenta ajena», en *RDM*, n.º 167-168, 1983, pp. 7-74, pp. 44-49, quien aporta reflexiones críticas a la configuración del seguro por cuenta ajena como un contrato a favor de tercero, señalando que ambas figuras son de distinta naturaleza, por lo cual, no responden a idénticos presupuestos ni se inspiran en los mismos intereses, resultando incompatibles en sus particulares efectos.

³⁶² V. por todos, DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, T. II, cit., pp. 80-83.

mediante criterios objetivos, debe establecerse también con carácter subjetivo, es decir, en relación con una persona que sea titular de ese interés. En este aspecto, la cuestión que se plantea es si el tercero a favor del cual se estipula el contrato, es el titular del interés asegurado en el momento de la conclusión del contrato, o si es el titular del interés en el momento del siniestro, considerando la doctrina mayoritaria que el tercero asegurado y legitimado para exigir el pago de la indemnización, será la persona titular del interés asegurado en el momento de producirse el siniestro³⁶³.

Las razones que se aportan en apoyo de la anterior afirmación³⁶⁴ es que de aceptarse el primer supuesto, es decir, que la titularidad del interés asegurado se establece en el momento de la estipulación del contrato, en caso de circular el interés, los sucesivos interesados serían destinatarios de la prestación del asegurador sólo por la transmisión del derecho por parte del titular precedente, con la oposición por parte de aquél de todas las excepciones personales que tenía frente al titular precedente. Sin embargo, si se tiene en cuenta la relación aseguradora, en la que el derecho del asegurado no consiste en la expectativa de la obligación del asegurador, sino en el derecho al pago de la indemnización al verificarse el siniestro, es por este derecho, y no por la simple expectativa, que se estipula el contrato a favor de tercero. Consecuentemente, la estipulación se realiza directamente a favor de quien resulte ser titular del interés asegurado en el momento del siniestro. Ciertamente, cada uno de los posibles titulares del interés puede serlo de forma efectiva en el momento de suceder el siniestro, de forma que, con la adquisición y la pérdida de tal condición, se adquiere y pierde automáticamente el derecho a reclamar la indemnización. La conclusión a la que se llega es que mediante el

³⁶³ DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, T. II, cit. P. 82; GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 73; SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 7 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit. p.181.

³⁶⁴ V. DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, T. II, cit., p. 82.

contrato por cuenta ajena o por cuenta de quien corresponda, al tercero no le corresponde un derecho derivado de los anteriores titulares y sujeto a las excepciones oponibles a éstos, sino que adquiere un derecho autónomo y por ello sometido a las excepciones personales propias y a las derivadas del contrato. De esta forma, en el contrato de seguro estipulado por cuenta de quien corresponda, hasta que no se verifica el siniestro, cada titular del interés que se asegura sólo tiene un derecho eventual al resarcimiento, surgiendo este derecho de forma incondicional únicamente en el momento de producirse el siniestro³⁶⁵.

En efecto, aunque en el momento de la celebración del contrato se desconozca quién es el asegurado, y por ello, quién es la persona que, llegado el momento, pretenda obtener el resarcimiento derivado de dicho contrato, su identidad deberá descubrirse necesariamente después del siniestro. Ciertamente, verificado el siniestro, el asegurador debe saber quién es el asegurado para poder oponerle ciertas circunstancias que incidan en su obligación de indemnización, como la agravación del riesgo, o el perjuicio que el asegurado ha ocasionado al propio derecho del asegurador de ejercer la acción subrogatoria. Indudablemente, el asegurador debe conocer la identidad del asegurado puesto que sólo a él, por su calidad de damnificado, deberá pagar legítimamente la indemnización debida por el contrato de seguro. En definitiva, el asegurado y el asegurador, una vez que se produzca el siniestro cubierto por el seguro, podrán ejercitar el uno contra el otro todas las acciones que derivan de dicho contrato de seguro³⁶⁶.

La consecuencia de que el tercero asegurado se determine respecto a la existencia de la titularidad del interés en el momento de verificarse el siniestro, es que el contrato por cuenta de quien corresponda no será estipulado a favor de cualquier tercero, sino de quien ostente dicha titularidad, de lo que resulta

³⁶⁵ GASPERONI, N., *Assicurazioni Private*, cit., p. 589.

³⁶⁶ VIVANTE, C., *Il Contratto di Assicurazione. Le Assicurazioni Terrestri*, vol. I, cit. p. 132.

que el tomador, por falta de interés, nunca obtendrá el derecho de reclamar la prestación del asegurador. Por lo tanto, se evidencia³⁶⁷ que la estipulación a favor del interesado no es, como en otros casos de estipulación a favor de terceros, accesoria, sino que es requisito necesario para la validez del contrato. De modo que éste sería nulo por falta de interés del tomador y el tercero no adquiriría el derecho por falta de estipulación del contrato a su favor, porque el tercero por cuenta de quien se concluye el contrato no es un tercero beneficiario cualquiera, sino el titular del interés objeto de cobertura, es decir, el asegurado.

Reanudando la cuestión de considerar al tomador del seguro como sujeto pasivo de la acción de subrogación del asegurador y, enlazando con los seguros por cuenta ajena y por cuenta de quien corresponda, acabamos de ver que el tomador del seguro y el asegurado son personas distintas. Ello posibilita que en esta forma de contratar el seguro, cuando el tomador es responsable del siniestro, sin ser la persona asegurada, porque no es la titular del interés asegurado, será considerado el tercero responsable contra el que el asegurador podrá dirigir su acción de reclamación de la indemnización abonada al asegurado. En estos casos, lo habitual es que la relación interna entre el tomador del seguro y el asegurado se derive de un contrato previo, y como ejemplos más típicos podemos señalar el contrato de transporte o el de depósito, en los que queda a cargo del transportista o del depositario la contratación del seguro en interés de los legitimados para exigir la entrega de las cosas aseguradas. En estos ejemplos mencionados el tomador del seguro puede ser responsable de los daños que han sufrido los bienes asegurados mientras estaban bajo su custodia y, de esta forma, surgirá en él una deuda de responsabilidad frente a la persona asegurada. La acción para exigir dicha responsabilidad la adquirirá el asegurador una vez haya indemnizado al asegurado.

³⁶⁷ DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, T. II, cit. pp. 83-84.

El seguro por cuenta ajena y por cuenta de quien corresponda ha tenido una amplia difusión ligada al desarrollo de la actividad económica, permitiendo la circulación del seguro unido a las cosas aseguradas. De esta manera, se considerará legitimado para exigir la indemnización al asegurador quien sea el titular del interés asegurado en el momento de producirse el siniestro. Cuando se contrata un seguro por cuenta de un tercero determinado, el estipulante sabe quién es el titular del interés en caso de que se produzca el siniestro y así lo declara en la póliza; pero puede que desconozca quién sea esa persona, en este caso estipula el seguro por cuenta de un tercero indeterminado. En ambos casos, conozca o no la identidad del tercero interesado, lo que sí sabe es que ese tercero no es él, por lo que nunca podrá tener la condición de asegurado en ese contrato, de forma que, siendo el causante del daño a las cosas aseguradas, podrá ver dirigida contra él la acción de subrogación. El seguro por cuenta de quien corresponda se estipula cuando el contratante no sabe quién será el titular del interés en el momento de producirse el siniestro e ignora si será él mismo u otra persona. En este caso, el tomador del seguro podrá ser la persona asegurada siempre que se encuentre en la situación objetiva prevista en el contrato y de la cual depende la determinación de dicha titularidad³⁶⁸.

³⁶⁸ El contrato por cuenta de quien corresponda tiene una especial importancia en las compraventas internacionales realizadas en condiciones CIF, en las que el vendedor debe contratar un seguro a fin de cubrir los riesgos o daños que puedan sufrir las mercancías durante el transporte marítimo. Se trata de un seguro por cuenta de quien corresponda en el que el vendedor-tomador del seguro queda obligado al pago de las primas correspondientes y se faculta al comprador o, a cualquier otra persona que tenga un interés asegurable sobre la mercancía, para reclamar directamente al asegurador el pago de la indemnización. Bajo el término CIF la persona asegurada queda indeterminada en el momento de estipularse el contrato y se concretará posteriormente con la producción del siniestro, pudiendo ser dicha persona el comprador de la mercancía o el propio vendedor, puesto que éste asume todos los riesgos de daño o pérdida de la mercancía hasta el momento en que efectúa su entrega al transportista. Sobre el transporte marítimo en condiciones CIF contratado por cuenta de quien corresponda, v. ROSSELLO, C., «Termini di resa Incoterms e titolarità dell'interesse assicurato», en *Il Diritto Marittimo*, II, 2005, pp. 998-1001; BOGLIONE, A., «Notarelle sulla portata della rinuncia alla surroga assicurativa contro il vettore», en *Il Diritto Marittimo*, II, 2007, pp. 823-831. Acerca de los trabajos realizados para la elaboración de los nuevos «Incoterms 2010» v. SELLARÉS SERRA, J., «Incoterms, hacia una nueva revisión, 2011», en *RDT*, n.º 3, 2009, pp. 252-256

Naturalmente, coincidiendo en dicha persona la posición de tomador y la de asegurado nunca podrá ser considerado el tercero frente a quien pueda dirigirse en subrogación el asegurador.

Una vez que hemos visto los efectos jurídicos que la cláusula por cuenta de quien corresponda despliega en la relación aseguradora y su íntima conexión con el interés asegurado, y antes de pasar a estudiar la problemática que presenta esta fórmula contractual en el seguro de transporte terrestre, creemos que es preciso analizar previamente la figura del tomador en el contrato de seguro de transporte de mercancías y su identificación o no con el asegurado.

C.- El tomador del seguro de transporte terrestre

El tema de la identificación del asegurado y la delimitación del tercero responsable del siniestro contra el que podrá dirigirse el asegurador subrogado, resulta especialmente problemática en el caso del seguro de transporte terrestre. Ello es así por la equívoca redacción del art. 56 LCS cuando menciona los distintos sujetos que pueden contratar este seguro. En él se hace referencia no sólo al propietario del vehículo o de las mercancías transportadas, sino que también se cita al comisionista de transporte y a las agencias de transporte, «así como todos los que tengan un interés en la conservación de las mercancías, expresando en la póliza el concepto en que se contrata el seguro».

Interesa destacar que el art. 56 LCS, cuando enumera a las distintas personas que pueden contratar un seguro de transporte, aparte del propietario de las mercancías o del vehículo, lo hace refiriéndose a ellas en calidad de tomadoras del seguro -«podrán contratar este seguro»-, y no lo hace en calidad

e «"INCOTERMS 2010", DAT IS THE QUESTION (TAMBIÉN DAP)», en *RDT*, n.º 5, 2010, pp. 197-199.

de personas aseguradas por el mismo³⁶⁹. En un contrato de seguro de transporte de mercancías, la persona asegurada es la persona titular del interés objeto del seguro³⁷⁰, entendiéndose que lo que se asegura en este tipo de contrato es el interés directo de una persona sobre las mercancías transportadas. En estrecha relación con el interés, el art. 4 LCS establece la existencia obligatoria del riesgo para la validez del contrato de seguro, dado que lo que se aseguran son los intereses de las personas frente al riesgo de que se produzca un determinado evento dañoso sobre la cosa asegurada, en este caso, sobre las mercancías.

En el contrato de seguro de transporte de mercancías, el riesgo es la posibilidad de que, con ocasión o a consecuencia del transporte, se produzca la destrucción, deterioro o desaparición de las mercancías. De esta forma, la persona asegurada será la que esté expuesta a ese riesgo objeto de la cobertura aseguradora. Así, el riesgo y el interés son elementos esenciales en todo contrato de seguro, de ahí la importancia de determinar cuál es el interés que se asegura y frente a qué riesgo. La individualización del riesgo permitirá identificar en el contrato quien es la persona asegurada, pues asegurado, sólo puede serlo la persona titular del interés que se asegura y por ello, será la

³⁶⁹ En este sentido GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., pp. 298-299, respecto a los distintos intereses coincidentes en la conservación de las mercancías transportadas, señala que el contrato pactado será un verdadero contrato de seguro de transporte terrestre cuando el interés que se asegura sea el del propietario cargador de la mercancía, o el del simple cargador, sin ser propietario, o el del consignatario de la misma. A su vez, observa GARRIGUES, también la empresa porteadora tiene interés en exonerarse de la responsabilidad frente al cargador o al destinatario. Ahora bien, puntualiza este autor, «pese a la amplitud del artículo 56, es más cierto que la empresa porteadora, aun estando interesada en la conservación de las mercancías, si contrata un seguro de esta clase, más que un verdadero contrato de seguro de transporte terrestre se tratará de un seguro, no contra los riesgos del transporte propiamente dicho, sino del riesgo de la responsabilidad derivada del transporte, que va a cargo de la empresa porteadora».

³⁷⁰ V. RUÍZ SOROA, J. M.^a; ARRANZ DE DIEGO, A.; ZABALETA SARASUSA, S., *Manual de Derecho de Seguro Marítimo*, Dpto. de Transportes y Obras Públicas, Escuela de Administración Marítima, Vitoria, 1993, p 36., al señalar que propiamente hablando, «asegurado lo es el titular del interés sometido al riesgo, es decir, la persona que, en virtud de una relación –usualmente de propiedad- con aquél interés, experimenta un perjuicio patrimonial en caso de que se realice el siniestro. Así, la determinación de la calidad de asegurado adviene a través de su relación con el interés asegurado, y no por su calidad de contratante directo («tomador» en la terminología aseguradora) del seguro».

persona legitimada para exigir la prestación debida al asegurador en caso de que se verifique el siniestro frente al cual se asegura³⁷¹.

En puridad, el seguro de transporte terrestre de mercancías sólo cubre los intereses directos sobre las cosas transportadas. Se trata de intereses económicos que inciden directamente sobre unas cosas concretas y específicas, esto es, las mercancías que son objeto del transporte. Por lo tanto, el asegurado lo será la persona que en el momento de acaecer el siniestro demuestre que tiene un interés económico directo que le une a las mercancías transportadas. Las personas con un interés directo en las mercancías pueden serlo el propietario de las mismas, el usufructuario o el acreedor pignoraticio³⁷². Serán estas personas las que sufran directa e inmediatamente, desde el momento en que se produce el siniestro, un daño económico concreto como consecuencia de la pérdida o el deterioro de las mercancías y por ello las que podrán exigir, en virtud del seguro de transporte, la indemnización derivada del mismo.

Por otro lado, y como consecuencia del transporte, habrá otras personas interesadas en que las mercancías lleguen a su destino en las mismas condiciones en que se encontraban antes de iniciar el transporte. Así, estarán interesadas en que las mercancías lleguen indemnes a su destino todas las personas que intervengan de alguna forma en la operación de transporte: el porteador, la agencia de transporte, el comisionista de transporte, los almacenistas; pero el interés que estas personas tienen en las mercancías es un interés indirecto sobre bienes ajenos. Efectivamente, las personas acabadas de citar no se verán directamente perjudicadas por la pérdida de la mercancía, sino que su interés es indirecto en cuanto nace de la responsabilidad que asumen

³⁷¹ Al respecto DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, vol II, cit., p.232, señala que la individualización del interés asegurado, además de ser necesaria para la individualización del riesgo, es también indispensable para que sean identificados los presupuestos para la eventual prestación del asegurador, es decir, «el *an* o el *quando debeatur*».

³⁷² BOQUERA MATARREDONA, J., *El contrato de seguro de transporte de mercancías por carretera*, cit., p. 168.

con la custodia de las mercancías, responsabilidad que les obliga a responder frente al legítimo propietario y reparar la pérdida patrimonial directa que para éste representa el siniestro en las mercancías aseguradas.

De esta forma, en todo transporte de mercancías existen intereses coincidentes³⁷³ en su conservación. Por un lado, unos de naturaleza directa, cuyos titulares serán las personas que directamente se vean perjudicadas por el siniestro. Por otro lado, otros de naturaleza indirecta, los titulares de los cuales serán las personas que de alguna forma intervienen en la custodia de las mercancías durante la toda la operación de transporte y que verán afectado su patrimonio por el surgimiento de una deuda de responsabilidad frente al legítimo propietario por el daño causado a las mercancías durante su custodia o transporte³⁷⁴. Consecuentemente, concluirán un verdadero contrato de seguro de transporte de mercancías los titulares de un interés directo en las mercancías transportadas. Mientras que los titulares de un interés indirecto en la conservación de las mercancías, como lo es el porteador, lo que deberán contratar es un seguro de responsabilidad civil por la ejecución del transporte

³⁷³ En lo referente a los intereses coincidentes v. DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, vol II, cit., pp. 203-204, quien señala que «por efecto de la posibilidad de una obligación primaria (reaseguro) o secundaria contractual o legal (seguro de responsabilidad civil) un sujeto adquiere un interés económico indirecto (interés de responsabilidad) en la cosa de un tercero, interés que viene a coincidir, con el límite de la obligación, con el interés económico directo del tercero sobre la cosa (en tal caso se habla de intereses coincidentes). Dicho interés indirecto tiene por objeto una cosa determinada cuando la obligación surge por efecto de una relación con una cosa determinada (responsabilidad por la custodia de una cosa del tercero en el seguro de responsabilidad civil; obligación del asegurador de pagar la indemnización en el caso de siniestro de una cosa en el reaseguro); tiene en cambio por objeto una cosa indeterminada cuando la obligación surge por efecto de una determinada situación (ejercicio de una determinada actividad profesional; uso de un determinado medio de transporte; etc.) de la cual puede derivar en una lesión de los intereses de un tercero: en este caso el interés indirecto tiene por objeto el bien del tercero que se verá perjudicado, bien indeterminado hasta el momento de la lesión pero, por efecto de ésta, determinable».

³⁷⁴ DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, vol. II, cit., p. 231., indica que los intereses coincidentes entran en la categoría de los intereses indirectos y que en caso de seguro de todos los intereses coincidentes, el principio indemnizatorio viene tutelado por la acción subrogatoria que con base al artículo 1916 Cod. Civ. Italiano (artículo 43 LCS) corresponde al asegurador del interés directo contra el responsable, mientras que éste es indemnizado a su vez por su asegurador.

para responder a las posibles reclamaciones por las pérdidas o deterioro de las mercancías³⁷⁵.

D.- El seguro de transporte contratado por el porteador por cuenta propia

De conformidad con lo que veníamos diciendo, el seguro de transporte de mercancías sólo podrá ser contratado por cuenta propia por el propietario de las mercancías o por la persona que esté legitimada por cualquier título para exigir la entrega de aquéllas. Por lo tanto, el porteador solamente podrá contratar este seguro cuando transporte mercancías que son de su propiedad. Dejando fuera de la cuestión la circunstancia de que el transportista o el porteador sea también el propietario de las mercancías, cuando estos operadores del transporte contratan un seguro de transporte de mercancías por cuenta propia, interpreta mayoritariamente la doctrina³⁷⁶ que, en realidad, están

³⁷⁵ La SAP de Madrid, (Sala de lo Civil, Sección 10ª), de 13 de julio de 2002, Ponente Ángel Vicente Illescas Rus, F.J. 7.º (AC 2003/880), en referencia a las personas legitimadas en el artículo 56 LCS para contratar un seguro de transporte terrestre de mercancías, y en concreto, cuando se trata del porteador, afirma que «el único seguro que puede estar interesado en concertar el porteador por cuenta propia, como asegurado, es un seguro de daños al vehículo (...) y, en relación con las mercancías, un seguro de responsabilidad civil, no un seguro de daños de las cosas transportadas (...). Ello no obstante, puede el porteador ser asegurado en un seguro de transporte de mercancías, si se da la circunstancia de que él es a su vez, propietario de las mismas».

³⁷⁶ DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Seguros de incendio, contra el robo, de transportes terrestres y lucro cesante (arts. 54-67)», en *Comentarios a la Ley de contrato de seguro*, cit., p. 815, indica que si el porteador, el comisionista de transporte o las agencias de transporte contratan en nombre propio, más que de un seguro de transporte terrestre se estará en presencia de un seguro de responsabilidad civil, que cubrirá la responsabilidad de los citados operadores del transporte por la pérdida, la avería o el retraso en la ejecución del transporte; GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit. pp.298-299, manifiesta que si la empresa porteadora interesada en la conservación de las mercancías contrata un seguro, no será contra los riesgos del transporte propiamente dicho, sino de responsabilidad civil derivada del transporte; RECALDE CASTELLS, A. J., «Conocimiento de embarque y acción por pérdidas y averías», cit., pp. 770-771, afirma que el interés que aseguran el porteador o el comisionista cuando contratan por cuenta propia no es otro que el derivado de la pérdida patrimonial que sufren como consecuencia del deber de indemnización que asumen frente al acreedor de la prestación de transporte; se trata de un seguro de responsabilidad civil que se rige por sus propias reglas y no por las del seguro de daños; PULIDO BEGINES, J. L., *Seguro de mercancías y seguro de responsabilidad civil del porteador terrestre*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 29, pone de relieve que la distinta naturaleza del seguro de

contratando un seguro de responsabilidad civil. Así, mediante la contratación del seguro de transporte procuran cubrir la posible reclamación por el surgimiento de una deuda ante el propietario de la mercancía, derivada del incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de la obligación que asumió contractualmente de transportar de forma indemne las mercancías hasta su lugar de destino

En todo contrato de seguro de daños es imprescindible la existencia de un interés ya que su ausencia comporta la nulidad de aquél. Si definimos el concepto de interés como la relación económica entre sujeto y un bien amenazado de un riesgo determinado³⁷⁷, se desprende la íntima relación entre

mercancías (seguro de daños) y el de responsabilidad civil no permite interpretar que la expresión “otros objetos asegurados” contenida en el art. 54 LCS cubre la responsabilidad a civil a cargo del transportista, puesto que el seguro de mercancías es un seguro de daños materiales; RUÍZ SOROA, J. M.^a, «La responsabilidad del porteador y el seguro en el transporte terrestre», en *RDM*, n.º 242, 2001, pp. 1989-2008, pp. 1990-1991, mantiene que el seguro por el que se garantiza la responsabilidad del porteador y su obligación de resarcir las pérdidas o averías de las mercancías porteadas es un seguro de responsabilidad, no un seguro de transporte. El autor excluye que la referencia que el art. 54 LCS hace a los “otros objetos” asegurables incluya en ningún caso un seguro de responsabilidad puesto que el objeto de cobertura del seguro de transporte queda limitado por la referencia general del precepto señalado a los “daños materiales”; BOQUERA MATARREDONA, J., *El contrato de seguro de transporte*, cit., p. 61, en referencia a los sujetos mencionados por el art. 56 LCS como contratantes del seguro de transporte de mercancías, pone de relieve que los transportistas pueden ser tomadores del seguro porque tienen un interés indirecto en la conservación de las mercancías por cuanto su pérdida incide indirectamente en su patrimonio, pero no pueden tener la condición de asegurados por carecer del necesario interés directo en la conservación de las mercancías; TIRADO SUÁREZ, F. J., «Comentario Art. 56 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*, 4.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 1242-1271, p. 1263, afirma que en un contrato de seguro de transporte de mercancías el operador del medio de transporte tendrá la consideración de tomador del seguro, ya que si el porteador es el asegurado estaríamos ante un seguro de responsabilidad civil que brindará cobertura a un interés propio frente a las mercancías consistente en mantener indemne su patrimonio de las pretensiones de los derechohabientes de las mercancías destruidas o deterioradas. Por parte de la doctrina italiana, VIVANTE, C., *Il contratto di Assicurazione. Le Assicurazioni Terrestri*, vol. I, cit., p. 322, subraya que el transportista que asegura las mercancías por cuenta propia, no concluye un verdadero seguro contra los riesgos del transporte, sino contra la responsabilidad que le incumbe al porteador por el contrato de transporte; FERRARINI, S., «Assicurazione presa dal conduttore e prova dell'interesse assicurativo» en *Assicurazioni*, II, 1952, pp. 156-160, pp. 157-158, sostiene que el interés del porteador no radica en los bienes asegurado, sino en cubrir su eventual responsabilidad.

³⁷⁷ Este es el concepto de interés en el que coinciden FERRARINI, S., «Assicurazione presa dal conduttore e prova dell'interesse assicurativo» en *Assicurazioni*, II, p.159 y PICARD, M./BESSON,

el interés y el riesgo puesto que se asegura un interés porque éste se ve amenazado por un determinado riesgo de manera tal que el riesgo se convierte junto al interés en elemento esencial para la existencia del seguro³⁷⁸. Pues bien, es un hecho indiscutible que hay distintas modalidades de seguros para dar cobertura a los diferentes riesgos, de modo que se contratará un específico seguro para un determinado interés sometido a unos riesgos concretos. Por lo tanto, para proseguir con nuestro estudio respecto a poder diferenciar entre el tomador y el asegurado en un contrato de transporte de mercancías hemos de establecer la distinta naturaleza jurídica de un seguro de transporte de mercancías y de un seguro de responsabilidad civil. Para ello, es preciso identificar los distintos intereses y riesgos objeto de la cobertura de cada uno de estos contratos.

El interés que se asegura en el seguro de transporte de mercancías es el interés equiparable al del propietario o, como lo define la doctrina italiana, «interesse sulla sostanza della cosa»³⁷⁹, es decir, en la cosa en sí misma. Del concepto de interés se deriva que la relación entre el sujeto y el bien que se asegura, es de naturaleza económica y no jurídica, por lo que no es necesario tener una relación de propiedad con la cosa, sino estar en la situación de hecho de ser titular de ese interés. Por consiguiente, el interés que se asegura en el

A., *Les assurances terrestres. (Le contrat d'assurance)*, cit. p. 308. En contra DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, vol. II, cit. pp. 194-195, define el interés como la relación económica entre un sujeto y un bien; mostrándose contrario a definir el interés en relación con el riesgo señala que el riesgo no es un elemento de la definición de interés sino sólo de su aseguramiento y que el interés existe aunque esa relación económica no esté amenazada por ningún riesgo.

³⁷⁸ GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., pp.113-114, considera que el riesgo es la causa del contrato, en el sentido de que es el motivo determinante del tomador del seguro para celebrar el contrato.

³⁷⁹ V. FERRARINI, S., «Assicurazione presa dal conduttore e prova dell'interesse assicurativo», en *Assicurazioni*, cit., pp. 156-159, señala que el interés definido en los seguros de daños como la relación económica entre un sujeto y una cosa amenazada de un riesgo, no es sólo el interés del propietario de la cosa sino también de quien, sin ser jurídicamente identificado como tal, viene a soportar el daño como si lo fuera. Explica el autor que tal interés se ha definido generalmente como «interés del propietario» aunque, para evitar equívocos, la doctrina ha preferido denominarlo «interesse sulla sostanza della cosa».

seguro de transporte no es necesariamente el interés del propietario de las mercancías sino también el de aquellas personas que tiene un derecho subjetivo para exigir del porteador la entrega de aquéllas. De cuanto antecede se desprende que quien contrata este seguro por cuenta propia es la persona que está interesada en la integridad de las mercancías aseguradas porque tiene un vínculo económico directo con ellas, resultando lo más habitual que dicho contrato lo formalice el cargador propietario de las mercancías.

El seguro de transporte de mercancías es un seguro de daños materiales, es decir, es un seguro mediante el cual se da cobertura a las mercancías que se transportan, luego, el interés asegurado, es la relación económica que une a una persona con las mercancías. Resulta claro que este interés, o relación económica con las mercancías, no es el interés que tiene el sujeto que asume contractualmente la obligación de su transporte.

El interés del porteador no radica en los objetos que transporta, por el contrario, su interés incide en su propio patrimonio. Es este interés patrimonial que el porteador asegura para cubrir su propia responsabilidad frente al propietario de las mercancías³⁸⁰. En tal caso, el seguro no tiene por objeto la integridad de las mercancías aseguradas, sino la integridad del patrimonio del porteador contra el riesgo de hacer frente a una eventual acción de reclamación de responsabilidad dirigida contra él por el propietario de las mercancías siniestradas. Consecuentemente, el porteador no puede contratar un seguro de transporte de mercancías por su propia cuenta puesto que carece del interés que se considera propio de este seguro, esto es, el interés material en las mercancías

³⁸⁰ Como ya habíamos citado VIVANTE, C., *Il contratto di Assicurazione. Le Assicurazioni Terrestri*, vol. I, cit., p. 322, afirma que cuando el transportista asegura las mercancías en su propio interés no se trata de un verdadero seguro contra los riesgos del transporte sino contra los riesgos de la responsabilidad que incumbe al porteador por el contrato de transporte. En este mismo sentido, DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., «Seguros de incendio, contra el robo, de transporte terrestre y lucro cesante, (arts. 45-47)», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, cit. p. 815; GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., pp. 298-299.

típico del propietario³⁸¹. De modo, que si contrata un seguro de transporte deberá hacerlo por cuenta de un tercero, normalmente por cuenta del cargador o del destinatario de las mercancías³⁸².

Como hemos puesto de manifiesto, el interés, elemento esencial en todo seguro de daños, es de naturaleza distinta tratándose de un seguro de daños en las cosas, como lo es el seguro de transporte, o de un seguro de responsabilidad civil. Por otro lado, en el tema del riesgo, presupuesto causal del contrato, también se evidencian profundas diferencias entre ambos seguros. En el seguro de transporte terrestre el riesgo es la posibilidad de que con ocasión o a consecuencia del transporte se produzca un evento dañoso que afecte a las mercancías. Por lo tanto, el riesgo se asimila a los daños materiales o a la pérdida de las mercancías transportadas. Consecuentemente, la finalidad de este seguro es dar cobertura a la universalidad de riesgos que se ciernen sobre

³⁸¹ En este sentido BRUNETTI, A., «L'assicurazione dello spedizioniere», en *Assicurazioni*, II, 1942, pp. 33-39, p. 37, considera que el porteador, o el expedicionario, no tiene un interés material en la conservación de la cosa ajena, siendo éste un interés típico del propietario. El autor pone de relieve que en el ámbito de los seguros de daños el contrato es nulo si al inicio de la relación aseguradora no existe un interés del asegurado al resarcimiento del daño, un interés en la conservación material de la cosa que es concebible sólo respecto del propietario, del usufructuario y del acreedor hipotecario o pignoraticio. Sin embargo, el interés del expedicionario en asegurar es en función de su obligación, es decir, del riesgo que corre, que es de responsabilidad por la custodia. El interés asegurador del expedicionario incide sobre la cosa, pero como un reflejo jurídico derivado de la relación que lo une a la persona del propietario. Bajo este aspecto el interés es subjetivo y sólo indirectamente objetivo, en el sentido de que si el riesgo para el propietario es de pérdida o avería de la cosa, el que atañe al expedicionario atiende a la responsabilidad en que puede incurrir por la omisión de la diligencia debida. De cuanto antecede se desprende el significado que mientras el propietario tiene un interés positivo en el resarcimiento del daño por la pérdida sufrida, el expedicionario tiene interés en eliminar el daño que, a consecuencia de la pérdida de las mercancías, repercute en su patrimonio.

³⁸² Así VIVANTE, C., *Il Contratto di Assicurazione. Le Assicurazioni Terrestri*, vol. I, cit., p. 120, señala que el responsable por la conservación de una cosa puede asegurarse contra el riesgo de haber de responder por la falta de negligencia debida en dicha custodia; en este caso se asegura contra un riesgo que afecta a su patrimonio. Así mismo, el tenedor de una cosa ajena también puede asegurarla por cuenta del propietario. Sin embargo, observa el autor, conviene distinguir entre estas dos especies de seguro porque la primera protege contra los riesgos de la custodia mientras que la segunda protege contra los riesgos de la propiedad. Consecuentemente, si el tomador no declara que asegura por cuenta del propietario debe presumirse que su pretensión es asegurarse por cuenta propia contra los riesgos de la custodia.

las mercancías por la circunstancia de ser transportadas; por consiguiente, el objeto asegurado son las mercancías.

Por el contrario, en el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga 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»³⁸³. Se trata de un seguro que tiene por objeto garantizar al asegurado frente a la reclamación del tercero a quién le ha causado un daño por el cual se le imputa una deuda de responsabilidad; en esta modalidad, lo que se asegura es el patrimonio del asegurado³⁸⁴. Por consiguiente, el riesgo en el seguro de responsabilidad civil no radica propiamente en la producción de un daño a un tercero, sino en el nacimiento de la obligación de indemnizar a ese tercero damnificado.

En otras palabras, en el seguro de cosas la realización del riesgo, es decir, la producción del daño en las cosas aseguradas, comporta automáticamente una lesión patrimonial para el asegurado. Por el contrario, en el seguro de responsabilidad, la lesión del patrimonio del asegurado no se verifica de forma inmediata cuando se causa un daño al tercero, sino de forma mediata cuando este tercero se dirige contra él en reclamación de su responsabilidad. Es la reclamación del tercero lo que implica la lesión patrimonial del asegurado y no el siniestro sufrido por el tercero. Además, y a diferencia del seguro de cosas, en el que la producción del daño siempre comporta un perjuicio patrimonial para

³⁸³ Art. 73 LCS.

³⁸⁴ Sobre el interés en el seguro de responsabilidad civil v. CALZADA CONDE, M.^a A., *El seguro voluntario de responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1983, pp. 196-203, quien indica que el interés asegurable en un seguro de responsabilidad civil es la relación del asegurado con su patrimonio como conjunto, esto es, presente y futuro, siempre que dicha persona pueda incurrir en la responsabilidad civil contra cuyas consecuencias se pretende asegurar; PERÁN ORTEGA, J., *La responsabilidad civil y su seguro*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 121-122, señala el interés asegurable en el seguro de responsabilidad civil es el preservar que se produzca un menoscabo en el patrimonio del asegurado como consecuencia de verse obligado a reparar un daño causado a un tercero.

el asegurado, en el seguro de responsabilidad el daño causado al tercero no siempre implica un menoscabo patrimonial para el asegurado, sólo si surge para él la obligación de indemnizar a ese tercero³⁸⁵.

Por otra parte, en el seguro de transporte el asegurador debe resarcir al asegurado los daños o la pérdida de la mercancía ocasionados por caso fortuito, por fuerza mayor, o por la culpa de un tercero, y también los debidos a la culpa leve o comportamiento «simplemente negligente»³⁸⁶ del propio asegurado o de sus dependientes, pero no deberá responder por el dolo o la culpa grave del asegurado y de las personas de las que es responsable. Por el contrario, lo propio del seguro de responsabilidad civil es ofrecer cobertura a la culpa o a la falta grave del asegurado, de forma que con él se ampara la responsabilidad del porteador en la producción del daño a las mercancías transportadas, pero quedarán excluidos los riesgos por los que el porteador no deba responder³⁸⁷.

En definitiva, conforme a lo expuesto referente a la distinta naturaleza del seguro de transporte de mercancías y del seguro de responsabilidad civil y el diferente régimen jurídico a que se ven sometidos estos dos ramos del seguro de daños podemos concluir que el porteador, no siendo propietario de las

³⁸⁵ El porteador que efectúa un transporte de mercancías puede quedar eximido de responsabilidad por los daños ocasionados a la carga que transportaba si prueba que el siniestro fue debido a caso fortuito o fuerza mayor.

³⁸⁶ GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., p.298.

³⁸⁷ GUERRERO LEBRÓN, M.^a J., *Los seguros aéreos. Los seguros de aerolíneas y operadores aéreos*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 28-29, al subrayar las diferencias entre ambos seguros, señala que en el seguro de responsabilidad civil se cubre el riesgo de que el porteador resulte responsable de los daños ocasionados a las mercancías, mientras que en los seguros de mercancías se cubren riesgos por los que el porteador no resultaría responsable y se excluyen riesgos por los que el porteador tendría que responder. Debido al riesgo cubierto por el seguro de responsabilidad civil normalmente se incluyen los gastos de defensa jurídica, lo que no suele ocurrir en el seguro de transporte. También señala la autora que el seguro de transporte de mercancías no dispensa la transportista de su responsabilidad, ya que precisamente el asegurador podrá dirigirse contra él por vía de la subrogación, salvo que expresamente renuncie al ejercicio de dicha acción. En referencia al cálculo de la indemnización, se señala que en el seguro de transporte terrestre se aplica la regla proporcional, salvo cuando se excluya expresamente en las pólizas a primer riesgo, mientras que en el seguro de responsabilidad civil, la indeterminación del interés asegurado hace que no opere la regla proporcional, de modo que sea la suma asegurada la que opere, en su caso, como límite del valor de la cobertura del asegurador.

mercancías que transporta, no puede estipular por cuenta propia un contrato de transporte de mercancías. Ello se debe que carece del interés típico de este seguro, esto es, el del propietario. Por el contrario, lo que está interesado en contratar es un seguro específico de responsabilidad civil que le proporcione cobertura frente a la eventual deuda de responsabilidad que deberá asumir como consecuencia del incumplimiento del contrato de transporte celebrado con el propietario de la carga. En todo caso, si el porteador contrata un seguro de transporte de mercancías lo hará actuando como tomador del seguro por cuenta ajena o de quien corresponda, de manera que el asegurado por el mismo será la persona titular del interés en las mercancías.

E.- Tratamiento jurisprudencial del seguro de transporte contratado por el porteador

En lo que se refiere a la cuestión de la determinación de la naturaleza del contrato de seguro de transporte terrestre de mercancías contratado por cuenta propia del porteador, hemos puesto de relieve, en el epígrafe anterior, que la opinión generalizada de la doctrina se inclina por considerar que el interés del porteador no recae sobre la mercancía transportada, sino sobre su patrimonio, salvaguardándolo de la acción de los terceros perjudicados interesados en dichas mercancías. En este sentido, más que un verdadero contrato que cubra al asegurado contra los riesgos del transporte se tratará de un seguro que cubra el riesgo de tener que responder frente al cargador o destinatario. Respecto a este tema, resulta relevante conocer en este estudio el tratamiento jurisprudencial – ya avanzamos que es contradictorio en los pronunciamientos de las Audiencias Provinciales- que ha tenido la contratación del seguro de transporte de mercancías por el porteador por cuenta propia, substancialmente en referencia a su ámbito de cobertura.

En concreto, es especialmente relevante para el objeto de estudio del presente trabajo la STS de 25 de abril de 2002³⁸⁸ en la que se afirma que el porteador no puede contratar en interés propio un seguro de transporte terrestre, por lo que concluye que se trata de un seguro de responsabilidad civil³⁸⁹. Dicha calificación permite al propietario de las mercancías siniestradas ejercer la acción directa de reclamación de responsabilidad frente a la aseguradora de la empresa porteadora. En el supuesto enjuiciado la propietaria de las mercancías siniestradas durante su transporte por carretera, ejerció una acción de responsabilidad contractual, contra la empresa transportista y la entidad aseguradora con la que ésta última había suscrito un contrato de seguro de transporte terrestre. Al mismo, tiempo ejerció una acción de cumplimiento

³⁸⁸ STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 25 de abril de 2002, Ponente Xavier O'Callaghan Muñoz, F.J. 2.º (RJ 2002/6418).

³⁸⁹ En esta misma línea, la SAP de Albacete (Sección 1.ª), de 21 de noviembre de 2005, Ponente Manuel Mateos Rodríguez, F.J. 4.º (JUR 2006/28565) reconoció acción directa del propietario de las mercancías contra la aseguradora en el contrato de transporte de mercancías en el que figuraba como beneficiaria la agencia de transporte; se reprochó a la aseguradora que de seguirse la interpretación de la misma se llegaría a la absurda conclusión de que se había abonado la prima del seguro a cambio de nada, pues al no coincidir la propiedad de las mercancías con la cualidad de beneficiario no existiría nunca tal cobertura. Igualmente, la SAP de Madrid (Sección 12.ª), de 4 de febrero de 2004, Ponente Fernando Herrero de Egaña y Octavio de Toledo, F.J. 5.º (JUR 2004/250800) estimó la acción directa del propietario de la mercancía para reclamar a la aseguradora del transporte el pago del valor de la misma; argumenta el tribunal que si el seguro lo es para el transporte de mercancía, salvo que sea de propiedad del propio tomador, el real asegurado, o para ser más precisos, el real interesado en la cobertura y efectividad del seguro, será el propietario de la mercancía. Asimismo, la SAP de Tarragona (Sección 1.ª), de 18 de septiembre de 2007, Ponente Antonio Carril Pan, 2.º (JUR 2008/15486), consideró que en el caso de autos la verdadera naturaleza del contrato formalizado era de responsabilidad civil de la transportista, pues se trataba de asegurar el transporte de vehículos ajenos, de forma tal que la entidad aseguradora, al pagar la reclamación de dicha transportista, no lo hizo al titular del interés y dio lugar al enriquecimiento injusto de su asegurado, que se apropió de la indemnización sin causa alguna y en perjuicio del propietario que sufrió los daños, al tiempo que el titular de la acción directa del art. 76 LCS no se ve afectado por las excepciones que la aseguradora pueda oponer a su asegurado. También la SAP de Barcelona (Sección 15.ª), de 7 de julio de 2009, Ponente Jordi Lluís Forgas Folch, F.J. 4.º (JUR 2009/464785), reconoce acción directa de la entidad aseguradora subrogada en los derechos y acciones del asegurado perjudicado, contra la empresa transportista y su aseguradora vinculadas por un contrato de seguro de transporte de mercancías. Se afirma en la sentencia que es doctrina jurisprudencial que cuando en el seguro de transporte, al transportista se le reclama por incumplimiento de su obligación derivada del contrato, es decir, se le reclama la responsabilidad contractual, es aplicable el art. 76 LCS y el perjudicado tiene acción directa frente a la compañía aseguradora.

de la obligación de abonar el capital asegurado, por la producción de aquel siniestro, a su propia compañía de seguros. En el presente caso, la empresa transportista tenía contratado un seguro de transporte terrestre en el que constaba como tomadora y asegurada, a lo que objeta el tribunal que tal circunstancia impide considerar dicho contrato como seguro de transporte. En este sentido, en el fundamento jurídico segundo recuerda que «la doctrina más autorizada ha puesto de relieve que la empresa porteadora, aun estando interesada en la conservación de las mercancías, no puede contratar en interés propio un verdadero seguro de transporte; no aseguraría en realidad los riesgos del mismo sino los de la responsabilidad derivada del contrato de transporte». Se entendería por lo tanto que la empresa porteadora contrata el seguro de transporte terrestre para hacer frente a la eventual deuda de responsabilidad ante el propietario de la carga.

El Tribunal señala que en materia de responsabilidad civil el art. 76 LCS atribuye acción directa al perjudicado frente al asegurador del responsable del siniestro, sin distinguir si es contractual o extracontractual, de forma que la propietaria de la mercancía debe percibir la indemnización por la responsabilidad civil en la que incurrió la empresa transportista, con acción directa frente a la aseguradora de ésta. Respecto a la acción de reclamación de cantidad a su propia entidad aseguradora se estima que ésta deberá pagar la cantidad reclamada, pero no de forma solidaria con los demandados en la acción de responsabilidad, sino subsidiariamente, en caso de que no paguen los condenados principales que son el causante del daño y su entidad aseguradora.

También la SAP de Asturias de 2 de abril de 2001³⁹⁰, resolvió que el seguro contratado por cuenta de la propia porteadora no era un verdadero seguro de transporte terrestre de mercancías, sino un seguro que garantizaba su

³⁹⁰ La SAP de Asturias (Sección 6.ª), de 2 de abril de 2001, Ponente José Manuel Barral Díaz, FF.JJ. 3.º, 4.º y 5.º (JUR 2001/171284).

responsabilidad civil, por lo que se reconocía la aplicación del 76 LCS y el ejercicio de la acción directa al consignatario frente al asegurador por la responsabilidad civil en la que incurrió la persona asegurada. Se consideró, en consecuencia, que el pago que la aseguradora efectuó a la transportista por la pérdida de las mercancías fue un pago ilegítimo y por lo tanto, no válido a efectos liberatorios de su obligación, estando obligada a repetirlo al perjudicado por el siniestro y verdadero titular de la indemnización.

Contrariamente, en la SAP de Castellón de 7 de marzo de 2001³⁹¹, se consideró que el contrato de seguro de transporte estipulado en nombre y por cuenta del porteador, dado que no se contrató por cuenta ajena o por cuenta de quien corresponda, se trataba de un verdadero seguro de transporte de mercancías³⁹² en el que el asegurado era el propio porteador ya que el interés que se aseguraba era el interés reflejo o indirecto de responsabilidad del porteador en la conservación de las mercancías. En la sentencia se analiza, con gran claridad, la diferente naturaleza del seguro de transporte terrestre y del seguro de responsabilidad civil y se aborda el problema de determinar cuál es el concreto interés asegurado y quién, por ser titular de dicho interés, es el

³⁹¹ SAP de Castellón (Sección 1.^a), de 7 de marzo de 2001, Ponente Fernando Martínez Sanz, FF.JJ. 5.º, 6.º y 7.º (JUR 2001/129673).

³⁹² En este mismo sentido, la SAP de Málaga, (Sección 5.^a), de 10 de octubre de 2002, Ponente Fernando de la Torre Deza, F.J. 2.º (JUR 2003/70581), consideró la falta de legitimación pasiva de la aseguradora frente a la parte perjudicada por el accidente circulatorio que causó desperfectos a las mercancías transportadas ya que se estaba ante un contrato de seguro de transporte terrestre de mercancías y no un seguro de responsabilidad civil. Siendo el seguro de transporte un seguro de bienes y no de patrimonios, despliega su eficacia entre las partes y no frente a terceros, de manera que éstos sólo gozan de acción para reclamar al patrimonio del transportista, o dicho en otros términos, carecen de la acción directa que el art. 76 LCS concede a los perjudicados para reclamar a la compañía aseguradora. En la SAP de Valencia (Sección 6.^a), de 11 de octubre de 2002, Ponente Carmen Tamayo Muñoz, F.J. 2.º (JUR 2003/10574) se estimó la falta de legitimación activa para reclamar frente a la compañía aseguradora del transportista demandado por los daños causados a las mercancías, por tratarse de un seguro de daños y no un seguro de responsabilidad civil. En la misma línea la SAP de Madrid (Sección 25.^a), de 25 de mayo de 2004, Ponente Francisco Moya Hurtado, F.J. 2.º (JUR 2004/1600) estimó que el seguro concertado por el porteador se trataba de un seguro de transporte terrestre de mercancías por el que quedaba excluido de la cobertura la negligente actuación del transportista en la estiba, de forma que se desestimó el ejercicio de la acción directa del propietario de la mercancía dañada contra la entidad aseguradora.

asegurado y por ello acreedor de la indemnización. Esta cuestión, a su vez, plantea la duda de si el porteador puede contratar por su propia cuenta un seguro de transporte o debe hacerlo necesariamente por cuenta de un tercero interesado en las mercancías. En la póliza del seguro de transporte terrestre contratado por el representante del porteador no se hacía referencia alguna al asegurado ni a la existencia de un seguro de responsabilidad civil que cubriese la eventual responsabilidad del porteador frente a terceros interesados en las mercancías. Por ello se entendió que si el seguro fue contratado en nombre de la mercantil porteadora también lo fue por cuenta de ésta y no por cuenta ajena o por cuenta de quien corresponda. En consecuencia, en la sentencia se concluyó que debía mantenerse la calificación de contrato como verdadero seguro de transporte, siendo el interés asegurado el del porteador dado que tenía «interés en la conservación de las mercancías- siquiera sea un interés reflejo o indirecto-; pues, en caso de no llegar las mercancías en su debido estado al punto de destino, se vería comprometida su responsabilidad»³⁹³. Por

³⁹³ En la sentencia se constata la opinión de la doctrina mayoritaria que considera que el porteador, por carecer de interés en las mercancías que transporta, sólo puede contratar por cuenta propia un contrato de responsabilidad civil: «En efecto se tiene que alguien sobre quien gravita legalmente la responsabilidad por los daños causados a determinados bienes ajenos en virtud de una relación contractual [como es el caso del porteador] concierne, en lugar de un seguro de responsabilidad civil destinado a cubrir específicamente ese riesgo, un seguro de daños como es el seguro de transporte, y lo hace por cuenta propia. Estaríamos, de este modo, ante una suerte de subrogado de la responsabilidad civil que habría de afrontar, en su caso, el porteador. En buena técnica asegurativa probablemente no sea la vía más correcta para alcanzar el resultado pretendido. Obsérvese que, en realidad, el interés del porteador en la conservación de las mercancías sería, única y exclusivamente, el de "mantener indemne su patrimonio de las pretensiones posibles de los derecho habientes de las mercancías destruidas o deterioradas" [TIRADO, F.J., Artículo 56, en SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), *Ley de Contrato de Seguro*, Pamplona, 1999, p. 885-886]. De ahí que cobre tanto sentido en los seguros de transporte la cláusula "por cuenta de quien corresponda", que claramente deja abierta la determinación del asegurado. Ahora bien, resulta discutible que lo anterior deba llevar, en el presente caso, a excluir la licitud del seguro de transporte por cuenta propia, o que deba propugnarse necesariamente la transformación del contrato en una figura distinta; como es el seguro de responsabilidad civil (tal y como parecen propugnar los autores antes mencionados). Y es que, a falta de toda mención o referencia en la póliza que permita deducir que el asegurado es persona distinta del tomador ha de entenderse que el tomador contrató por cuenta propia (y como asegurado tendrá derecho a la indemnización). A esta solución se llega por expresa previsión legal, al señalar el art. 7 LCS que: "El tomador puede contratar el seguro por cuenta propia o

lo tanto, la calificación del contrato de seguro de transporte, en el que el asegurado es el propio porteador, comporta la inexistencia de legitimación del propietario de las mercancías para reclamar a la aseguradora del transporte el pago de la indemnización.

Igualmente, la Audiencia se pronuncia sobre la cuestión de las consecuencias prácticas que implica para el porteador contratar un seguro de transporte, llegando a la conclusión que, «es cierto que lo pretendido por el tomador probablemente no sea sino amortiguar las consecuencias adversas que para él tendría la posibilidad de ser declarado responsable de la pérdida o averías. Con lo que indirectamente se estaría consiguiendo una finalidad análoga a la del seguro de responsabilidad civil. Razón por la cual tampoco puede apreciarse que se dé, en el presente caso, un supuesto de enriquecimiento injusto para el asegurado que prohíbe el art. 26 LCS, pues la cantidad que estaba obligada a pagar como indemnización la compañía aseguradora por razón del seguro no cubre la indemnización a la que se condena a la empresa porteadora en la sentencia. De esta forma, lo obtenido por el porteador debiera ir destinado a indemnizar al cargador».

En esta misma línea, se halla el razonamiento seguido por la SAP de Asturias de 11 de marzo de 2002³⁹⁴. En esta sentencia, habiéndose contratado un seguro de transporte en el que el asegurado era la propia porteadora responsable del siniestro, se sigue la postura de la antes citada SAP de Castellón de 7 de marzo de 2001 y se estima la falta de acción del cargador propietario de

ajena. En caso de duda se presumirá que el tomador ha contratado por cuenta propia. El tercer asegurado puede ser una persona determinada o determinable por el procedimiento que las partes acuerden". Según ha declarado la doctrina, para estar ante un caso de contrato por cuenta ajena "es preciso que claramente el tomador del seguro ante de esa forma, ya que, en otro caso; se presumirá, por mandato de la Ley, que actúa por cuenta propia", debiendo celebrarse el contrato por cuenta ajena, además, "con conocimiento del propio asegurador de la circunstancia de que el tomador del seguro contrata con relación a un interés ajeno" [TIRADO, F.J., Artículo 7, en S. C., F. (Dir.), *Ley de Contrato de Seguro*, cit. p. 153]».

³⁹⁴ SAP de Asturias, (Sección 5.ª), de 11 de marzo de 2002, Ponente Mª José Pueyo Mateo, F.J. 3.º (JUR 2002/128225).

la mercancía para reclamar frente a la aseguradora al estar ante un seguro de daños y no ante un seguro de responsabilidad civil. También en este caso entiende la Audiencia que el interés de porteador por el seguro radica en la conservación de las mercancías, «si quiera su interés en este extremo sea indirecto o reflejo, pero no inexistente, pues caso de que aquélla no llegue en estado adecuado al punto de destino se vería comprometida su responsabilidad, como así ha ocurrido en el supuesto de litis». Al mantenerse la calificación del contrato como de seguro de transporte, argumenta la Audiencia, la culpa o negligencia del asegurado queda excluida de la obligación del asegurador (como así constaba en las condiciones generales de la póliza litigiosa), al contrario del seguro de responsabilidad derivado del contrato de transporte en el que la culpa o falta del asegurado no sólo excluye la obligación del asegurador sino que el seguro se contrata para amparar ambas vicisitudes. Consecuentemente, al no tratarse de un seguro de responsabilidad civil, rotundamente se estima la falta de acción de la propietaria de las mercancías frente a la aseguradora del transporte.

Por otra parte, resulta especialmente interesante la SAP de Pontevedra de 12 de septiembre de 2005³⁹⁵ que coincide con la anteriormente citada STS de abril de 2002 en el punto fundamental de que el porteador no es titular del interés asegurado –que es el interés del propietario de las mercancías-, por lo que puede concertar un contrato de transporte terrestre de mercancías por cuenta ajena, pero no por cuenta propia. Sin embargo, discrepa de aquella sentencia del TS en el sentido de que tal contrato de seguro de transporte terrestre no puede considerarse un contrato de seguro de la responsabilidad del porteador. En el caso enjuiciado, el porteador concertó el seguro por cuenta propia y no por cuenta ajena o por cuenta de quien corresponda, por lo que no

³⁹⁵ SAP de Pontevedra (Sección 1.ª), de 12 de septiembre de 2005, Ponente desconocido, F.J. 2.º (AC 2006/135).

se podía concluir que el asegurado fuera el cargador propietario de la mercancía.

Conforme a lo expuesto, la Audiencia considera que la consecuencia jurídica a extraer, «dado que no estamos ni podemos transmutar un contrato de seguro de transporte terrestre de mercancías en un seguro de responsabilidad civil que se funda en hechos y normas jurídicas diferentes so pena de incurrir en incongruencia», es la de apreciar la falta de acción y por consiguiente, de legitimación activa del propietario demandante, ya que sólo el asegurado tiene derecho a la indemnización. Pero al mismo tiempo, también se estima la falta de acción del otro demandante y codemandado, el porteador tomador y asegurado, ya que carece del interés necesario para que sea válido el contrato de seguro de transporte que éste celebró, que deberá considerarse nulo por inexistencia de interés. Sobre este pronunciamiento declara el tribunal: «No podemos dejar de poner en evidencia la problemática que plantearía permitir al asegurado no propietario la reclamación como titular de un interés indirecto o reflejo, por cuanto ello podría dar lugar a situaciones de fraude tal como que perciba una indemnización sin que antes o después el verdadero propietario le realice alguna reclamación o ésta resulte fallida (por ej., apreciación de prescripción). El enriquecimiento injusto o sin causa estaría servido».

Estos distintos pronunciamientos de nuestros tribunales, evidencian el alto grado de inseguridad jurídica y, en algunos casos, las indeseables consecuencias, que comporta la calificación del contrato de seguro de transporte de mercancías cuando quien lo contrata es el porteador en su propio nombre y por cuenta propia. En efecto, pensemos en la situación del cargador que no contrató el seguro de transporte y confía que tiene aseguradas las mercancías mediante el seguro de transporte contratado en nombre propio por el porteador y, una vez ocurrido el siniestro que provoca la pérdida de las mercancías transportadas, se determina que se trata de un verdadero seguro de mercancías

y que el asegurado es el porteador. El perjuicio que ello representa para los intereses del cargador es evidente. Por un lado, ha soportado un mayor coste en la contratación del transporte, porque con toda seguridad el porteador ha repercutido el precio del seguro. Por otro lado, no puede recuperar la pérdida de la mercancía a través del seguro porque no es el asegurado, ni tampoco el seguro cubre la responsabilidad del porteador.

Ante esta situación, el cargador tendrá la posibilidad de recurrir a la vía de la reclamación de responsabilidad contractual dirigiéndose directamente contra el porteador y, en caso de acreditarse la responsabilidad de éste, recuperar de forma indirecta la indemnización que el cargador percibió del seguro. Ahora bien, el mayor problema surge en aquellos casos en que los daños a las mercancías no puedan ser imputados al porteador, porque se debieron a caso fortuito o fuerza mayor. Esta situación comporta una doble consecuencia: por un lado, el cargador se verá definitivamente impedido para recuperar la pérdida de la mercancía; por otro lado, se posibilita el enriquecimiento injusto del porteador que no deberá responder de aquella pérdida y, como asegurado, percibirá la indemnización del seguro de transporte. Esta especial problemática se pone de relieve, de manera destacada, en la citada SAP de Castellón, de 7 de marzo de 2001³⁹⁶, en la que se insta a «la conveniencia de separar adecuadamente ambos seguros, de responsabilidad civil y de transporte terrestre, que cubren intereses distintos, se rigen por principios distintos y que siguen sus propias vicisitudes».

Una posible solución es la que se apunta en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de febrero de 2004³⁹⁷, ante la circunstancia de interpretar la naturaleza jurídica del contrato de seguro de transporte terrestre

³⁹⁶ SAP de Castellón (Sección 1.ª), de 7 de marzo de 2001, Ponente Fernando Martínez Sanz, F.J. 8.º (JUR 2001/129673).

³⁹⁷ SAP de Madrid (Sección 12.ª), de 4 de febrero de 2004, Ponente Fernando Herrero de Egaña y Octavio de Toledo, FF.JJ. 4.º y 5.º (JUR 2004/250800).

en el que consta como tomadora y asegurada la entidad transportista. El tribunal manifiesta que la calificación de los contratos está por encima de las declaraciones y de la voluntad de las partes, es decir, son lo que son con independencia de lo que digan las partes. De forma que el contrato de seguro en cuestión era un verdadero contrato de seguro de transporte, no de responsabilidad civil del transportista, en el que el real interesado en la cobertura y efectividad del contrato será el propietario de la mercancía. De lo que se deriva como consecuencia que el porteador no propietario de las mercancías sólo puede contratar un seguro de transporte terrestre si lo contrata por cuenta ajena. Sobre esta base, parte de una presunción: si el tomador del seguro se dedica profesionalmente al transporte de mercancía ajena, será el asegurado quien en cada caso contrata el transporte de la mercancía. Más aún, si se añade la circunstancia de que se fije la prima sobre un tanto por ciento del importe del precio del transporte, de modo que será el importe de lo facturado a los propietarios de la mercancía lo que determine la base para fijar la prima. De esta forma, para los seguros de transporte terrestre de mercancías propiedad de un tercero contratados por el porteador, podría reinterpretarse el art. 7 LCS y considerar que está contratando por cuenta ajena³⁹⁸.

F.- La posición del tomador en el seguro por cuenta ajena en el seguro de transporte terrestre de mercancías

Como hemos tenido ocasión de constatar a lo largo de este capítulo, la doctrina más autorizada ha puesto de relieve que la empresa porteadora no puede contratar en interés propio un verdadero seguro de transporte, porque su interés no radica realmente en las mercancías sino en la integridad de su patrimonio, por lo que lo más adecuado es concertar un seguro de responsabilidad civil que dé cobertura a las consecuencias económicas en que

³⁹⁸ V. SIERRA NOGUERO, E., «La naturaleza jurídica del seguro de transporte terrestre de mercancías contratado por un porteador», en *RES*, nº 137, 2009, , pp. 121-138, p. 128.

podiera incurrir en la realización del transporte³⁹⁹. De conformidad con lo expuesto, se hace evidente que el porteador sólo podrá contratar un seguro de transporte de mercancías cuando lo estipule por cuenta ajena, de forma que su posición respecto a los elementos personales del contrato será la de tomador del seguro, pero no la de asegurado.

En este mismo sentido, interesa tener presente que el art. 56 LCS cita a dos figuras intermediarias de transportes que, por tener un cierto interés en la conservación de las mercancías transportadas, pueden contratar un seguro de transporte terrestre. En concreto, el citado artículo hace referencia al comisionista de transporte y a las agencias de transporte. Se ha de señalar que la utilización de la terminología se presenta de forma equívoca en el redactado del artículo, puesto que las agencias de transporte y los comisionistas de transporte son la misma figura⁴⁰⁰, si bien reguladas en distintas normas, que ha recibido denominaciones diferentes⁴⁰¹.

³⁹⁹ V. DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Seguros de incendio, contra el robo, de transportes terrestres y lucro cesante (arts. 54-67)», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, cit., p. 815; GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit. pp.298-299; RECALDE CASTELLS, A. J., «Conocimiento de embarque y acción por pérdidas y averías», cit. pp. 770-771; PULIDO BEGINES, J. L., *Seguro de mercancías y seguro de responsabilidad civil del porteador terrestre*, p. 29; RUÍZ SOROA, J. M.^a, «La responsabilidad del porteador y el seguro en el transporte terrestre», cit., pp. 1990-1991; BOQUERA MATARREDONA, J., *El contrato de seguro de transporte*, cit., p. 61; TIRADO SUÁREZ, F. J., «Comentario Art. 56 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit. pp. 1262-1263; VIVANTE, C., *Il contratto di Assicurazione. Le Assicurazioni Terrestri*, vol. I, cit., p.322.

⁴⁰⁰ GÓRRIZ LÓPEZ, C., *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías*, cit., pp. 247-248; PILOÑETA ALONSO, L.M., «En torno a la configuración jurídica de los contratos de expedición y transporte», en *RDM*, 2001, nº 239, pp. 137-169, p. 168; BOQUERA MATARREDONA, J., *El contrato de seguro de transporte de mercancías por carretera*, cit, p.92; EMPARANZA SOBEJANO, A., *El concepto de porteador en el transporte de mercancías*, Comares, Granada, 2003, pp. 165-166; SÁNCHEZ CALERO, F.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II, 33^a. ed., Aranzadi, 2010, p. 216

⁴⁰¹ A este respecto, debemos señalar que la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, de 30 de junio de 1987 (LOTT), en el artículo 120, atribuye a las agencias de transporte las mismas características que al comisionista de transporte regulado en el recientemente derogado art. 379 del actual Código de Comercio, por la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías. En este sentido, cuando el citado art. 120 establece para las agencias de transporte la obligación de «contratar en nombre propio tanto con el transportista, como con el usuario o cargador, ocupando por tanto la posición de usuario o cargador frente al

La figura del comisionista de transporte se hallaba regulada en el art. 379 del vigente Código de Comercio en sede del contrato de transporte terrestre. En este artículo se decía que el «asentista» o el «comisionista de transporte», independientemente de que realizasen ellos mismos el transporte o de que contrataran su ejecución con terceros, quedaban «subrogados en el lugar de los mismos porteadores, así en cuanto a las obligaciones y responsabilidades de éstos como respecto a su derecho». De este artículo se desprende que un comisionista de transporte es aquel que se responsabiliza como un porteador del transporte de las mercancías a su destino, garantizando el buen fin del traslado, a lo que resulta indiferente que dicho cometido lo realice con sus propios medios o recurra contratar a terceros para su ejecución.

Ahora bien, como exponemos a continuación, la naturaleza jurídica de la relación del comisionista de transporte con el cargador que le confía las mercancías a transportar ha sido una cuestión ampliamente debatida, lo que ha dado lugar a posicionamientos distintos para determinar su calificación. Tradicionalmente, ha habido una corriente doctrinal, que los autores estudiosos del tema denominan «clásica», que ha calificado dicha relación de comisión de garantía⁴⁰². Esta tesis clásica mayoritaria ha considerado que la figura que regulaban los arts. 378 y 379 del Código de Comercio es la de un comisionista de transporte, al igual que la figura del comisionista, regulada en los arts. 274 y 275 del mismo Código, pero sometido a un régimen especial de responsabilidad por el cual debe responder del buen fin de la operación del transporte. En

transportista, y de transportista frente al usuario o cargador», está describiendo la posición jurídica del comisionista de transporte que asume la responsabilidad de la realización del transporte.

⁴⁰² Para un detallado estudio de las tesis apuntadas, así como referencia de sus autores, v. entre muchos, GABALDÓN GARCÍA, J. L., «Intermediarios del transporte y porteadores contractuales», en *RDM*, nº 238, 2000, pp. 1723-1747, pp. 1735-1747; GÓRRIZ LÓPEZ, C., *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías*, cit. pp. 223-242; PILOÑETA ALONSO, L. M., «En torno a la configuración jurídica de los contratos de expedición y transporte», cit. pp. 137-169; EMPARANZA SOBEJANO, A., *El concepto de porteador en el transporte de mercancías*, cit. pp. 169-184; TOBÍO RIVAS, A. M., *Los transitarios en el transporte nacional e internacional. Régimen jurídico privado*, Comares, Granada, 2007, pp. 37- 104.

consecuencia, y a diferencia de la comisión ordinaria, el art. 379 hace referencia a una comisión de garantía⁴⁰³ por la que el comisionista asume frente al comitente la responsabilidad por el incumplimiento en la ejecución del transporte⁴⁰⁴. Hemos de añadir que una variante de la tesis de la comisión de garantía, es la que considera que en la relación entre el comisionista de transporte y el cargador existe un contrato de expedición, por lo que dicho comisionista de transporte sería un expedicionista que desarrolla su actividad mediante un contrato de expedición, que puede calificarse como una comisión cualificada⁴⁰⁵.

⁴⁰³ En seguimiento de esta doctrina, v. la STS (Sala de lo Civil), de 19 de abril de 2001, Ponente Antonio Romero Lorenzo, F.J. 5.º (RJ 2001/6884), que aprecia la existencia de responsabilidad solidaria entre el comisionista de transporte y el porteador efectivo con quien aquél contrató, como consecuencia de la comisión de garantía que regula el art. 379 CCom. A modo recordatorio, asevera el tribunal que en el contrato de transporte, la responsabilidad del comisionista no excluye la del propio porteador, sino que viene a reforzarla, [por cuanto la comisión de transporte es «per se», de garantía, según afirma tanto la doctrina, como la Jurisprudencia de esta sala (...) lo que significa que el comisionista responde solidariamente con el porteador del cumplimiento de las obligaciones a que se refieren los artículos 349 y siguientes del Código de Comercio, según previene el artículo 379 del mismo Cuerpo legal]

⁴⁰⁴ Uno de los máximos exponentes de esta teoría es el profesor GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, T. II, cit., pp. 210-211. Este autor parte de la diferenciación entre el portador y el comisionista de transporte, manifestando que sobre el primero pesa la responsabilidad de la ejecución del contrato, mientras que el segundo asume tan sólo una obligación de vigilancia de esa ejecución. Refiriéndose al comisionista de transportes señala que el Código de Comercio, siguiendo el modelo francés, le impone, mediante el art. 379, las mismas obligaciones y responsabilidades del porteador, subrogándose legalmente en su lugar. El autor advierte que ello no significa que nuestro Código de Comercio confunda los conceptos de porteador y de comisión de transporte, sino que por necesidad de dar una mayor seguridad del tráfico, procurando la protección al comitente, la ley somete al comisionista de transporte a una cláusula de garantía (*star del cedere*) tácita e inderogable. A modo de excepción, respecto a la comisión, puntualiza que, sólo en el caso de haberse pactado una comisión de garantía, el comisionista de transporte responderá de la ejecución del transporte, y será responsable por las faltas cometidas por el porteador material durante el transporte. Por lo tanto, según GARRIGUES, tanto el art. 275 como el art. 379 del CCom regulan la figura de un comisionista de transporte, con la diferencia de que el art. 275 regula la relación entre el comisionista y el porteador, imponiendo al primero las obligaciones propias del cargador, mientras que el art. 379 se refiere a la relación entre comitente y comisionista, imponiéndole a éste último una responsabilidad excepcional, de garantizar el traslado, como si fuera el propio porteador.

⁴⁰⁵ V. para más detalles al respecto, TOBÍO RIVAS, A. M., *Los transitarios en el transporte nacional e internacional. Régimen jurídico privado*, cit., pp. 42-45.

En respuesta crítica a estas tesis tradicionales, posturas doctrinales. más recientes⁴⁰⁶ han entendido que en la relación entre el comisionista de transporte y el cargador hay un contrato de transporte, en virtud de cual, el primero asume por su propia cuenta y riesgo, como verdadero porteador, la obligación de transportar las mercancías a su destino, bien valiéndose de sus propios medios, bien recurriendo a terceros para que realicen materialmente el transporte. En esta tesis, el comisionista de transporte se configura como un verdadero porteador contractual y no como un comisionista, de manera que no asume la responsabilidad del correcto traslado de las mercancías como si se tratase del porteador, sino que dicha asunción la realiza porque, efectivamente, es un porteador, que, contractualmente, se ha convertido frente al cargador en deudor de la prestación del transporte⁴⁰⁷. A través de esta nueva teoría, se

⁴⁰⁶ V. entre otros, GABALDÓN GARCÍA, J. L., «Intermediarios del transporte y porteadores contractuales», cit., pp. 1723-1747; GÓRRIZ LÓPEZ, C., *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías*, cit., pp. 223-249; PILOÑETA ALONSO, L. M., «En torno a la configuración jurídica de los contratos de expedición y transporte», cit., pp. 137-169; EMPARANZA SOBEJANO, A., *El concepto de porteador en el transporte de mercancías*, cit., pp. 331-440; TOBÍO RIVAS, A. M., *Los transitarios en el transporte nacional e internacional. Régimen jurídico privado*, cit., pp. 56-63;

⁴⁰⁷ PILOÑETA ALONSO, L. M., «En torno a la configuración jurídica de los contratos de expedición y transporte», cit., pp. 139-141 se refiere a la concepción «contractual» del porteador, cuando en virtud de un contrato de transporte, dicho porteador, en el ejercicio de su actividad empresarial, se compromete a realizar las operaciones necesarias para trasladar las cosas objeto del transporte y entregarlas al destinatario de las mismas. De este modo, dada la índole empresarial de la prestación asumida por el contrato de transporte, aquella tiene un carácter fungible y no personalista, por lo que el obligado contractual puede optar entre realizar la operación por sus propios medios o recurrir a terceros para efectuar materialmente el traslado de la mercancía. Jurídicamente, señala el autor «lo que constituye a una persona en porteador es la asunción contractual del riesgo del transporte y no el acto material de llevarlo a cabo», de modo que contractualmente tan porteador es el quien promete a otro el transporte de las mercancías como quien lo hace frente a aquél. En apoyo a su posición, el citado autor señala que el Código de Comercio español de 1829, en su art. 232 – equivalente al recientemente derogado art. 379 del actual Código de Comercio – equiparaba al comisionista de transporte con el porteador, estipulando que las disposiciones relativas a éstos últimos serían totalmente aplicables a quienes contrataren realizar el transporte aunque no lo hicieran por sí mismos sino que recurriesen a otros para hacerlo. En idéntico sentido, GÓRRIZ LÓPEZ, C., *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías*, cit. pp. 239-242, sostiene que el comisionista de transporte de los arts. 378 y 379 del CCom (derogados por la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías) es un verdadero porteador. El autor señala que no cabe otra conclusión teniendo presente que a dicho comisionista se le imputan los derechos y deberes propios del transportista, a lo que hay que añadir, a modo de razonamiento, que el precepto que lo regula se incluye en el Título dedicado al contrato de transporte terrestre y que el

incide sobre la figura del porteador, que ya no es considerado estrictamente como el sujeto que ejecuta materialmente el transporte⁴⁰⁸, sino la persona que jurídicamente, mediante el contrato de transporte celebrado con el cargador, asume en nombre propio el compromiso de realizar el traslado de las mercancías⁴⁰⁹, haciéndose por ello responsable de la falta de ejecución del resultado prometido contractualmente⁴¹⁰.

contrato de transporte se configura como un arrendamiento de obra. En referencia a que el resultado asumido por el porteador al concluir un contrato de transporte es el desplazamiento de las mercancías, manifiesta el autor que resulta indiferente que ejecute materialmente la operación valiéndose de sus propios auxiliares o que contrate a terceros para la ejecución de la obligación asumida contractualmente. Ello es consecuencia de la «equiparación de la obligación de transportar con la de hacer transportar, porque ambas parecen calificadas por el resultado perseguido y por la fungibilidad de la realidad fáctica de la prestación».

⁴⁰⁸ En este sentido, v. EMPARANZA SOBEJANO, A., *El concepto de porteador en el transporte de mercancías*, cit., pp. 144-146, quien constata que la LOTT ha contribuido a delimitar estrictamente la figura del porteador, de modo que un sector doctrinal le identifican con los sujetos que realizan efectivamente el transporte. En efecto, esta norma de carácter jurídico-administrativo, exige que los sujetos que pretendan acceder a la profesión de transportista o ejercer como auxiliar del transporte deban estar en posesión del título administrativo correspondiente que les habilite para ejercitar la actividad del transporte por carretera (art. 48.1 LOTT), así mismo les exige a las personas que obtengan los títulos habilitantes para el ejercicio profesional de estas actividades, su inscripción en el Registro General de Transportistas y de Empresas de Actividades Auxiliares y Complementarias de Transporte. En la misma dirección el art. 54.1 LOTT obliga al porteador a asumir la dirección y responsabilidad del transporte y a que lo realice a través de su propia organización empresarial. Destaca EMPARANZA que la finalidad de esta norma de Derecho público, siguiendo los mandatos del Derecho comunitario, es regular la figura del profesional en el ámbito del transporte en cuanto a su solvencia para garantizar los derechos de los usuarios y procurar que dicha actividad se desarrolle dentro del marco de la libre competencia. Por ello, tratándose de una norma reguladora de las cuestiones administrativas para el acceso al mercado de transporte, no debe intervenir para resolver las cuestiones jurídico-privadas que se suscitan respecto al sujeto obligado a la prestación del transporte.

⁴⁰⁹ V. STS (Sala de lo Civil), de 7 de junio de 1991, Ponente Rafael Casares Córdoba, F.J. 2.º (RJ 1991/4426), en la que se identifica como porteador a quien se comprometió a hacerse cargo del traslado de una mercancía, resultando indiferente que contratase a su vez con un tercero para que materialmente realizase el transporte. Declara el tribunal que «el achaque de responsabilidad de que la sentenciase objeto al recurrente por la avería sufrida por la maquinaria transportada, es de todo punto correcto, ya que se le considera transportista por sí mismo al margen de los medios materiales utilizados, ya se le estime, según su versión, como agente de contratación del transporte a realizar por otro que efectivamente lo llevó a cabo, responsabilidad que le viene, en este caso, legalmente impuesta por la remisión que, para tales supuestos, hace el art. 379 del Código de Comercio, a la regulación contenida en los artículos precedentes, a los efectos de responsabilidad del porteador...»

⁴¹⁰ GABALDÓN GARCÍA, J. L., «Intermediarios del transporte y porteadores contractuales», cit., p. 1741, señala que, si se acepta la tesis del porteador contractual, nos encontramos ante un

En relación a la figura del porteador en el ámbito del transporte internacional de mercancías, cabe destacar que el CMR se ocupa de la responsabilidad del transportista sin precisar el alcance de las obligaciones que, jurídicamente, asume el porteador frente al cargador con el que contrata el transporte de las mercancías. No obstante, cuando la responsabilidad que el art. 3 CMR atribuye al porteador deriva tanto de su propia actuación, como de la actuación de las terceras personas a cuyos servicios recurra para la ejecución del transporte, siempre que estas personas actúen en el ejercicio de sus funciones, parece indicar que el porteador es quien se compromete en nombre propio frente al cargador a la realización del transporte. Con ello, el porteador está asumiendo una obligación de resultado frente al cargador, siendo indiferente que para su cumplimiento contrate, a su vez, con otros porteadores para que ejecuten el traslado. En consecuencia, tan porteador es quien realiza materialmente el transporte, como aquel que cumple con el compromiso adquirido contractualmente con el cargador recurriendo a terceros para su ejecución.

Conforme a la tesis del porteador contractual, las agencias de transporte y los comisionistas de transporte son verdaderos porteadores que garantizan al

supuesto de concurrencia de un porteador contractual –que no es el efectivo- con uno o varios porteadores efectivos, supuesto que el autor denomina «transporte unitario con subtransporte» en el cual, un solo porteador –contractual- se obliga con el cargador a procurar el completo traslado de la carga de su cliente, pero no lo efectúa con sus propios medios sino que lo hace por medio de otros, es decir, subcontrata total o parcialmente el transporte con uno o varios transportadores efectivos. Al haber asumido la obligación integral del transporte, el porteador contractual se hace responsable del incumplimiento del contrato de transporte, independientemente de si el causante ha sido él mismo o alguno de los porteadores efectivos a los que ha recurrido para cumplir la obligación contraída con el cargador. Subraya GABALDÓN que «no estamos aquí ante un supuesto de pluralidad de porteadores sino ante único contrato donde hay un único porteador que ha de responder de la ejecución íntegra del transporte, tal como responde el mandatario de la gestión del sustituto (art. 1721 CC) o el contratista de una obra por el trabajo de las personas que ocupare en ella (art. 1596 CC)». Situación coincidente, señala el autor, con la contemplada en el art. 28.2.b) LOTT cuando la contratación un transporte combinado o sucesivo se realiza mediante una agencia de transportes que contrata de forma conjunta o individualizada con los distintos porteadores, subrogándose en la posición de estos frente al cargador efectivo (v. detalle en p. 1726 de la misma obra),

cargador el traslado de las mercancías, con independencia de que los medios que utilicen para su ejecución sean propios o ajenos. La posición contractual de las agencias de transporte, como intermediario del transporte que se responsabiliza de su ejecución, se halla definida de forma clara en el art. 120.2 LOTT, donde se les impone el deber de contratar en nombre propio tanto con el transportista, como con el usuario o cargador, con lo que ocupan la posición jurídica del transportista frente al cargador y la de éste frente aquél⁴¹¹.

La nueva Ley 15/2009, de 11 de noviembre del Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías (en adelante, LCTTM), tal como indica en su Exposición de Motivos, ha venido a clarificar la determinación de los sujetos que intervienen en la operación del transporte, así como, la posición contractual de los transitarios, operadores de transporte, agencias de transporte y demás personas que intermedien en el transporte, estableciendo para todas ellas la obligación de contratar el transporte en nombre propio y a asumir la posición del porteador. De esta forma, por imperativo legal, los sujetos señalados se responsabilizan frente al cargador del correcto cumplimiento de la operación. Consecuentemente, y en relación a la contratación de un seguro que cubra las mercancías transportadas, al igual que sucede con el porteador efectivo, los operadores de transporte citados, por carecer del interés asegurable en el seguro de transporte, es decir, el interés representado por las mercancías, no pueden

⁴¹¹ Al respecto, EMPARANZA SOBEJANO, A., *El concepto de porteador en el transporte de mercancías*, cit., p.166, (nota pie de p. 402) manifiesta que las objeciones doctrinales habidas respecto al art. 120 LOTT (con referencia a VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Naturaleza jurídica de la comisión de transporte») se derivan de entender que entre el cargador y la agencia de transportes existe un contrato de comisión, con lo que el citado artículo contempla un supuesto de autoentrada del comisionista que desvirtúa la concepción del art. 379 CCom. Sin embargo, EMPARANZA, argumenta en contra que el art. 120 LOTT delimita las relaciones surgidas cuando en la organización del envío de las mercancías interviene una agencia de transportes. En este artículo, de una forma más precisa, que en el art. 379 CCom el legislador «ha pretendido condensar en una única disposición la duplicidad de relaciones que la agencia de transportes mantiene en el desempeño de su labor (...). Se procura de esta forma que la agencia de transporte reciba el mismo tratamiento que un porteador en las relaciones que entable con el cargador y, que, a su vez, disponga de los mismos derechos y obligaciones que ostenta un cargador en sus relaciones con el porteador que ha contratado para llevar a cabo la ejecución del transporte»

contratar por cuenta propia dicho seguro, sino que deberán celebrarlo por cuenta ajena. La razón es que si estipulan el contrato por cuenta e interés propio, en realidad, estarán celebrando un contrato por el que aseguran su responsabilidad por la incorrecta realización del transporte, pero no un seguro de daños a la mercancía. Este seguro de daños sólo pueden concertarlo por cuenta de quien sea el titular de las mercancías o de la persona acreedora de la prestación del transporte, puesto que son estos sujetos quienes tienen una relación económica directa con esas mercancías.

En el seguro por cuenta de quien corresponda, no cabe confundir la persona del tomador del seguro con el asegurado, por cuanto la prestación del asegurador corresponde sólo al titular del interés que se pretende asegurar, es decir, de quien se halle en la relación previamente establecida con la cosa asegurada. De esta forma, como indica el profesor FERRI⁴¹² queda vetada cualquier discrecionalidad por parte del tomador del seguro pretendiendo beneficiarse de la contratación del seguro, puesto que la función del seguro por cuenta de quien corresponda no consiste en asegurar un interés propio, sino el interés de otro. Consecuentemente, cuando se estipula un contrato de seguro de transporte por cuenta de quien corresponda, el interés del estipulante no puede consistir en eximirse de la responsabilidad que le pudiera corresponder por otro título, (como porteador o como depositario de la mercancía). Esa exoneración de responsabilidad no es la consecuencia de esta forma de contratar un seguro de transporte de mercancías, dado que este seguro no cubre los siniestros debido al dolo o a la culpa grave del contratante o de sus dependientes, sino los daños ocasionados por caso fortuito o por fuerza mayor.

En la contratación del seguro bajo la fórmula por cuenta de quien corresponda, los efectos positivos del contrato se producen en beneficio del contratante sólo si éste se encuentra en la posición del asegurado, es decir,

⁴¹² FERRI, G, «L'assicurazione per conto nella teoria dei contratti», cit., p. 383

cuando en el momento de producirse el siniestro resulte ser la persona titular del interés que previamente, desde la estipulación del seguro, se había concretado como interés asegurado. Por esta razón, el seguro por cuenta ajena no es el medio por el que la agencia de transporte, como tomadora del seguro, procure asegurar su propia responsabilidad frente al propietario de las mercancías, con el efecto de que ella misma se convierta en asegurada; tal posibilidad queda excluida por la propia naturaleza de esta forma de asegurar las mercancías de propiedad o titularidad ajena.

El presupuesto esencial del seguro por cuenta de quien corresponda es asegurar intereses ajenos al tomador del seguro. De forma que, a pesar de que en el momento de su estipulación se desconozca quien será el titular del interés que se asegura, se establecen criterios objetivos para determinar la naturaleza de ese interés al tiempo de producirse el siniestro de forma tal que, lo que sí se sabe, es que ese titular será una persona diferente del tomador⁴¹³. Consecuentemente, la indeterminación del titular del interés que se asegura, de carácter transitorio, no supone la indeterminación de la naturaleza del interés y con ello el aseguramiento de todos los posibles intereses, directos o indirectos, sobre los bienes en cuestión.

La naturaleza del interés que se asegura se determina por la relación económica existente entre un sujeto y la cosa asegurada, pero el seguro de ese determinado interés sobre la cosa no se extiende automáticamente a otros intereses sobre la misma, incluso cuando se trata de intereses directos en la cosa, a intereses concurrentes, o a los indirectos. Aunque nada impide que en un mismo contrato se aseguren intereses de diversa naturaleza, incluso todos los intereses concurrentes sobre los bienes asegurados, es necesario que dicha extensión de la cobertura sea expresamente querida por las partes. Ciertamente, ese valor no lo tiene la cláusula por cuenta de quien corresponda y por ello no

⁴¹³ GARCÍA LUENGO, R. B., «Consideraciones sobre el seguro por cuenta ajena», cit., pp. 26-27.

puede afirmarse que esta forma de contratar el aseguramiento de determinados bienes cubra también los intereses indirectos que sobre dichos bienes pueda tener el estipulante, como por ejemplo, el relativo a su responsabilidad por la conservación de los bienes⁴¹⁴.

La agencia de transporte, en virtud del contrato de transporte celebrado con el cargador, asume personalmente la responsabilidad que se deriva de su incorrecta ejecución. A efectos de esta responsabilidad, cuando el intermediario concierta un seguro de transporte de mercancías por cuenta ajena, o por cuenta de quien corresponda, dada la naturaleza jurídica de dicho contrato, su posición en el contrato es sólo, y exclusivamente, la de tomador, no la de asegurado⁴¹⁵.

⁴¹⁴ DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, T. II, cit., pp. 73-74.; en este mismo sentido GARCÍA LUENGO, R. B., «Consideraciones sobre el seguro por cuenta ajena», cit., pp. 20-21. Por el contrario, en PICART, M./BESSON, A., *Les Assurances Terrestres en Droit Français. (Le contrat d'assurance)*, cit. p. 430, se manifiesta que aunque en principio, parece difícil admitir que un seguro por cuenta ajena, destinado a cubrir los daños directos que afectan a los terceros interesados por la pérdida de la cosa asegurada, englobe igualmente, sobre todo si se concierta con prima única, la garantía de la responsabilidad del poseedor de esa cosa. No obstante, la jurisprudencia, consagrada por la Ley (Ley de contrato de seguro de 13 de julio de 1930) se orienta en un sentido opuesto. El seguro por cuenta de quien corresponda se concluye en beneficio de toda persona que tenga un interés en la conservación de la cosa. Observa el autor que el poseedor, eventualmente responsable de la pérdida de la cosa, tiene ciertamente un interés asegurable. Por lo tanto, es legítimo suponer que suscribiendo un seguro por cuenta de quien corresponda, pretenda cubrir al mismo tiempo que el interés de terceros, o incluso antes que ese interés ajeno, su interés personal, es decir, su propia responsabilidad, en el caso de que sea objeto de un requerimiento en razón de su posesión de la cosa. Por ello, siempre que el tomador tenga un interés asegurable, es justo presumir que el seguro por cuenta ajena engloba ese interés al mismo tiempo que el interés del tercero, siendo ésta la voluntad del legislador del 1930 plasmada en el art. 6 de la Ley (Ley de contrato de seguro de 13 de julio de 1930). En la línea de considerar que mediante al cláusula "por cuenta de quien corresponda" el estipulante del seguro de cosas puede cubrir su propio interés consistente en quedar eximido de su responsabilidad por la custodia de las cosas aseguradas. FERRARINI, S., *Le Assicurazioni Marittime*, pp. 446-447, manifiesta que, en los casos en que el transportista, que está obligado a transportar bajo cubierta determinadas mercancías, que como tal son aseguradas, cubre la propia responsabilidad asegurando a su vez, por cuenta de quien corresponda, la mercancía transportada sobre cubierta. En caso de siniestro, referido a las mercancías cargadas sobre cubierta, el transportista se libera de responsabilidad haciendo uso del beneficio del titular del derecho al seguro de mercancías estipulado por él. Observa FERRARINI, que no se trata de un doble seguro porque el riesgo asegurado es distinto.

⁴¹⁵ En contra, la STS (Sala de lo Civil), de 30 de abril de 1988, Ponente Gumersindo Burgos Pérez de Andrade, F.J. 4.º (RJ 1988/3330) respecto a un seguro de transporte marítimo suscrito en nombre propio, bajo la fórmula por cuenta de quien corresponda, por la entidad que operaba comercialmente como transitario o comisionista de transporte actuando como mediador por

Por lo tanto, en caso de que las mercancías resulten siniestradas, su responsabilidad frente al acreedor de la prestación del transporte no quedará cubierta por dicho contrato de seguro. Es decir, el asegurador de transporte, una vez pagada la indemnización a la persona titular del interés en las mercancías dañadas, podrá subrogarse en lugar de ésta y ejercer la acción de responsabilidad que le correspondía frente a ese intermediario⁴¹⁶. En otras palabras, el ejercicio de la acción de responsabilidad frente al intermediario subsiste, por vía de la subrogación, en manos del asegurador, indiferente al contrato de seguro de transporte de mercancías por cuenta de quien corresponda estipulado por ese intermediario de transporte.

En resumen, tanto el porteador contractual como el porteador efectivo se responsabilizan de la correcta ejecución del transporte. A pesar de que estos porteadores contraten un seguro de transporte terrestre por cuenta ajena, su eventual responsabilidad por el siniestro que puedan sufrir las mercancías que toman bajo su custodia no se verá cubierta por dicho seguro, puesto que su posición en este contrato es la de tomador pero no la de asegurado⁴¹⁷. Ello es

mandato, tanto del vendedor-cargador de la mercancía, como del comprador-consignatario de la misma. El Tribunal considera indiscutible que la póliza fue suscrita por dicho intermediario en nombre propio y como asegurado, por lo que se estima su legitimación activa para reclamar la indemnización al asegurador de la carga siniestrada. El tribunal basa la apreciación de legitimación del demandante, en que, éste, actuando como comisionista de transporte según el mandato recibido, contrató el seguro en nombre propio, tenía interés en el buen fin de la operación, y la aseguradora percibía del demandante cerca de cinco millones de pesetas en concepto de primas.

⁴¹⁶ En el ámbito del seguro marítimo v. CELLE, P., «L'assicurazione contro i danni alle cose trasportate stipulata dal vettore por conto di chi spetta», en *Il Diritto Marittimo*, II, 1991, pp. 650-678, pp. 672-673, quien considera admisible la subrogación contra el porteador tomador del seguro por cuenta de quien corresponda, responsable de los daños a las mercancías. En este sentido subraya que el término "tercero" respecto al sujeto pasivo de la subrogación está referido no al tercero en relación al contrato de seguro, sino al tercero obligado a indemnizar por los daños.

⁴¹⁷ Al respecto, cabe subrayar que en el ámbito del transporte internacional de mercancías por carretera, el Convenio CMR, en su art. 41.2 señala que «en particular serán nulas de pleno derecho todas las estipulaciones por las que el transportista se coloque como beneficiario del seguro de mercancía o análogas...». Esto es, declarando la nulidad de tales cláusulas el Convenio impide al porteador eludir el régimen de obligaciones y de responsabilidad que se establece en él. Al mismo tiempo, procede constatar la falta en la LCTTM de un precepto

debido, en primer lugar, a que no son los titulares del interés que se asegura y, en segundo lugar, a que la cobertura del interés directo en las mercancías que se aseguran no se extiende al interés indirecto que tienen en la conservación de esas mercancías. Consecuentemente, a pesar de haber contratado el seguro, el porteador puede ser el tercero responsable frente al cual se dirija por vía subrogación el asegurador del transporte.

En sentido contrario, DONATI sostiene que el responsable en la conservación de bienes ajenos, cuando contrata un seguro de daños por cuenta ajena referente a dichos bienes, su responsabilidad, por culpa leve, queda indirectamente garantizada⁴¹⁸. Aunque esta garantía no procede de la cláusula por cuenta de quien corresponda sino porque al ser el tomador del seguro se le ha de considerar parte de dicho contrato y no un tercero ajeno al mismo; de tal modo, no puede dirigirse contra él por vía subrogatoria el asegurador de esos bienes. Tal afirmación no puede ser compartida ya que, tal como hemos manifestado con anterioridad⁴¹⁹, nos sumamos a la posición doctrinal que entiende que la consideración de tercero responsable contra el que se dirige el asegurador por vía subrogatoria, no se establece por el mero hecho de ser parte en el contrato de seguro de daños.

Por el contrario, el tercero se determina porque no coincide con la figura del asegurado, que es el beneficiario de la cobertura aseguradora de dicho contrato. En este sentido, hemos constatado que en el seguro por cuenta ajena o por cuenta de quien corresponda, el tomador no asegura su interés sino el interés de un tercero, de modo que su posición en ese contrato es

equivalente al señalado en el CMR, con lo cual, entendemos que se ha dejado pasar la oportunidad de procurar aportar claridad en la contratación del seguro de transporte terrestre por el porteador, el cual, implícitamente, pretende cubrir su responsabilidad en la realización del transporte.

⁴¹⁸ DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, T. II, cit., pp. 64 y 75.

⁴¹⁹ V. en este mismo Capítulo, el epígrafe III. 3. A.

exclusivamente la de tomador del seguro pero no la de asegurado⁴²⁰. Por consiguiente, el asegurador que indemniza a quien es titular del interés objeto de la cobertura aseguradora en el momento del siniestro, es decir, el asegurado, podrá dirigirse contra el tomador si éste es responsable del siniestro. Consecuentemente, el hecho de que el porteador efectivo o la agencia de transporte, como tomadores del seguro de transporte de mercancías por cuenta ajena, hayan satisfecho las primas, no es obstáculo para que el asegurador pueda dirigirse contra ellos en vía subrogatoria. Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que a pesar de que formalmente, en relación con el contrato, sea el tomador quien paga la prima, en la práctica, lo más habitual, es que cuando el tomador del seguro es el transportista, acaba repercutiendo el coste del seguro en el precio del transporte de forma que quien realmente acaba soportando la prima es el propio asegurado⁴²¹.

4.-RESPONSABILIDAD DEL TERCERO EN LA PRODUCCIÓN DEL SINIESTRO

⁴²⁰ En un sentido contrario, en referencia al transporte marítimo, TURCI, S., «L'assicurazione per conto di chi spetta stipulata dal vettore ne copre anche la responsabiliza?», en *Il Diritto Marittimo*, I, 1982, pp. 182-187, pp 185- 187, indica que el seguro de daños estipulado por el porteador abjo la modalidad por cuenta de quien corresponda puede comportar, sólo de reflejo, y como resultado indirecto, la cobertura de la responsabilidad del porteador. Dicho efecto, limitado e indirecto, puede tener lugar cuando el titular del derecho sobre las mercancías queda debidamente consignado como tal en la póliza, y siempre que los contratantes introduzcan en la póliza las pertinentes condiciones particulares que permitan identificar con certeza la existencia de una común voluntad de las partes dirigida a extender y modificar la gama de riesgos cubiertos señalados en las condiciones generales. De esta forma, el aseguramiento indirecto de la responsabilidad del porteador es posible mediante la cláusula por cuenta de quien corresponda pero sólo si al clausulado general de los riesgos cubiertos en referencia a las mercancías, se incorpora como condición particular la responsabilidad del porteador. En esta misma línea, BOGLIONE, A., «Notarelle sulla portata della rinuncia alla surroga assicurativa contro il vettore», cit., p. 829, en relación al contrato de transporte estipulado por el porteador bajo la cláusula por cuenta de quien corresponda, observa que ni la renuncia a la subrogación ni el pago de una sobreprima, son de por sí –ante la ausencia de una formulación explícita–suficientes para cubrir, juntamente con la cobertura de las mercancías a favor del del titular del derecho sobre ellas, la responsabilidad del porteador que se hace cargo de su transporte.

⁴²¹ En esta línea, CALZADA CONDE, M^a A., «La subrogación del asegurador y la protección de los intereses de los asegurados», cit. pp. 1413-1414, entiende que, en principio, la subrogación no tiene razón de ser si el responsable del siniestro es el tomador que paga realmente la prima del seguro, pero sí debería proceder en determinados seguros por cuenta ajena en que el tomador responsable de los daños no paga realmente las primas porque de una forma u otra acaba soportándolas el asegurado.

A.- La responsabilidad del tercero en el transporte terrestre de mercancías

Como ha quedado indicado, la subrogación del asegurador, que ha cumplido con su obligación de indemnizar a su asegurado, sólo es posible cuando exista un tercero al que pueda atribuírsele la responsabilidad en la producción del evento dañoso que ha dado lugar al abono de la indemnización⁴²². En lo que se refiere al ámbito del transporte terrestre, la responsabilidad del tercero en la producción del siniestro puede ser de carácter extracontractual; en este caso, los daños y perjuicios causados a las mercancías habrán sido ocasionados por una actuación culposa o negligente no derivada de ninguna obligación contractual del tercero frente al asegurado. No obstante, lo usual en un seguro de transporte de mercancías es que el asegurado perjudicado por el siniestro ostente un crédito de naturaleza contractual, en virtud de un contrato de transporte, contra el porteador responsable de los daños o las pérdidas sufridos por las mercancías durante su transporte⁴²³. En este caso la responsabilidad del porteador nace por incumplimiento de la obligación asumida en virtud del contrato de transporte y es, por lo tanto, de

⁴²² SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., pp. 957-958.

⁴²³ Como señala GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, T. II, cit., pp. 230-231, el porteador es responsable por la pérdida total o parcial de las mercancías, las averías que éstas puedan sufrir y el retraso en la entrega al destinatario. La pérdida de la mercancía se produce siempre que el porteador no pueda entregarla en el destino pactado en el contrato de transporte, tanto si la destrucción de la mercancía es debida a causas internas (evaporación, combustión, etc.) como si es debida a causas externas (hurto, incendio, etc.); considerándose pérdida total cuando se incumpla enteramente en la entrega, o parcial cuando se entregue sólo una parte de los objetos transportados o cuando se entreguen todos los objetos, pero con una disminución en su peso o en su medida. La avería se produce cuando la mercancía sufre una alteración sustancial en su estado que conlleva una disminución de su valor (daños o menoscabos por humedad, por efecto de alteración en la temperatura necesaria para conservación, etc.); al igual que la pérdida la avería puede ser parcial, cuando se produce una disminución relativa de su valor, o total, con la pérdida absoluta de valor. Finalmente, el retraso en la entrega de la mercancía ocurrirá cuando ésta no sea entregada a su destinatario en el plazo estipulado en el contrato de transporte.

naturaleza contractual⁴²⁴. Mediante el contrato de transporte el porteador o transportista se compromete frente al cargador a desplazar las mercancías que ha tomado a su cargo de un punto a otro donde las debe entregar. Se trata de una obligación de hacer que implica el resultado de trasladar hasta el lugar de la entrega una mercancía, en el mismo estado en que la tomó a su cargo, dentro del plazo convenido⁴²⁵.

El sistema de responsabilidad del porteador determinado en el CCom (art. 369 y ss.) estaba basado en una responsabilidad subjetiva de presunción de culpa del porteador, de forma que éste debía de responder sólo en los casos en que los daños fueran causados por su culpa. En este régimen de atribución de responsabilidad, el cargador debía soportar el riesgo de pérdida o avería que experimentasen las mercancías durante su transporte, «por caso fortuito, fuerza

⁴²⁴ En el art. 2 de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías se define dicho contrato como «aquél por el que el porteador se obliga frente al cargador, a cambio de un precio, a trasladar las mercancías de un lugar a otro y entregarlas al destinatario».

⁴²⁵ PUTZEYS, J., *Le contrat de transport routier de marchandises*, Bruxelles, 1981, pp. 216-218, señala que si el porteador es responsable del incumplimiento de estos dos resultados (entregar las mercancías en el mismo estado en que las recibió), la prueba –por presunción– de esta responsabilidad no es idéntica en uno y otro caso. La cuestión se plantea a nivel de la prueba, y más concretamente, de la prueba en contrario que incumbe al transportista, porque contra él opera la presunción de responsabilidad por incumplimiento. Para este autor existen dos tipos de presunciones ante el incumplimiento del deber contractual del transportista. Por una parte, la presunción de responsabilidad respecto a la obligación de trasladar las mercancías, por la que el obligado es considerado responsable hasta que haya probado que el evento causal no le es imputable; si no puede probar esta causa liberatoria seguirá siendo responsable y deberá soportar las consecuencias de la falta de resultado; él asume los riesgos de la obligación de hacer. Por otra parte, la presunción de culpa respecto al estado (avería y pérdida) de las mercancías, de la que el obligado podrá liberarse cuando pruebe la ausencia de culpa; sólo si hay culpa (presumible, mientras no demuestre lo contrario) deberá soportar las consecuencias perjudiciales por el incumplimiento. EMPARANZA SOBERANO, A., *El concepto de porteador en el transporte de mercancías*, cit., pp. 26-27, señala que la obligación que asume el porteador y por la cual se hace responsable del incumplimiento del transporte o de su cumplimiento defectuoso, tiene su fundamento en que el contrato de transporte se integra dentro de la categoría de los contratos de arrendamiento de obra en los que el contratista asume una obligación de resultado consistente en la realización de la tarea que se le ha encomendado. De este modo, la obligación que asume el porteador es de resultado, comprometiéndose contractualmente a entregar las mercancías incólumes al destinatario, por lo que la incorrecta prestación del desplazamiento de las mercancías hace nacer en él una responsabilidad por incumplimiento del transporte.

mayor⁴²⁶, o naturaleza y vicio propio de las cosas» Mientras que se transfería la carga de la prueba de la existencia de estas circunstancias exoneradoras al porteador. No obstante, se determinaba la responsabilidad del porteador cuando se conseguía probar en su contra que dichas circunstancias ocurrieron por su negligencia o por haber dejado de tomar las necesarias precauciones propias de la diligencia debida⁴²⁷.

Actualmente, el régimen de responsabilidad del porteador se halla regulado en la LCTTM⁴²⁸. Conforme a esta norma, el porteador responderá de la pérdida total o parcial de las mercancías, así como de las averías que sufran, desde el momento de su recepción para el transporte hasta el de su entrega en destino, al igual que de los daños derivados del retraso en la ejecución del transporte. Por lo tanto, a diferencia del sistema anterior, en la nueva ley, la imputación de responsabilidad «no precisa de la prueba de la culpa o negligencia del porteador»⁴²⁹. Así, el incumplimiento de la obligación asumida contractualmente para la prestación del transporte, implica directamente la responsabilidad del porteador⁴³⁰. De este modo, al acreedor de la prestación le basta con probar dicho incumplimiento, es decir, la existencia de las pérdidas,

⁴²⁶ Al respecto, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 17 de julio de 2008, Ponente Francisco Marín Castán, F.J. 3.º (RJ 2008/4384), señala que la jurisprudencia del TS fundamenta la distinción entre fuerza mayor y caso fortuito, en la ajenidad de la primera a la actividad de la empresa.

⁴²⁷ V. SAP de Barcelona (Sección 15.ª), de 25 de septiembre de 2009, Ponente Daniel Irigoyen Fujiwara, F.J. 2.º (JUR 2009/491717), en la que se indica que la responsabilidad exigida al porteador no es la media o común del «buen padre de familia», sino la del buen profesional, «siendo éste el modelo de conducta a observar en la ejecución de su prestación»

⁴²⁸ V. el capítulo V de la LCTTM en que se regula, con carácter imperativo, el régimen de responsabilidad del porteador

⁴²⁹ MARTÍNEZ SANZ, F., «Transporte de mercancías por carretera (I). Transporte interno», en MARTÍNEZ SANZ, F. (Dir.); PUETZ, A. (Coord.), *Manual de Derecho del Transporte*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 159-212, p. 181.

⁴³⁰ En el ámbito del transporte marítimo LAMBERT-FAIVRE, Y., «Vente internationale, transport et assurance», en PUTZEYS, J., (Dir.), *Séminaire de Droit des Transports. Les ventes internationales et les transports*, Louvain-La-Neuve, 1992, pp. 1-9, señala que el transportista está sujeto a una obligación contractual de resultado, lo que comporta que incurra en una presunción de responsabilidad objetiva en cuanto el acreedor del transporte constata que la inejecución, o la ejecución ineficiente del contrato, le ha causado un perjuicio, especialmente, en los casos de pérdida o avería de las mercancías.

las averías, o el retraso de la entrega de las mercancías mientras éstas estaban bajo la custodia del porteador⁴³¹.

Así pues, se trata de una responsabilidad de naturaleza contractual, que se establece de forma objetiva ante el incumplimiento de las obligaciones que se asumieron en el correspondiente contrato de transporte. Consecuentemente, una vez que el acreedor de la prestación ha demostrado su incumplimiento, se presume la responsabilidad del porteador y será éste quien deberá probar los hechos que impidieron el cumplimiento de la prestación debida. A este respecto, se señala que no basta con probar que se había empleado la diligencia exigida para la correcta prestación, sino que, además, «deberá demostrar el hecho concreto que ha impedido el cumplimiento exacto de la prestación»⁴³². No obstante, este sistema de atribución de responsabilidad del porteador, se completa con un elenco de causas de exoneración de responsabilidad y de presunciones de exoneración.

B.- La existencia de límites legales o convencionales de la responsabilidad del tercero en el transporte terrestre de mercancías

El rango dispositivo del recientemente derogado art. 361 CCom permitía la posibilidad de que las partes pudieran modificar contractualmente la responsabilidad señala en el mismo cuerpo normativo. Efectivamente, el citado artículo permitía a los contratantes negociar un sistema de responsabilidad distinto al que se establecía legalmente. No obstante, dicho carácter dispositivo debía necesariamente respetar el contenido mínimo del contrato de transporte, en el que la prestación del servicio comporta naturalmente la asunción de responsabilidad por parte de quien asume su realización. Al respecto, en

⁴³¹ PUETZ, A., «Comentario Art. 47 LCTTM», en DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F.; MARTÍNEZ SANZ, F. (Dirs.), *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 553-577, p. 557.

⁴³² PUETZ, A., «Comentario Art. 47 LCTTM», en DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F.; MARTÍNEZ SANZ, F. (Dirs.), *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, cit., p. 557.

referencia a la responsabilidad del comisionista de transporte señala que el contrato de transporte «recoge unos contenidos mínimos que no pueden ser alterados sin desvirtuar la función económica objetiva para la que está destinado»⁴³³. En efecto, el contrato de transporte, como todo contrato, comporta una serie de obligaciones que son asumidas por las partes que lo estipulan. Así, cuando se contrata un transporte, el porteador asume frente al cargador la obligación de transportar las mercancías hasta el lugar de destino señalado, responsabilizándose, por lo tanto, de que la mercancía llegue su destino en el mismo estado en que las recibió para hacerse cargo del transporte. De lo que cabe concluir que el régimen de responsabilidad del porteador no puede ser alterado, por voluntad de las partes, más allá del contenido propio de todo contrato de transporte.

Con la LCTTM el carácter dispositivo del régimen de responsabilidad del porteador señalado por el Código de Comercio, se ha visto sustituido por un régimen imperativo, que prohíbe a las partes apartarse del sistema que se establece legalmente⁴³⁴. La responsabilidad del porteador está regulada en el Capítulo V de la ley, del que cabe destacar, en primer lugar, su carácter imperativo referente a la atribución de responsabilidad de las partes, así como a los límites establecidos para las indemnizaciones. En segundo lugar, el carácter imperativo del régimen de responsabilidad se ve reforzado cuando en el segundo apartado del art. 46 dictamina la ineficacia de aquellas cláusulas contractuales que pretendan reducir o aminorar el régimen de responsabilidad legal del porteador⁴³⁵.

⁴³³ EMPARANZA SOBEJANO, A., El concepto de porteador en el transporte de mercancías, cit., p. 192.

⁴³⁴ V. Art. 46 LCTTM.

⁴³⁵ Los límites legales de la responsabilidad del porteador y la ineficacia de las cláusulas contractuales que pretendan su aminoración serán tratados con mayor detenimiento en el Capítulo tercero, los epígrafes IV.3.A-IV.3.B y en el Capítulo quinto, el epígrafe III.2

CAPÍTULO TERCERO

EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE SUBROGACIÓN. LÍMITES Y CONSECUENCIAS.

ASPECTOS PROCESALES.

I.- EL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN COMO PRESUPUESTO GENERADOR DEL INGRESO DEL ASEGURADOR EN LOS DERECHOS Y ACCIONES DEL ASEGURADO

El pago de la indemnización por parte del asegurador se constituye como el primer presupuesto legal para el ejercicio de la subrogación, de modo tal, que el asegurador no se beneficiará de esta institución y no podrá dirigirse contra el tercero sino hasta después de haber hecho efectiva la indemnización del seguro. Siendo el pago de la indemnización el hecho generador de la subrogación, la transferencia de los derechos y las acciones del asegurado al asegurador para exigir al tercero el importe de la indemnización debida al asegurado, solo tendrá lugar tras el pago de la liquidación del seguro⁴³⁶. Ello significa que el asegurador no podrá, convencionalmente, reservarse el derecho de actuar contra el tercero desde que se produce el siniestro que determina su obligación de indemnizar, ni siquiera para tomar las medidas tendentes a conservar el beneficio que la ley le otorga, porque su derecho no existe sino desde el día que con el pago de la indemnización adquirió el derecho de resarcimiento del asegurado⁴³⁷. En efecto, una vez producido el siniestro nace a favor del asegurado damnificado un derecho de resarcimiento frente al tercero

⁴³⁶ Así, CLARKE, M. A., en CLARKE, M. A., (Edit.), *The Law of Insurance Contracts*, 6 th. ed., London, 2009, p. 1028, indica que el presupuesto para que opere la subrogación es que el asegurador haya pagado al asegurado, subrayando que la regla básica es que lo pagado al asegurado sea la totalidad de la indemnización debida de conformidad con los términos del contrato.

⁴³⁷ PICARD, M./BESSON, A., *Les Assurances Terrestre en Droit Français. (Le contrat d'assurance)*, cit., pp. 503-504; DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazione Private*, vol. II, cit., p. 472.

responsable, por lo tanto, será el asegurado la única persona legitimada para poder disponer de él. Sólo mediante el pago de la indemnización, dirigida a reparar el daño ocasionado al asegurado, podrá el asegurador adquirir la titularidad de ese derecho crédito y gestionarlo en favor de sus propios intereses.

1.- EFECTO LIMITADOR DE LA INDEMNIZACIÓN

Un vez efectuado el pago, el asegurador sólo puede subrogarse y reclamar al tercero la cantidad abonada a su asegurado en concepto de indemnización. Tal limitación está expresamente impuesta por el art 43 LCS cuando establece la subrogación del asegurador «hasta el límite de la indemnización». Ello es debido a que la subrogación en ningún caso puede ser para el asegurador una causa de enriquecimiento injusto⁴³⁸. La subrogación legal, por lo tanto, conlleva la prohibición de toda cláusula en la que el asegurador se reserve cualquier derecho de accionar frente al tercero por una cantidad superior a la pagada a su asegurado. Asimismo, si mediante una liquidación amistosa obtiene una reducción de la indemnización, no podrá exigir al tercero una cantidad que exceda a la realmente abonada al asegurado⁴³⁹.

Por lo tanto, en caso de que el seguro no cubra la totalidad del daño asegurado, como sucede en los casos de infraseguro, regla proporcional, franquicia, etc., en los que el asegurado se convierte en su propio asegurador en la parte del daño que queda descubierta por el seguro, la subrogación del

⁴³⁸ V. por todos GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., p.200; PICARD, M./BESSON, A, *Les Assurances Terrestre en Droit Français. (Le contrat d'assurance)*, cit., p. 507.

⁴³⁹ Es por ello que la subrogación se distingue de la cesión de créditos, porque aquélla, en ningún caso puede representar un enriquecimiento para el asegurador reclamando al deudor más de lo que efectivamente ha pagado al asegurado.

asegurador será parcial, limitándose a la cantidad abonada al asegurado según lo estipulado en el contrato⁴⁴⁰.

Por otro lado, si el asegurador ha indemnizado al asegurado con una suma superior al valor del daño asegurado, como sucede en los casos en que ha debido sumar los intereses de demora a la indemnización, sólo podrá reclamar al tercero la indemnización estipulada en el seguro en relación al valor asegurado. En ningún caso podrá repercutir en el tercero los intereses que ha tenido que pagar al asegurado por un retraso imputable al asegurador en la liquidación del siniestro⁴⁴¹.

En efecto, si tenemos en cuenta la función indemnizatoria de los seguros de daños, la indemnización que el asegurador deberá pagar al asegurado, trae causa en la producción de un siniestro que afecte el interés de la persona asegurada. El importe de dicha indemnización se determinará conforme a la valoración económica de los daños derivados del siniestro, en relación a la suma asegurada según los términos del contrato. De ahí que, en el caso de que el siniestro sea debido a un tercero, el asegurador subrogado pueda reclamar aquella indemnización a ese tercero. Sin embargo, los intereses moratorios, no traen causa en el siniestro amparado por la cobertura del seguro, sino en el retraso del propio asegurador en cumplir su obligación de indemnizar al asegurado. Es decir, la finalidad del pago de los intereses moratorios no es resarcir al asegurado de los daños ocasionados por el tercero, sino subsanar el perjuicio patrimonial que sufre el asegurado por motivo del incumplimiento del asegurador. De lo expuesto resulta evidente que es del todo inadmisibles que el tercero deba soportar la sanción económica que la LCS impone al asegurador,

⁴⁴⁰ En caso de subrogación parcial el asegurado sigue legitimado para exigir al tercero responsable la parte de la deuda no cubierta por la indemnización del asegurador.

⁴⁴¹ La subrogación no puede empeorar la situación del tercero responsable, de manera que quedará obligado frente al asegurador subrogado en los mismos términos en los que estaba frente al acreedor originario.

mediante el recargo por demora, por los perjuicios que sufre el asegurado como consecuencia de la dilación del pago de la indemnización.

Al respecto, la doctrina jurisprudencial que ha sentado recientemente el Tribunal Supremo, en sentencia del 2009⁴⁴², es que el recargo de demora del artículo 20 LCS no es aplicable en el caso del ejercicio de la acción contemplada en el art. 43 LCS, ni al tercero responsable ni a la aseguradora de éste contra la que se dirige la acción en ejercicio de la subrogación. Según se indica en la sentencia, el recargo de demora se justifica en que el perjudicado se encuentra en una situación necesitada de especial protección ante el incumplimiento injustificado del asegurador. Dicha protección no se hace extensible al asegurador que incumple injustificadamente su obligación para con el asegurado, cuando reclama vía subrogación. En este sentido, el Tribunal subraya que «la finalidad del art. 20 LCS radica en fomentar el rápido resarcimiento del asegurado o perjudicado imponiendo sobre la aseguradora que retrasa injustificadamente el cumplimiento de su obligación un recargo indemnizatorio de notoria importancia (...). La imposición a la aseguradora contra la que se dirige la acción subrogatoria de los intereses que la aseguradora del perjudicado haya tenido que satisfacer por demora comportaría, en contra de la finalidad perseguida por el art. 20 LCS, derivar hacia otra entidad las consecuencias que son producto de la conducta injustificada de la directamente obligada al pago de la indemnización».

Por otro lado, el pago de una indemnización superior al importe del daño efectivamente sufrido por el asegurado, también puede tener lugar cuando en el contrato de seguro se ha insertado la cláusula de valor nuevo. En este caso se apunta que la solución del problema debería ser que el asegurador

⁴⁴² STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 5 de febrero de 2009, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos, F.J. 4.º (RJ 2009/1368).

sólo podrá reclamar al tercero, como máximo, lo que hubiera podido reclamar el propio asegurado⁴⁴³.

La obligación del asegurador de abonar la indemnización tiene su origen en el contrato de seguro celebrado por el asegurado, ahora perjudicado por la producción del siniestro. Consecuentemente, la subrogación tiene como límite las obligaciones asumidas por el asegurador por motivo del contrato de seguro, de forma tal, que sólo podrá recurrir contra el tercero responsable del siniestro en la medida en que él mismo, en virtud del contrato, estaba obligado a garantizar al asegurado. En este sentido, tratándose de un seguro de transporte terrestre en el que las partes han fijado convencionalmente el valor de las mercancías, el asegurador estará obligado a indemnizar al asegurado conforme el valor de la estima pactada. Ahora bien, el ejercicio de la acción de reclamación de la responsabilidad por parte del asegurador subrogado se verá limitado por la suma debida por tercero conforme a la cuantía de los daños ocasionados a las mercancías. Por otro lado, la subrogación no puede modificar las obligaciones aceptadas contractualmente por el asegurador y extender la garantía a riesgos excluidos de la cobertura del seguro con el pretexto de que el asegurador podrá reclamar su resarcimiento al tercero responsable⁴⁴⁴.

⁴⁴³ Como señala MUÑOZ PAREDES M.^a L., *El seguro a valor nuevo*, cit., pp. 413- 415 la subrogación del asegurador está sujeta a dos límites cuantitativos. Por un lado, el pago efectuado en virtud del contrato, que fija el máximo de la cantidad que puede obtener del tercero. Por otro lado, la cantidad que el tercero debe pagar conforme al daño que ha ocasionado al asegurado. De conformidad con estos límites, frente a una situación de seguro a valor nuevo, el asegurador podrá reclamar al tercero el importe de la indemnización cuando la deuda de responsabilidad del tercero cubra dicho importe; por el contrario, si la deuda de responsabilidad es inferior a la indemnización, el tercero sólo responderá hasta la cantidad por él debida. En este mismo sentido SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., pp. 968-969.

⁴⁴⁴ PICARD, M./BESSON, A., *Les Assurances Terrestres en Droit Français. (Le contrat d'assurance)*, cit., pp. 507-508. Al respecto, debemos puntualizar que, efectivamente, la subrogación no puede operar respecto los riesgos que expresamente han sido excluidos de la cobertura aseguradora. No obstante, podrá tener lugar cuando de la interpretación que las partes hacen del contrato se concluye de un modo razonable que el riesgo por el cual se indemniza está asegurado

Asimismo, la limitación de la subrogación a las obligaciones contractuales del asegurador comporta que dicha institución sólo operará si el pago de la indemnización se efectúa al asegurado o beneficiario de la garantía aseguradora, es decir, al titular del interés que se asegura⁴⁴⁵. Este aspecto es especialmente importante en el seguro por cuenta ajena o por cuenta de quien corresponda, ampliamente utilizado en el ámbito asegurador del transporte de mercancías, objeto de este trabajo, en el que tomador del seguro y asegurado son personas distintas. En efecto, en estas modalidades de seguro el asegurador sólo podrá subrogarse contra el tercero responsable cuando indemniza a quien, en el momento de producirse el siniestro, resulte ser titular del interés asegurado y lesionado por la producción del siniestro, es decir el asegurado. Por el contrario, la subrogación no tendrá lugar cuando se indemniza al tomador del seguro por cuenta ajena ya que carece del interés asegurado, y, por ello, no sufre las consecuencias del siniestro.

Esto es consecuencia del principio indemnizatorio que fundamenta el instituto de la subrogación en el seguro de daños. Sobre la base de este principio, el asegurador se subroga en los derechos y acciones que el asegurado-damnificado tiene frente al responsable del siniestro porque mediante el pago de la indemnización produce el desinterés del asegurado para reclamar a éste último. En cambio, si paga a quien no ha sido realmente perjudicado por el siniestro, no podrá subrogarse contra el tercero ya que no ha adquirido ninguna acción contra él puesto que el derecho de crédito sigue permaneciendo en poder del asegurado insatisfecho. Sin embargo, el asegurador estaría legitimado para reclamar al tercero si entre el tomador ahora indemnizado y el asegurado había habido una cesión de los derechos derivados de la póliza.

⁴⁴⁵ HERNÁNDEZ MARTÍ, J., «Comentario Art. 43 LCS», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, cit., p. 542.

Por lo demás, en el hipotético caso de que prosperara la pretensión del asegurador que ha indemnizado a quien no era titular del crédito frente al tercero y éste realiza el pago, su responsabilidad persistiría frente al asegurado, de forma que quedaría sometido a la acción de éste para reclamar el daño patrimonial pendiente de indemnizar. Sin embargo, en este caso debemos tener presente que el pago hecho de buena fe por el tercero responsable al asegurador, como acreedor aparente, en la creencia de que éste último había indemnizado correctamente a la persona asegurada tiene efecto liberatorio para el deudor. Por consiguiente, el responsable del daño podrá excepcionar dicho pago al asegurado para dar por extinguido el derecho de crédito surgido contra él con ocasión del siniestro⁴⁴⁶.

No obstante hemos manifestado que el asegurador realiza un pago indebido cuando en un seguro por cuenta ajena indemniza al tomador, en lugar de hacerlo a quien resulte titular del interés asegurado en el momento del siniestro⁴⁴⁷, no siempre se reconoce al responsable dicha excepción de falta de

⁴⁴⁶ El art. 1164 CC regula el pago liberatorio hecho de buena fe por el deudor en los siguientes términos: «El pago hecho de buena fe al que estuviere en posesión del crédito, liberará al deudor». No obstante la literalidad de los términos empleados para conceptuar acreedor, a quien estuviere «en posesión del crédito», la doctrina ha interpretado que este artículo regula el pago o cumplimiento a «acreedor aparente». Así, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil Comentado y con Jurisprudencia*, 4.ª ed., La Ley, Madrid, 2004, p. 1143, señala que el citado artículo da un concepto erróneo de acreedor ya que «no se trata de un supuesto tan restringido sino que se debe considerar que es el caso de la apariencia razonable de que una persona es el acreedor. Lo que a su vez se conecta con la buena fe del que cumple la obligación». Por lo tanto, la buena fe del deudor que realiza el pago o cumplimiento de la obligación, «significa la creencia razonable de que lo hace al acreedor; no sólo pues, su creencia subjetiva de que hace el pago al acreedor, sino la objetiva de que reúne unas mínimas condiciones de apariencia como tal».

⁴⁴⁷ V. la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 7 de marzo de 2007, Ponente José Ramón Ferrándiz Gabriel, F.J. 5.º (RJ 225/2007), en la que se determina la improcedencia de la reclamación de la aseguradora, pretendidamente subrogada en los derechos del vendedor y tomador del seguro, en una venta internacional en régimen CIF, contra el transportista por la pérdida de la mercancía al sufrir un naufragio el buque que las transportaba. El Tribunal apreció la falta de acción de la aseguradora al estimar que vendidas con la cláusula CIF las mercancías luego aseguradas, era la compradora, y no la vendedora, la única legitimada para accionar contra quien fuera el causante de la pérdida de la carga, por razón de haber sido ella la que asumió el riesgo desde el momento en que las mercancías vendidas sobrepasaron la borda del buque en el puerto de embarque. Por lo tanto, dice la sentencia, «si el indemnizado no tenía acción contra el

legitimación activa del asegurador que pretende reclamar como subrogado en posición de quien, en principio, carece de acción frente al demandado. En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de mayo de 2010⁴⁴⁸, admitió la legitimación activa de la aseguradora que indemnizó al vendedor y tomador del seguro, para reclamar al transportista, a pesar de que se trataba de un contrato de compraventa internacional sometido a la condición «ex work» o «franco fábrica», de manera que la vendedora transmitió el riesgo en el momento en que puso a disposición de la compradora la mercancía. El argumento que sirvió de base para apreciar la legitimación activa de la aseguradora, es que, a pesar de estar en presencia de una compraventa internacional sometida a unas cláusulas que determinan la transferencia del riesgo, «ha de estarse a la circunstancias del caso en concreto para determinar quién es el perjudicado por los daños sufridos en las mercancías y, en consecuencia, quién resulta legitimado para reclamar al transportista por los daños».

En el caso de autos, se estimó que la verdadera perjudicada por los daños era la vendedora dado que pagó el transporte que contrató con la entidad transitaria, tenía suscrito el contrato de seguro para dicho transporte con la entidad aseguradora reclamada en repetición por la indemnización abonada a dicha vendedora, y fue la que se hizo cargo de los gastos de reparación de la maquinaria dañada en el transporte. Por consiguiente, la sentencia considera

causante del daño, por haberle atribuido *ex voluntate* al comprador la condición de perjudicado, el pago de la indemnización por la aseguradora no bastará para impedir que el demandado como responsable del daño niegue estar obligado a repararlo frente al que acciona subrogado en la posición de quien, como el vendedor, no consta haya sufrido perjuicio directo como consecuencia de la desaparición de la cosa. (...) Y es que realmente, no se trata de resolver sobre cual era el pago de la indemnización procedente según la reglamentación negocial, con efectos liberatorios para la aseguradora, sino sobre si la asegurada, en cuya posición aquella tiene derecho a subrogarse, tiene acción o no contra la supuesta responsable de la desaparición de la carga, por estar vendida en régimen CIF y haberse modelado convencionalmente el reparto del riesgo».

⁴⁴⁸ SAP de Madrid (Sección 28.^a), de 21 de mayo de 2010, Ponente José Zarzuelo Descalzo, F.J. 2.^o (JUR 2010/305582).

que «concertado el transporte entre vendedora y porteadora, ésta ha de responder frente a aquélla por los incumplimientos contractuales que le sean imputables y no es quien la transportista para interpretar y aplicar un contrato que le es ajeno, cual el de la compraventa entre remitente y destinataria, por más que con la inclusión de la expresión *ex work* (incoterms 2000) nos encontremos ante una modalidad especial de compraventa en la que los riesgos serían a cargo de la compradora desde la puesta a disposición de la mercancía en los almacenes de la vendedora». ⁴⁴⁹

2.- SUBROGACIÓN PARCIAL Y CONCURRENCIA ENTRE ASEGURADO Y ASEGURADOR EN LAS ACCIONES FRENTE AL TERCERO

En las situaciones de subrogación parcial, en las que el seguro no cubre la totalidad del daño sufrido, el asegurado conserva la titularidad del crédito frente al tercero por la parte no cubierta por el seguro, mientras que el asegurador sólo está legitimado a exigir del responsable la cantidad abonada al asegurado. Ahora bien, en el contexto de subrogación parcial se plantea el problema de cómo regular el concurso entre el asegurador y el asegurado en la acción de reclamación al tercero, cuando la situación de insolvencia de este último le impide realizar la íntegra reparación del daño del cual es responsable, y por ende, la plena satisfacción de ambos acreedores. Al respecto, el art. 43 LCS, apartándose de la regla general que el Código Civil establece a favor del

⁴⁴⁹ En la compraventa internacional bajo el régimen CIF el vendedor debe contratar un seguro de la carga que faculte al comprador, o a cualquier otra persona que tenga un interés asegurable sobre la mercancía, para reclamar directamente al asegurador. Como señala CARRETTE, CH., «L'assurance maritime», en PUTZEYS, J., *Séminaire de Droit des Transports. Les ventes internationales et les transports*, Louvain-La-Neuve, 1992, pp. 1- 47, pp. 9-10, estamos ante un seguro por cuenta de quien corresponda, de manera que el vendedor suscribe un contrato de seguro de las mercancías en su propio nombre, pero cederá sus derechos frente al asegurador al comprador en el momento en que tenga lugar la transferencia del riesgo (en el momento en que las mercancías hayan sobrepasado la borda del buque). Esta modalidad de seguro permite que cualquier persona interesada en asegurar la mercancía pueda beneficiarse de esta cobertura. De esta forma, explica CARRETE, una vez embarcadas las mercancías, los compradores sucesivos estarán cubiertos por la póliza de seguro, identificándose en el momento del siniestro la persona asegurada con aquella que ha visto lesionado su interés.

acreedor subrogante que ha recibido un pago parcial, determina que en caso de concurrencia de asegurador y asegurado en el ejercicio de la reclamación frente al tercero, «el recobro obtenido se repartirá entre ambos en proporción a su respectivo interés»⁴⁵⁰.

Entendemos que en este punto debemos acudir al propio artículo 43 LCS cuando en su segundo párrafo dice explícitamente que la subrogación no procederá cuando cause un perjuicio al asegurado, manifestando que el asegurador «no podrá ejercitar en perjuicio del asegurado los derechos en que se haya subrogado». Al respecto, y a nuestro entender, queda fuera de toda duda que, ante la situación planteada de infraseguro a la que se le suma un estado de insolvencia por parte del deudor, mantener la regla del reparto proporcional a los intereses del asegurado y del asegurador respecto a lo obtenido del tercero resulta clara e injustificadamente perjudicial para el asegurado⁴⁵¹.

Parece razonable, que, cuando la norma determina que la subrogación no puede operar contra el propio asegurado, deba entenderse que dicha prohibición abarca tanto la posibilidad de que el asegurador subrogado se dirija contra el asegurado para reclamar lo que válidamente le ha pagado mediante la indemnización, como el supuesto que estamos tratando de que el asegurador rivalice con el propio asegurado parcialmente indemnizado en el ejercicio de la acción de reclamación frente al responsable. En este punto, debemos revisar qué es lo que se persigue con la instauración del principio indemnizatorio en los seguros de daños.

⁴⁵⁰ El art. 1213 CC dispone que «El acreedor, a quien se hubiere hecho un pago parcial, puede ejercitar su derecho por el resto con preferencia al que se hubiese subrogado en su lugar a virtud del pago parcial del mismo crédito»

⁴⁵¹ La regla del reparto de lo obtenido del tercero en proporción a los respectivos intereses también se aplica en los casos de seguro múltiple o de coaseguro en los que varios aseguradores pueden encontrarse, a raíz de un mismo siniestro, subrogados en los derechos del asegurado contra el tercero responsable.

Este principio procura la reparación del daño patrimonial que la producción del siniestro ha causado al asegurado, estableciendo para el asegurador la obligación de indemnizarle por el daño efectivamente producido⁴⁵². De conformidad con el citado principio, el asegurado indemnizado sólo parcialmente sigue estando legitimado para exigir del tercero responsable la pérdida patrimonial pendiente de restituir, por lo que carece de sentido que la subrogación del asegurador le impida ejercer las acciones correspondientes a su derecho. Pues bien, esta finalidad del seguro de daños, de dejar patrimonialmente indemne al asegurado, es lo que justifica la prevalencia del interés de éste último en obtener la plena reparación del daño patrimonial que se le ha ocasionado. Por lo tanto, en los casos en que la indemnización satisfecha por el asegurador sea inferior al daño padecido por el asegurado y el tercero no pueda resarcir íntegramente ese daño por ser parcialmente insolvente, en el ejercicio de la acción de reclamación contra este último debe priorizarse el interés del asegurado frente al del asegurador.

Este criterio que exponemos en el texto es defendido por diversos autores⁴⁵³. Respecto a la situación planteada se afirma que la solución de que asegurado y asegurador sean pagados a prorrata por el tercero es contraria a la idea de garantía a que está obligado el asegurador en virtud del contrato de seguro⁴⁵⁴. Desde esta perspectiva, se entiende que la garantía ofrecida por el asegurador al asegurado implica que éste último debe ser desinteresado por el

⁴⁵² GIRGADO PERANDONES, P., *El principio indemnizatorio en los seguros de daños...*, cit, p.161.

⁴⁵³ V. RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit.,p. 347; HERNÁNDEZ MARTÍ, J., «Comentario Art. 43 LCS», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, cit., p. 546; TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., pp. 174-175; CALZADA CONDE, M.^a A., «La subrogación del asegurador y la protección de los intereses de los asegurados», cit., pp. 1429-1434.

⁴⁵⁴ Al respecto, v. PICARD, M./BESSON, A, *Les Assurances Terrestres en Droit Français. (Le contrat d'assurance)*, cit., pp. 508-509; FERRARINI, S., *Le Assicurazioni Marittime*, cit., pp. 452- 453, quien, partiendo del carácter subsidiario del seguro de daños, afirma que, cuando el daño resulta cubierto por la responsabilidad de un tercero, la subrogación no puede en ningún caso perjudicar al asegurado, por lo que debe considerarse la prioridad de éste para recuperar del tercero hasta obtener un resarcimiento integral.

tercero antes que el asegurador. En efecto, la acción del asegurador para reclamar al tercero responsable es de carácter derivativo, de forma que sólo podrá actuar contra el responsable a través de la subrogación y ésta se establece a favor del asegurador que, mediante el pago de la indemnización, cumple con la obligación de mantener al asegurado patrimonialmente indemne cuando es víctima de un siniestro provocado por un tercero. Por lo tanto, lo primero es que el asegurado resulte resarcido por el daño sufrido, sea de parte del asegurador, sea de parte del tercero.

En contra de la regla proporcional establecida en el art. 43 LCS se argumenta que la subrogación se establece para dar cumplimiento al principio indemnizatorio que prohíbe que el asegurado, que se ha procurado un seguro de daños, resulte doblemente indemnizado en la totalidad del perjuicio patrimonial que se le ha causado. De ahí que el asegurado goce de preferencia para la íntegra reparación del daño; y «sólo cuando el daño haya sido íntegramente reparado debe admitirse la recuperación por parte del asegurador de parte de la indemnización abonada»⁴⁵⁵. En nuestra opinión, la prioridad del asegurado en la reclamación frente al tercero debe sustentarse en la persistencia, en él, de una porción de interés que permanece insatisfecho, debido a que la indemnización del asegurador no ha cubierto íntegramente el daño. Es este interés insatisfecho en la persona del asegurado el que debe prevalecer frente al interés del asegurador de recobrar el total de la indemnización. En efecto, la existencia del seguro comporta que el asegurador asume, a cambio de una prima, las consecuencias dañosas derivadas del siniestro. Por esta razón, el asegurador deberá asumir, en lugar de hacerlo el asegurado, como una consecuencia del siniestro, el recobro parcial de la indemnización de manos del responsable. La misma idea de garantía, que implica para el asegurador cumplir la obligación contractual de reparar el daño

⁴⁵⁵ TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., pp. 174-175.

patrimonial que un tercero ha causado a su asegurado, impide que pueda concurrir con el asegurado para reclamar al tercero.

Por otro lado, la prioridad del derecho del asegurado, parcialmente indemnizado, sobre el patrimonio del tercero se ha constatado desde la tesis que defiende la función subsidiaria del seguro cuando el daño está cubierto por la responsabilidad de un tercero⁴⁵⁶. En el marco de esta teoría se considera que la función del seguro es subsidiaria del deber de resarcimiento del tercero responsable del evento dañoso, de forma que la finalidad reparadora del seguro sólo surge ante la ausencia o insuficiencia del resarcimiento del tercero. En este orden de cosas, la indemnización del asegurador es subsidiaria y actúa como un anticipo, pero no del cumplimiento de una obligación ajena, sino del cumplimiento de una obligación propia y de una específica función aseguradora.

Según el criterio de GENOVESE, el asegurado, aún después de haber recibido la indemnización del seguro, conserva su crédito frente al tercero responsable hasta que el asegurador decida ejercer contra el tercero su derecho de subrogación. Así pues, es normal que la indemnización del seguro se pague en concepto de anticipo y en una cantidad provisional puesto que el importe definitivo resultará de lo que el asegurador pueda recuperar del tercero, deduciendo el importe de la indemnización ya abonada⁴⁵⁷. Por otra parte, constata este autor, la recuperación del asegurador se enfrenta a ciertos límites, como por ejemplo, a una limitación de la responsabilidad, a una insuficiencia patrimonial del tercero para hacer frente a su deuda, o a una limitación en los derechos adquiridos del asegurado en relación a los daños producidos y la cobertura del seguro, que impiden que el asegurador consiga siempre una

⁴⁵⁶ GENOVESE, A., «I limiti della surroga dell'assicuratore», en A.I.D.A., *Studi in onore di Antigono Donati*, Roma, 1970, pp. 349-376.

⁴⁵⁷ GENOVESE, A., «I limiti della surroga dell'assicuratore», cit., p. 361.

recuperación de todo lo que pagó al asegurado en concepto de indemnización. Tal eventualidad debe ser considerada normal en el desarrollo de la actividad aseguradora.

Respecto a la función de la indemnización del seguro, manifiesta el citado autor que no es posible determinar el daño causado hasta después de que el tercero haya cumplido su obligación de resarcimiento, porque sólo entonces se sabrá con precisión el perjuicio patrimonial del asegurado que resta pendiente de satisfacer y lo que el asegurador debe indemnizar. Sin embargo, si la indemnización se satisface prontamente, a fin de proporcionar al asegurado una cobertura aseguradora inmediata, sin tener en cuenta lo que el asegurado podrá obtener del tercero a título de resarcimiento, es natural que la indemnización resulte excesiva y que el asegurador pueda reducir la cantidad utilizando el crédito de resarcimiento del asegurado frente el tercero mediante la subrogación.

No podemos compartir la teoría de la subsidiariedad del seguro respecto al deber de resarcimiento del responsable del siniestro para justificar la prioridad del asegurado frente al asegurador a la hora de exigir el resarcimiento del tercero. El deber de reparación del asegurador es independiente del deber del tercero. La obligación del asegurador surge en virtud del contrato de seguro desde el momento en que se verifica el siniestro que afecta al interés del asegurado, con independencia de la existencia de la deuda de responsabilidad del tercero. De ahí, que cuando la indemnización del seguro no cubre la totalidad del daño, el deber del asegurador consistirá en no impedir que el asegurado sea resarcido por el tercero en aquella parte que no lo fue por el seguro.

En definitiva, podemos concluir que la subrogación legal permite que el asegurador pueda recuperar del tercero responsable lo que ha pagado al asegurado en concepto de indemnización, pero creemos que el derecho del

asegurado debe ser preferente al del asegurador cuando la indemnización del seguro no cubre íntegramente el daño y el tercero no puede hacer frente a la totalidad de la deuda⁴⁵⁸. Si el asegurado ha sido parcialmente indemnizado por el asegurador significa que aún persiste para aquél un daño patrimonial pendiente de reparar, por lo que sigue plenamente legitimado para dirigirse contra el tercero con la pretensión de obtener la total satisfacción del daño.

Recordemos que la subrogación del asegurador es una subrogación personal en la que éste substituye al asegurado en el ejercicio de sus derechos frente al responsable del siniestro. Esta substitución personal en los derechos del asegurado se posibilita por razón del pago de la indemnización, mediante la cual, el asegurador priva de cualquier interés al asegurado para exigir al tercero la reparación del daño patrimonial que el siniestro le ha causado⁴⁵⁹. Pues bien, ocurre que el asegurador no podrá subrogarse contra el tercero mientras el asegurado siga conservando algún interés patrimonial en ser plenamente resarcido del siniestro frente al cual se aseguraba, Si este último no ha sido totalmente indemnizado, el tercero continua siendo su deudor, al menos, en la diferencia entre el valor real del daño sufrido y la indemnización que ha percibido del asegurador, de ahí que el asegurador, no sienta titular de ese derecho, carezca de legitimación para exigirlo. Por otro lado, cabe resaltar que cuando el responsable es parcialmente insolvente, la subrogación del

⁴⁵⁸ En sentido contrario, admitiendo la concurrencia proporcional a los créditos del asegurado y asegurador sobre la suma recuperada del tercero responsable v. RIGHETTI G., *Trattato di Diritto Marittimo*, cit., pp. 628-629; también SCALFI, G., *I Contratti di Assicurazione. L'assicurazione Danni*, cit., p. 252 cuando manifiesta que si el asegurador subrogado concurre con el damnificado que pretende la cuota de resarcimiento no satisfecha por aquél, en caso de insuficiencia patrimonial del responsable, deberá satisfacerse a ambos en proporción a sus respectivos créditos.

⁴⁵⁹ La subrogación del asegurador en los derechos del asegurado, para reclamar frente al responsable del siniestro que motivó el pago de la indemnización del seguro, debe operar sólo cuando el asegurado ha resultado plenamente resarcido, y por ello, carece de todo interés para dirigirse contra el responsable pretendiendo la reparación de un daño patrimonial que para aquél ya no existe. En este sentido v. VIVANTE, C., *Il contratto di assicurazione. Le Assicurazioni Terrestri*, vol. I., cit., p. 436., quien textualmente afirma que «*La surrogazione personale dell'assicuratore è una conseguenza naturale del pagamento dell'indennità. L'assicurato che fu risarcito del danno non ha più azione contro il colpevole, perchè non ha alcun interesse da far valere contro di lui*»

asegurador frente a este último restará, con toda seguridad, las posibilidades económicas para lograr la total reparación para el asegurado⁴⁶⁰, que es, en definitiva, la persona que ha soportado el daño y en la que nacen los derechos y las acciones contra el responsable.

Asimismo, debemos tener presente que, con la concertación del seguro, el asegurado ya resulta parcialmente perjudicado en su pretensión de obtener la máxima reparación del daño patrimonial en caso de que ocurra el siniestro contra el cual se asegura, porque una parte del importe que recibe en concepto de indemnización ya lo ha pagado previamente en forma de primas. Por consiguiente, no es aceptable que el asegurado que ha actuado de forma previsora concertando un contrato de seguro, y por el cual ha satisfecho las correspondientes primas, compruebe que, el seguro actúa en su contra. En efecto, producido el daño contra el cual se aseguraba, si decide dirigirse al asegurador antes que al tercero para obtener la reparación del descalabro patrimonial sufrido, la regla del reparto proporcional le impide la posibilidad de obtener la plena reparación del daño porque, al mismo tiempo, el asegurador subrogado también se dirige contra el tercero en su pretensión de recuperar al máximo la indemnización que ha abonado al asegurado.

El asegurador es quien asume los riesgos inherentes a su actividad económica, entre los que se encuentra el riesgo de no recobrar totalmente, por vía de la subrogación, una parte de las indemnizaciones abonadas a sus asegurados. Al respecto, conviene tener en cuenta que la principal finalidad que

⁴⁶⁰ En este sentido v. CALZADA CONDE, M.^a A., «La subrogación del asegurador y la protección de los intereses de los asegurados», cit., pp. 1430-1443. quien ejemplifica el evidente perjuicio que comporta la subrogación del asegurador frente al tercero parcialmente insolvente, para el asegurado que se dirige en primer lugar al asegurador y posteriormente al responsable en lugar de hacerlo a la inversa. Señala la autora que el reparto proporcional entendido en términos cuantitativos y en plano de igualdad es inadmisibles, por cuanto lesiona el derecho del asegurado a ser resarcido por el responsable del daño sufrido no cubierto por el seguro. Consecuentemente, afirma, la interpretación de la norma establecida por el art. 43 LCS ha de ser otra, en el sentido de que la referencia al respectivo interés ha de entenderse en términos cualitativos, siendo preferente el interés del asegurado.

justifica la subrogación, esto es, reforzar la solvencia del asegurador en aras a favorecer el desarrollo de la actividad aseguradora, no se concibe en interés privativo de las aseguradoras, sino, ante todo, en interés y garantía de los propios asegurados.⁴⁶¹ Por lo tanto, esta finalidad esencial que cumple la subrogación en los seguros de daños queda totalmente desvirtuada ante la aplicación de la regla proporcional, por cuanto posibilita que el asegurador compita con el propio asegurado, parcialmente indemnizado, para exigir al tercero el resarcimiento del daño.

Por consiguiente, entendemos que en caso de indemnización parcial, el reparto proporcional entre asegurado y asegurador de lo obtenido del tercero constituye una lesión directa del derecho del asegurado a ser resarcido por el responsable en la parte del daño no cubierta por el seguro⁴⁶². Por lo cual, creemos que es necesario que en la futura reforma de la LCS desaparezca esa norma del redactado que regula la institución de la subrogación⁴⁶³. Esta

⁴⁶¹ Al respecto, HERNÁNDEZ MARTÍ, J., «Comentario Art. 43 LCS», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, cit., p. 546, observa que atendiendo a la función económico-social propia del contrato de seguro, el legislador no debería haber adoptado la solución de la regla proporcional, más propia de la concurrencia de créditos. En efecto, teniendo en cuenta la señalada función que persigue cumplir el contrato de seguro, la solución implicaría «aplicar, con todas sus consecuencias, la regla general de que el asegurador no puede ejercitar la subrogación en perjuicio del asegurado, quitándolo con una mano lo que le dio con la otra».

⁴⁶² Partimos del hecho de que la finalidad de la concertación de un seguro de daños es protegerse económicamente frente a determinados riesgos que amenazan el patrimonio del asegurado y que, como contraprestación por disponer de esta garantía, el asegurado se ve obligado a pagar las correspondientes primas. Por ello, si la finalidad del seguro es procurar mantener indemne el patrimonio del asegurado, no es admisible que la subrogación del asegurador comporte un empobrecimiento para el asegurado. En consecuencia con la finalidad del seguro, en las situaciones de indemnización parcial el derecho de crédito del asegurado sobre lo que pudiera recuperarse del tercero debe prevalecer frente al del asegurador. En este sentido v. FERRARINI, S., *Le Assicurazioni Marittime*, cit., pp. 452-453.

⁴⁶³ De hecho, en el Borrador del Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro, se ha eliminado del art. 43 la referencia a la regla del reparto proporcional entre asegurado y asegurador del recobro obtenido del tercero. En referencia a la eliminación de la citada regla, TATO PLAZA, A., «Artículo 43. La subrogación del asegurador», en *RES*, n.º 143-144 (monográfico: “Comentario al Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro, de junio de 2010”), 2010, pp. 715-721, p. 719, subraya el buen criterio seguido por el legislador, añadiendo que de prosperar el Anteproyecto tal supresión debería conllevar la plena aplicación en esta sede del principio *nemo subrogat contra se*, inherente al propio mecanismo de la subrogación. Consecuentemente, la realización

eliminación posibilitará aplicar la citada regla general del art. 1213 CC y atribuir un derecho de preferencia a la total satisfacción del crédito del asegurado parcialmente indemnizado, frente al asegurador; no en virtud del pago parcial de mismo crédito, sino del pago parcial de un crédito propio del asegurador derivado de la obligación de restablecer la situación patrimonial del asegurado-damnificado a la que tenía antes de haber sufrido el daño.

Dejando al margen lo expuesto, resulta oportuno observar que la solución al problema planteado con la actual configuración de la subrogación del asegurador puede partir de las condiciones particulares establecidas en el propio contrato. En efecto, bajo el principio de libertad contractual, y conforme al art. 2 LCS, las partes contratantes pueden insertar una cláusula *ad hoc* en la que se establezca la preferencia del asegurado en la acción de reclamación al tercero responsable⁴⁶⁴. Por el contrario, en virtud del citado artículo sería inválida la cláusula que excluyera la aplicación de la regla de proporcionalidad en el recobro del tercero a favor del asegurador, excepto en los seguros que cubren los llamados grandes riesgos, los cuales, y conforme al art. 44.2 LCS, se les excluye del mandato contenido en el art. 2 LCS.

Efectivamente, el art. 44.2 LCS «prescribe el carácter dispositivo de la LCS respecto de los grandes riesgos»⁴⁶⁵. Del mismo modo, el art. 107 LCS, que

del crédito del asegurador frente al tercero responsable sólo será posible cuando el asegurado haya podido obtener del tercero responsable la realización del crédito en la parte correspondiente a los daños no cubiertos por el seguro.

⁴⁶⁴ En este mismo sentido v. SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., pp. 972-973. En esta línea, pero admitiendo también la estipulación contractual a favor del asegurador, v. Donati, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazione Private*, vol. II, cit., p. 480, quien manifiesta que cuando el tercero es insolvente y no puede cumplir en la totalidad de la deuda, asegurador y asegurado concurren frente aquél en proporción a sus respectivos créditos, salvo pacto en contrario que contemple la preferencia de uno u otro en la satisfacción de su crédito frente al tercero.

⁴⁶⁵ BATALLER GRAU, J., «Comentario Art. 44 LCS», EN BOQUERA MATARREDONA, J.; BATALLER GRAU, J; OLAVARRÍA IGLESIA, J., (Coors.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 549-558, pp. 554-555, indica que el redactado del segundo apartado del art. 44 LCS es fruto de la Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados,

indica cuáles son los grandes riesgos, determina la pérdida del carácter imperativo de la LCS cuando se aseguran este tipo de riesgos, posibilitando a las partes la libre elección de la ley aplicable a los contratos. El art. 107.2 LCS clasifica los grandes riesgos en tres apartados, incluyéndose en el primero de ellos los riesgos de las mercancías transportadas. Al establecer el mencionado carácter dispositivo, el art. 44.2 LCS posibilita que la autonomía de las partes prevalezca en el régimen de estos contratos de seguro por encima de las normas imperativas contenidas en la LCS, siempre, se entiende, dentro del respeto de los requisitos esenciales que permiten su calificación de contrato de seguro⁴⁶⁶. Al mismo tiempo, se señala⁴⁶⁷ que la eliminación del carácter imperativo de la LCS, cuando sea ésta la que deba aplicarse en los contratos de seguro referentes a grandes riesgos, no significa que se excluya su aplicación. Lo que significa es que, «eliminando su carácter imperativo se incrementa el poder de la autonomía de la voluntad al conferir a la misma, en principio, carácter dispositivo».

De conformidad con lo antedicho cabe concluir que en seguro de transporte terrestre de mercancías, por tratarse de un contrato de seguro calificado como de gran riesgo, las partes pueden libremente excluir la regla proporcional contenida en el art. 43 LCS, sustituyéndola por otro sistema que beneficie, bien al asegurado, bien al asegurador. En efecto, partiendo de la

que modifica parcialmente el texto introducido por la Ley 21/ 1990, de 19 de diciembre, de adaptación del Derecho español a la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de prestación de servicios de seguros distintos al de la vida, y de actualización de la legislación de seguros privados, donde se reguló por primera vez los grandes riesgos. Al mismo tiempo se señala que el fundamento de establecer dicho carácter dispositivo se basa en la dimensión económica del tomador de seguro, tal como consta en la Exposición de Motivos de la Ley 21/1990, cuando dice que «el tomador (del seguro) no requiere una tutela especial por parte de la Ley ni de las autoridades administrativas»

⁴⁶⁶ BATALLER GRAU, J., «Comentario Art. 44 LCS», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, cit., p. 555; SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 44 LCS», en SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y sus modificaciones*, pp. 982-1008, p. 1004.

⁴⁶⁷ SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 44 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 1007

consideración de que en este tipo de seguros ambos contratantes actúan desde una posición de igualdad, la exclusión de la regla proporcional en la acción de reclamación al responsable de los daños, no implica una modificación sustancial que desvirtúe el contenido esencial del precepto correspondiente a la subrogación en los seguros de daños. De ahí que esta cuestión pueda dejarse al arbitrio de la voluntad de las partes.

3.- LA PRUEBA DEL PAGO

Mediante la subrogación el asegurador adquiere los derechos del asegurado contra el tercero responsable en la medida de la indemnización pagada al asegurado, es decir, la subrogación debe permitir al asegurador recuperar del tercero responsable la suma que ha desembolsado por razón del siniestro. Siendo el pago, la condición esencial para que se produzca la subrogación, conviene recordar que dicho pago debe ser consecuencia de un contrato de seguro, válido y vigente, que origine la obligación de indemnizar del asegurador⁴⁶⁸. En efecto, el art. 43 LCS no otorga el beneficio de la subrogación a cualquiera que pague el daño del cual es responsable el tercero, sino tan sólo al asegurador que paga por una obligación que tiene su origen en el contrato de seguro que da cobertura a ese mismo daño⁴⁶⁹. A este respecto, a diferencia del régimen general de la subrogación civil, en sede de seguros de daños, el asegurador no paga la deuda del tercero, sino que paga su propia deuda, originada por un contrato de seguro que cubre el mismo interés de cuya lesión es responsable el tercero y contra el mismo riesgo de cuya realización también el tercero es responsable. Es decir, el título del pago no es la deuda del

⁴⁶⁸ DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Seguro de transporte: libertad de pactos. Subrogación del asegurador. Doctrina de los actos propios: interpretación del contrato», cit., pp. 260-266, p. 265; PICARD, M./BESSON, A., *Les Assurances Terrestres en Droit Français. (Le contrat d'assurance)*, cit., p. 505.

⁴⁶⁹ V. TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., p. 90.

tercero sino, tal como determina la ley, la obligación de indemnizar según los términos del contrato de seguro.

En estas circunstancias, ante la reclamación del asegurador, el tercero responsable podrá oponer la falta de pago de la indemnización porque la exigencia del pago se constituye legalmente como requisito indispensable para su operatividad. Consecuentemente, se admite que, ante la pretensión del asegurador de recobrar lo que ha pagado al asegurado, el tercero pueda exigir la prueba de la efectividad de dicho pago⁴⁷⁰.

Una vez operada la subrogación, recae sobre el asegurador, que pretende valerse de ella, la carga de probar la existencia de los supuestos exigidos por la norma para su validez⁴⁷¹. Respecto a la prueba que puede hacer valer el asegurador para justificar su legitimación para actuar contra el tercero, es pacíficamente aceptado por la doctrina que basta la exhibición del recibo del pago de la indemnización en dependencia de un contrato de seguro, sin que sea necesario que se aporte conjuntamente la póliza de dicho contrato⁴⁷². No obstante, para que el recibo emitido por el asegurador tenga plena validez probatoria debe contener todos los elementos necesarios para justificar que dicho pago se ha realizado a título indemnizatorio, como consecuencia de la producción de un siniestro cubierto por el contrato de seguro de que se trate. Para ello, el resguardo del pago debe contener la identificación del contrato y la

⁴⁷⁰ VIVANTE, C., *Il contratto di assicurazione. Le Assicurazioni Terrestri*, vol. I, op. cit., p. 437.

⁴⁷¹ DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Legitimación del asegurador subrogado convencionalmente frente al responsable del siniestro», cit., p. 602.

⁴⁷² En la doctrina española v. por todos SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 957. En la doctrina italiana v. FERRARINI, S., *Le Assicurazioni Marittime*, cit. pp. 457-458, quien manifiesta que en la práctica el documento de pago contiene, no sólo el recibo de la indemnización del seguro, sino también la subrogación expresa del asegurador en los derechos del asegurado contra el responsable del daño, señalando el modelo inglés de la «subrogation form»; DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, vol II, cit., p. 473.; GASPERONI, N., *Assicurazioni Private*, cit. p. 417. En la doctrina francesa v. PICARD, M./BESSON, A., *Les Assurances Terrestres en Droit Français. (Le contrat d'assurance)*, cit., p. 505;

individualización del daño resarcido⁴⁷³. De esta forma, con la presentación del recibo de la indemnización, el asegurador deberá probar que el pago se debe a la indemnización de un siniestro que estaba cubierto por el seguro. De ello se deduce que el recibo del pago puede ser insuficiente para probar la existencia de los presupuestos de la subrogación, en aquellos casos en los que de él no resulte evidente que el pago se realizó debido a la existencia de un contrato previo de seguro y/o que el daño indemnizado fuera el mismo por el cual es responsable el tercero. En tales casos, la prueba de ambos extremos, no resultando del recibo del pago, corresponderá al asegurador por cuanto se trata de probar la titularidad del derecho que pretende ejercer frente al tercero.

El modo en que el asegurador efectúa el pago de la indemnización será el que acuerden las partes, pudiendo consistir en la entrega de una suma dineraria, así como en la reparación *in natura* del daño⁴⁷⁴, o en una compensación de créditos entre asegurado y asegurador⁴⁷⁵. La presentación del recibo del pago de la indemnización es el medio de prueba más habitual para que el asegurador demuestre que, efectivamente, se ha procedido a la liquidación del daño. Pero con este mismo fin puede recurrir también a la prueba testifical⁴⁷⁶, a la certificación de quien realizó la reparación del daño

⁴⁷³ Por el contrario, cuando el recibo de pago contiene únicamente la indicación de una suma abonada al asegurado sin hacer referencia al título por la cual se realiza, dicho título deberá ser comprobado por otros medios, incluyendo también, la exhibición del contrato de seguro, v. DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazione Private*, vol. II, cit., p. 473.

⁴⁷⁴ La subrogación también tendrá lugar cuando el asegurador haya resarcido *in natura*; en tal caso el importe de la indemnización equivaldrá al valor de la reconstrucción o de la reparación específica del daño. En este sentido, v. VIVANTE, C., *Il contratto di assicurazione. Le Assicurazioni Terrestri*, cit., p. 437; PICARD, M./BESSON, A., *Les Assurances Terrestres en Droit Français. (Le contrat d'assurance)*, cit., p. 505.

⁴⁷⁵ SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., pp. 956-957.

⁴⁷⁶ RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., p. 231; TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit. p. 99.

cuando ésta se hizo *in natura*, o a cualquier otro medio aceptado en materia de prueba de los contratos⁴⁷⁷.

II.- MECANISMO DE LA SUBROGACIÓN. SUBROGACIÓN AUTOMÁTICA O SUBROGACIÓN VOLUNTARIA DEL ASEGURADOR

1.- MECANISMO DE LA SUBROGACIÓN. SU PLANTEAMIENTO

El art. 43 LCS establece la subrogación legal del asegurador⁴⁷⁸. Uno de los aspectos debatidos respecto dicha, se centra en torno a si ésta opera de forma automática, una vez producido el pago de la indemnización al asegurado, o bien precisa de una declaración de voluntad del asegurador en el sentido de querer subrogarse en los derechos y acciones del asegurado, contra el tercero.

Tradicionalmente, una vez cumplidas las dos premisas necesarias para que tuviera lugar la subrogación -que el asegurador indemnice al asegurado y que éste disponga de un derecho de resarcimiento frente al tercero responsable del siniestro-, el CCom consideraba que tal subrogación operaba de forma automática⁴⁷⁹. El CCom estableció la subrogación del asegurador, aunque sólo

⁴⁷⁷ IGLESIAS PRADA, J. L., "La subrogación del asegurador en el seguro marítimo», cit., p. 30, afirma que «la prueba del pago de la indemnización y de su relación con un contrato de seguro no está sometida a ningún régimen especial y habrá de regirse, por consiguiente por las normas generales en materia de contratos».

⁴⁷⁸ La doctrina civilista manifiesta que «la subrogación es legal cuando se produce por virtud misma de la ley y el crédito resulta adquirido por la subrogación, sin necesidad de que medie ninguna expresa declaración de voluntad, una vez que aparecen los hechos contemplados por el supuesto de una norma jurídica. Puede hablarse también de subrogación legal en aquellos casos en que, aunque la adquisición del crédito no se produzca de manera automática por la ley, le es atribuida a una persona la facultad de demandar frente al acreedor satisfecho que el crédito le sea subrogado». V. DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, cit., p. 997.

⁴⁷⁹ La subrogación automática del asegurador se estableció en la Exposición de Motivos del CCom de 1885 respecto al seguro de incendios al disponer que «Satisfecho el asegurado de cualquiera de los modos indicados, es de estricta justicia que, como consecuencia de este acto, quede subrogado, "ipso iure" el asegurador en todos los derechos del asegurado, contra los terceros que sean responsables del incendio, por cualquier título o concepto...»; de conformidad con este texto el art. 413 del CCom reconocía la subrogación del asegurador en el ámbito del seguro de incendios con los siguientes términos: «El asegurador, pagada la indemnización, se subrogará en los derechos y acciones del asegurado, contra todos los autores o responsables del

en determinados ámbitos de seguro. Así, el art. 413 CCom manifestaba que el asegurador, una vez pagada la indemnización, «se subrogará» en los derechos y acciones del asegurado contra los autores o responsables del incendio. De igual modo, el art. 437 CCom, en sede del seguro de transporte terrestre, determinaba que los aseguradores «se subrogarán» en los derechos de los asegurados, «para repetir contra los portadores» los daños de que sean responsables.

Ya en vigencia de la LCS, surge la discusión de si la subrogación legal, que en ella se establece para la generalidad de los seguros de daños⁴⁸⁰, debe ser entendida como una subrogación en los derechos del asegurado que actúa de forma automática, una vez que se hubiera producido el pago por el asegurador, o bien, que la subrogación sólo se producirá cuando el asegurador, tras el abono de la indemnización al asegurado, manifiesta su voluntad de subrogarse y adquirir los derechos y acciones de aquél para reclamar al tercero responsable lo pagado.

El hecho de que el artículo 43 LCS utilice la expresión de que el asegurador, una vez cumplida la obligación contractual de indemnizar al asegurado damnificado por un siniestro incluido en la cobertura del seguro, «podrá» ejercitar los derechos y las acciones de éste último para actuar contra el tercero responsable, induce a pensar que tal subrogación legal se establece

incendio, por cualquier carácter y título que sea». También en el seguro de transporte, el art. 437 disponía que «Los aseguradores se subrogarán en los derechos de los asegurados, para repetir contra los portadores los daños de que fueren responsables...». Por otro lado, en ámbito del seguro marítimo, el aún vigente art. 780 dispone que «Pagada por el asegurador la cantidad asegurada, se subrogará en el lugar del asegurado para todos los derechos y acciones que correspondan contra los que por malicia o culpa causaron la pérdida de los efectos asegurados».

⁴⁸⁰ Debemos puntualizar que, al ser entendida la subrogación una consecuencia del principio indemnizatorio, la LCS establece su aplicación exclusivamente en los seguros de daños y siempre que exista un sujeto a quien atribuir la responsabilidad del daño patrimonial inferido al asegurado. Así pues, la subrogación del asegurador no operará para los seguros sobre la vida, con una única excepción prevista en el art. 82 que permite la subrogación del asegurador en los gastos de asistencia del asegurado como consecuencia de la actuación de un tercero en la producción del siniestro.

como un derecho potestativo para el asegurador⁴⁸¹. Por el contrario, cierto sector doctrinal⁴⁸² afirma que la subrogación y la correlativa adquisición de los derechos y acciones del asegurado, se produce automáticamente con el pago de la indemnización y que, del tenor literal de la norma, se desprende que se faculta al asegurador para ejercer aquellas acciones y derechos que ya no le corresponden al asegurado que ha sido resarcido. Creemos, no obstante, que para juzgar sobre el mecanismo de la subrogación del asegurador, no es lo más acertado centrarse en una expresión aislada de la norma, sino analizar en que medida la subrogación que opera *ipso iure* y la subrogación voluntaria, como examinaremos seguidamente, cumplen con los objetivos perseguidos con la inclusión generalizada de dicha institución en el ámbito de los seguros de daños.

Recordemos que se ha considerado que mediante la subrogación del asegurador, el legislador persigue una triple finalidad⁴⁸³. La primera de ellas hace referencia a la salvaguarda del principio indemnizatorio que rige en los seguros de daños, impidiendo que el asegurado, víctima de un siniestro cubierto por el seguro, y del que se deriva la responsabilidad de un tercero, pueda acumular la indemnización del asegurador y la correspondiente de ese tercero. En segundo lugar, la norma persigue tutelar el principio de responsabilidad, evitando que el tercero quede liberado de su responsabilidad por la existencia de un contrato de seguro que proteja al damnificado y al cual es ajeno⁴⁸⁴. A estas dos finalidades se les añade una tercera, de carácter

⁴⁸¹ TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., p.135.

⁴⁸² V. entre otros, GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 199-202; RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., 317-318; CALZADA CONDE, A. M.^a, «La subrogación del asegurador y la protección de los intereses de los asegurados», cit., pp. 1421-1425.

⁴⁸³ V. Capítulo primero, epígrafe I. 1. Asimismo, v. SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., pp. 949-950.

⁴⁸⁴ Esta doble finalidad de la subrogación ha sido ampliamente aceptada por la doctrina. En este sentido, v., por todos GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., pp. 197-199. Cfr. con SCALFI, G., *I Contratti di Assicurazione*, cit., p. 239, quien afirma que la tutela del principio de responsabilidad, al procurar evitar que el tercero pueda sustraerse de dicha responsabilidad

económico, de procurar el interés del asegurador, facilitándole recursos complementarios para la explotación de su actividad empresarial, sin que la subrogación represente para él un enriquecimiento, puesto que sólo puede recurrir contra el tercero hasta el límite de la suma pagada a su asegurado. Esta tercera finalidad ha de entenderse que beneficia no tanto al asegurador sino a los asegurados, por cuanto otorga al primero de ellos la posibilidad de recuperar lo pagado por vía de la subrogación, lo cual se suele tener en cuenta estadísticamente para hacer el cálculo de las primas, de forma que se potencia la garantía aseguradora colectiva para la masa de asegurados⁴⁸⁵. Y, lo más importante para el asegurado, implica una reducción de la prima.

En esta última línea se defiende⁴⁸⁶, acertadamente, que la *ratio* de la política legislativa al instaurar la subrogación en provecho de la industria aseguradora, sería procurar la protección de los intereses del conjunto de asegurados a fin de evitar que estos se vean patrimonialmente perjudicados por

beneficiándose de un contrato de seguro que le es completamente ajeno, no es una finalidad de la subrogación del asegurador, sino más bien un «efecto reflejo» de dicha institución, en el sentido de que la consecuencia patrimonial de la responsabilidad del tercero subsistirá sólo si el asegurador ejercita el derecho de subrogación, de forma que ese resultado no se producirá si el asegurador renuncia a tal derecho o no ejercita las acciones correspondientes frente al tercero.

⁴⁸⁵ SANCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., pp. 950-951; DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazione Private*, vol II, cit., pp. 465-466; IGLESIAS PRADA, J. L., «La subrogación del asegurador en el seguro marítimo», cit., p. 20; FERRARINI, S., *Le Assicurazioni Marittime*, cit., p.445; GASPERONI, N., *Assicurazioni Private*, cit., pp. 382-383. Por el contrario, PICARD, M./BESSON, A., *Les Assurances Terrestres en Droit Français. (Le contrat d'assurance)*, cit., p. 500, se desestima que la subrogación legal del asegurador se disponga en beneficio de su propio interés, sino que se establece para salvaguardar el principio indemnizatorio, evitando el cúmulo de resarcimientos en el asegurado y para evitar que el tercero quede liberado de su responsabilidad. En esta misma línea TATO PLAZA, A., *La Subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., pp. 40-41, sostiene que el hecho de que la subrogación permita a las aseguradoras obtener recursos suplementarios no puede considerarse como fundamento principal de dicha institución, sino que debe entenderse como un elemento secundario, aunque susceptible de influir en determinados aspectos del régimen jurídico de la subrogación. Añade este autor, que la tutela del interés económico del asegurador no justifica dicha institución que permite al asegurador el recobro de lo pagado al asegurado incluso en aquellas hipótesis en las que no hubiera tenido en cuenta su influencia en el cálculo de las primas.

⁴⁸⁶ CALZADA CONDE, A. M.^a, «La subrogación del asegurador y la protección de los intereses de los asegurados» cit., pp. 1394-1403.

un sobrecoste del seguro, en la medida en que los terceros queden liberados de su responsabilidad por la existencia de un seguro de daños concertado a favor de los perjudicados. En este sentido, si el asegurado recibe en primer lugar la indemnización del seguro, ante la imposibilidad para él de reclamar las dos indemnizaciones, es, a través del mecanismo de la subrogación, que se legitima al asegurador para dirigirse contra ese tercero y reclamar lo pagado al asegurado-perjudicado. Consecuentemente, la recuperación para las aseguradoras de un mayor número de indemnizaciones permitirá una rebaja de las primas en beneficio de la masa de asegurados. En definitiva, la subrogación del asegurador no persigue tanto evitar la liberación de la responsabilidad del tercero que se beneficiaría injustificadamente de un seguro de daños ajeno, sino, impedir que ese beneficio se haga a costa de los asegurados-damnificados que, de otra forma, se verían obligados a pagar una sobreprima por el seguro como contrapartida del total de las indemnizaciones abonadas por las aseguradoras.

2.- CARÁCTER AUTOMÁTICO DE LA SUBROGACIÓN

Un sector relevante de nuestra doctrina⁴⁸⁷, y también de la doctrina extranjera⁴⁸⁸, considera que la subrogación en el ámbito del seguro opera de

⁴⁸⁷ V. GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., pp. 199-202, quien manifiesta que la subrogación del asegurador «se opera por la sola voluntad de la ley, y no exige ni formalidad alguna ni convenio especial entre asegurado y asegurador. En cambio, para excluir la subrogación se necesita un convenio adecuado entre asegurador y asegurado»; RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador. ...*, cit., pp. 317-318 quien considera que para conocer el modo de operar de la subrogación aseguradora es preciso interpretar la "Ratio" de la norma legal, respecto a los intereses que en ella se recogen y la forma de operar que mejor se les adecua. En este sentido, manifiesta RUÍZ SOROA, que si tal interés consiste en garantizar el recobro del asegurador, privando al asegurado de la titularidad del crédito frente al tercero responsable, parece que la conclusión exigida es que la subrogación opera de forma automática; CALZADA CONDE, A. M.^a, «La subrogación del asegurador y la protección de los intereses de los asegurados», cit., pp. 1421-1425; HERNÁNDEZ MARTÍ, J., «Comentario Art. 43 LCS», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, cit., p. 544, quien afirma que el art. 43 LCS «no está sometiendo la subrogación a aun requisito de consentimiento del asegurador, sino que está atribuyendo carácter dispositivo a la norma, la cual puede ser excluida en virtud de pacto entre el asegurador y el tomador del seguro».

⁴⁸⁸ DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazione Private*, vol. II, cit., pp. 461-481; GASPERONI, N., *Assicurazioni Private*, cit., pp. 381-425; SCALFI, G., *I Contratti di Assicurazione. L'Assicurazione*

forma automática, sin necesidad de ninguna manifestación de voluntad de las partes. De acuerdo con el carácter automático de la subrogación, una vez producido el pago del asegurador éste subingresa *ipso iure* en los derechos del asegurado frente al responsable del siniestro. Es decir, con la liquidación de la indemnización del seguro de daños, el asegurador adquiere automáticamente, sin necesidad de manifestación volitiva alguna por su parte, los derechos que ostentaba el asegurado frente al responsable del siniestro hasta que fue resarcido por el asegurador, momento a partir del cual el asegurado pierde su originaria legitimación, como titular del derecho de responsabilidad, para ejercer las acciones de reclamación al tercero. De esta forma, el asegurador subrogado, como legítimo sucesor en los derechos de su asegurado, podrá ejercer las acciones derivadas de dichos derechos, siendo sólo en este punto donde entra en juego la voluntad del asegurador, esto es, en su interés en el ejercicio o no de las acciones que acompañan a los derechos de resarcimiento ante el tercero⁴⁸⁹.

Entre quienes consideran que la subrogación opera automáticamente con el pago de la indemnización se encuentran autores que acuden a la figura de la cesión legal de créditos para explicar la naturaleza jurídica de la subrogación aseguradora⁴⁹⁰. Así, según GASPERONI, en la institución objeto de estudio se produce un fenómeno traslativo mediante una simple modificación subjetiva en la parte activa de la relación obligatoria, lo cual, apunta, se identifica plenamente con la cesión legal, en la que un tercero se sucede *ope legis* en la parte activa de una relación obligatoria, sin que hubiera un cumplimiento de la obligación e independientemente de cualquier actividad del deudor.

Danni, cit., pp. 234-257; VIVANTE, C., *Il Contratto di Assicurazione. Le Assicurazioni Terrestri*, vol. I, p. 437; PICARD, M./BESSON, A., *Les Assurances Terrestres en Droit Français. (Le contrat d'assurance)*, cit., pp. 494-523; CHAGNY, M./PERDRIX, L., *Droit des assurances*, París, 2009, p. 325.

⁴⁸⁹ En este sentido, CALZADA CONDE, M^a A., «La subrogación del asegurador y la protección de los intereses de los asegurados», cit, pp. 1422-1423.

⁴⁹⁰ GASPERONI, N., *Assicurazioni Private*, cit., pp. 403-409.

De conformidad con esta tesis, afirma el autor que el modelo estructural de la subrogación del asegurador es el típico de la cesión de créditos, en la que la transferencia del crédito opera *ope legis*. Consecuentemente, el ingreso del asegurador en los derechos del asegurado se produce automáticamente, de modo que no depende de ninguna iniciativa del predecesor ni de ninguna confirmación por parte del sucesor, porque el hecho al cual la ley conecta la transferencia inmediata de la titularidad del derecho es el pago de la indemnización al asegurado. Siguiendo esta teoría del automatismo por efecto del pago, subraya GASPERONI que la pérdida de los derechos por parte del asegurado y su adquisición por parte del asegurador son efectos interdependientes y contemporáneos basados en el mismo hecho jurídico previsto en la ley, esto es, el pago de la indemnización del seguro⁴⁹¹.

Por otro lado, se entiende que el carácter automático de la subrogación encuentra su fundamento en el principio indemnizatorio en cuanto persigue evitar el enriquecimiento del asegurado. En este sentido, se ha manifestado⁴⁹² que el punto de partida de la subrogación del asegurador, esto es, la expropiación del derecho del asegurado frente al tercero, tiene su origen en una «rígida actuación» del principio indemnizatorio. En consecuencia, la subrogación prevista legalmente opera *ipso iure*, sin que sea necesaria ninguna manifestación de voluntad expresa de las partes⁴⁹³. Se considera que el principio indemnizatorio impide que el asegurado ya satisfecho por el asegurador pueda alegar ningún perjuicio al tercero causante del daño⁴⁹⁴. De esta forma, el pago de la indemnización opera el desinterés del asegurado para reclamar al tercero

⁴⁹¹ GASPERONI, N., *Assicurazioni Private*, cit., pp. 408.

⁴⁹² V. DONATI, A., *Trattato del diritto delle Assicurazione Private*, vol. II, p. 466, cuando afirma: «La surrogazione dell'assicuratore trova quinde il suo punto di partenza (esproprio del diritto dell'assicurato verso il terso) in una rigida attuazione del principio indennitario».

⁴⁹³ DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazione Private*, vol. II, cit., p. 472.

⁴⁹⁴ GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, 1982, p. 200; RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., p.318 afirma que en el momento en que se cumplen los presupuestos normativos se produce el cambio de titular del crédito al resarcimiento, quedando desde aquel momento el responsable obligado frente al asegurador.

responsable y la pérdida de los derechos y acciones contra éste, que quedan transferidos automáticamente al asegurador.

3.- CARÁCTER VOLUNTARIO DE LA SUBROGACIÓN

No obstante, otro amplio sector doctrinal⁴⁹⁵ opina que la subrogación del asegurador, es una subrogación voluntaria que precisa de una declaración positiva por parte de éste, de querer subrogarse en los derechos y acciones del asegurado frente al tercero responsable. Según esta tesis, el ingreso del asegurador en los derechos del asegurado opera en virtud de la ley y sigue siendo independiente de la voluntad del asegurado. Pero, a diferencia, de lo que ocurre en la subrogación automática, aquí no se produce la transferencia de los derechos y acciones del asegurado en el mismo momento del pago, sino que se precisa de la voluntad del asegurador de subrogarse. Bajo esta concepción se entiende⁴⁹⁶ que el art. 43 LCS no dispone que el pago produzca automáticamente la subrogación del asegurador en los derechos del asegurado,

⁴⁹⁵ V. entre muchos, RECALDE CASTELLS, A., «Conocimiento de embarque y acción por pérdidas y averías: cuestiones de legitimación activa», cit., pp. 766-767; TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., pp. 222-223; FERRARINI S., *Le Assicurazioni Marittime*, cit., pp. 448-449. No obstante reconocer el carácter voluntario de la subrogación, algunos autores prescinden de la necesidad de cualquier declaración de voluntad del asegurador para hacerla operativa. Así IGLESIAS PRADA, J. L., «La subrogación del asegurador en el seguro marítimo», cit., pp. 24-27, quien puntualiza que el art. 43 LCS reconoce a favor del asegurador un derecho potestativo a subrogarse, para cuyo ejercicio no se precisa ninguna expresa declaración de voluntad, sino cumplir los requisitos previstos legalmente. Concreta este autor que el acto de voluntad que se requiere para que se produzca la subrogación se concreta en el ejercicio de su derecho. También GENOVESE, A., «Il fondamento razionale della surroga dell'assicuratore», cit., p. 25 manifiesta que el ordenamiento jurídico no establece la subrogación, sólo el derecho potestativo de la subrogación, cuyo tempestivo e inequívoco ejercicio conduce a la sustitución efectiva del asegurado por el asegurador en la relación de responsabilidad frente al tercero.

⁴⁹⁶ TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., pp. 222-223, afirma que la subrogación no se produce hasta que el asegurador no manifieste de forma específica su voluntad de subrogarse en los derechos del asegurado, mostrándose crítico con determinado sector doctrinal que opina que la voluntad del asegurado de subrogarse va implícita en el pago de la indemnización. Entiende el autor que la tesis de la subrogación automática es inaceptable porque representaría «burlar» la voluntad del legislador, convirtiendo un mecanismo de subrogación voluntaria en un mecanismo de subrogación automática.

sino que con dicho pago el asegurador adquiere un derecho potestativo a la subrogación y cuando ésta se produzca por voluntad propia quedará legitimado para ejercitar las acciones frente al responsable. De esta forma, la subrogación prevista en el citado artículo es una facultad otorgada al asegurador de entrar en los derechos del asegurado contra el tercero, facultad que el asegurador ejercita, si lo cree conveniente, en el momento que considere más oportuno.

En consecuencia, si se concibe la subrogación del asegurador con carácter voluntario, estaremos ante un tercer presupuesto necesario para que opere dicha institución, en concreto, la declaración de voluntad del asegurador para adquirir por vía de la subrogación los derechos y acciones del asegurado que, efectuada con posterioridad al pago de la indemnización, le permitirá dirigirse contra el tercero responsable en lugar del asegurado.

En este punto interesa señalar que, en nuestra opinión, la subrogación es automática para el asegurador y ocurre desde el mismo momento que indemniza al asegurado, sin que sea precisa su expresa declaración de voluntad en este sentido. Por ello, una vez que el asegurado recibe la indemnización del asegurador dejará de ser el titular del derecho de resarcimiento frente al responsable del daño. Entendemos que cuando el legislador ha dispuesto expresamente la subrogación en interés del asegurador, no contemplaba la posibilidad de que, por voluntad de éste, el asegurado indemnizado estuviera en la condición de exigir, al mismo tiempo, la indemnización del tercero.

4.- EL DESTINATARIO DE LA COMUNICACIÓN DE LA VOLUNTAD DE SUBROGARSE

Conforme a la teoría de la subrogación voluntaria, la ley otorga al asegurador un derecho potestativo para adquirir los derechos y las acciones de su asegurado, de forma que la transferencia de titularidad de esos derechos

necesitará de la voluntad positiva del propio asegurador⁴⁹⁷. Ante el carácter voluntario de la institución se plantea la cuestión de determinar a quien debe ir dirigida dicha manifestación de voluntad para que se produzca la subrogación. Sobre este punto la doctrina se muestra claramente dividida. Para un sector doctrinal⁴⁹⁸, la legitimación del asegurado indemnizado para ejercitar las acciones contra el tercero cesará cuando el asegurador comunique a ese tercero que ha efectuado el pago de la indemnización y exprese su voluntad de substituir al asegurado en el ejercicio de sus derechos frente a él. Sin embargo, desde otra posición doctrinal⁴⁹⁹, se interpreta que la manifestación del asegurador, en el sentido de querer subrogarse en el crédito frente al responsable, deberá ir dirigida al propio asegurado.

En el supuesto de admitirse⁵⁰⁰, la hipótesis de que el cambio de titularidad del derecho de resarcimiento se produzca con la manifestación de la voluntad del asegurador de subrogarse en los derechos y acciones del asegurado, coincidimos en estimar que el destinatario de esa manifestación de voluntad debería ser el propio asegurado, siendo varias las razones que así lo justifican. En primer lugar, debemos tener presente que la subrogación del asegurador se posibilita legalmente por la existencia del contrato de seguro y

⁴⁹⁷ V. entre muchas, la SAP de Pontevedra (Sección 3.ª), de 2 de mayo de 2000, Ponente Antonio Gutiérrez Rodríguez-Moles, F.J. 1.º (AC 2000/3580), en la que se afirma que la subrogación del asegurador «tiene una naturaleza convencional, derivada de un derecho potestativo que se otorga al asegurador» por lo que la subrogación sólo se producirá cuando concurren el requisito previo y objetivo del pago y el requisito subjetivo de la voluntad del asegurador de subrogarse en los derechos y acciones de su asegurado; SAP de León (Sección 2.ª), de 18 de febrero de 2009, Ponente Alberto Francisco Álvarez Rodríguez, F.J. 3.º (JUR 2000/189259), en la que se establece como tercer presupuesto básico el que el asegurador quiera que se produzca la subrogación; SAP de Valencia (Sección 8.ª), de 9 de marzo de 2009, Ponente Eugenio Sánchez Alcaraz, F.J. 4.º (JUR 2009/249872), en la que también se exige el requisito de que el asegurador manifieste la voluntad de subrogarse.

⁴⁹⁸ FERRARINI, S., *Le Assicurazioni Marittime*, cit., p. 450; SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 LCS» en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 968;

⁴⁹⁹ TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., pp. 223-227.

⁵⁰⁰ Como hemos manifestado en el epígrafe anterior, consideramos que la subrogación no es voluntaria para el asegurador. Por el contrario, la subrogación se produce con carácter automático por efecto del pago. De esta forma, la voluntariedad del asegurador se refiere al ejercicio o no del derecho en que se ha subrogado.

encuentra sus límites en las obligaciones asumidas en virtud de dicho contrato. Por lo tanto, de forma lógica, la manifestación de querer que se produzcan los efectos del cambio de titularidad del derecho del asegurado debería ir dirigida a la otra parte del contrato. Por otro lado, estamos ante la circunstancia de que la subrogación provocará la sustitución del asegurador en la titularidad del derecho del asegurado contra el tercero y, correlativamente, el asegurado quedará privado de legitimación activa, en la medida en que ha sido indemnizado, para reclamar al responsable; por consiguiente, es lógico que sea el asegurado el destinatario de la notificación del asegurador⁵⁰¹.

Asimismo, siguiendo con el análisis de la hipótesis de la subrogación voluntaria, también debemos puntualizar que la notificación del asegurador dirigida al asegurado indemnizado, es lo que mejor se adecuaría a la naturaleza jurídica de la institución objeto de estudio. Partimos de la constatación de que se trata de una subrogación legal que, en el supuesto de que la transmisión del crédito no opere de forma automática, sino por voluntad de las partes, se le otorga a una persona la facultad de «demandar frente al acreedor satisfecho» que el crédito le sea subrogado⁵⁰². Por otro lado, el carácter voluntario de la subrogación implica que la pérdida del derecho del asegurado y su transferencia al asegurador no se producirá hasta que éste manifieste su voluntad de subrogarse. De esta manera, la notificación al asegurado sería necesaria para evitar que, en su creencia de ser el titular del crédito frente al tercero responsable, pueda llevar a cabo alguna actuación que perjudique el derecho del asegurador a subrogarse.

⁵⁰¹ V. RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., pp. 317-318, quien, desde una posición de rechazo de la subrogación voluntaria, evidencia la incongruencia de que la declaración del asegurador deba ser dirigida al tercero responsable en lugar del asegurado, «cuando en realidad la mutación jurídica a producir incide en la esfera de poder del asegurado, que se ve expropiado del crédito, y no en la del tercero, cuya situación no sufre en sustancia variación alguna»; TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., p. 223

⁵⁰² Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, cit., p. 997.

Del mismo modo, en la línea de que la subrogación voluntaria del asegurador requiere la notificación de tal decisión al asegurado, debemos tener presente el supuesto de los seguros de crédito⁵⁰³. En esta modalidad de seguro, el legislador establece, de forma expresa, una subrogación voluntaria del asegurador y determina que la cesión del crédito del asegurado contra el deudor tendrá lugar cuando el asegurador así lo solicite al asegurado tras el pago de la indemnización⁵⁰⁴. La finalidad de la notificación al asegurado se justifica precisamente por el carácter voluntario de la subrogación que se señala en la norma⁵⁰⁵. En efecto, esta voluntariedad subrogatoria en el ámbito del seguro de crédito precisa de la colaboración activa del asegurado para posibilitar su ejercicio; de ahí la necesidad de que la solicitud vaya dirigida al asegurado como titular del crédito objeto de la subrogación del asegurador⁵⁰⁶.

Por lo tanto, como acabamos de señalar, en referencia a la teoría de la subrogación voluntaria, ésta no tiene lugar hasta que el asegurador manifieste

⁵⁰³ Sobre el seguro de crédito V. Morral Soldevilla, R., *El seguro de crédito*, Madrid, 2002.

⁵⁰⁴ Debemos incidir en que el seguro de crédito, a diferencia del resto del seguro de daños, dispone, en el art. 72.3 LCS, una subrogación voluntaria del asegurador cuando supedita la legitimación de la novación crediticia frente al tercero a la voluntad del asegurador de subrogarse en el crédito de su asegurado. En este sentido, resulta especialmente ilustrativa la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13.^a), de 23 de marzo de 2007, Ponente José González Olleros, F.J. 5.^o (JUR 2007/213837), en la que, en referencia al seguro de crédito, se dice que «la cesión de crédito o subrogación *in loco creditoris* que, en este seguro no se produce “ex lege” como en el seguro de daños (art. 43 LCS), sino a instancia de la aseguradora (art. 72 del mismo texto legal) (...) por el hecho de un pago parcial del importe de la deuda aquí reclamado, no se produce “ex lege” ninguna cesión de crédito, ni subrogación, pues ésta en el tipo de seguro que nos ocupa, puede configurarse como derecho de la entidad aseguradora, y no como obligación».

⁵⁰⁵ En un sentido contrario, OLIVENCIA RUÍZ, M., «Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro», en VERDERA Y TUELLS, E., (Coord.), *Comentarios a la Ley de contrato de seguro*, Colegio Universitario de Estudios Financieros, Madrid, 1982, pp. 865-914, p. 898, señala que no se trata de una verdadera cesión, que implica voluntariedad en la cesión del crédito, sino de una subrogación legal, ya prevista en el art. 43 LCS, en la que el asegurador se subroga en los derechos del asegurado contra el deudor, aunque éste no pueda considerarse como responsable del siniestro. De ahí que, en opinión de este autor, «una norma específica parece conveniente en este caso, pero no justifica el cambio de subrogación legal por el de la obligación de ceder a cargo del asegurado».

⁵⁰⁶ V. TIRADO SUÁREZ, F.J., «Comentario Art. 72. 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*, 4.^a ed., Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 1570-1588, p. 1585.

al asegurado su deseo de subrogarse en los derechos que le pertenecían frente al tercero responsable con ocasión del siniestro. De ello se deriva que no es preciso que la declaración de voluntad del asegurador haya de dirigirse al tercero. No obstante un sector doctrinal⁵⁰⁷ ha considerado que precisamente ha de ser el tercero obligado a resarcir al asegurado el destinatario de la notificación del asegurador del hecho de que, con el pago de la indemnización al asegurado, se subroga en los derechos y acciones que el perjudicado del siniestro tenía contra él.

La referencia al tercero responsable como destinatario de la notificación del asegurador también proviene de algunos autores que defienden la subrogación automática tras el pago de la indemnización⁵⁰⁸. Estos autores, y para establecer la diferencia de esta institución con la cesión de créditos, rechazan que en la subrogación sea necesaria ninguna notificación al tercero. La notificación al tercero responsable del cambio de titularidad en los derechos del asegurado y de la voluntad de subrogarse del asegurador también se prevé en el sistema de subrogación convencional. Al respecto, se señala⁵⁰⁹ que, conforme a las reglas de la subrogación legal, no es necesaria ninguna formalidad para que se produzca la subrogación ya que opera de pleno derecho para el asegurador una vez abonada la indemnización al asegurado. De manera que en la subrogación legal, a diferencia de la subrogación convencional mediante el sistema de las cláusulas de cesión de acciones, el asegurador no tiene necesidad de notificar al tercero que ha adquirido el derecho y las acciones del asegurado.

⁵⁰⁷ Entre los autores que defienden la subrogación voluntaria del asegurador y consideran necesario que esa declaración de voluntad sea dirigida al tercero, v. FERRARINI, S., *Le Assicurazioni Marittime*, cit., p. 450; SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 968.

⁵⁰⁸ Así, DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazione Private*, vol. II, cit., 475

⁵⁰⁹ V. PICARD, M./BESSON, A., *Les Assurances Terrestres en Droit Français. (Le contrat d'assurance)*, cit., p. 507

No obstante, a pesar de que no sea necesario notificar al tercero para que opere plenamente la subrogación del asegurador⁵¹⁰, la conveniencia de dicha notificación podría basarse en un interés en proteger al tercero de buena fe, para evitar que pague a quien era su acreedor originario, esto es, el asegurado, por su desconocimiento de la novación operada en la relación crediticia⁵¹¹. En este sentido, se entiende que la irrelevancia del consentimiento del deudor en la formalización de la subrogación del asegurador no obsta para que la notificación al responsable sea necesaria para producir plenamente sus efectos⁵¹². De manera que la novación de la obligación por cambio de acreedor carecerá de eficacia frente al responsable hasta que el asegurador no demuestre que aquél tenía conocimiento de la subrogación. Sin embargo, la tutela del deudor que paga a quien cree que es titular del crédito está salvaguardada por el art. 1164 CC, de forma que el deudor, ignorando que se produjo la subrogación, puede liberarse pagando al asegurado subrogante. Tal disposición permite la liberación del deudor, no obstante haya pagado a quien no es el legítimo acreedor. Ahora bien, la protección que concede el citado precepto debe expresarse en el ámbito de aplicación del principio de la tutela del *solvens* de buena fe⁵¹³. El deudor que paga de buena fe al acreedor originario, queda liberado porque paga a un acreedor aparente. De la precedente titularidad del acreedor originario, y hasta que no se produzca el conocimiento del hecho modificativo de aquella, el deudor puede extraer la razonable presunción de la persistencia de tal posición crediticia.

⁵¹⁰ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, cit., p. 998, respecto a la subrogación en el ámbito del Derecho Civil, subraya que, a pesar de que la notificación de la subrogación al deudor no sea exigida por la Ley, es necesaria para que pueda surgir plenos efectos frente a él.

⁵¹¹ RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., p. 316.

⁵¹² DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Legitimación del asegurador subrogado convencionalmente frente al responsable del siniestro», cit., p. 601.

⁵¹³ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, cit., p. 981.

Bajo nuestro punto de vista, la pérdida de titularidad del asegurado a favor del asegurador en los derechos que tenía frente al responsable del siniestro es consecuencia directa del pago de la indemnización del seguro. Conforme a este criterio no se precisa declaración alguna por parte del asegurador para provocar el cambio de titularidad del derecho de crédito del asegurado⁵¹⁴. En efecto, el asegurado que ha sido totalmente resarcido del daño pierde la legitimación para dirigirse contra el responsable, porque ya no tiene ningún interés jurídico que pueda alegar contra él⁵¹⁵, siendo transferida legalmente esa legitimación activa al asegurador en el momento en que indemniza al asegurado⁵¹⁶.

Por lo tanto, si la indemnización del asegurador ha logrado «desinteresar» al asegurado, es lógico afirmar que una vez percibida aquélla, el asegurado deje de ser titular de los derechos que tenía frente al responsable por motivo del siniestro y que esos derechos queden transferidos al asegurador en el mismo momento del pago. Conforme al art. 43 LCS, la única persona legalmente autorizada para asumir los derechos del asegurado es el asegurador que ha cumplido con la garantía aseguradora y ha indemnizado al asegurado con ocasión del siniestro. Por ello, no tiene sentido que entre la pérdida del

⁵¹⁴ En esta misma línea la SAP de las Islas Baleares (Sección 3ª), de 12 de mayo de 2009, Ponente Catalina M.ª Moragues Vidal, F.J. 2.º (AC 2009/1071), determina que la que «la subrogación se produce ope legis cuando se hayan cumplido las siguientes condiciones: 1.ª que el asegurador haya hecho el pago de la indemnización al asegurado y que este pago haya sido como consecuencia de un contrato de seguro; y 2.ª que haya nacido a favor del perjudicado una acción de responsabilidad contra el tercero»; también la SAP de Alicante (Sección 6.ª), de 5 de noviembre de 2002, Ponente José Mª Rives Seva, F.J. 2.º (JUR 2003/53136), señala que sólo son dos los presupuestos para la subrogación: el pago de la indemnización por parte del asegurador y la existencia de un crédito de resarcimiento a favor del asegurado contra el tercero responsable del siniestro.

⁵¹⁵ GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., p.200, quien, al referirse a los efectos de la subrogación manifiesta que la pérdida de los derechos que tenía el asegurado contra el tercero responsable se funda en el hecho de haber sido ya indemnizado por el asegurador y carecer, en consecuencia, de todo interés personal; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, cit., p. 1002, cuando señala como uno de los efectos de la subrogación la transmisión de la titularidad del crédito, que «pasa del antiguo acreedor ya satisfecho a la persona que se subroga en él»

⁵¹⁶ SCALFI, G., *I Contratti di Assicurazione. L'Assicurazione Danni*, cit., p. 248.

derecho del asegurado, que, insistimos, ocurre cuando recibe la indemnización, y el subingreso del asegurador en el derecho de aquél, ese derecho quede suspendido temporalmente a la espera de que el asegurador manifieste su voluntad de subrogarse. El hecho de que, en ciertos casos, el asegurador prefiera no ejercer la acción de responsabilidad correspondiente al derecho adquirido del asegurado, no obsta para considerar que ese derecho se le ha transferido por voluntad de la ley en el momento de abonar la indemnización. En consecuencia, es a partir de ese momento cuando se le reconoce el derecho potestativo para ejercitar la correspondiente acción contra el tercero.

En definitiva, opinamos que la manifestación de voluntad del asegurador no es un requisito, junto al pago, para que opere su sustitución en la titularidad del derecho que disponía el asegurado frente al tercero, sino para ejercer las acciones que acompañan a ese derecho para reclamar al responsable el importe de la deuda por los daños causados al asegurado. Actualmente, mediante el art. 43 LCS, se transmite por ley al asegurador los derechos y acciones del asegurado, de modo que, cuando este último ha sido indemnizado por el seguro, ya no está legitimado para actuar contra el tercero pues ya no es titular del crédito que tenía frente a éste; si bien queda al arbitrio del asegurador la voluntad de ejercer dichas acciones ante el tercero responsable.

5.- CRÍTICAS A LAS DIFERENTES TESIS QUE EXPLICAN LA OPERATIVIDAD DE LA SUBROGACIÓN

Según FERRARINI⁵¹⁷, exponente de la doctrina de la subrogación voluntaria, la subrogación en el seguro se establece a modo de facultad a favor del asegurador de subentrar en los derechos del asegurado para reclamar al tercero. De ello se deriva la conclusión de que la legitimación del asegurado para ejercitar la acción contra el tercero se mantiene a pesar de haber percibido

⁵¹⁷ FERRARINI, S., *Le Assicurazioni Marittime*, cit., pp. 448-449.

la indemnización del seguro, decayendo dicha titularidad cuando el asegurador comunique aquel pago al tercero juntamente con la manifestación de voluntad de sustituir al asegurado. En contra de la tesis de la subrogación legal automática, el citado autor opone que la subrogación en sede de seguros no tiene nada que ver con la subrogación legal civilista que permite subrogarse a quien paga una deuda ajena. En cambio, el asegurador paga una deuda que le es propia, procedente del contrato de seguro y que no corresponde a un tercero⁵¹⁸. Siguiendo esta argumentación, afirma FERRARINI que el propósito de la subrogación aseguradora es regular la relación substancial, no entre el asegurador y el tercero, sino entre el asegurador y el asegurado, en el sentido de que el asegurador tiene derecho a repetir al asegurado la suma que éste haya podido obtener del tercero por el daño sufrido⁵¹⁹.

Contrariamente, GENOVESE manifiesta que la norma que instituye la subrogación del asegurador (art. 1916 Cod. Civ. italiano) regula el perfil externo de la institución constituyendo una acción del asegurador contra el sujeto responsable en sustitución del titular originario, pero no disciplina el perfil interno, concretamente, la relación entre los sujetos del contrato de seguro, del cual nace y depende el derecho de la subrogación en el seguro⁵²⁰. En opinión del autor, obedeciendo a razones prácticas, el citado artículo no ha regulado la sustitución, es decir, el efecto interno o directo de la subrogación, sino la relación externa de esta institución, con el objetivo de vincular con esta nueva norma el patrimonio del tercero en beneficio del asegurador. Este autor afirma

⁵¹⁸ Al contrario, DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazione Private*, vol. II, cit., p. 469, defiende el carácter autónomo del instituto general de la subrogación y considera que la subrogación legal a favor del asegurador es verdadera y propiamente una subrogación por la que se transmite un derecho de crédito de un sujeto –respecto del cual el crédito se extingue– a otro por efecto del pago efectuado por éste al primero. Para este autor, la subrogación del asegurador es una verdadera subrogación que no ha de reconducirse a la subrogación general por pago que presupone el pago de una deuda ajena, sino que se refiere a una subrogación legal, en la que el asegurador paga una deuda propia que tiene su origen en el contrato de seguro.

⁵¹⁹ FERRARINI, S., *Le Assicurazioni Marittime*, cit., p.449.

⁵²⁰ GENOVESE, A., «I limiti della surroga dell'assicuratore», cit. pp. 350-351.

que en la estipulación del contrato de seguro está implícita la cesión negocial o voluntaria del crédito de resarcimiento que da lugar a la sucesión a título particular del asegurador en la titularidad del crédito frente al tercero, por lo que no es preciso un acto expreso de transferencia del crédito. La última fase del procedimiento de la cesión la constituye el acto tempestivo e inequívoco del ejercicio del derecho potestativo de subrogación por parte del asegurador; dicho acto consiste en una declaración dirigida al tercero responsable, en la que se especifica el título y el contenido del derecho que quiere ejercer⁵²¹.

Entre las críticas a la tesis de la subrogación voluntaria por quienes consideran que la subrogación se produce de forma automática con el pago de la indemnización del seguro, se plantea⁵²² precisamente que si el asegurador no manifiesta su deseo de subrogarse, los derechos de resarcimiento frente al tercero responsable seguirían en manos del asegurado. En caso de que procediera a ejercer las acciones correspondientes resultaría doblemente indemnizado por el mismo daño, de forma que este cúmulo de resarcimientos representaría un perjuicio manifiesto del principio indemnizatorio consagrado en los seguros de daños. Ello sirve de base para argumentar que es precisamente la propia *ratio* de la norma, esto es, la tutela y la salvaguarda de la función indemnizatoria, la que impone la operatividad automática de la subrogación del asegurador.

Hay que precisar, sin embargo, que al margen del marco teórico sobre el estudio del mecanismo de la subrogación, desde un punto de vista práctico, el hecho de que la subrogación opere de forma automática o bien que precise de la manifestación de la voluntad del asegurador, resulta indiferente para dar

⁵²¹ GENOVESE, A., «Il fondamento razionale della surroga dell'assicuratore», cit., pp. 38-39.

⁵²² GASPERONI, N., *Assicurazioni Private*, cit., p. 411; SCALFI, G., *Il Contratti di Assicurazione. L'assicurazione Danni*, cit., pp. 247-248; DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazione Private*, vol. II, cit., pp. 465-475

cumplimiento al principio indemnizatorio⁵²³. Esto es así por la sencilla razón de que el asegurado, que ha sido resarcido de la totalidad del daño patrimonial mediante la indemnización del seguro, carece de toda legitimación para dirigirse contra el tercero responsable del siniestro y exigirle el pago derivado de su responsabilidad en la producción de un daño cuyas consecuencias patrimoniales ya han sido reparadas por el asegurador⁵²⁴. La consecuencia de la falta de legitimación del asegurado es que si el tercero paga a éste cuando ya había sido previamente indemnizado por el asegurador, éste último podrá, amparado por la figura del enriquecimiento injustificado, repetir contra el asegurado la suma que ha percibido del tercero⁵²⁵. Dicho lo cual, no hay duda de que, en principio, la subrogación automática ofrece una mayor seguridad jurídica para el tercero responsable. En efecto, si partimos de la consideración que el art. 43 LCS determina la transferencia automática de los derechos del asegurado indemnizado al asegurador, el tercero podrá excepcionar esta circunstancia ante una posible reclamación del asegurado. Así, se evita la duplicidad de indemnizaciones del asegurado y que el asegurador tenga que

⁵²³ No obstante, el hecho de considerar que la subrogación como consecuencia inmediata del pago de la indemnización o que, por el contrario, se produce sólo cuando, realizado dicho pago, el asegurador manifiesta su voluntad de subrogarse, puede ser importante para otras cuestiones. Piénsese, por ejemplo, en el tema de la prescripción de la acción del asegurador contra el tercero. Igualmente, en relación al deber del asegurado de no perjudicar el derecho de subrogación del asegurador. En este caso, si consideramos que la subrogación es automática, por efecto del pago de la indemnización, el asegurado deja de ser el titular del derecho de crédito en cuanto recibe la indemnización del seguro, por lo que no puede disponer de él. Por el contrario, de admitir la tesis de la subrogación voluntaria, la transferencia de la titularidad del derecho se producirá con la declaración de voluntad del asegurador, de forma que el asegurado indemnizado seguirá disfrutando de la plena disposición del crédito hasta que el asegurador emita su declaración, pudiendo, en este caso renunciar en todo o en parte a su derecho condonando la deuda del tercero, con el efecto de imposibilitar la subrogación.

⁵²⁴ En un sentido contrario, TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., pp. 137-138.

⁵²⁵ En este sentido, v. la SAP de León (Sección 2ª), de 18 de febrero de 2009, Ponente Alberto Francisco Álvarez Rodríguez, F.J. 3.º (JUR 2009/189259), en la que se estima el derecho de repetición de la aseguradora contra sus asegurados que habían percibido una doble indemnización –la de la propia aseguradora y la del responsable del siniestro– con la finalidad de evitar una situación de enriquecimiento injusto de los asegurados, que rebasa las previsiones del seguro.

recurrir a la acción de enriquecimiento contra él para recuperar lo que ha percibido del tercero y que excede a la indemnización.

Por otro lado, la subrogación automática también es objeto de diversas críticas. En particular, se señala⁵²⁶ que la subrogación voluntaria, que supedita dicha sucesión del asegurador a su declaración de querer este efecto, representa una mayor tutela para el interés del asegurador de recobrar lo pagado. Ante esta opinión se opone⁵²⁷ que el peligro del perjuicio de la subrogación para el asegurador existe, sea en la subrogación voluntaria sea en la automática, hasta que no se le ponga al tercero responsable en la condición de conocer que paga a la persona legitimada o viceversa. Por lo tanto, en una u otra forma de subrogación, el asegurador tendrá interés en comunicar al tercero que ha indemnizado al asegurado y que por ello es el legitimado para recibir el pago.

También es motivo de crítica⁵²⁸. que con la adquisición automática de los derechos del asegurado por el asegurador, la inactividad de este último en el ejercicio de las acciones correspondientes una vez efectuado el pago, producirá como resultado la prescripción del derecho de crédito, lo cual comportará una liberación de la obligación de resarcimiento para el responsable del siniestro. De este modo, el tercero se verá beneficiado por un contrato del que es ajeno, en perjuicio de una de las finalidades de la subrogación prevista legalmente: evitar la exoneración de la responsabilidad patrimonial del tercero⁵²⁹. La respuesta a esta crítica encuentra su fundamento en la posibilidad del asegurador de renunciar a la subrogación. En este sentido, cabe destacar que la ley no prohíbe

⁵²⁶ LA TORRE, A., «Il punto sulla surrogazione dell'assicuratore», cit., p. 361

⁵²⁷ SCALFI, G., *Il Contratti di Assicurazione. L'assicurazione Danni*, cit., p. 238.

⁵²⁸ V. LA TORRE, A., «Il punto sulla surrogazione dell'assicuratore», cit. p. 355.

⁵²⁹ En este sentido, en DONATI, A.; VOLPE PUTZOLU, G., *Manuale di Diritto delle Assicurazioni*, 9.^a ed., Milano, 2009, p. 170, se señala que responde al más elemental sentido de justicia que la disciplina de la subrogación no debe comportar el efecto de procurar una ventaja injustificada al tercero responsable del daño. Por dicho motivo, no se puede compartir la tesis de la subrogación automática, en cuanto implica la imposibilidad del asegurado de obtener un doble resarcimiento, con la consecuencia de que el no ejercicio de la subrogación por parte del asegurador comportará una beneficio para el tercero responsable.

que el asegurador renuncie a la subrogación y que ello reporta un evidente beneficio del tercero, puesto que con la renuncia se produce el mismo resultado que si se hubiera asegurado la responsabilidad del tercero. Lo antedicho lleva a la conclusión de que el legislador no excluye que, por efecto del seguro, el responsable no soporte el coste del resarcimiento del daño del que debe responder. Por lo tanto, se afirma⁵³⁰, no se puede asignar a la norma correspondiente al derecho de subrogación del asegurador la finalidad de impedir aquello que, por otra vía, se consiente.

Por otra parte, se considera⁵³¹ que la subrogación voluntaria representa un mejor mecanismo de protección de los intereses del asegurador dado que, en determinados casos, a éste le puede interesar que sea el asegurado quien ejercite las acciones de responsabilidad frente el tercero. Entonces, la subrogación automática, lejos de suponer un beneficio para el asegurador, le generaría una diversidad de inconvenientes. Son varios los supuestos en los que se entiende que resultaría más beneficioso para el asegurador el hecho de que sea el asegurado quien reclame al tercero por el daño patrimonial sufrido⁵³². En este sentido, los tribunales suelen ser más proclives a otorgar indemnizaciones cuando éstas son reclamadas por el damnificado en lugar de por la compañía aseguradora. Asimismo, es comprensible que cuando el responsable sea al propio tiempo cliente de la compañía aseguradora, situación muy frecuente en el seguro de transporte de mercancías, se estime más oportuno, por razones evidentes de política empresarial, recobrar la indemnización a través del asegurado-damnificado. Asimismo, se alude a razones de eficacia, rapidez y sencillez que justifican la preferencia por el asegurado para proceder a la reclamación de responsabilidad del tercero. De esta forma, se incide en que la subrogación voluntaria permite al asegurador decidir sobre la conveniencia y la

⁵³⁰ SCALFI, G., *Il Contratti di Assicurazione. L'assicurazione Danni*, cit., pp. 240-241.

⁵³¹ V. TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., pp. 133-134.

⁵³² Ejemplos extraídos de RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., p. 314.

oportunidad de acudir a la subrogación para reclamar al tercero responsable, evitando con ello el tener que insertar en las pólizas, cuando así lo estime conveniente, las correspondientes cláusulas de renuncia a la subrogación a favor del asegurado, para eludir los efectos de la subrogación automática⁵³³.

La justificación de este supuesto objetivo práctico de la subrogación voluntaria en beneficio de la actividad aseguradora ha sido objeto de crítica por algún autor. En este sentido, GASPERONI⁵³⁴ entiende que una vez que el asegurado ha sido resarcido del daño no existen razones válidas para retrasar el ingreso del asegurador en el crédito frente el tercero responsable y dejar la titularidad de ese crédito en favor del asegurado. A este respecto incide en que la exigencia y la oportunidad, que a menudo se invoca, de tutelar los legítimos intereses de los aseguradores, no puede, evidentemente, justificar el acogimiento de una «solución que tergiversa la realidad de la norma»

6.- JUSTIFICACIÓN DE LA SUBROGACIÓN AUTOMÁTICA POR EL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN

A nuestro parecer, mediante la subrogación que instaura el art. 43 LCS para los seguros de daños, el asegurador que ha indemnizado al perjudicado por un siniestro cubierto por el seguro y del que se deriva la responsabilidad de un tercero, por motivo de dicho pago, queda automáticamente subrogado en el derecho de crédito que tenía el asegurado frente a ese tercero. Tal afirmación se apoya en el hecho, de que el asegurado que ha sido indemnizado por el asegurador deja de estar interesado para dirigirse contra el tercero. En efecto, el pago de la indemnización ha provocado la extinción del interés del asegurado para reclamar al tercero y la correlativa aparición de un nuevo interés, el del asegurador, para recuperar del responsable el importe de aquella indemnización. Por lo tanto, ha habido una novación en la figura del acreedor

⁵³³ IGLESIAS PRADA, J. L., «La subrogación del asegurador en el seguro marítimo», cit., p. 26.

⁵³⁴ GASPERONI, N., *Assicurazioni Private*, cit., p. 411

ante el tercero responsable, que podrá ser invocada por este último ante una posible reclamación del asegurado⁵³⁵.

No obstante, la tesis de la transposición del interés ha sido criticada por Gasperoni⁵³⁶ entendiendo que la supuesta falta de interés del asegurado indemnizado para reclamar al tercero se basa en una concepción limitada y estricta de la reparación del daño. En este sentido, manifiesta que la indemnización del seguro se limita a reparar el daño «real» o daño emergente, derivado directamente del siniestro. Sin embargo, señala, esta concepción «real» del daño se ha visto superada por una concepción «patrimonial» que se distingue de la primera porque no se refiere a la lesión material del bien, sino al patrimonio entero del damnificado y a la repercusión que en él ha tenido el hecho lesivo. Por lo tanto, el daño no debe referirse a un elemento específico del patrimonio del damnificado sino a ese patrimonio como un todo. Bajo esta noción, la obligación de resarcimiento puede ser considerada de forma amplia, y comprender, además del daño emergente, cualquier otra lesión, patrimonial o no, que se ha inferido al asegurado por ese hecho lesivo. En consecuencia con lo expuesto, entiende el citado autor⁵³⁷ que mediante la reparación del seguro no se produce la plena satisfacción del interés del asegurado lesionado por el hecho ilícito del tercero, porque no existe ninguna coherencia entre el contenido del derecho del asegurado contra el asegurador y el contenido del derecho del

⁵³⁵ Respecto a la posibilidad de que el tercero excepcione la falta de interés del asegurado indemnizado por el seguro y su correlativa falta de legitimación v. RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., pp. 318-320. En este sentido, el autor se muestra disconforme con el recurso que se hace a la regla de la relatividad de los efectos de los contratos para permitir la acción del asegurado ya indemnizado, objetando que alegar la oposición a la acción del asegurado equivaldría invocar un contrato al cual es ajeno. Al respecto RUÍZ SOROA observa lo incorrecto de la anterior interpretación, señalando que en su alegación el tercero no opondría el contrato de seguro, sino, teniendo por base tal contrato, «la mutación producida por imperio de la Ley en la relación obligatoria de la que es sujeto pasivo. Lo que se invoca, en definitiva, es que el demandante ya no es acreedor».

⁵³⁶ GASPERONI, N., *Assicurazioni Privatte*, cit., pp. 400-403.

⁵³⁷ GASPERONI, N., *Assicurazioni Privatte*, cit., p. 402

asegurado contra el tercero. Consecuentemente, afirma Gasperoni⁵³⁸, es absurdo hablar de transposición del interés del asegurado al asegurador con expulsión automática del primero de la relación crediticia, de su falta de interés y de la liberación del tercero responsable de la obligación de resarcir el daño frente al asegurado indemnizado. Concluye este autor⁵³⁹ que con la teoría de la transposición del interés se llega a la situación insatisfactoria y absurda en la que el asegurado pierde la titularidad del crédito quedando definitivamente excluido de la relación con el tercero, y el asegurador, que adquiere ese crédito perdido por el original titular desinteresado, podrá, si lo cree oportuno, renunciar a su ejercicio. En tal hipótesis, el asegurado, habiendo perdido la titularidad del derecho, y, correlativamente, la legitimación, no podrá conseguir la plena restauración del daño y el asegurador, que omite ejercitar el derecho del que es titular, liberará al tercero responsable de su obligación, lo que constituirá una situación desfavorable para quien se asegura y un enriquecimiento injusto del tercero autor del daño.

No obstante, a lo manifestado por el autor que acabamos de citar, hemos de oponer que la pérdida de titularidad del asegurado es correlativa a la falta de interés que ha conseguido la indemnización del seguro. Es decir, en aquella parte en que el interés del asegurado no ha que dado satisfecha con aquel pago, sigue subsistiendo para él la plena titularidad para reclamar al tercero responsable.

Partiendo de que el pago de la indemnización es la condición *sine qua non* para que opere la subrogación, si la pérdida de titularidad del asegurado se produce con el pago, es lógico que la adquisición de dicha titularidad por parte del asegurador tenga lugar en el mismo momento en que se indemniza al asegurado. De otra manera, una vez que el asegurado deja de ser titular del derecho de crédito frente al tercero, si no se produce el cambio automático de titularidad al asegurador, ese derecho quedaría suspendido a la espera de que

⁵³⁸ GASPERONI, N., *Assicurazioni Privatte*, cit., p. 403.

⁵³⁹ GASPERONI, N., *Assicurazioni Privatte*, cit., p. 403

el asegurador decidiera hacerlo suyo⁵⁴⁰. De ser así, la cuestión sería determinar cuánto tiempo puede el asegurador retrasar su subrogación en el derecho del asegurado. En este sentido, teniendo en cuenta que la subrogación no produce ninguna alteración en el régimen de prescripción del crédito en el que se subroga⁵⁴¹, entendemos que el asegurador deberá efectuar la declaración de voluntad de subrogarse dentro del plazo de prescripción señalado para la acción correspondiente a ese crédito. Así, en el caso de un seguro de transporte terrestre de mercancías del que se derive la responsabilidad del porteador, el asegurador, dispondrá del plazo de un año señalado en la LCTTM para efectuar su declaración.

Opinamos, que en realidad el art. 43 LCS dispone que una vez pagada la indemnización, y por ello, asumidos desde ese momento los derechos del asegurado, el asegurador queda facultado para ejercer aquellos derechos y acciones, de los cuales ya es titular, para reclamar el importe de lo pagado al responsable del siniestro. El art. 43 LCS no dice que el asegurador «podrá subrogarse», es decir, adquirir los derechos pertenecientes a su asegurado, dice específicamente que «podrá ejercitar» los derechos y acciones del asegurado⁵⁴². Luego, si los puede ejercitar es que ya dispone de ellos previamente, en concreto, desde el momento en que hace efectiva la indemnización⁵⁴³. La

⁵⁴⁰ En esta línea v. CALZADA CONDE, A. M.^a, «La subrogación del asegurador y la protección de los intereses de los asegurados», cit., p.1425, quien, partiendo de la posición de que el asegurado ya indemnizado carece de legitimación para dirigirse frente al responsable, manifiesta que «no tiene sentido que decayendo el derecho de aquel no lo adquiriera al mismo tiempo el asegurador y quede en una especie de limbo jurídico. Cuestión distinta es que el asegurador decida ejercitarla o no».

⁵⁴¹ V. SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 969.

⁵⁴² Cabe señalar que el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro dispone el art. 43 la subrogación con carácter automático, expresando que el asegurador, «una vez pagada la indemnización, se subrogará en los derechos y acciones del asegurado».

⁵⁴³ Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, «ejercitar» significa ejercer, actuar, valerse activamente de los derechos del asegurado frente al responsable, no «adquirir» o «asumir» dichos derechos.

subrogación implica una sucesión sustantiva del asegurador en los derechos del asegurado, no sólo una sustitución procesal para el ejercicio de dichos derechos.

7.- SITUACIÓN JURÍDICA DEL ASEGURADO INDEMNIZADO

Como veníamos diciendo en el apartado anterior, la subrogación provoca una sucesión del asegurador en los mismos derechos de su asegurado. La sustitución del primero en la titularidad del derecho perteneciente al asegurado contra el responsable, comporta la correlativa exclusión del asegurado, que quedará así privado de legitimación para ejercer las correspondientes acciones de reclamación de responsabilidad frente al tercero⁵⁴⁴. No obstante, aún a riesgo de ser repetitivos, debemos puntualizar que la pérdida de acción del asegurado sólo ocurrirá si la indemnización del seguro ha reparado plenamente el daño. Por el contrario, en los supuestos en que la cantidad abonada por el asegurador resulte inferior al importe de los daños ocasionados al asegurado, se produce la subrogación parcial, de forma el asegurador se subrogará hasta el límite de la indemnización mientras que el asegurado conservará las acciones y derechos para dirigirse contra el tercero responsable para reclamar el importe restante. En este último punto, la doctrina manifiesta que, precisamente, por ser la subrogación consecuencia del principio indemnizatorio, en los casos en que el asegurado ha sido parcialmente indemnizado, «es justo que conserve acción contra el causante del daño, por la parte no cubierta por el seguro»⁵⁴⁵.

Por lo tanto, la subrogación se concreta en una novación subjetiva en la parte activa de la relación crediticia entre el asegurado y en tercero. Pero el punto problemático se suscita respecto al momento en que se produce la pérdida de legitimación activa del asegurado correlativa a la pérdida de titularidad del derecho que tenía frente al tercero como consecuencia del

⁵⁴⁴ GASPERONI, N., *Assicurazioni Private*, cit., p. 388.

⁵⁴⁵ GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, op. cit., p. 199.

siniestro. Quienes consideran⁵⁴⁶ que la subrogación no tiene lugar instantáneamente con el pago de la indemnización del asegurador, sino que es una facultad que se le otorga de subentrar en el derecho del asegurado frente al tercero en el momento en que lo considere más oportuno, concluyen que el asegurado, aún después de haber percibido la indemnización, sigue conservando en su poder el derecho de reclamar al tercero responsable. La titularidad del asegurado se mantendrá hasta que no se produzca la subrogación, es decir, hasta que el asegurador no manifieste expresamente la voluntad de subrogarse en el derecho del asegurado.

Esta teoría no puede ser compartida. Al contrario, debemos afirmar que el asegurado, una vez ha sido resarcido por el asegurador, deja de ser titular del derecho de crédito que tenía contra el tercero. Partiendo de la consideración de que el art. 43 LCS regula una subrogación legal del asegurador en los derechos del asegurado, conviene señalar que la subrogación legal actúa la pérdida de titularidad del acreedor en el momento en que su crédito resulta satisfecho por el que pretende subrogarse en su lugar frente al deudor.

En efecto, en la subrogación legal es la ley la que establece la subrogación de pleno derecho de un tercero en el puesto y lugar del acreedor⁵⁴⁷. La adquisición del crédito es un efecto querido o previsto por la ley que se produce con el pago al acreedor originario, con intervención de la voluntad expresa del que se subroga o sin ella. Es decir, ocurre *ipso facto* por virtud de la ley no sucede por la voluntad del que quiere subrogarse. No obstante, en el supuesto de la subrogación voluntaria, para que sea transferido el mismo crédito que

⁵⁴⁶ IGLESIAS PRADA, J. L., "La subrogación del asegurador en el seguro marítimo», cit., p. 27; RECALDE CASTELLS, A., «Conocimiento de embarque y acción por pérdidas y averías: cuestiones de legitimación activa», cit., p. 767; TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., p. 137; SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., pp. 967-968; FERRARINI, S., *Le Assicurazioni Marittime*, cit., pp. 449-450; GENOVESE, A., «I limiti della surroga dell'assicuratore», cit., p. 361.

⁵⁴⁷ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, cit., p. 997.

tenía el acreedor satisfecho, la declaración de voluntad de demandar que el crédito le sea subrogado debe coincidir con el pago, de otra forma, el crédito del acreedor satisfecho se extinguiría por efecto del pago, resultando imposible su transmisión. Trasladado a la subrogación del asegurador, si la declaración de voluntad del asegurador de subingresar en el crédito del asegurado, y con ello hacer efectiva la subrogación, no concurre con el pago de la indemnización, el asegurado, que ha sido resarcido, deja de estar legitimado para dirigirse contra el tercero porque, precisamente, ya ha sido previamente indemnizado por el asegurador. Acaecida la pérdida de titularidad del derecho del asegurado al resarcimiento, será imposible su transmisión al asegurador⁵⁴⁸.

La consecuencia que se deriva de que el asegurado conserve el derecho de crédito frente al tercero con posterioridad al cobro de la indemnización del seguro hasta el momento en que el asegurador manifieste su voluntad de subrogarse, es que, en el caso de ejercitar con éxito la acción de responsabilidad, obtendría una doble reparación por un mismo daño. De producirse este resultado, se entiende que se vería vulnerado el principio indemnizatorio, que prohíbe la acumulación de indemnizaciones por un mismo hecho lesivo y en una sola persona⁵⁴⁹. Por esta razón, cuando el asegurado consigue un doble resarcimiento surge a favor del asegurador un derecho de reembolso que le permite reclamar al asegurado lo que ha obtenido del tercero responsable. Este derecho de reembolso se considera fundamentado jurídicamente en el art. 26

⁵⁴⁸ Esta imposibilidad de la transmisión del crédito también se opera en la subrogación convencional. Al respecto indica DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, cit., p. 998, «la doctrina señala que la subrogación del tercero en los derechos del acreedor tiene que ser convenida con anterioridad, o al menos, contemporáneamente, al momento en que el acreedor recibe el pago o la retribución por virtud de la cual queda satisfecho, ya que una vez efectuado el pago o llevada a cabo la retribución satisfactiva, le será imposible al acreedor transmitir a un tercero un derecho que ha quedado ya extinguido y que no puede revivir».

⁵⁴⁹ TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., p. 138.

LCS que regula el principio indemnizatorio partiendo de la prohibición del enriquecimiento injusto del asegurado por la existencia del seguro⁵⁵⁰.

Desde nuestro punto de vista carece de sentido recurrir a esta doble protección del principio indemnizatorio para justificar que el art. 43 LCS establece un mecanismo de subrogación voluntario con el que puede verse transgredido tal principio. En primer lugar, se instaura la subrogación del asegurador con la finalidad de dar cumplimiento al principio indemnizatorio, evitando así la duplicidad de resarcimientos en manos del asegurado, para luego permitir dicho cúmulo indemnizatorio como consecuencia de la subrogación voluntaria. Y, en segundo lugar, se recurre a la acción de reembolso del asegurador contra el asegurado doblemente indemnizado para reparar la vulneración del principio indemnizatorio que conlleva la subrogación voluntaria. Como decíamos, no parece lógico afirmar que una misma norma está permitiendo el resultado que se persigue impedir.

A lo anterior cabe añadir que, a nuestro entender, tal como ya manifestamos en el primer capítulo de este trabajo⁵⁵¹, la subrogación se establece en beneficio del asegurador con la finalidad de favorecer la actividad aseguradora. En efecto, el hecho de que el asegurador pueda recuperar las indemnizaciones derivadas de los siniestros provocados por terceros es un factor decisivo, por cuanto le proporciona un mayor grado de solvencia para la gestión de su actividad empresarial. Por lo tanto, el fin perseguido por el legislador al instituir la subrogación del asegurador no es la protección del principio indemnizatorio, sino facilitar la función económico-social que desempeña el seguro. De ahí que, en el supuesto de que el asegurado pueda conseguir una doble reparación por el mismo daño, la acción de repetición del asegurador no se fundamenta en el art. 26 LCS, por cuanto no se habría

⁵⁵⁰ TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., p. 138.

⁵⁵¹ V. *supra* Capítulo primero, el epígrafe I. 5.

vulnerado el principio indemnizatorio, sino en el enriquecimiento injusto del asegurado a costa del asegurador.

En nuestra opinión, la subrogación voluntaria tampoco se justifica en relación a que puede resultar más beneficioso para el asegurador que sea el asegurado quien ejercite la acción contra el tercero, para posteriormente, reclamarle lo obtenido de éste. Por el contrario, entendemos que al asegurador difícilmente le interesará que el asegurado siga en la titularidad del crédito una vez ha sido indemnizado. A diferencia del asegurado, es el asegurador quien, en la gran mayoría de los casos, está en mejores condiciones para poder realizar el crédito frente al tercero. Efectivamente, las compañías aseguradoras cuentan con sus propios equipos jurídicos, altamente especializados, para actuar en este tipo de litigios. De igual modo, disponen del equipo técnico pericial necesario para la verificación y el análisis de las circunstancias en que se produjo el siniestro a efectos de poder determinar la posible responsabilidad del tercero en el proceso de reclamación.

A todo ello debemos añadir una ulterior crítica a la tesis de la subrogación voluntaria. Conforme a esta tesis, se afirma que el asegurado, ya indemnizado por el asegurador, conserva el derecho de crédito frente al responsable; pues bien, en el caso de que ejercite las acciones correspondientes antes de que se produzca la declaración de voluntad del asegurador de querer subrogarse, se impedirá dicha subrogación. Efectivamente, con el pago del tercero al asegurado se extingue el derecho de crédito que existía frente a aquél como responsable del siniestro, de modo que el asegurador no puede dirigirse contra él porque no existe ningún crédito en que subrogarse. Es decir, estableciendo un mecanismo de subrogación voluntaria se puede llegar al efecto perverso de impedir la propia subrogación a pesar de que el asegurador esté interesado en subrogarse y así lo manifieste explícitamente.

En este caso, la acción de reclamación del asegurador frente al tercero de lo pagado al asegurado en concepto de indemnización, se sustituirá por la acción de recobro a este último en la cantidad que ha obtenido del tercero. Así se estima en la citada sentencia de la Audiencia Provincial de León de 18 de febrero de 2009⁵⁵², en la que se reconoce el derecho de repetición de la aseguradora contra sus asegurados y se rechaza la pretensión de estos últimos de tener derecho a recibir las dos indemnizaciones, la de su entidad aseguradora y la de la compañía aérea responsable de la pérdida del equipaje. Argumenta la Audiencia que con ello se impide la subrogación de la aseguradora frente a la compañía causante del daño, lo cual, se afirma, generaría un situación de enriquecimiento injusto de los asegurados, a costa de la aseguradora, que es contraria al principio indemnizatorio que rige los seguros de daños.

III.- CARÁCTER DERIVATIVO DE LA ACCIÓN DEL ASEGURADOR CONTRA EL RESPONSABLE E IDENTIDAD DEL CRÉDITO DEL ASEGURADOR

1.- CARÁCTER DERIVATIVO DEL CRÉDITO DEL ASEGURADOR

La finalidad de la subrogación es reforzar la solvencia del asegurador, posibilitándole la obtención de unos recursos complementarios que le permitan explotar la actividad aseguradora de forma más eficiente. Por consiguiente, cabría pensar que la subrogación posibilita que el asegurador pueda dirigirse contra ese tercero ejerciendo una acción de responsabilidad propia basada en el daño patrimonial que la producción del siniestro le ha ocasionado, equivalente a la indemnización que, como consecuencia del contrato de seguro, ha tenido que abonar al asegurado.

⁵⁵² SAP de León (Sección 2.ª), de 18 de febrero de 2009, Ponente Alberto Francisco Álvarez Rodríguez, F.J. 3.º (JUR 2009/189259), ,

Sin embargo, la acción que el asegurador posee frente al responsable del siniestro que motivó el pago de la indemnización del seguro no nace de forma autónoma a favor del asegurador, sino que, tiene carácter derivativo puesto que ejercita la acción de responsabilidad nacida en manos del asegurado perjudicado por el tercero⁵⁵³. Debido al carácter derivativo de la posición del asegurador respecto a la del asegurado, se encontrará ante el deudor en la misma posición en la que se encontraba este último⁵⁵⁴. Extinguida su propia deuda mediante el pago de la indemnización, el asegurador adquiere, de forma derivada, el crédito de su asegurado frente al tercero, porque la deuda de éste no se extingue con el pago de la indemnización del seguro.

En primer lugar, debemos tener presente el tenor literal del art. 43 LCS, que establece de forma meridiana el carácter derivativo de la acción que ejerce el asegurador cuando determina que éste se subroga en el ejercicio de los derechos y acciones que, por razones del siniestro, corresponden al asegurado contra el tercero responsable. Por otro lado, debe rechazarse la posibilidad de cualquier acción autónoma por parte del asegurador contra el tercero responsable del siniestro que dio lugar al pago de la indemnización, por la razón de que él no sufre directamente el daño derivado de la actuación del tercero, puesto que si la suma asegurada resulta exigida por el asegurado damnificado ello no es, sino, el juego normal de un riesgo previsto, evaluado y aceptado por los contratantes. El asegurador no puede justificar un perjuicio propio frente el tercero porque el deber de indemnizar al asegurado no tiene su origen en la responsabilidad del tercero sino en la existencia del contrato de seguro. Dicho de otro modo, la producción del siniestro que determina la responsabilidad del tercero es el hecho que desencadena el pago de la indemnización, mientras que la obligación de indemnizar se origina por voluntad de las partes con la celebración del contrato de seguro.

⁵⁵³ SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 968.

⁵⁵⁴ RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., 323.

Del mismo modo que con el ejercicio de la subrogación se consigue evitar el enriquecimiento injusto del asegurado, privándole del beneficio de obtener un doble resarcimiento por un mismo daño, la subrogación tampoco puede derivar en un enriquecimiento indebido para el asegurador. En este sentido, se ha manifestado⁵⁵⁵ que atribuir al asegurador un recurso propio contra el autor del siniestro «sería procurarle un beneficio puramente gratuito y manifiestamente contrario al carácter aleatorio del contrato de seguro, en virtud del cual la reparación del riesgo considerado ha sido compensado y cubierto por adelantado por las primas abonadas por el asegurado; la falta cometida por el tercero no modifica en nada las previsiones y las condiciones del contrato de seguro, que es, respecto de ese tercero, *res inter alios acta*».

Una ulterior crítica⁵⁵⁶ que se apunta a la tesis que atribuye al asegurador una acción propia para reclamar al tercero la indemnización del seguro, es que, en este caso, carece de toda lógica que la norma imponga al asegurado la carga de no lesionar la subrogación. Al respecto se argumenta certeramente, que difícilmente podrá el asegurado «perjudicar un crédito nacido *ex novo* en el patrimonio del asegurador».

De conformidad con lo expuesto, debe concluirse que la doctrina es concordante cuando afirma que el asegurador que indemniza al asegurado no adquiere un derecho de crédito autónomo para reclamar al tercero lo pagado, sino que se opera una sustitución del asegurador en la titularidad del derecho que pertenecía al asegurado⁵⁵⁷. En la subrogación en el ámbito del seguro se

⁵⁵⁵ PICARD, M./BESSON, A., *Les Assurances Terrestres en Droit Français. (Le contrat d'assurance)*, cit., p. 495.

⁵⁵⁶ TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., p. 240.

⁵⁵⁷ V. entre muchos, DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Legitimación del asegurador subrogado convencionalmente frente al responsable del siniestro», cit., pp. 597-602; TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., p. 240; VIVANTE, C., *Il Contratto di Assicurazione. Le Assicurazioni Terrestri*, vol. I, cit. p. 366; FERRARINI, S., *Le Assicurazioni Marittime*, cit., 458; DONATI A., *Trattato del Diritto delle Assicurazione Private*, vol. II, cit., p. 476; GASPERONI, N., *Assicurazioni Private*, cit., p. 388; SCALFI, G., *Il Contratti di Assicurazione. L'assicurazione Danni*,

parte de la existencia de dos deudores por títulos distintos frente a un mismo acreedor que es el asegurado. Nos encontramos, por lo tanto, ante dos obligaciones que están destinadas a resarcir un mismo daño pero tienen causa y título distintos. La obligación del tercero responsable nace de un hecho ilícito y la obligación del asegurador tiene su origen en el contrato de seguro. Por lo tanto, el pago de la indemnización del asegurador, en cumplimiento de su propia obligación contractual, no libera al tercero de su responsabilidad. Por el contrario, ésta subsiste, pero ya no frente al asegurado que ha sido indemnizado y ya no tiene un interés lesionado pendiente de reparar, sino frente al asegurador, al que la ley le transmite la titularidad y con ella la legitimación para exigir esa deuda de responsabilidad⁵⁵⁸.

2.- PRINCIPIO DE IDENTIDAD DEL CRÉDITO SUBROGADO

La subrogación dispone una sucesión sustancial del asegurador en la titularidad del crédito que pertenecía al asegurado-damnificado frente al tercero responsable, «con la misma configuración jurídica que tenía cuando realizó el pago que ha producido la subrogación»⁵⁵⁹. Conforme al carácter derivativo y al principio de identidad de la acción que adquiere el asegurador respecto de la acción del asegurado, se desprenden necesariamente una serie de consecuencias para el ejercicio de la correspondiente acción de responsabilidad frente al tercero⁵⁶⁰.

Así, se observa que la acción del asegurador tendrá el carácter de contractual o no en función de que el derecho del asegurado frente al tercero se haya originado en virtud de un contrato o se derive de una relación

cit, p. 236; PICARD, M./BESSON, A, *Les Assurances Terrestres en Droit Français. (Le contrat d'assurance)*, cit., pp. 495- 498;

⁵⁵⁸ GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 198.

⁵⁵⁹ DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., «Legitimación del asegurador subrogado convencionalmente frente al responsable del siniestro», cit., p. 602.

⁵⁶⁰ V. RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., pp. 328-331

extracontractual. La naturaleza de la acción permanecerá inmodificable para el asegurador, de manera que si la responsabilidad del tercero deriva de un contrato, el asegurador no podrá recurrir a la responsabilidad aquiliana, con el pretexto de que es ajeno a la relación contractual, sino que se verá sometido en todo a lo previsto en el contrato en lo que atañe a la acción de responsabilidad⁵⁶¹, esencialmente a las cláusulas de limitación o exoneración de responsabilidad, siempre que cumplan la legalidad vigente.

Otra de las consecuencias señaladas respecto al carácter derivativo de la acción del asegurador contra el tercero es que junto con el derecho de crédito, se le transferirán todos los derechos accesorios y facultades inherentes a él, como son las garantías, los privilegios, o el derecho a los intereses⁵⁶². Así, en el caso de que el deudor se encuentre inmerso en una situación de concurso de acreedores, el crédito diferido al asegurador quedará sujeto a la clasificación de créditos que resulte del procedimiento concursal⁵⁶³.

En otro orden de cosas, el carácter derivativo de la acción que ejerce el asegurador permite que pueda dirigirse contra el responsable del daño y también contra el asegurador de la responsabilidad civil del mismo⁵⁶⁴. De esta forma, el asegurador de las mercancías podrá subrogarse contra el asegurador de la responsabilidad civil del causante del siniestro, sólo en la medida en que su asegurado, como perjudicado por el siniestro, disponga de acción directa

⁵⁶¹ V. PICARD, M./BESSON, A., *Les Assurances Terrestres. En Droit Français. (Le contrat d'assurance)*, cit., p. 511.

⁵⁶² DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, cit., p. 1002, en referencia al art. 1212 CC que establece que la subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos.

⁵⁶³ Por lo que respecta a la clasificación de créditos de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003, el art. 91. 5.º establece que los créditos por responsabilidad civil extracontractual son créditos con privilegio general. De ahí que cabe concluir que los créditos derivados de una relación contractual, al no ser clasificados por la Ley Concursal como créditos privilegiados, ni, en principio, como subordinados, tendrán la consideración de ordinarios.

⁵⁶⁴ RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., p. 330.

contra tal asegurador⁵⁶⁵. En efecto, la acción directa que el artículo 76 LCS atribuye al perjudicado por un siniestro contra el asegurador del responsable de aquél, es aplicable tanto si la responsabilidad que se demanda es de origen contractual o extracontractual.

Este es el criterio jurisprudencial que se estableció de forma expresa en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2002⁵⁶⁶ en referencia a un seguro de transporte terrestre de mercancías, en el que se reclamaba la responsabilidad del transportista por incumplimiento de su obligación derivada del contrato de transporte. En esta sentencia se estimó que era aplicable el art. 76 LCS y, por ello, el perjudicado por el siniestro disponía de acción directa contra el asegurador de la responsabilidad civil del porteador responsable de los daños ocasionados a las mercancías. En el fundamento jurídico segundo, la referida sentencia expone la finalidad de la acción directa y su aplicabilidad, en este caso, en un seguro de transporte de mercancías, en los siguientes términos: [«La acción directa es el ejercicio del derecho del tercero perjudicado para exigir al asegurador el cumplimiento de la obligación de indemnizar. Esta acción nació jurisprudencialmente, considerándola un caso de «solidaridad especial» y posteriormente se introdujo en la Ley de Contrato de Seguro; la función de la misma es proteger al tercero que ha sufrido el daño y evitar que tenga que reclamar al causante del mismo y éste, posteriormente, a su Compañía de seguros. Con ella, se dirige aquél directamente contra ésta, satisfaciendo así la misión que tiene la acción directa, que es la reclamación que hace el acreedor al deudor de su deudor lo que importa a la satisfacción de su crédito; medio de protección del crédito más simple y eficaz que la acción subrogatoria, pues el

⁵⁶⁵ PICARD, M./BESSON, A, *Les Assurances Terrestres en Droit Français. (Le contrat d'assurance)*, cit., pp. 515-516, señala que el ejercicio por parte del asegurador de daños de la acción directa perteneciente a su asegurado contra el asegurador de la responsabilidad civil del tercero, le permite, además, evitar la concurrencia de otros acreedores de ese tercero.

⁵⁶⁶ STS (Sala de lo Civil), de 25 de abril de 2002, Ponente Xavier O'Callaghan Muñoz, F.J. 2.º (RJ 2002/6418).

acreedor recibe el pago directamente del «debitor debitoris». El artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro atribuye acción directa del perjudicado frente al asegurador en materia de responsabilidad civil, sin distinguir si es contractual o extracontractual. Por lo tanto, cuando en el seguro de transporte, al transportista se le reclama por incumplimiento de su obligación derivada del contrato, es decir, se le reclama la responsabilidad contractual, es aplicable el artículo 76 y el perjudicado tiene acción directa frente a la compañía aseguradora»]⁵⁶⁷.

En el supuesto específico de la concurrencia de un seguro de daños y un seguro de responsabilidad civil para hacer frente a un siniestro en el ámbito del transporte de mercancías, la coexistencia de esos dos seguros no supone un caso de seguro múltiple⁵⁶⁸ en el que la compañía demandada, como aseguradora de la responsabilidad civil, pueda acogerse para eludir en la medida de lo posible su responsabilidad⁵⁶⁹. El art. 32 LCS, correspondiente a la regulación de los seguros múltiples, determina claramente que las condiciones para que se de este tipo de seguro, es que un mismo tomador concluya dos o más pólizas de seguro con distintos aseguradores que cubran los efectos que un mismo riesgo puede producir sobre el mismo interés y durante idéntico período de tiempo.

⁵⁶⁷ Siguiendo este mismo criterio v. entre otras, las sentencias de la AP de Barcelona (Sección 15ª), de 7 de julio de 2009, Ponente Jordi Lluís Forgas Folch, F.J. 4.º (JUR 2009/464785); AP de Asturias (Sección 6.ª), de 2 de abril de 2001, Ponente José Manuel Barral Díaz, F.J. 3.º (JUR 2001/1712284).

⁵⁶⁸ V. TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., pp. 124-126, quien expone que por un sector de la doctrina y de la jurisprudencia alemana, se había sostenido la tesis de la existencia de un seguro múltiple en aquellos supuestos en los que un mismo siniestro está cubierto por un seguro de daños concluido por el propietario del bien afectado y por un seguro de responsabilidad civil del responsable del siniestro.

⁵⁶⁹ El art. 32 LCS determina para los casos de seguro múltiple la obligación de los distintos aseguradores de indemnizar en proporción a la propia suma asegurada. Por lo tanto, en un seguro múltiple, para la compañía que ha indemnizado al perjudicado por la totalidad del daño, no cabe la subrogación frente a las otras compañías aseguradoras para recuperar íntegramente lo que ha pagado. Su reclamación frente a las otras aseguradoras irá dirigida a exigir el cumplimiento de los términos establecidos en la norma reguladora de este tipo de seguros.

Como hemos tenido ocasión de afirmar en el capítulo segundo del presente trabajo⁵⁷⁰, esta identidad en el riesgo y en el interés que se asegura no se produce cuando coexisten un seguro de transporte de mercancías y un seguro de responsabilidad civil del porteador encargado de efectuar el transporte de esas mismas mercancías. Por el contrario, se trata de dos seguros de distinta naturaleza e independientes entre sí. Los seguros de cosas se concluyen con el fin de reparar los daños sufridos por el asegurado en lo que respecta a los bienes, cubren la brecha abierta en el patrimonio del asegurado: son seguros de reparación; los seguros de responsabilidad tienen por objeto proteger al asegurado de las pérdidas que pueda sufrir por el ejercicio, en su contra, de acciones de responsabilidad del tercero damnificado: son seguros de garantía⁵⁷¹. Por lo tanto, la coexistencia del seguro de daños y el seguro de responsabilidad civil comporta que éste último deba hacer íntegra la indemnización que el asegurador de daños ha abonado al perjudicado.

Ahora bien, ante la concurrencia de un seguro de daños y de un seguro de responsabilidad civil surge la cuestión del orden en que deberían actuar estos dos seguros. Sobre este punto se ha considerado que, en primer lugar, debería operar el seguro de daños, para después, mediante la subrogación, ejercitar la acción directa del art. 76 LCS contra el asegurador de la responsabilidad civil del responsable del siniestro⁵⁷². En este sentido, la citada sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de abril de 2002, en el fundamento jurídico tercero, se afirma que ante la concurrencia del seguro de la sociedad porteadora y de la sociedad propietaria de las mercancías, lo correcto es que la

⁵⁷⁰ V. *supra* Capítulo segundo, el epígrafe III. 3. C.

⁵⁷¹ HÉMARD, J., *Théorie et pratique des assurances terrestres*, T. II, Paris, 1925, p. 43. V también, RUÍZ SOROA, J. M.^a, «La responsabilidad del porteador y el seguro de transporte terrestre», cit., p. 1990; PULIDO BEGINES, J.L., *Seguro de mercancías y seguro de responsabilidad civil del porteador terrestre*, cit., pp. 33-45.

⁵⁷² CALZADA CONDE, M.^a A., «La subrogación del asegurador y la protección de los intereses de los asegurados», cit., p.1415.

aseguradora de ésta última le hubiera indemnizado y, a continuación, hubiera repetido contra el causante del daño y su respectiva compañía⁵⁷³.

La acción directa⁵⁷⁴ que el asegurador de daños ejercita mediante la subrogación frente a la aseguradora del tercero responsable, de conformidad con el dictado del propio art. 76 LCS, será inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador de la responsabilidad civil contra su asegurado. Tal beneficio se posibilita, porque el asegurador ejercita la misma acción directa que tenía su asegurado, como perjudicado, contra la compañía aseguradora de la responsabilidad civil del causante del daño. La citada norma determina que la acción directa que ejercita el perjudicado por el siniestro es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado; de esta forma, el asegurador subrogado en el ejercicio de la acción correspondiente a su asegurado, gozará de esa misma inmunidad respecto a las excepciones que pudiera invocar el asegurador de la responsabilidad civil respecto a su propio asegurado.

En orden a determinar cuáles son las excepciones que el asegurador de la responsabilidad civil pueda oponer al asegurador subrogado, debemos diferenciar entre las excepciones objetivas y las personales. Respecto a las primeras se manifiesta que tienen su origen en la ley o en la voluntad

⁵⁷³ STS (Sala de lo Civil), de 25 de abril de 2002, Ponente Xavier O'Callaghan Muñoz, F.J. 3.º (RJ 2002/6418). No obstante, en la sentencia el Tribunal Supremo, debido al orden en que la parte actora plantea la demanda en referencia a la litis consorcio pasivo, se estima que la compañía aseguradora de la propietaria de las mercancías pagará de forma subsidiaria respecto a los condenados principales que son los causantes del daño y su compañía aseguradora. En efecto, en la demanda se reclamó una condena solidaria planteada en el siguiente orden: el conductor, la empresa transportista, la compañía aseguradora de ésta, y la propia compañía aseguradora de la actora. El Tribunal considera que no hay la solidaridad solicitada entre el primer grupo de demandados (el conductor, la empresa transportista y la compañía aseguradora de ésta) y la otra demandada (la propia compañía de seguros), sino que ésta última como, compañía propia, sólo pagará si no lo hacen los condenados principales, que son el causante del daño y su compañía aseguradora.

⁵⁷⁴ Sobre la acción directa del art. 76 LCS ver BAILLO Y MORALES-ARCE, J., *La acción directa en el seguro obligatorio de responsabilidad civil automovilística*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2000.

contractual de las partes y pueden oponerse «cuando se contempla en la póliza y tiene una relación directa o es un factor determinante del evento dañoso, no en cualquier otro caso»⁵⁷⁵. Así, serán excepciones objetivas y por lo tanto oponibles por el asegurador «las excepciones que limiten objetivamente los riesgos a cubrir por el contrato»⁵⁷⁶. En referencia a las excepciones personales se determina que, teniendo como base la conducta del asegurado, no podrán oponerse en el ejercicio de la acción directa⁵⁷⁷.

No obstante, la aceptación de que el régimen de inmunidad a las excepciones del asegurador de la responsabilidad civil también sea aplicable a la acción directa ejercida por el asegurador de daños por vía de la subrogación no es del todo unánime⁵⁷⁸. Al respecto, se señala que el carácter excepcional del régimen de las excepciones se justifica para garantizar al perjudicado del siniestro el cobro de la indemnización en aquellos casos en los que, conforme a la ley o al contrato de seguro, el asegurador no estaría obligado al abono de la indemnización. Así, se puntualiza que la acción directa se fundamenta en la cualidad del acreedor como perjudicado y que su justificación encuentra su origen en la protección de las víctimas de daños personales en los accidentes de

⁵⁷⁵ SAP de Sevilla (Sección 5ª), de 16 de febrero de 2009, Ponente José Herrera Tagua, F.J. 2.º (AC 2009/1197).

⁵⁷⁶ STS (Sala de lo Civil), de 28 de enero de 1985, Ponente José Luis Albácar López, F.J. 2.º (RJ 1985/202).

⁵⁷⁷ La citada SAP de Sevilla, (Sección 5ª), de 16 de febrero de 2009, Ponente José Herrera Tagua, F.J. 2.º (AC 2009/1197), en referencia a un supuesto de suspensión de cobertura por impago de la prima del seguro, determina que, en las situaciones de impago contempladas en el art. 15 LCS, el asegurador queda obligado a indemnizar al tercero perjudicado, a quien no puede oponer las excepciones que le asisten contra el asegurado, ya que dicha excepción es de carácter personal y por ello no oponible al perjudicado. Al respecto manifiesta que el impago de la prima, debe incluirse obviamente en la categoría de excepción personal, y por ello «no puede oponerse frente al perjudicado, porque dicha suspensión sólo opera entre asegurador y asegurado, no respecto al tercero perjudicado que ejercita una acción al amparo de lo establecido en el art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro que es inmune a este tipo de excepciones». En idénticos términos, se considera inoponible la excepción de suspensión de la cobertura aseguradora por impago de la prima en la SAP de Sevilla (Sección 5ª), de 21 de septiembre de 2000, Ponente Fernando Sanz Talayero, F.J. 2.º. (JUR 2001/ 18113).

⁵⁷⁸ V. CALZADA CONDE, M.ª A., «La subrogación del asegurador y la protección de los intereses de los asegurados», cit., p.1416

tráfico en el ámbito del seguro del automóvil; por lo que es comprensible que dicho régimen de excepciones actúe en los seguros obligatorios pero no en los seguros voluntarios. De este modo, no parece justificado que una garantía que se establece para el acreedor de la prestación en calidad de perjudicado por el siniestro, perviva por vía de la subrogación, a pesar de que el acreedor ya ha sido resarcido del daño⁵⁷⁹.

Sobre este punto debemos tener presente que la subrogación permite que el asegurador ejercite la acción contra el tercero responsable si su asegurado disponía previamente de una acción de responsabilidad contra ese tercero. En la situación que estamos analizando, la acción que se le reconoce legalmente al asegurado es la acción directa, no contra el tercero responsable, sino, contra el asegurador de éste; acción que le es traspasada al asegurador del daño por vía subrogatoria con todos los derechos y privilegios que le son inherentes. Pues bien, cuando el art. 76 LCS establece para el perjudicado un derecho propio para dirigirse contra el asegurador de la responsabilidad civil, y ese derecho lleva aparejado un régimen de inmunidad frente a determinadas excepciones provenientes del asegurador demandado, debe entenderse que ese derecho del perjudicado será transferido de forma plena a su asegurador cuando opera la subrogación.

En definitiva, si la ley limita al asegurador del responsable del siniestro las causas de oposición para hacer efectiva la indemnización, dicho límite debe actuar tanto a favor del acreedor originario en calidad de damnificado, como a favor del asegurador de daños que, cumplida su propia obligación de

⁵⁷⁹ Al respecto, CALZADA CONDE, M.^a A., «La subrogación del asegurador y la protección de los intereses de los asegurados», cit., p.1416, puntualiza que carece de sentido mantener el régimen de inoponibilidad de excepciones para el asegurador de la responsabilidad civil, justificado en garantía del damnificado, cuando, quien ejercita la acción directa, es el asegurador subrogado: «el dañado ya ha sido, por definición, indemnizado, en cuanto ello es condición *sine qua non*, de la subrogación. Por lo tanto decae la razón de ser de la norma que establece el régimen de inoponibilidad de excepciones y no debería aplicarse cuando quien ejerce la acción directa no es el tercero dañado sino su asegurador.

indemnizar al perjudicado por el siniestro, se dirige como subrogado para exigir el cumplimiento de la obligación del asegurador de la responsabilidad del tercero.

Otras consecuencias del carácter derivativo de la acción que ejercita el asegurador que se subroga en los derechos de su asegurado hacen referencia al régimen de prescripción del crédito subrogado, el cual no se verá modificado por el hecho del subingreso del asegurador, y a las excepciones oponibles por el tercero al asegurador. La cuestión del régimen de prescripción de la acción del asegurador será desarrollado de forma más detallada en el capítulo cuarto⁵⁸⁰.

IV.- EXCEPCIONES DEL TERCERO

1.- EXCEPCIONES PROCESALES

Operada la subrogación, mediante la cesión de los derechos el asegurador podrá dirigirse contra los terceros en las mismas condiciones en las que lo podía haber hecho el asegurado, beneficiándose también de las mismas presunciones que este último pudiera invocar⁵⁸¹, pero pudiendo, en contrapartida, ver opuestas frente a él por los terceros todas las excepciones oponibles al asegurado. De esta forma, el asegurador consigue a título derivativo los derechos del asegurado y en ellos ingresa como sucesor a título particular, ocupando así la misma posición del asegurado, tanto en lo que respecta a las ventajas como a las desventajas de carácter sustancial y procesal⁵⁸². En lo que atañe a las excepciones que el responsable puede alegar, la doctrina procesal distingue dos grupos: las excepciones procesales y las

⁵⁸⁰ V. *infra* Capítulo cuarto, el epígrafe I. 1.

⁵⁸¹ V. DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Legitimación del asegurador subrogado convencionalmente frente al responsable del siniestro», cit., p. 602, quien puntualiza que «la subrogación se refiere no sólo a las pretensiones de carácter material, sino que abarca también los diversos modos de actuación judicial de estas pretensiones, aun cuando no fuera mediante el ejercicio de una acción, sino mediante la oposición a una excepción».

⁵⁸² GASPERONI, N., *Assicurazioni Private*, cit., pp. 417-418; TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., pp. 256-257.

excepciones materiales. Así, MONTERO AROCA⁵⁸³ explica que las excepciones procesales hacen referencia a la falta de presupuestos o requisitos procesales para la válida constitución de la relación jurídico-procesal y con ellas el demandado aspira a «conseguir una resolución meramente procesal en la que no se entre en el fondo del asunto». Mientras que las excepciones materiales se refieren al fondo del asunto y se dirigen a obtener la desestimación de la pretensión.

Las excepciones procesales son alegadas por el responsable con la finalidad de cuestionar la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales. En principio, partiendo de la constatación de que la acción que adquiere al asegurador tiene la misma naturaleza y régimen que la que tenía el asegurado, es de suponer que el tercero podrá oponer al asegurador las mismas excepciones procesales que hubiera podido invocar contra el damnificado. MONTERO AROCA⁵⁸⁴ clasifica este grupo de excepciones en subjetivas, objetivas y procedimentales. En las primeras de ellas el tercero podrá alegar cuestiones relativas a las partes del proceso en torno a la capacidad, a la legitimación, incluido el litisconsorcio necesario, o a la postulación. Las excepciones referidas al objeto del proceso, le permiten alegar la litispendencia y la cosa juzgada. Por último, mediante las excepciones procedimentales podrá invocar cuestiones relativas a la determinación del proceso, a la falta de requisitos de la demanda y a la indebida acumulación de pretensiones en la demanda.

De las excepciones procesales citadas consideramos que tiene especial importancia para el estudio de la subrogación del asegurador, las que hacen referencia a la legitimación de las partes. En concreto, a la falta de legitimación activa y pasiva en el ejercicio de la subrogación, cuando ésta deriva de un

⁵⁸³ MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*, 18.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 212-213.

⁵⁸⁴ MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*, cit., pp. 213-214.

seguro de transporte de mercancías en el que el asegurador pretende subrogarse frente al transportista presunto responsable del siniestro que afectó a las cosas transportadas.

2.- EXCEPCIONES A LA LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA

Por lo que respecta a la cuestión de legitimación activa del asegurador de un seguro de transporte de mercancía terrestre, el porteador responsable podría oponer las excepciones respecto al incumplimiento de los presupuestos establecidos legalmente para que opere válidamente la subrogación: el pago de la indemnización; que ese pago sea debido a un contrato de seguro de transporte de mercancías válido y existente; que el pago se haya hecho realmente al asegurado por ese contrato; y la falta de responsabilidad del tercero (falta de legitimación pasiva).

Las posibles excepciones del tercero en referencia a la falta del existencia de los presupuesto legales para que opere la subrogación ya fueron estudiados en el segundo capítulo de este trabajo⁵⁸⁵ dedicado precisamente al análisis de dichos presupuestos, por lo que haremos en esta sede un breve recordatorio de los límites de esas excepciones.

Ya hemos constatado a lo largo de nuestro estudio que el pago de la indemnización al asegurado es el presupuesto generador de la subrogación del asegurador, sin el cual, la pretensión de éste de reclamar al responsable el importe de los daños ocasionados a su asegurado es del todo inviable. Como afirma VIVANTE⁵⁸⁶, tratándose de una subrogación creada por la ley, cualquier persona tiene derecho para oponer la falta de los requisitos esenciales para que

⁵⁸⁵ V. *supra*, Capítulo segundo, el epígrafe II. 1. sobre la existencia y la validez del contrato que determina la obligación del pago del asegurador y el epígrafe III. 3. E. sobre la legitimación pasiva del porteador.

⁵⁸⁶ V. por todos VIVANTE, C., *Il Contratto di Assicurazione. Le Assicurazioni Terrestri*, vol. I, cit., p. 437.

ésta pueda prosperar, de forma que el tercero podrá oponer la inexistencia del pago. Es evidente la existencia de un interés del porteador en oponer al asegurador, que pretende la reclamación del importe del daño, que el asegurado no ha sido resarcido. Si no se ha verificado el pago de la indemnización del seguro significa que el asegurado no ha sido desinteresado de las consecuencias patrimoniales adversas que el siniestro le ha ocasionado, por lo que seguirá legitimado para exigir al porteador la reparación del daño del cual es responsable; de esta forma, si el porteador pagase al asegurador, podría verse obligado a hacer un segundo pago a exigencia del asegurado. Consecuentemente, recaerá sobre el asegurador la carga de probar la realidad de la liquidación al asegurado en concepto de indemnización y que, por ello, «está legitimado activamente para reclamar del responsable el importe de los daños y perjuicios de los que, por el hecho fuente de responsabilidad, era deudor frente al perjudicado»⁵⁸⁷.

Si bien existe la aceptación generalizada de que el tercero puede oponer que el pago de la indemnización no se ha hecho efectivo, un sector doctrinal opina, en cambio, que el tercero responsable no puede oponer como excepción a la pretensión del asegurador que el pago efectuado por éste al asegurado ha sido indebido⁵⁸⁸. En este sentido, se observa⁵⁸⁹ que la posición del tercero es de absoluta ajenidad respecto al contrato de seguro. Consecuentemente, tratándose de un contrato que es *res inter alios acta* para el tercero responsable, éste no puede inmiscuirse en el modo en que las partes han interpretado y aplicado ese contrato. Por lo tanto, se considera que el tercero no puede pretender librarse de

⁵⁸⁷ DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Legitimación del asegurador subrogado convencionalmente frente al responsable del siniestro», cit., p. 602.

⁵⁸⁸ GASPERONI, N., *Assicurazioni Private*, cit., p., señala que el tercero puede invocar frente al asegurador la inexistencia jurídica del contrato de seguro, pero no puede excepcionar que el siniestro, al que se refiere la indemnización, no entraba dentro de la cobertura del seguro por tratarse de un riesgo excluido de dicha cobertura.

⁵⁸⁹ V. FERRARINI, S., «Prova degli estremi della surroga assicuratoria ed eccezioni opponibili dal terzo all'assicuratore», cit, p. 85.

su responsabilidad excepcionando que el pago de la indemnización trae causa de un siniestro que no era objeto de la cobertura del contrato⁵⁹⁰. Sobre esta cuestión se objeta que el tercero carece de cualquier interés que deba ser especialmente protegido, por lo que no puede entrar a cuestionar si el asegurador estaba obligado o no a indemnizar el daño cuando las partes han acordado válidamente que el pago cubriría una deuda contractual⁵⁹¹.

Un segundo motivo para excepcionar la falta de legitimación del asegurador que se dirige contra el porteador para reclamar el pago de la indemnización, sería la inexistencia o la nulidad del contrato de seguro en el que se pretende amparar la acción de resarcimiento. En este punto, la mayoría de la doctrina entiende que si bien el tercero puede alegar la nulidad del contrato⁵⁹², por cuanto su existencia es presupuesto básico en el que fundamentar la subrogación, no es aceptable que pueda excepcionar la falta de legitimación activa en una supuesta anulabilidad del contrato. También en estos supuestos de anulabilidad se invoca a la ajenidad del tercero respecto del contrato de seguro para considerar impedida tal excepción⁵⁹³.

Por otro lado, las excepciones del tercero también pueden ir dirigidas a oponer la falta de legitimación pasiva, y con ello impedir que prospere la

⁵⁹⁰ V. IGLESIAS PRADA, J. L., *La subrogación del asegurador en el seguro marítimo*, cit., p. 30, quien manifiesta que el tercero responsable no podrá oponer la circunstancia de que el pago fuera referido a un siniestro no cubierto por la póliza; SCALFI, G., *I Contratti di Assicurazione*, cit., p. 250, quien afirma que si respecto al contrato de seguro son oponibles las excepciones referidas a la inexistencia o a la nulidad del contrato, no lo son las excepciones dirigidas a cuestionar la voluntad de las partes, ni las relativas a la legitimidad del pago.

⁵⁹¹ SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 968.

⁵⁹² V. por todos GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 202.;

⁵⁹³ Así, DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazione Private*, vol. II, cit., p. 476, manifiesta que el tercero podrá oponer al asegurador todas las excepciones oponibles al asegurado en cuanto damnificado, pero no serán oponibles aquellas que dependen de la relación aseguradora, como por ejemplo, que el asegurador no estaba obligado a indemnizar por razón del contrato de seguro. En este mismo sentido, FERRARINI, S., «Prova degli estremi della surroga assicuratoria ed eccezioni opponibili dal terzo all'assicuratore», cit., p.85; VINICIO, G., «Ancora intorno alla natura della surroga assicuratoria e delle eccezioni opponibili dal terzo responsabile», cit., p. 114; LA TORRE, A., «Il punto sulla surrogazione dell'assicuratore», cit., pp. 605-606.

pretensión del asegurador de actuar contra él por vía de la subrogación. Estas excepciones pueden hacer referencia a la falta de responsabilidad del tercero en la producción del siniestro. Ya sabemos que a pesar de que se produzca el siniestro, y que éste obligue al asegurador al pago de la indemnización pactada en el correspondiente contrato de seguro, la subrogación no tendrá lugar si no hay un tercero a quien se le pueda hacer responsable de la producción de ese mismo siniestro. De ello resulta que la ausencia de responsabilidad del tercero impedirá que exista una acción de resarcimiento del damnificado frente a él.

El porteador responsable de los daños a las mercancías transportadas puede excepcionar la falta de legitimación pasiva ante la pretensión del asegurador cuando la indemnización del seguro ha sido abonada a quien no estaba legitimado frente al porteador⁵⁹⁴. En este caso, si el pago del seguro de transporte se realizó al asegurado, pero éste carecía de legitimación para reclamar al porteador por el incumplimiento o el defectuoso cumplimiento de la obligación de transportar las mercancías a su destino, el asegurador carece de acción para exigir al porteador el importe de lo pagado. El principio del carácter derivativo de la acción del asegurador comporta que la ausencia de la acción del asegurado imposibilitará la legitimación de aquél para exigir al tercero la indemnización del seguro.

Dejamos aquí apuntado, ya que se tratará con mayor detenimiento más adelante en este mismo capítulo⁵⁹⁵, que un segundo motivo en que sustentar la excepción de falta de legitimación pasiva del tercero vendría referido al apartado tercero del art. 43 LCS, que excluye el derecho a la subrogación del asegurador frente a las personas cuyos actos u omisiones den origen a la responsabilidad del asegurado. En este caso el porteador no cuestiona su

⁵⁹⁴ RECALDE CASTELLS, A. J, «Conocimiento de embarque y acción por pérdidas y averías: cuestiones de legitimación activa», cit., 774.

⁵⁹⁵ V. *infra*, el epígrafe V

responsabilidad en la producción del siniestro, sino que se acoge a la excepción que establece la propia norma para que la subrogación no pueda tener efecto frente a ciertas personas de las cuales deba responder el propio asegurado.

3.- EXCEPCIONES MATERIALES

Mediante las excepciones materiales el tercero demandado pretende «la desestimación de la pretensión, refiriendo la oposición a su falta de justificación, de correspondencia con el derecho material, en cuanto éste no protege el interés del demandante, aspirando el demandado a una sentencia de fondo absolutoria»⁵⁹⁶.

Los conocidos principios de identidad y derivación que rigen en el crédito que adquiere el asegurador mediante la subrogación comportan que pueda ver opuestas frente a él las mismas excepciones que el responsable tenía frente al asegurado. No obstante, cierto criterio jurisprudencial⁵⁹⁷ conviene que a la acción del asegurador se podrán oponer por el tercero las mismas excepciones que hubiera podido ejercitar frente al asegurado, siempre se trate de excepciones «in rem», que son las que nacen del hecho o negocio jurídico del cual deriva la relación obligatoria con carácter objetivo, no pudiéndose oponer, en cambio, las excepciones «in personam», que son aquellas basadas en la conducta del asegurado. Por su parte, la doctrina civilista⁵⁹⁸ sostiene que frente a una cesión de derechos, el deudor podrá oponer al cesionario las excepciones que «derivan de la relación obligatoria con un carácter objetivo». En cuanto a

⁵⁹⁶ MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*, cit., p. 212.

⁵⁹⁷ SAP de Zaragoza (Sección 5ª), de 12 de diciembre de 2002, Ponente María Esther Lacosta Musgo, F.J. 7.º (AC 2003/249).

⁵⁹⁸ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, cit., pp. 988-989, señala que en las excepciones de carácter objetivo se encuentran las de inexistencia o la nulidad del negocio constitutivo de la obligación, prescripción de la deuda, falta de vencimiento de la misma, pago o, en general, extinción de la obligación anterior a la cesión. Por otra parte, las excepciones derivadas de la relación personal del deudor cedido con el cedente comprenden las derivadas de la anulabilidad del negocio constitutivo de la obligación y las procedentes del desenvolvimiento o desarrollo de la subyacente relación entere cedente y deudor cedido, en las se incluiría la *exceptio non adimpleti contractus*.

las excepciones «derivadas de la relación personal del deudor cedido con el cedente», DÍEZ-PICAZO entiende que podrán ser conservadas por el primero «siempre que no haya consentido la cesión», y, por el contrario, no podrá invocarlas si ha consentido a aquélla, que en este caso quedarán extinguidas.

Por lo tanto, mantener que en la subrogación del asegurador queda impedida para el tercero la posibilidad de oponer las excepciones personales que tenía con el asegurado en virtud de la relación que dio origen a su responsabilidad, es otorgar al asegurador una posición privilegiada en detrimento del tercero, que quedará en una evidente situación de desventaja respecto a la que gozaba cuando se originó su deuda de responsabilidad con el asegurado. Esta consecuencia de la subrogación no puede ser aceptada, siendo varias las razones que justifican que la asunción por el asegurador, del mismo crédito que tenía el asegurado con el tercero, no puede comportar un empeoramiento de la situación originaria del deudor, máxime cuando dicho empeoramiento no favorece la situación del perjudicado por el siniestro⁵⁹⁹, sino que resulta directamente en beneficio del asegurador. En sentido parecido, RUÍZ SOROA⁶⁰⁰ critica que la subrogación legal pueda comportar la primacía del interés del asegurador, como acreedor subentrante, sobre el del deudor; rechazando, en consecuencia, que el interés del asegurador en el recobro de la indemnización deba primarse sobre el interés del deudor de no ver empeorada su situación.

⁵⁹⁹ Recordemos que el carácter derivado de la acción que adquiere el asegurador de daños, comporta que pueda ejercitar la acción directa del art. 76 LCS contra el asegurador de la responsabilidad civil del tercero, siempre que el asegurado dispusiera de tal acción y, que en este caso, el asegurador que se subroga podría ver opuestas frente a él las excepciones «in rem» u objetivas por el asegurador de la responsabilidad civil y que, por el contrario, no le serían invocadas las excepciones personales que tuviera dicho asegurador contra con el propio asegurado responsable del siniestro. Pues bien, en este caso el asegurador que se subroga goza de la inmunidad que otorga el art. 76 LCS, no de forma autónoma, sino porque dicha inmunidad se reconoce originariamente a favor del asegurado del seguro de daños en su cualidad de damnificado por el siniestro y se extiende al asegurador subrogado con los mismos beneficios que se disponen para aquél.

⁶⁰⁰ RUÍZ SOROA, J. M^a., *La subrogación del asegurador...*, cit., p. 332.

Así las cosas, se afirma⁶⁰¹ que el tercero puede oponer al asegurador las excepciones que, hasta el día del pago de la indemnización del seguro, podía oponer a su asegurado. De esta forma, el tercero puede hacer valer en su contra la extinción de su deuda por un pago válido al asegurado o por compensación, o también por la renuncia del asegurado a cualquier recurso, quedando a salvo en este caso el derecho del asegurador de repetir contra el asegurado el importe de la indemnización por haber hecho imposible su derecho de subrogación. Por el contrario, el tercero no puede, en principio, oponer las excepciones cuya causa sea posterior al pago de la indemnización, porque a partir de ese momento el derecho del asegurado se ha transmitido al asegurador.

A.- Límites convencionales a la responsabilidad del porteador

Tratándose de un contrato de seguro de transporte terrestre de mercancías, el porteador podrá oponer al asegurador aquellas causas que se planteen en torno al contrato de transporte, al igual que podía hacerlo frente al asegurado como titular de la prestación del transporte. En especial, podría, en principio, excepcionar aquellos extremos que incidan en la limitación⁶⁰² o la exoneración de la responsabilidad, o las causas de carácter personal como lo sería la compensación⁶⁰³, con la que se produciría la extinción de la deuda de responsabilidad.

Por lo que se refiere a la responsabilidad del tercero, cuando ésta se origina en el marco de una relación contractual con el asegurado que ha sido indemnizado por el seguro, el tercero podrá hacer valer frente al asegurador que se subroga los posibles límites legales de responsabilidad. Del mismo

⁶⁰¹ PICARD, M./BESSON, A, *Les Assurances Terrestres en Droit Français. (Le contrat d'assurance)*, cit., p. 515.

⁶⁰² HERNÁNDEZ MARTÍ, J., «Comentario Art. 43 LCS», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, cit., p.544.

⁶⁰³ RECALDE CASTELLS, A. J., «Conocimiento de embarque y acción por pérdidas y averías: cuestiones de legitimación activa», cit., 779.

modo, cuando el contrato de transporte se hallaba sometido a la regulación del Código de Comercio, podía igualmente oponer aquellos límites contenidos en las cláusulas pactadas con el asegurado en el correspondiente contrato de transporte⁶⁰⁴.

En el ámbito del seguro de transporte el asegurador se obliga a indemnizar los daños materiales que puedan sufrir las mercancías con ocasión o a consecuencia del transporte. Así, la indemnización abonada al asegurado procura la reparación de los efectos de un siniestro cubierto por el seguro y del cual se deriva la responsabilidad de un tercero, que en este caso, suele ser habitual que ese tercero sea el transportista. Consecuentemente, aquellas cláusulas contractuales, habitualmente estipuladas en un contrato de transporte, con la finalidad de limitar la responsabilidad del porteador, podían incidir directamente en el alcance del ejercicio de la subrogación del asegurador del transporte.

En este sentido, del establecimiento contractual de cláusulas que excluyan la responsabilidad del porteador por cualquier daño que pudiera ocasionarse a la mercancía con ocasión del transporte, se derivaría la imposibilidad de subrogarse para el asegurador de la carga. Ahora bien, hemos de puntualizar que esta consecuencia de impedir la subrogación del asegurador de las mercancías sólo se produciría cuando la persona que había contratado el transporte fuera a la vez la asegurada. Ello es consecuencia del carácter derivativo de la acción que ejerce el asegurador, de manera que el cargador, que es a la vez el asegurado, quedaría privado de los derechos frente al transportista, cosa que haría inviable la subrogación del asegurador para recobrar del porteador la indemnización abonada al cargador en calidad de asegurado. Pero, en el supuesto de que el cargador hubiera estipulado un contrato de seguro de transporte bajo la modalidad por cuenta ajena o por

⁶⁰⁴ IGLESIAS PRADA, J. L., «La subrogación del asegurador en el seguro marítimo», cit., p.32.

cuenta de quien corresponda, en caso de que ocurrir el siniestro que originaría la responsabilidad del transportista, el asegurado, siendo persona distinta del cargador, tendría acción de responsabilidad, frente al transportista, posibilitándose así la subrogación del asegurador.

Mediante las cláusulas de exoneración de responsabilidad del porteador se consigue indirectamente los mismos efectos prácticos que si se hubiera asegurado directamente su responsabilidad. Las cláusulas que se inserten en el contrato de transporte con la finalidad de liberar al porteador de las consecuencias de sus propios hechos o de los hechos de sus empleados, desplazando así el riesgo contractual al cargador, hacen innecesario que el porteador cubra su responsabilidad mediante el correspondiente seguro de responsabilidad civil⁶⁰⁵.

Este tipo de cláusulas contractuales que modifican la incidencia de la responsabilidad del porteador, conocidas como cláusulas de «no responsabilidad» o de «no garantía», ampliamente utilizadas en el ámbito del transporte, no han estado exentas de polémica. Se ha cuestionado el valor que cabía atribuir a este tipo de cláusulas que pretenden liberar al transportista de una deuda contractual que le es propia en virtud del derecho común, en el sentido de declararlas plenamente eficaces o, por el contrario, considerarlas nulas. Al respecto, se ha señalado⁶⁰⁶ que la controversia, en los términos planteados, nunca sería suscitada respecto de aquellas cláusulas que procuraran la exoneración del transportista por la responsabilidad derivada de dolo, fuese del propio transportista o fuese de sus propios agentes. Se observa que cuestiones de orden público impedirían aceptar que nadie pudiera reservarse el derecho de dañar voluntaria e impunemente a otro, por lo que cláusulas de este

⁶⁰⁵ Así, PULIDO BEGINES, J. L., *Seguro de mercancías y seguro de responsabilidad civil del porteador terrestre*, cit., p. 113, resalta que mediante un sólo seguro, en este caso, el de facultades, se aseguran todos los riesgos inherentes al transporte.

⁶⁰⁶ V. JOSSERAND, L., *Les transports*, París, 1926, pp. 604-605.

tipo nunca surtirían efecto. Por lo tanto, el debate de su licitud quedaría circunscrito a aquellos pactos que procuraran la exoneración de la responsabilidad no intencionada.

En este sentido, a favor del carácter vinculativo de tales cláusulas se subraya⁶⁰⁷ que el asegurador no dispone de un derecho propio sino un derecho derivado, que es el mismo que pertenecía al asegurado, de forma que si las partes estipulan un contrato de transporte en el que se elimina o limita la responsabilidad de porteador respecto al cargador, debe necesariamente deducirse que está fuera de lugar la acción del asegurador frente al primero. De esta forma, si en virtud de ese pacto contractual, no podría prosperar para el cargador, o se vería limitada para él, la posibilidad de accionar contra el porteador, es lógico admitir que éste último pueda oponerse a la acción del asegurador basada en un derecho del que carece el asegurado.

Al respecto cabe recordar que en la subrogación el pago de la indemnización del seguro provoca el desinterés del asegurado y con ello la correlativa pérdida de legitimidad para ejercer las acciones de responsabilidad

⁶⁰⁷ V. BRUNETTI, A., «In tema di surrogazione dell'assicuratore», en *Assicurazioni*, II, 1942, pp. 28-31, en referencia a la sentencia del Tribunal de Milán, de 11 de diciembre de 1940, sobre un transporte terrestre de mercancías en el que la prima del seguro concertado por el cargador había sido descontado del coste del transporte, circunstancia que era invocada por el porteador responsable de la pérdida de carga para oponerse a la subrogación del asegurador de la mercancía. El Tribunal determina que el seguro concertado por el cargador cubre exclusivamente su interés, sin abarcar también el interés del porteador, el cual, siendo extraño al contrato, permanece responsable del siniestro, sea frente al asegurado o frente al asegurador que ejerce la acción subrogatoria, sin que tenga ninguna relevancia el hecho de que del precio del transporte fuera descontado el coste del seguro. La sentencia es criticada por BRUNETTI, quien afirma que no se puede ejercitar un crédito cuando, mediante una cláusula contractual, el asegurado había exonerado preventivamente al porteador de la responsabilidad que se derivase de la pérdida o la avería de las mercancías, o cuando había limitado la responsabilidad a una suma fijada para cada unidad transportada. A lo que añade que una corriente jurisprudencial consolidada admite la validez de las llamadas «cláusulas de negligencia» y su posible oposición a quien actúa reclamando los daños, siempre que la exención o la limitación de responsabilidad se corresponda con una disminución real del precio y el pacto no se extienda al dolo o la culpa grave. No hay duda, manifiesta este autor, que en estas situaciones, la cláusula de exoneración, por la que no está obligado a responder frente al cargador excluye el regreso del asegurador contra el porteador.

que tenía frente al tercero⁶⁰⁸. Ello significa que el asegurador subrogado adquiere la titularidad de los derechos y las correspondientes acciones del asegurado para exigir la responsabilidad del tercero, pero en este caso, para reclamar, en interés propio, lo pagado en concepto de indemnización. No obstante, la acción que el asegurador ejercita frente al responsable quedará sujeta a los límites del contrato de seguro y, al mismo tiempo, al contenido del derecho en que se subroga⁶⁰⁹.

Así, en nuestra opinión, la limitación convencional de la responsabilidad del porteador puede ser, en principio⁶¹⁰, oponible al asegurador de las mercancías que ha cumplido con su obligación de indemnizar al asegurado y pretende actuar la subrogación contra dicho porteador. En efecto, si el asegurado en un seguro de transporte de mercancías ha pactado previamente la irresponsabilidad del porteador, en caso de que ocurra el siniestro, no dispondrá de derecho alguno para reclamar al porteador el resarcimiento de los daños. De ahí, que sea inviable la subrogación del asegurador ante la ausencia de uno de sus requisitos esenciales, esto es, la existencia de un derecho de crédito del asegurado contra el porteador. En definitiva, a pesar de que el asegurador que ha pagado la indemnización esté interesado en recuperar su importe del causante del daño, dicho pago no le atribuye un derecho del que carece el asegurado. Por el contrario, la norma correspondiente a la subrogación expresa claramente que el asegurador se subroga en los derechos y acciones que correspondieran a su asegurado frente al responsable del siniestro, es decir, en los mismos derechos que tenía el asegurado frente al responsable antes de ser indemnizado por el seguro. Por consiguiente, si a pesar de haberse producido

⁶⁰⁸ DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Legitimación del asegurador subrogado convencionalmente frente al responsable del siniestro», cit., 602.

⁶⁰⁹ CHAGNY, M.; PERDRIX, L., *Droit des assurances*, cit., p. 326.

⁶¹⁰ Como veremos en el siguiente epígrafe, la LCTTM determina, con carácter imperativo, la ineficacia de las cláusulas contractuales que pretendan reducir o aminorar el régimen de la responsabilidad del porteador, de ahí que dichas cláusulas serán inoponibles frente al asegurador de las mercancías que actúa la subrogación.

el siniestro, no existe una deuda de responsabilidad del porteador frente al asegurado, tampoco existirá esa deuda ante el asegurador.

En nuestra jurisprudencia, la recepción de las cláusulas limitativas de la responsabilidad del porteador opuestas al asegurador del transporte que pretende ejercitar la subrogación, ha seguido criterios variables. Así, en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2007⁶¹¹, la entidad aseguradora ejercía la acción de subrogación contra la transportista en reclamación de la cantidad abonada a su asegurada por la pérdida de la mercancía. El Tribunal señala que, en principio, en virtud del carácter derivativo de la acción en que se subroga el asegurador, las cláusulas de excepción de la responsabilidad del transportista deben ser admitidas. Al respecto, recuerda que el derecho que adquiere el asegurador por vía subrogatoria no difiere del que tenía aquél en cuya posición se coloca, conservando el porteador, frente al asegurador, idénticas excepciones que las que podía invocar frente al cargador, puesto que la posición del asegurador, como nuevo acreedor, reviste carácter derivativo con respecto a la del asegurado.

⁶¹¹ STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 11 de octubre de 2007, Ponente Ignacio Gil Sierra de la Cuesta, F.J. 2.º (RJ 2007/6489), en la que se establecen los términos en los que se entiende que debe ser expresada la renuncia de derechos para que surta plenos efectos: «Que el derecho del asegurador trae causa del que tenía el asegurado, es cuestión perfectamente conciliable con el pronunciamiento según el cual ese derecho, ya en el patrimonio del asegurador tras la subrogación, tiene el contenido, extensión y límites que derivan de los términos en que fue realizada la renuncia por el asegurado, según la interpretación del alcance del acto dispositivo efectuada por el tribunal de instancia, incólume en casación. La renuncia propia o abdicativa es un acto de manifestación de la voluntad unilateral del titular de un derecho, por cuya virtud hace dejación del mismo, y ha de ser, además de personal; clara, terminante e inequívoca, sin condicionante alguna, con expresión indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma y revelación expresa o tácita, pero mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos...».

Contrariamente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 12 de diciembre del 2002⁶¹², considera inadmisibile el pacto de exoneración de responsabilidad civil de las entidades transportistas demandadas por daños a la carga transportada. En el caso enjuiciado, la agencia de transporte y el porteador efectivo, demandados solidariamente por el asegurador en ejercicio de la subrogación, alegan la excepción de exoneración de responsabilidad pactada con la cargadora asegurada. Al respecto, el tribunal señala que la excepción que se invoca es de carácter personal y por ello no puede prosperar. Afirma la Audiencia que frente a la acción de responsabilidad ejercida por la aseguradora del transporte, no puede oponerse un acuerdo adoptado por el asegurado con la agencia de transporte demandada en el marco de un contrato de transporte, y en el que en modo alguno fue parte la aseguradora. Se subraya la eficacia legal de la acción establecida por el art. 43 LCS, la cual no podrá ser obstaculizada por pactos celebrados entre el asegurado y un tercero, por lo que deberán responder frente a la compañía aseguradora. Añade, no obstante, que dado que la cargadora había exonerado a las demandadas de toda responsabilidad en el transporte, queda expedita la vía para que puedan dirigirse contra la mercantil cargadora para hacer valer dicho acuerdo de exoneración.

Tal como hemos manifestado, en principio, la existencia de cláusulas limitativas de la responsabilidad del porteador pactadas por el propio asegurado, pueden ser opuestas frente al asegurador de la mercancía siniestrada. Principalmente, porque la falta de responsabilidad del porteador impide que, a consecuencia del siniestro, surja para el asegurado un derecho de crédito contra él; de lo que se deriva inevitablemente la imposibilidad de la subrogación del asegurador por falta del derecho de crédito en que subrogarse. Sin embargo, como veremos a continuación, la LCTTM declara ineficaces las

⁶¹² SAP de Zaragoza (Sección 5.^a), de 12 de diciembre de 2002, Ponente María Esther Lacosta musgo, F.J. 7.^o (AC 2003/249).

cláusulas que limiten o aminoren el régimen de responsabilidad del porteador establecido legalmente. De ahí que, frente el asegurador de un transporte de mercancías terrestre que se subroga contra el porteador responsable de los daños ocasionados a la carga transportada, dichas cláusulas no podrán ser oponibles.

B.- Límites legales a la responsabilidad del porteador

Como señala PULIDO BEGINES⁶¹³, el tipo de cláusulas convencionales destinadas a limitar la responsabilidad del porteador en el ámbito del transporte, han ido perdiendo eficacia ante la cada vez mayor intervención de los poderes públicos en la regulación del transporte. En este sentido, bajo la derogada regulación del contrato de transporte contenida en el Código de Comercio, la responsabilidad del transporte se desplazaba de forma genérica al cargador al estipularse que las mercancías serían transportadas «a riesgo y ventura del cargador»⁶¹⁴, de forma que éste debía asumir los daños y menoscabos que se causaran al género transportado «por caso fortuito, fuerza mayor o naturaleza y vicio propio de las cosas»⁶¹⁵. Sin embargo, la norma no revestía carácter imperativo, por el contrario, permitía la posibilidad de que las partes pudieran modificar contractualmente el régimen de responsabilidad.

No obstante el carácter dispositivo de la atribución normativa de la responsabilidad en el ámbito del transporte, la doctrina se ha ocupado de limitar el alcance de la asignación de riesgos en la operación de transporte. Al respecto, y, en referencia al comisionista de transporte, - figura que se regulaba en el art. 379 CCom y actualmente reconocido como porteador contractual-, se señala que el contrato de transporte recoge unos contenidos mínimos que no

⁶¹³ PULIDO BEGINES, J. L., *Seguro de mercancías y seguro de responsabilidad civil del porteador terrestre*, cit. p. 113

⁶¹⁴ Art. 361 CCom recientemente derogado por la LCTTM.

⁶¹⁵ *Ibidem*.

pueden ser alterados sin desvirtuar la función económica para la que está destinado, de forma que «la modificación del régimen de responsabilidad del comisionista de transporte no puede ser absoluta sino limitada por el propio contenido del contrato». Consecuentemente, liberar al comisionista de transporte de la responsabilidad que le es propia es incompatible con el contenido obligatorio del contrato, por lo que, a pesar del carácter dispositivo del art. 379 CCom se considera que «los pactos que excluyan o desvirtúen significativamente el régimen de responsabilidad del comisionista de transporte no pueden ser admitidos»⁶¹⁶.

En la actualidad, la nueva LCTTM ha comportado un cambio radical en la atribución de responsabilidad en el ámbito del transporte⁶¹⁷. En primer lugar, se traslada la responsabilidad de la operación del transporte al porteador, estableciendo que éste responderá de la pérdida total o parcial de las mercancías, así como de las averías que sufran mientras estén bajo su custodia, y también por los daños derivados del retraso en la ejecución del transporte⁶¹⁸. En segundo lugar, se instaura el régimen de responsabilidad del porteador con carácter imperativo, impidiendo su modificación a las partes contratantes: «Las cláusulas contractuales que pretendan reducir o aminorar el régimen de responsabilidad del porteador previsto en esta ley, serán ineficaces y se tendrán por no puestas»⁶¹⁹.

Por otro lado, la LCTTM establece distintos límites cuantitativos para la indemnización que se verá obligado a abonar el porteador en caso de pérdida, avería o retraso en la entrega de la mercancía. Así, en caso de pérdida o avería, la indemnización no podrá exceder de un tercio de del Indicador Público de

⁶¹⁶ EMPARANZA SOBEJANO, A., *El concepto de porteador en el transporte de mercancías*, cit., p.192.

⁶¹⁷ El régimen de responsabilidad que implanta la LCTTM se equipara al que contiene el CMR para los contratos de transporte terrestre internacionales.

⁶¹⁸ Art. 47 LCTTM.

⁶¹⁹ Art. 46 LCTTM

Renta de Efectos Múltiples/día por cada kilogramo de peso bruto de mercancía perdida o averiada. Cuando la indemnización se derive del retraso en la entrega de la mercancía, no excederá del precio del transporte. En caso de que haya concurrencia de indemnizaciones por varios de los conceptos señalados, el importe total a indemnizar no superará la suma debida en caso de pérdida total de las mercancías.

De forma que, con la actual LCTTM, el porteador responsable del siniestro que motivó el pago de la indemnización del seguro, no podrá plantear ninguna excepción sustentada en acuerdos celebrados con el asegurado en los que se convengan la exoneración o limitación substantiva de la responsabilidad establecida legalmente. En consecuencia, sólo serán oponibles los límites cuantitativos que establece la ley para el cálculo de la indemnización que se le reclama por vía de la subrogación.

V.- EXCLUSIÓN DE LA SUBROGACIÓN FRENTE A DETERMINADAS PERSONAS RELACIONADAS CON EL ASEGURADO

Cuando el art. 43 LCS dispone la subrogación del asegurador frente al tercero responsable del daño que motivó el pago de la indemnización al asegurado, emplea el término «responsable». De manera que se acude a un concepto más amplio para identificar al tercero del que se deriva de su identificación como «causante» del daño. Ello significa que el asegurado puede ostentar un derecho de crédito más extenso, no sólo frente al causante directo del daño, sino también frente a las personas que deban responder de la actuación de aquél. Por lo tanto, el tercero responsable será todo aquél que deba resarcir al damnificado por un siniestro del cual se derive su responsabilidad, sea por acto ilícito, sea por contrato, o por cualquier otro título⁶²⁰.

⁶²⁰ SCALFI, G., *I contratti di assicurazione*, cit., p. 251.

No obstante, la propia norma ha establecido una serie de exclusiones subjetivas para el ejercicio de la subrogación, de resultas que el asegurador no podrá dirigirse, contra ciertos familiares del asegurado o contra las personas que convivan o estén ligadas con él por vínculos de dependencia⁶²¹. Así pues el art. 43 LCS dispone, a modo de norma general, que la subrogación no será posible frente a determinadas personas, por su condición de familiares directos o de ser personas íntimamente vinculadas con el asegurado.

Por un lado, puede apuntarse que el propósito de tal disposición es cumplir con la finalidad propia del seguro⁶²², que es mantener patrimonialmente indemne al asegurado de las consecuencias dañosas que conlleva para él la producción del siniestro. De operarse la subrogación, quien sufriría en último término los resultados de la acción del asegurador sería el mismo asegurado, por cuanto sería él quien asumiría las consecuencias económicas que conlleva exigir la responsabilidad por dichas personas. Si una vez pagada la indemnización se ejercitara la acción frente a esas personas, el asegurador acabaría recuperando lo pagado del patrimonio del propio indemnizado. Por otro lado, como veremos en el siguiente epígrafe, la subrogación no tendrá lugar cuando el asegurado, estando en situación legal de responder por los actos de las personas que originan su responsabilidad, carece de acción en la que pueda subrogarse el asegurador.

Bajo la fórmula apuntada, la norma hace referencia a dos grupos de personas frente a las que no cabe la subrogación. Así, en primer lugar, el asegurador no podrá dirigir la acción frente a las personas de cuyos actos deba responder el propio asegurado. En segundo lugar, tampoco cabe reclamar la

⁶²¹ El apartado tercero del art. 43 LCS determina que el asegurador no tendrá derecho a la subrogación «contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado, de acuerdo con la Ley, ni contra el causante del siniestro que sea, respecto del asegurado, pariente en línea directa o colateral dentro del tercer grado civil de consanguinidad, padre adoptante o hijo adoptivo que convivan con el asegurado»

⁶²² GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 200.

indemnización a ciertos familiares en los que se de la circunstancia añadida de que convivan con el asegurado.

1.- FUNDAMENTO DE LA EXCLUSIÓN FRENTE A LAS PERSONAS QUE GENERARÍAN LA RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADO

Cuando el tercero responsable del siniestro sea una persona de cuyos actos deba responder legalmente el asegurado, lógicamente debe considerarse inadmisibles las pretensiones del asegurador de subrogarse. La LCS hace referencia a la responsabilidad por los actos ajenos que viene regulada en el art. 1903.4 CC, en el que se establece la responsabilidad de los padres, los tutores o los empresarios por daños causados por las personas que de ellos dependan. Se trata de una responsabilidad por hecho ajeno que determina que la responsabilidad de aquellos sea directa⁶²³ y no subsidiaria, para responder por los daños producidos a terceros en lugar de los autores materiales del siniestro. En este sentido, la atribución de responsabilidad al empresario se destina a «reforzar la solvencia del autor del daño, pero no a exonerarle cuando deba responder conforme a la regla general del 1902»⁶²⁴. Así, tratándose de una responsabilidad directa del asegurado, que es a su vez el damnificado por el siniestro, es inviable la subrogación del asegurador porque el asegurado no

⁶²³ SANTOS BRIZ, J., «Artículos 1903 y 1904 CC», en ALBALADEJO, M., (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Madrid, 1984, pp. 560 y ss., pp. 566-567, quien recoge la doctrina de la Sala 1ª del Tribunal Supremo que mantiene de forma reiterada que el art. 1903 CC sanciona una responsabilidad directa del patrono, empresario, padre o tutor. Así también, ÁNGEL YÁGÜEZ, R. de, «Comentarios Arts. 1903 y 1904 CC», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., *et al.*, (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 2003-2037, p. 2008, observa que la más reciente doctrina y la jurisprudencia proclaman que la responsabilidad de quienes deben responder por otros no es subsidiaria, sino directa. Analizando la jurisprudencia del Tribunal Supremo remarca el carácter de responsabilidad directa de las personas que enumera el artículo 1903 CC cuando en tal sentido se manifiesta «ya que se establece por incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social, de vigilancia a las personas y a las cosas que están bajo la dependencia de determinadas personas y de emplear la debida cautela en la elección de los de los servidores y en la vigilancia de sus actos», y también cuando el Tribunal declara «que la responsabilidad del empresario es de naturaleza autónoma, distinta e independiente de la que el art. 1902 atribuye al autor material del daño».

⁶²⁴ LA CRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, vol. II, 4.ª ed., Dykinson, Madrid, 2009, p. 505.

tiene acción de responsabilidad contra sí mismo⁶²⁵. El propio mecanismo de la subrogación determina un cambio de titularidad en el crédito frente al tercero responsable, ocupando el asegurador la misma posición jurídica en cuanto a los derechos y acciones que correspondían al asegurado. Por lo tanto, si producido un daño por determinadas personas, la ley determina la responsabilidad del asegurado, es evidente que no se demandará así mismo para resarcirse del daño, de modo que si no surge la acción de responsabilidad en manos del asegurado, el asegurador carece de acción sobre la que fundamentar la subrogación.

Por otro lado, de permitirse la subrogación en los supuestos en los que el asegurado deba responder por los actos de las personas ajenas que se determinan legalmente, la recuperación del importe de la indemnización se efectuaría en última instancia sobre el propio asegurado. Esta consecuencia choca directamente con el propósito del seguro de preservar indemne al asegurado de las consecuencias patrimoniales adversas que conlleva para él la producción del siniestro. Y, en último término, significa una violación del principio proclamado por el propio art. 43 LCS, en el sentido de que los derechos adquiridos por medio de la subrogación no podrán ejercitarse en perjuicio del asegurado⁶²⁶.

De esta forma, se imposibilita la subrogación del asegurador contra los hijos, menores o incapacitados, o los dependientes del asegurado, porque la intervención de dichas personas en el siniestro cubierto por el seguro origina legalmente la responsabilidad directa del asegurado respecto ese mismo siniestro. El propio régimen de responsabilidad civil comporta que el asegurado

⁶²⁵ SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., pp. 963-964.

⁶²⁶ El apartado segundo del art. 43 LCS consagra el principio *nemo subrogat contra se* al estipular que el asegurador «no podrá ejercitar en perjuicio del asegurado los derechos en que se haya subrogado».

carezca de ningún derecho de crédito contra sí mismo, como responsable legal, que pueda ceder al asegurador, razón por la cual queda impedida la subrogación ante la ausencia de uno de los requisitos necesarios para su operatividad.

Así, la atribución de responsabilidad directa al asegurado por los daños producidos por las personas vinculadas con él por lazos de dependencia familiar, profesional o educativa, impide que nazca un derecho de crédito para el primero en el que pueda subrogarse el asegurador. Ello no obsta para que en determinados casos se prevea para el responsable por hecho ajeno un derecho de repetición contra el autor material del siniestro. Así, el art. 1904.1 CC dispone, para el caso de que se trate de un empresario, que habiendo pagado el daño causado por sus dependientes, podrá repercutir contra éstos lo que haya satisfecho al tercero perjudicado. En este supuesto, en que el asegurado fuera un empresario, se había planteado con anterioridad a la LCS, la posibilidad de que el asegurador se subrogara en el derecho de crédito que el asegurado tenía contra el dependiente autor material del daño⁶²⁷. Tal posibilidad ha quedado descartada por el dictado del art. 43 LCS que hace inviable la subrogación del asegurador contra las personas que con su actuación generen la responsabilidad del asegurado.

Debemos tener presente que el art. 1904.1 CC alude «a la relación interna entre ambos responsables y no a la externa frente al tercero perjudicado»⁶²⁸, ya que con el pago a ese tercero por parte del empresario queda eliminada la deuda de responsabilidad respecto al primero. Efectivamente, como manifiesta LACRUZ⁶²⁹, al establecer la responsabilidad directa del empresario, «se atenúa el

⁶²⁷ V. SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 964.

⁶²⁸ SANTOS BRIZ, J., «Artículos 1903 y 1904 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, cit., p. 577.

⁶²⁹ LACRUZ BERDEJO, J.L., et al., *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, vol. II, cit, pp., 500-501.

elemento de la alienación del hecho origen de la responsabilidad», no sólo porque no hace falta demandar al dependiente, con anterioridad o conjuntamente, sino porque ésta procede directamente de actos suyos. Se trata de una responsabilidad propia «por razón del incumplimiento de deberes que imponen las relaciones de convivencia social», que la jurisprudencia califica de naturaleza «autónoma, distinta e independiente de la atribuida por el art. 1902 al autor material por razón o en base a haber dañado in operando». Por lo tanto, con la acción de repetición, se atribuye al empresario la posibilidad de dirigirse contra el dependiente autor del daño, para resarcirse de lo que ha pagado al tercero perjudicado con la finalidad de saldar la deuda de responsabilidad generada por los actos del dependiente. De hecho, se ha considerado⁶³⁰ que este precepto puede resultar incongruente, en relación con el art. 1903.4 CC que determina la culpa del empresario por la actuación de su dependiente, de modo que no parece razonable que pueda repercutir contra éste último el total de la indemnización que se ha visto obligado a pagar, con el resultado de que el empleado sería el único responsable efectivo. Por ello, se entiende que la atribución del derecho de repetición del empresario frente al empleado se justificaría de establecerse un sistema de responsabilidad objetiva del empresario por lo actos de sus dependientes en el desarrollo de su propia actividad empresarial.

Esta acción, por el hecho de pertenecer a la esfera interna de la relación entre empresario y dependiente, y, que se otorga para que el empresario pueda recuperar del autor material del daño lo que él se ha visto obligado a pagar al tercero lesionado para reparar la de responsabilidad, no puede ser traspasada vía subrogación. Con el pago al tercero perjudicado por la actuación del dependiente queda cancelada la deuda de responsabilidad frente a ese tercero;

⁶³⁰ Para conocer el análisis doctrinal de la acción de repetición del empresario del art. 1904.1 CC v. ÁNGEL YÁGÜEZ, R. DE, «Comentarios Arts. 1903 y 1904 CC», en *Comentario del Código Civil*, T. II, cit. p. 2034.,

extinguida la deuda de responsabilidad no hay posibilidad que opere la subrogación.

A.- Responsabilidad de los empresarios por hecho ajeno

Tratándose de empresarios, la responsabilidad directa por la actuación de sus empleados les ha sido tradicionalmente atribuida por razón de haber incurrido en culpa o negligencia *in eligendo* o *in vigilando* respecto el autor material del daño⁶³¹. Es decir, son responsables de incurrir en negligencia al elegir al dependiente o en el desempeño de sus funciones de supervisión sobre la actividad empresarial de éste. No obstante, se ha constatado⁶³² que la doctrina más moderna hace una nueva interpretación de la atribución de responsabilidad, en el sentido de que ésta no se fundamenta en la negligencia en la elección o en la vigilancia de aquella persona que se empleará en el desarrollo de la actividad empresarial, sino que radica en el simple hecho de ser empresario, y que por ello la ley hace recaer sobre su patrimonio el daño causado en el desempeño del negocio. Por lo tanto, en la actualidad se tiende a solicitar una responsabilidad objetiva, más que culposa, de los empresarios, en el sentido de establecer un deber de reparar las consecuencias de la actuación

⁶³¹ V. Díez-Picazo y Ponce de León, L.; Gullón Ballesteros, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 9.ª ed., Tecnos, Madrid, 2005, p. 567.

⁶³² Así, v. Ángel Yáguez, R. de, «Comentarios Arts. 1903 y 1904 CC», en *Comentario del Código Civil*, T. II, cit. p. 2006, quien, cita a De Castro cuando manifiesta: «El empresario, en virtud del mismo art. 1902 parece que ha de responder de los actos de su dependiente, cuando y en cuanto éste obra como instrumento o pieza indispensable para el funcionamiento de la empresa; y no menos, en cuanto el cliente confía bienes propios o abre las puertas de su casa al dependiente, por su confianza en la responsabilidad del empresario». En sentido similar Santos Briz, J., «Comentarios Arts. 1903 y 1904 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, cit., p. 566, manifiesta que a pesar de que se mantenga la doctrina tradicional de que el empresario responde de que la fuente de la responsabilidad sea la culpa *in vigilando* o culpa *in eligendo*, el patrono o empresario «responderá además, porque así como asume las consecuencias favorables de la actuación de sus dependientes ha de asumir las desfavorables».

de sus dependientes, por el hecho de desarrollar una actividad económica valiéndose de ellos⁶³³.

La jurisprudencia y la doctrina hacen depender la responsabilidad civil directa del empresario por los actos de sus dependientes en dos requisitos necesarios⁶³⁴. El primero de ellos es la dependencia del autor material de los daños respecto a la persona, entidad, organismo o empresa dedicada a cualquier género de industria o actividad. La doctrina entiende esta dependencia en el sentido de la «existencia de unas relaciones jurídicas que determinan la existencia de un nexo de jerarquía o subordinación que permite dar a otro órdenes e instrucciones», es decir, de ejercer el control, dirección o supervisión de la actividad que desarrolla el empleado. El segundo requisito es la existencia de responsabilidad en el dependiente y que el acto ilícito civil en que hubiera incurrido dicho dependiente ocurra con motivo del ejercicio de las funciones y en el desempeño de las obligaciones que le son propias según el ramo empresarial de que se trate.

Ante el establecimiento de la responsabilidad legal del empresario por la actuación de sus dependientes, cabe preguntarse si es posible extender dicha responsabilidad cuando el daño ha sido ocasionado, no por sus propios empleados, sino por otra empresa a la que aquél le había encargado la realización del trabajo. Al respecto, la doctrina⁶³⁵ indica que la extensión de responsabilidad por hecho ajeno sólo será posible si efectivamente existe ese nexo de dependencia o de jerarquía, que se da cuando se ejercen funciones de supervisión, o control sobre la empresa que realiza materialmente el trabajo. En relación con el contrato de obra, la cuestión planteada respecto a si la

⁶³³ V. ÁNGEL YÁGÜEZ, R. DE., «Comentarios Art. 1903 y 1904 CC», en *Comentario del Código Civil*, T. II, cit. p. 2013.

⁶³⁴ SANTOS BRIZ, J., «Comentarios Arts. 1903 y 1904 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, cit., p. 577.

⁶³⁵ V. ÁNGEL YÁGÜEZ, R. DE., «Comentarios Arts. 1903 y 1904 CC», en *Comentario del Código Civil*, T. II, cit. pp. 2017-2018.

responsabilidad por hecho ajeno del comitente de la obra ha de abarcar también la responsabilidad del contratista o la de sus empleados, ha sido ampliamente tratada por la jurisprudencia. Así, se señala⁶³⁶ que por parte de la doctrina jurisprudencial mayoritaria se sigue la tesis de que el art. 1903.4 CC no debe aplicarse a la relación existente entre comitente y contratista, de modo que el primero no deberá responder de los daños producidos por el contratista. El fundamento de la doctrina del Tribunal Supremo en el sentido apuntado⁶³⁷, es la propia naturaleza jurídica del contrato de obra que se caracteriza por la plena autonomía del contratista en su organización y medios, así como en la asunción de sus propios riesgos. De forma que en este contrato no surge la relación de dependencia del contratista con respecto al comitente, que es necesaria para la aplicación del art. 1903 CC, exceptuándose aquellos casos en los que comitente se hubiera reservado la vigilancia o participación en los trabajos del contratista.

B.- Aplicación del art. 43.3 LCS en el ámbito del transporte terrestre

Centrando el tema de la responsabilidad del empresario por hecho ajeno en el ámbito del transporte terrestre de mercancías, se plantea el problema de si la responsabilidad del porteador contractual, cuando éste subcontrata el transporte, ha de hacerse extensiva al porteador subcontratado que deviene responsable como autor material de los daños a las mercancías. Recordemos en este sentido que el contrato de transporte es un contrato de arrendamiento de obra en el que el porteador que contrata con el cargador o el propietario de las mercancías se obliga a conseguir un resultado, que consiste en trasladar de forma indemne las mercancías, desde el punto en que se hace cargo de ellas hasta que las pone en poder o a disposición del destinatario en el lugar pactado

⁶³⁶ ÁNGEL YÁGÜEZ, R. DE, «Comentarios Arts. 1903 y 1904 CC», en *Comentario del Código Civil*, T. II, cit. p. 2017.

⁶³⁷ ÁNGEL YÁGÜEZ, R. DE, «Comentarios Arts. 1903 y 1904 CC», en *Comentario del Código Civil*, T. II, cit p. 2017

con quien contrató⁶³⁸. Al ser la obligación del contrato una obligación de resultado, es irrelevante que la ejecución del transporte la realice por sus propios medios o, como sucede frecuentemente, recurra a terceros, quienes serán los que efectivamente acaben transportando las mercancías.

Por consiguiente, tratándose de un contrato de transporte terrestre, ante la parquedad que mostraba el CCom al respecto y de conformidad con la doctrina jurisprudencial señalada referente al contrato de obra⁶³⁹, podría considerarse que la exclusión de la subrogación del asegurador que ha indemnizado al porteador asegurado, sólo operaría cuando existiera una relación jerárquica o de dependencia entre el ejecutor causante del daño -el porteador efectivo- y la empresa responsable por la acción u omisión de dicho ejecutor- el porteador contractual-. Por el contrario, podría ejercitarse la acción derivada de la subrogación frente al causante del daño cuando el transporte se hubiere subcontratado entre empresas que actúan con plena autonomía, sin injerencia alguna de la empresa que subcontrata en la ejecución del transporte que realiza el porteador efectivo.

No obstante, esta conclusión no es aceptable si partimos del régimen de responsabilidad del porteador regulado actualmente en la LCTTM. En concreto, el art. 47.3 LCTTM expresa que el porteador responderá de los actos u omisiones «de los auxiliares, dependientes o independientes, a cuyos servicios recurra para el cumplimiento de sus obligaciones». La interpretación que se hace del citado artículo es que el porteador responde, de forma general, «por unos y por otros», de manera que la mención separada de las dos categorías de

⁶³⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, vol. II, cit., p. 199; GÓRRIZ LÓPEZ, C., *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías*, cit., p. 241.

⁶³⁹ ÁNGEL YÁGÜEZ, R. DE., «Comentarios Arts. 1903 y 1904 CC», en *Comentario del Código Civil*, cit. p. 2017.

auxiliares tiene carácter meramente aclaratorio.⁶⁴⁰ A este respecto se subraya la diferencia entre la norma estatal y su modelo, el art. 3 CMR, en lo tocante a la responsabilidad del transportista por los auxiliares independientes, señalando que este último se refiere a ellos con la expresión «a cuyo servicio él recurra para la ejecución del transporte». De esta manera, en el transporte internacional, el transportista sólo responderá de los auxiliares no dependientes en la medida en que estos intervengan en el cumplimiento de sus obligaciones dimanantes del concreto contrato de transporte en cuestión; mientras que de los empleados dependientes responderá cuando éstos actúen en general en el cumplimiento de sus obligaciones⁶⁴¹. Sin embargo, conforme al art. 47.3 LCTTM el porteador responde por la actuación, con carácter general, de los auxiliares independientes empleados «para el cumplimiento de sus obligaciones», sin concretarse la actuación «para la ejecución del transporte». De ello se deduce que el porteador no podrá exonerarse de la circunstancia que determina su responsabilidad, «aun cuando ésta sea debida a una actuación negligente de uno de sus auxiliares independientes que no intervenga en el cumplimiento de las obligaciones para con el cargador del envío concreto»⁶⁴².

En definitiva, el alcance de la responsabilidad del porteador es mayor en un transporte sometido a la LCTTM, que si se trata de un transporte internacional sujeto al Convenio CMR. Entendemos que con ello el legislador estatal ha pretendido ofrecer una mayor seguridad y garantía a quienes contraten con los empresarios del transporte⁶⁴³. Dicho lo cual, se plantea el

⁶⁴⁰ PUETZ, A., «Comentario Art. 47 LCTTM», en *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, cit., p. 570.

⁶⁴¹ PUETZ, A., «Comentario Art. 47 LCTTM», en *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, cit., p. 571.

⁶⁴² PUETZ, A., «Comentario Art. 47 LCTTM», en *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, cit., p. 571.

⁶⁴³ La imputación de los hechos de los colaboradores independientes al porteador ya era admitida estando sujeto el transporte de mercancías a la regulación del Código de Comercio. En este sentido v. GÓRRIZ LÓPEZ, C., *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías*, cit., pp. 647-652, quien afirma que el porteador responde de los auxiliares a quines recurre para el

problema de si dicha garantía debe ser a cargo del asegurador del transportista, en referencia a que aquél no dispondrá de derecho de subrogación contra el porteador autor material de los daños ocasionados a las mercancías.

Por lo que respecta a la aplicación del art. 43.3 LCS en el ámbito del Convenio CMR, mayoritariamente, el criterio de la jurisprudencia menor, como expondremos seguidamente, es que en tal caso, la responsabilidad por hecho ajeno no deriva de la que se establece con carácter genérico en el art. 1903.4 CC, sino de la responsabilidad del transportista por la actuación de sus auxiliares determinada conforme el art. 3 CMR. De esta forma, cuando el transporte subcontratado se realiza bajo la regulación del Convenio CMR, se rechaza la legitimación del asegurador que ha respondido por el porteador contractual, para subrogarse contra el subcontratado responsable del siniestro que se aseguraba, siempre que dicha responsabilidad surja en el ejercicio de sus funciones, esto es, en la ejecución del transporte. Por lo tanto, para objetar la legitimación de la subrogación del asegurador sobre la base de este Convenio, se prescinde de la noción de dependencia, fundamentada en una relación orgánica, funcional o de dirección⁶⁴⁴, para considerar que el porteador subcontratado entra dentro de la categoría de personal susceptible de generar con su actuación la responsabilidad del asegurado. En consecuencia, dicha

cumplimiento de sus obligaciones, tanto de los dependientes como de los independientes. A este respecto se señalan varias razones que así lo justifican, principalmente, el hecho de que el régimen de responsabilidad del porteador, que dimana del incumplimiento de la prestación del transporte, permanece inalterable frente al acreedor de dicha prestación, con independencia de que el transporte lo haya efectuado el mismo obligado o los auxiliares a quienes haya recurrido para su realización. Igualmente, se entiende que si es el porteador quien se beneficia del empleo de los auxiliares, es lógico que soporte sus consecuencias perjudiciales. Asimismo, se indica que son tres las condiciones que deben cumplirse para que se produzca la responsabilidad del deudor por sus auxiliares. En primer lugar, la existencia de una relación obligatoria (en el caso del transporte, la relación que vincula al porteador con el cargador/destinatario), a la que el auxiliar es ajeno. En segundo lugar, la participación del auxiliar en la ejecución de la prestación es por voluntad del deudor. El tercer requisito es que los servicios del auxiliar se aplican al cumplimiento de la obligación, lo que no comporta una modificación de la relación, sino la elección del deudor para ejecutar la prestación debida, de ahí que deba responder de la actuación del auxiliar en dicha ejecución.

⁶⁴⁴ GÓRRIZ LÓPEZ, C., *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías*, cit., p. 642.

responsabilidad por la actuación ajena se establece de forma directa por el mero hecho de ser contratado por el asegurado para ejecutar el transporte.

Esta es la conclusión que se sigue en la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 28 de febrero de 2006⁶⁴⁵, de la que interesa destacar la interpretación que aporta respecto al apartado tercero del art. 43 LCS, por el que se excluye la subrogación del asegurador contra las personas que con sus actos u omisiones den origen a la responsabilidad del asegurado. En el fundamento jurídico tercero de la sentencia, la Audiencia manifiesta que «el art. 43, párrafo tercero, no menciona el art. 1903.4 del Código Civil como supuesto en que no cabe la subrogación, sino que establece una remisión genérica a las normas legales que la contemplen, entre las que está el artículo del Código Civil citado, pero también el art. 3 del Convenio. Por tanto, discrepando de las alegaciones del apelante, ha de concluirse que la responsabilidad del art. 3 queda comprendida dentro del art. 43, párrafo tercero, en la medida que contempla un claro caso de responsabilidad por otro, al declarar la obligación de indemnizar del transportista por los actos u omisiones propios y los de sus empleados y “de todas las personas a cuyo servicio recurra para la ejecución del transporte”, entre los que, obviamente, se incluyen los subcontratados».

En consecuencia, la sentencia determina la responsabilidad de la transportista asegurada por la actuación de la subcontratada, estableciendo el nexo de dependencia de ésta última en el hecho de haber recurrido a ella para efectuar el transporte, tal como establece el art. 3 CMR, sin entrar a valorar, como había hecho la sentencia apelada, la posible existencia de una relación jerárquica o de dependencia entre ambas entidades en la medida en que la asegurada había dado instrucciones a la subcontratada sobre cómo debía de realizarse el transporte.

⁶⁴⁵ SAP de Murcia (Sección 1ª), de 28 de febrero de 2006, Ponente Álvaro Castaño Penalva, F.J. 3.º (JUR 2006/160907).

Al mismo resultado se llega en la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 15 de marzo de 2005⁶⁴⁶, en referencia a un contrato de transporte internacional de mercancías por carretera, en el que la aseguradora de una de las transportistas pretende subrogarse contra la porteadora subcontratada por la asegurada, habiendo resultando previamente acreditada su responsabilidad por la pérdida de la mercancía. En aplicación del art. 43.3 LCS la sentencia fundamenta la falta de legitimación activa de la aseguradora para el ejercicio de la acción, no en el art. 1903.4 CC, puesto que la responsabilidad de la empresa asegurada que subcontrató el transporte no provenía de ningún acto u omisión propio, sino del imputable a la demandada, que prestó el servicio encomendado por la asegurada de la parte actora con autonomía, mediante vehículo de su propiedad y con conductor contratado por ella misma; de forma que dicha responsabilidad le era exigible por lo dispuesto en el art. 3 del Convenio CMR.

En su razonamiento la Audiencia puntualiza que para que tenga lugar la excepción del apartado tercero del art. 43 LCS «no es preciso, en modo alguno, como erróneamente viene a entender el juzgador *a quo*, que el asegurado hubiere de responder "con carácter general de la responsabilidad como transportista de la demandada", siendo suficiente que dicho asegurado, en el caso concreto de que se trate, hubiera de responder por los actos u omisiones de las personas a que se refiere el repetido párrafo tercero, sea por aplicación de lo previsto en el art. 1903 del Código Civil respecto de la responsabilidad extracontractual, sea, como en el caso enjuiciado, por aplicación del artículo 3 del repetido Convenio cuando se trate de un contrato de transporte internacional de mercancía por carretera»

⁶⁴⁶ SAP de Navarra (Sección 2ª), de 15 de marzo de 2005, Ponente Ricardo González González, F.J. 4.º (JUR 2005/105284).

También en este sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 30 de noviembre de 2007⁶⁴⁷, declara la improcedencia de la subrogación del asegurador contra la transportista subcontratada en un transporte internacional de mercancía, en aplicación del apartado tercero del art. 43 LCS en relación con el art. 3 del Convenio CMR. Se subraya en la sentencia que se trataba de empresas transportistas distintas que actuaban con independencia y autonomía propia, valiéndose de sus propios medios y recursos y vinculadas únicamente por el contrato de transporte, motivo por el que no es de aplicación al caso el art. 1903.4 CC, de responsabilidad de los empresarios por los daños ocasionados por sus empleados o dependientes, al carecer de la necesaria relación de jerarquía o dependencia, de subordinación entre las empresas. Por lo que se concluye que la responsabilidad aplicable al caso es la que determina el art. 3 del Convenio CMR para el transportista, por lo actos u omisiones de todas las personas a cuyo servicio recurra para la ejecución del transporte.

En las sentencias citadas se desestima igualmente que la aseguradora pueda subrogarse en el ejercicio de la acción de repetición que el art. 37 del CMR atribuye al transportista que haya pagado por el daño causado por el porteador subcontratado. Se asimila esta acción a la acción de repetición del art. 1904 CC que posibilita el recobro del empresario contra el dependiente o subordinado causante del daño; y, del mismo modo que ésta, la acción de repetición que otorga el citado Convenio queda incluida dentro de la excepción regulada en el apartado tercero del art. 43 LCS, por lo que no puede subrogarse en ella la aseguradora⁶⁴⁸. El pronunciamiento de la sentencia de la Audiencia

⁶⁴⁷ SAP de A Coruña (Sección 4ª), de 30 de noviembre de 2007, Ponente Antonio Miguel Fernández-Montells Fernández), FF.JJ. 2.º y 3.º (JUR 2008/73608).

⁶⁴⁸ Por el contrario, ZURIMENDI ISLA, A., «Régimen jurídico de la pluralidad de porteadores en el CMR», en *RDT*, n.º 1, 2008, pp. 99-143, pp. 140-143, rechaza que la acción de repetición del porteador contractual que ha pagado la indemnización al cargador o al destinatario, contra el porteador efectivo responsable del daño, se corresponda con la acción de repetición

Provincial de A Coruña⁶⁴⁹ al respecto es que «no cabe confundir el derecho de la aseguradora para ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondiesen a su asegurado frente a las personas responsables del mismo, con el derecho de repetición del asegurado que pudiera ejercitar, y las acciones derivadas del incumplimiento contractual imputable a la demandada por pérdida de mercancía». Añadiendo la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia⁶⁵⁰ que, pese a reconocerse el asegurado la acción de restitución, sin embargo no puede subrogarse en ella la aseguradora, conclusión que no es tan extraña, «pues es similar a la del art. 1903.4 del CC, en que el art. 1904 posibilita la acción de repetición del dueño del establecimiento contra el dependiente o subordinado, a pesar de lo cual el art. 43, tercer párrafo, se la niega a la aseguradora del primero aunque haya indemnizado al perjudicado. Por tanto no podemos sino concluir que el derecho de recobro de la aseguradora que ha respondido por uno de los transportistas no cabe contra los subcontratados de éste si están en el caso del art. 3 del Convenio de Ginebra».

No obstante, en un sentido contrario al adoptado por las Audiencias Provinciales señaladas respecto a la atribución de responsabilidad de la transportista por los daños causados por el ejecutor del transporte, se

contemplada en el art. 37 del Convenio CMR. A este respecto, señala la inaplicabilidad de los arts. 37 a 40 del CMR a las relaciones entre transportista contractual y efectivo, dado que dichos artículos regulan las relaciones entre pluralidad de porteadores sólo cuando se articula en forma de transporte sucesivo, tal como se expresa en el Capítulo VI titulado «disposiciones relativas al transporte efectuado por transportistas sucesivos», en donde se contempla únicamente el transporte sucesivo. Por lo tanto, puntualiza ZURIMENDI, el porteador contractual que ha pagado una indemnización al cargador o al destinatario podrá repetir contra el porteador efectivo si en virtud del contrato de subtransporte que les vincula resulta responsable, pero sólo le podrá exigir la indemnización con la cuantía y la extensión derivada del contrato de subtransporte que no tiene por qué coincidir con el importe pagado por él.

⁶⁴⁹ SAP de A Coruña (Sección 4ª), de 30 de noviembre de 2007, Ponente Antonio Miguel Fernández-Montells Fernández), F. 3.º (JUR 2008/73608).

⁶⁵⁰ SAP de Murcia (Sección 1.ª), de 28 de febrero de 2006, Ponente Álvaro Castaño Penelva, F.J.3.º (JUR 2006/160907).

manifiesta el Tribunal Supremo en la sentencia de 12 de febrero de 2008⁶⁵¹, en el marco de un transporte internacional de mercancías sujeto al Convenio CMR. El Tribunal puntualiza que para aplicarse la excepción al régimen general de la subrogación prevista en el apartado tercero del art. 43 LCS, debe existir una mayor identidad o relación entre la transportista asegurada y los porteadores responsables del daño. La vinculación entre ambas transportistas debe ser tal que posibilite que la actividad de la subcontratada se encuentre sometida a la posible intervención de la transportista asegurada en tareas de dirección o vigilancia respecto a los extremos en los que deberá realizar el transporte.

El Tribunal manifiesta al respecto que en el art. 43.3 LCS, «la excepción a la regla general de subrogación de la aseguradora está inspirada en el propósito de posibilitar que el seguro sea útil al asegurado, de modo que no se vea en la precisión por razones jurídicamente valorables, de tener que aportar fondos para rembolsar al asegurador todo o parte de lo que él hubiera cobrado. Por ello su aplicación presupone la existencia, entre el causante del siniestro y el asegurado, de una relación jurídica ya sea de naturaleza familiar –cualificada por determinado grado de parentesco y por la convivencia- ya sea patrimonial, pero más intensa o estrecha que la que existe entre el porteador contratante, el transitario o la agencia de transporte con los porteadores subcontratados».

Es importante indicar que, de seguirse la interpretación que las Audiencias señalas hacen del art. 3 CMR, a la hora de aplicar el art. 47.3 LCTTM, el transportista sujeto a la ley nacional deberá responder directamente por la entidad subcontratada, por el mero hecho de recurrir a ella para la ejecución del transporte. Como consecuencia de ello, y, de conformidad con el apartado tercero del art. 43 LCS, el asegurador del porteador deudor de la prestación del transporte nacional, carecerá de derecho para subrogarse contra

⁶⁵¹ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 12 de febrero de 2008, Ponente José Ramón Ferrándiz Gabriel, F.J. 2.º (RJ 2008/5492).

el porteador efectivo autor del siniestro. De esta forma, la exclusión de la subrogación del asegurador frente al porteador efectivo, responsable de los daños, se aplicaría de forma objetiva, sin recurrir al criterio subjetivo de valorar la existencia o no de la necesaria relación jerárquica o de dependencia de la subcontratada, para justificar aquella atribución de responsabilidad respecto a la asegurada que determina el impedimento de la subrogación.

Ante esta conclusión cabe preguntarse sobre la razón de la excepción contemplada en el apartado tercero del art. 43 LCS, en relación con la imposibilidad de subrogarse contra las personas cuya actuación de origen a la responsabilidad del asegurado. Si dicha razón es, tal como se apunta en la citada sentencia del Tribunal Supremo, que el asegurado no debe soportar patrimonialmente la subrogación del asegurador contra el autor material de los daños, es lógico suponer que la subrogación sólo producirá este efecto, contrario al propósito del seguro, si la transportista asegurada y la subcontratada que realiza el transporte están unidas por vínculos de dependencia laboral o económica de ésta respecto aquella. Por lo tanto, si la relación entre ambas es meramente contractual y, tratándose de empresas distintas, la mercantil subcontratada actúa con plena autonomía de decisión y de medios para organizar el transporte⁶⁵², no vemos que la entidad asegurada deba de soportar personalmente la consecuencia patrimonial de la subrogación contra la responsable de los hechos generadores del pago de la indemnización de la aseguradora. Máxime, si tenemos en cuenta que el art. 43.3 *in fine* LCS dispone que el asegurador podrá subrogarse cuando la responsabilidad del autor de los daños está amparada mediante un contrato de seguro. Es decir, cuando las consecuencias económicas de la subrogación no recaerán sobre el

⁶⁵² ZURIMENDI ISLA, A., «Régimen jurídico de la pluralidad de porteadores en el CMR», cit., pp. 111-112, destaca especialmente que en el ámbito del transporte por carretera la característica para estar ante un subtransporte el tercero debe ser realmente independiente con respecto al contractual.

asegurado, sino sobre el asegurador de la responsabilidad del autor material de los daños.

Por el contrario, si la razón de denegar la subrogación al asegurador es que el asegurado carece de acción para reclamar su propia responsabilidad, es lógico que la ausencia de acción impida el nacimiento del derecho de subrogarse del asegurador⁶⁵³. Si el art. 47.3 LCTTM impone la responsabilidad del porteador por los hechos de los auxiliares a cuyos servicios recurre para cumplir con la obligación del transporte, la consecuencia lógica es que, en el patrimonio de dicho porteador, no surgirá ningún derecho para reclamarse así mismo. De ahí que sólo pueda concluirse que el asegurador carece del derecho de subrogación por falta del imprescindible derecho de crédito en la persona del asegurado. Por consiguiente, no acabamos de entender, en este caso de responsabilidad directa, la razón por la que el propio art. 43.3 LCS permite la subrogación cuando la responsabilidad del causante del daño está amparada por un contrato de seguro. Porque, entonces, ya no estamos hablando de que responsabilidad del asegurado impide la existencia de crédito en que subrogarse, sino más bien, de que el asegurado no sufrirá patrimonialmente los efectos de la subrogación.

Por otro lado, a raíz de lo expuesto respecto a la responsabilidad del porteador por la actuación del porteador subcontratado, entendemos que se plantea una nueva problemática en referencia al seguro de transporte terrestre de mercancías que es contratado en nombre propio por el porteador contractual. En este sentido, cabe recordar, tal como hemos expuesto en este trabajo⁶⁵⁴, que la doctrina entiende que el porteador no puede contratar un seguro de transporte de mercancías puesto que su interés no radica

⁶⁵³ SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., pp. 963-964

⁶⁵⁴ V. *supra* Capítulo segundo, el epígrafe III. 3. C.

propriadamente en asegurarse contra los riesgos que puedan sufrir las mercancías, sino en asegurarse contra el surgimiento de su propia responsabilidad derivada del incumplimiento del transporte. Ante esta circunstancia, gran parte de la doctrina judicial ha concluido que el contrato celebrado por el porteador en nombre propio, no es realmente un contrato de seguro de transporte de mercancías, sino que se trata de un contrato de seguro de responsabilidad civil⁶⁵⁵. En tal caso, el propietario de las mercancías, siendo el verdadero perjudicado por el siniestro, dispone de la acción directa del art. 76 LCS para reclamar frente a la compañía aseguradora el importe de los daños.

Así, aplicando la doctrina judicial expuesta sobre la atribución de responsabilidad al porteador que subcontrata el transporte, en relación con el art. 43.3 LCS, se deriva que el asegurador de un seguro de transporte terrestre contratado en nombre propio por el porteador, frente al que se ejercita la acción directa por parte del propietario de la mercancía, carece de derecho para subrogarse contra el porteador responsable del siniestro, cuando éste ha sido subcontratado por el asegurado. En efecto, aun cuando las partes entiendan que se ha contratado un seguro de transporte, en el que el porteador es al mismo tiempo tomador y asegurado, es posible concluir que, en realidad, se trata de un seguro para dar cobertura a la responsabilidad de ese porteador, derivada de los riesgos del transporte. Así, ante la subcontratación de ese transporte y, de conformidad con el art. 47.3 LCTTM, la responsabilidad del porteador asegurado abarca la actuación del subcontratado, de manera que el asegurador puede verse obligado a indemnizar al propietario de la mercancía de resultas de aquella actuación. Sin embargo, la aplicación del art. 43.3 LCS le impide subrogarse contra el porteador causante de los daños que ha debido indemnizar.

⁶⁵⁵ V. *supra* en el Capítulo segundo, el epígrafe III. 3. D, la doctrina judicial señalada en este sentido, en especial, la STS (Sala de lo Civil), de 25 de abril de 2002, Ponente Xavier O'Callaghan Muñoz, F.J. 2.º (RJ 2002/6418).

2.- EXCLUSIÓN DE LA SUBROGACIÓN FRENTE A CIERTOS FAMILIARES DEL ASEGURADO

La exclusión de la subrogación respecto a ciertos familiares que conviven con el asegurado, que establece el apartado tercero del art. 43 LCS, obedece a unos fundamentos distintos de aquellos que motivaban que el asegurador no pudiera subrogarse frente a determinadas personas que, por su situación de dependencia del asegurado, generaban la responsabilidad directa de éste. En este último caso, la responsabilidad de estas personas por sus propios actos, estipulada de conformidad con el art. 1902 CC⁶⁵⁶, originaba legalmente la responsabilidad directa y autónoma del asegurado por los hechos de aquéllas, lo que imposibilitaba que el asegurador pudiera subrogarse contra el responsable material del daño cuando la responsabilidad por ese evento dañoso recaía en el propio asegurado. El criterio de exclusión radicaba en que el asegurado carecía de acción para reclamar frente a sí mismo como responsable de los daños que motivaron el pago de la indemnización del asegurador, circunstancia que impide la subrogación por falta de la correspondiente acción de reclamación de responsabilidad.

Por el contrario, el motivo de determinar la exclusión de la subrogación contra ciertos familiares de cuyos actos u omisiones no debe responder el asegurado se basa en que, con la realización del daño, éste dispone de un derecho de crédito contra el responsable en el que, en principio, podría subrogarse el asegurador. En este caso, el criterio que sigue el art. 43 LCS para rechazar la subrogación es doble. En primer lugar, la referencia al grado de parentesco del causante del daño con el asegurado, que se establece para los parientes de línea directa o colateral hasta el tercer grado de consanguinidad, el

⁶⁵⁶ El problema para la imputabilidad de un hecho dañoso, se plantea respecto a los daños causados por quienes se hallan privados de capacidad natural para discernir sobre el bien y el mal de sus actos u omisiones, esto es, los menores y los incapacitados.

padre adoptante o el hijo adoptivo. En segundo lugar, debe darse la circunstancia añadida de que dichas personas convivieran con el asegurado cuando tuvo lugar el evento dañoso.

Pues bien, la inviabilidad de la subrogación frente a las citadas personas relacionadas íntimamente con el asegurado se establece legalmente bajo la presunción de que el asegurado, aún disponiendo de una acción de reclamación de responsabilidad contra el causante del daño, la relación de parentesco entre ambos anularía la posibilidad de ejercerla⁶⁵⁷. Por otro lado, la exigencia del requisito de convivencia, presupone considerar la existencia de una interrelación de dependencia económica entre el responsable del daño y el asegurado, lo cual comportaría que éste último debería soportar indirectamente, y, en mayor o menor medida, las consecuencias patrimoniales que implica el ejercicio de subrogación por parte del asegurador contra el patrimonio del responsable. Este resultado se produciría en contravención de la finalidad perseguida con la contratación del seguro, que es la de mantener patrimonialmente indemne al asegurado a pesar de haberse producido el siniestro⁶⁵⁸.

No obstante, se ha puesto en duda la oportunidad de justificar la exclusión de la subrogación del asegurador frente a determinadas personas por razón de parentesco con el asegurado. En este sentido, CUÑAT EDO⁶⁵⁹ manifiesta que la justificación de la delimitación de la subrogación se aparta del propio régimen de responsabilidad civil y de su funcionamiento conforme a los

⁶⁵⁷ Así lo expresa SÁNCHEZ CALERO, F., « Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 965, quien, ante el silencio de la norma, considera que la excepción por razón de parentesco también debe hacerse extensible al cónyuge del asegurado. En esta misma opinión TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., pp. 189-192, quien también considera aconsejable la inclusión de la pareja estable del asegurado en las uniones de hecho en la aplicación del art. 43.3 LCS

⁶⁵⁸ PICARD, M./BESSON, A., *Les Assurances Terrestres en Droit Français. (Le contrat d'assurance)*, cit., p. 518.

⁶⁵⁹ CUÑAT EDO, V., «Disposiciones generales referidas al seguro de daños», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, cit., pp. 560-561.

artículos 1903 y siguientes del CC, y se configura como «una específica forma de cobertura establecida por la Ley». De esta forma, subraya el autor, con la existencia del seguro se está permitiendo que aquellos familiares incluidos en el ámbito de la norma queden exonerados de responder civilmente por los daños causados a los bienes del asegurado, dado que si éste percibe la indemnización del seguro, carecerá de legitimación para reclamar a dichos parientes y, al mismo tiempo, tampoco a la aseguradora le será posible subrogarse. A lo que añade, que la ley procura la exoneración de la responsabilidad civil del responsable del daño, aún en contra de la voluntad del asegurado⁶⁶⁰.

Por otro lado, en relación a las personas excluidas de la subrogación se plantea el problema entorno a la posibilidad para el asegurado de exigir a aquéllas la diferencia entre el valor del daño que le han causado y el importe de la indemnización que ha percibido del seguro. Al respecto, ante el silencio de la Ley, CUÑAT EDO⁶⁶¹ considera procedente que el asegurado pueda ejercer la reclamación por la parte del daño que no ha quedado cubierta por el seguro. De esta forma, afirma, impidiendo la subrogación del asegurador frente a ciertas personas por razón de parentesco con el asegurado, y, permaneciendo invariable el régimen de responsabilidad civil, se deja en manos del asegurado la posibilidad exigir dicha responsabilidad y de recuperar la totalidad del daño patrimonial que aquellos le han provocado.

3.- EXCEPCIÓN A LA EXCLUSIÓN DE LA SUBROGACIÓN

El propio art. 43 LCS establece en su apartado tercero ciertos casos en los que no tendrá lugar la exclusión de la subrogación en aquellos supuestos

⁶⁶⁰ Al respecto cabe señalar que en el Borrador del Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro, se mantiene la exclusión de la subrogación contra las personas cuya actuación origine la responsabilidad del asegurado de acuerdo con la ley, pero se ha eliminado la prohibición de subrogarse contra los familiares del asegurado.

⁶⁶¹ CUÑAT EDO, V., «Disposiciones generales referidas al seguro de daños», en *Comentarios a la Ley de contrato de seguro*, cit., p. 563.

reconocidos en la norma. Así, se prevé legalmente que en determinadas circunstancias el asegurador podrá subrogarse contra los causantes del daño a pesar de ser aquellas personas que por razón de parentesco o de dependencia respecto del asegurado.

La primera de estas excepciones se refiere a que la responsabilidad provenga del dolo por parte de la persona de la cual deba responder el asegurado, o de aquellos familiares de cierto grado mencionados en la norma que conviven con él⁶⁶². La razón de que el asegurador pueda subrogarse contra dichas personas cuando su responsabilidad deriva del dolo, se fundamenta en el principio de que nadie puede exonerarse de las consecuencias de su comportamiento doloso⁶⁶³.

La segunda excepción contempla la procedencia de la subrogación del asegurador frente a los familiares o personas dependientes del asegurado, cuando la responsabilidad de dichas personas se halle cubierta por un seguro. En consecuencia, la subrogación del asegurador contra los dependientes o familiares sólo será posible si la responsabilidad de éstos está amparada por un seguro de responsabilidad civil, puntualizando la doctrina⁶⁶⁴ que «la Ley parte del presupuesto de que la responsabilidad civil cubierta ha de ser no la del asegurado por los hechos de sus dependientes (...), sino la responsabilidad del dependiente o pariente por los hechos propios».

⁶⁶² En la mayoría de las legislaciones se prevé que el asegurador pueda subrogarse contra las personas dependientes o vinculadas familiarmente con el asegurado cuando la responsabilidad de éstas proviene del dolo, así el art. 1916 del Código Civil italiano; el art. L121-12 del Código de seguros francés;

⁶⁶³ Este principio se encuentra contemplado en el art. 1102 CC al manifestar que «la responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula».

⁶⁶⁴ SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., pp. 965-966.

En este mismo sentido, se manifiesta la Audiencia de Castellón en la sentencia de 18 de noviembre de 2000⁶⁶⁵, en la que la aseguradora del riesgo del transporte de mercancías, tras haber satisfecho la indemnización por los daños de éstas como consecuencia de un accidente de circulación del vehículo que las transportaba, ejercita la acción subrogatoria contra la entidad aseguradora del riesgo de responsabilidad civil derivada del riesgo de la circulación de vehículos a motor. Dicho contrato fue suscrito por la misma mercantil transportista y asegurada en el seguro de transportes, sobre el vehículo accidentado, conducido por un empleado de esta empresa y, por ello, también asegurado frente a dicha responsabilidad civil en el momento del siniestro. En la sentencia se señala que en el caso enjuiciado, la responsabilidad civil del conductor responsable del accidente y dependiente de la asegurada en el seguro de transporte de mercancías, se encontraba amparada por el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor. Se subraya que no se trata de que el seguro de automóvil asegurase la responsabilidad de la mercantil transportista, sino que dicho seguro amparaba en el momento del accidente precisamente la responsabilidad del conductor culpable del siniestro, no en cuanto empleado de la transportista, sino a título propio, en cuanto conductor del vehículo respecto del que se había concertado el seguro y, por ello, como persona asegurada. Se estimaba la acción del asegurador de las mercancías frente al asegurador de responsabilidad civil porque la responsabilidad que se aseguraba era precisamente la del dependiente por hechos propios⁶⁶⁶.

⁶⁶⁵ SAP de Castellón (Sección 3.^a), de 18 de septiembre de 2000, Ponente José Manuel Marco Cos, F. J. 2.^o. (AC 2000/5119).

⁶⁶⁶ Al contrario de lo que sucede en el caso enjuiciado en la SAP de Murcia (Sección 4.^a), de 7 de octubre de 2010, Ponente Juan Martínez Pérez, F.J. 2.^o (AC 2010/1749), en referencia a un transporte internacional sujeto al Convenio CMR, en la que la falta de un seguro que cubra la responsabilidad del porteador subcontratado por la asegurada, impide que el asegurador que indemnizó por la pérdida de la mercancía puede subrogarse contra el causante del siniestro.

En consecuencia, la existencia de un seguro que cubra la responsabilidad directa del responsable del siniestro posibilita al asegurador de daños recobrar por vía de la subrogación la indemnización abonada a su asegurado, aun cuando se trate de personas relacionadas con él por vínculos familiares o de dependencia. En este orden de cosas, se entiende que la excepción de la subrogación frente a ciertos familiares del asegurado que conviven con él se justificaba en dos motivos. Por un lado, en la presunción de que el asegurado no hubiera reclamado al responsable del daño dada su relación familiar y de convivencia. Por otro lado, porque de permitir la subrogación del asegurador, se estaría afectando indirectamente el propio patrimonio del asegurado. Así, podría considerarse que cuando el asegurado no hubiera de soportar este daño patrimonial o, fuera probable que él mismo hubiera reclamado al responsable, decaen las razones por la que no pueda proceder la subrogación, cosa que sucedería cuando el responsable del daño tuviera contratado un seguro de responsabilidad civil que cubriera su responsabilidad⁶⁶⁷.

La subrogación del asegurador frente al causante del siniestro, cuando la responsabilidad de éste se haya amparada por un contrato de seguro, permite que el asegurador de daños pueda dirigirse contra el responsable de la responsabilidad civil, para recuperar lo pagado a su asegurado. En este caso, la ley establece que «la subrogación estará limitada en su alcance de acuerdo con los términos de dicho contrato»⁶⁶⁸. Al posibilitar legalmente que el asegurador de daños pueda ejercer la acción directa contra el responsable de la responsabilidad civil del causante del daño, se ha planteado el problema de delimitar el alcance de las excepciones que este último puede oponer al asegurador que se subroga. Al respecto, la doctrina⁶⁶⁹ entiende que al disponer

⁶⁶⁷ DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazione Private*, vol. II, cit., pp. 474-475

⁶⁶⁸ Art. 43.3 *in fine* LCS.

⁶⁶⁹ SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., pp. 965-966.

la norma que el alcance de la subrogación se verá limitado por los términos propios del contrato, el asegurador de la responsabilidad civil podrá oponer el límite económico establecido en el clausulado del contrato, pero para el resto de excepciones se estará al régimen previsto en el art. 76 LCS⁶⁷⁰.

VI.- ASPECTOS PROCESALES DE LA SUBROGACIÓN

1.- EL CARÁCTER DE LA ACCIÓN QUE EJERCITA EL ASEGURADOR

En los siguientes epígrafes analizaremos la problemática que plantea la determinación del carácter de la acción ejercitada por el asegurador en el momento que reclama al tercero responsable la indemnización satisfecha a su asegurado. Si bien es cierto que el criterio doctrinal mayoritario⁶⁷¹ ha sido el de designarla como acción subrogatoria, no debemos descartar la presencia de otra tendencia procedente principalmente de la doctrina procesalista⁶⁷² que defiende su carácter resarcitorio o de repetición. Por este motivo entendemos necesario examinar brevemente en este punto el estudio de cada una de estas hipótesis.

El tema de la acción subrogatoria fue abordado en el primer capítulo⁶⁷³ en referencia a la naturaleza jurídica de la subrogación, donde manifestamos que dicha institución no confiere al asegurador una potestad meramente procesal para ejercitar en nombre propio el derecho del asegurado. Por el contrario, cuando el asegurador cumple con la obligación de indemnizar a su asegurado se produce un verdadero fenómeno de subrogación de derecho material, que comporta la transferencia del derecho de crédito frente al tercero responsable.

⁶⁷⁰ Recordemos que el asegurador de la responsabilidad civil podrá oponer al asegurador que se subroga las llamadas excepciones objetivas, es decir, las que se deriven de la Ley o del propio contrato. Para un estudio detallado de las excepciones derivadas del art. 76 LCS v. SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario art. 76LCS», en SÁNCHEZ CALERO, F., (Dir.), *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4.^a ed., Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 1721-1799, pp. 1759-1785.

⁶⁷¹ V. por todos, TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., p. 242.

⁶⁷² MONTERO AROCA, J., *De la legitimación en el proceso civil*, cit., pp. 349-350.

⁶⁷³ V. Capítulo primero, los epígrafes II. 2. D. y E.

De ahí que se descartara hablar de acción subrogatoria para referirse a la sustantividad del fenómeno que se lleva a cabo en la subrogación del asegurador, esto es, la pérdida del derecho de crédito del asegurado indemnizado frente al tercero y su simultánea adquisición por el asegurador.

Por consiguiente, una vez que hemos determinado que la subrogación ha operado aquella transmisión del derecho para reclamar la responsabilidad del tercero, nos corresponde ahora examinar, desde el punto de vista procesal, el carácter de la acción que ejercita el asegurador como medio para hacer efectivo su derecho. Máxime, si tenemos en cuenta las distintas consecuencias jurídicas que comporta el ejercicio de una acción subrogatoria o de una acción de repetición, en temas tan importantes como el efecto de la cosa juzgada o la incorporación del objeto de la reclamación en el patrimonio del asegurador.

A.- Acción subrogatoria

Según el criterio mayoritario de la doctrina mercantilista, la acción que el art. 43 LCS otorga al asegurador es subrogatoria⁶⁷⁴. Desde esta postura se manifiesta que la literalidad del citado artículo no ofrece dudas respecto a que no se otorga un derecho propio al asegurador, sino que se dispone la subrogación de éste en los derechos del asegurado. Lo cual conduce a afirmar el carácter derivativo de la acción del asegurador frente al tercero responsable, encontrándose aquél en la misma posición que el asegurado y por consiguiente,

⁶⁷⁴ GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 201, ha manifestado que «la ley reconoce al asegurador que haya pagado su prestación al asegurado una acción subrogatoria directa contra el responsable del siniestro»; RECALDE CASTELLS, A. J., «Conocimiento de embarque y acción por pérdidas y averías: cuestiones de legitimación activa», cit., pp. 767 y ss., cuando se refiere al fundamento de la acción subrogatoria; BARRES BENLLOCH, M.^a P., *Régimen Jurídico del Seguro de Caución*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 207-209, observa que el art. 43 LCS regula una acción subrogatoria, de manera que «las acciones en que las que se subroga el asegurador son las que le correspondería al titular del interés frente al tercero responsable del daño»; EMBID IRUJO, J.M., «Problemas actuales del seguro de caución», en *RES*, n.º 121, 2005, pp. 7-136, pp. 26-27, afirma que en el marco del seguro de daños el art. 43 LCS reconoce al asegurador una genérica acción subrogatoria, en la que «asume la posición del asegurado, ejerciendo los posibles derechos o pretensiones que éste pueda tener en su caso».

«la acción que ejerce el asegurador contra el tercero es la misma acción que tenía el asegurado frente a aquel tercero»⁶⁷⁵.

Tradicionalmente la subrogación se ha fundamentado en dos principios básicos: el principio indemnizatorio, en relación con el seguro, que prohíbe que el asegurado pueda acumular una doble indemnización a consecuencia de un mismo siniestro, y el principio «neminem laedere», en relación con el tercero responsable del daño, que impide que se vea exonerado de su responsabilidad patrimonial a costa del asegurador. A estos dos fundamentos que justifican la institución legal de la subrogación se añade un tercero que persigue, en cierta medida, la tutela de la explotación económica de la actividad aseguradora, pensando en el beneficio que la recuperación del importe de las indemnizaciones representa para el cálculo de las primas y por ende, para la masa de asegurados. En este sentido, se entiende que la subrogación del asegurador tutela unos principios de orden público, evitando que el seguro se convierta en un medio de ganancia para el asegurado, a la par que evitar que el tercero quede liberado de su responsabilidad en la producción del siniestro y por ello, su enriquecimiento injusto a expensas del seguro.

De esta forma, se permite que la acción dirigida contra el tercero responsable para conseguir la reparación del daño, no pudiendo ser ejercida por el asegurado, que ya ha quedado indemne por consecuencia de la prestación del seguro, la ejerza el asegurador. Así, partiendo del reconocimiento legal a favor del asegurador de un derecho a subrogarse, se afirma que el pago de la indemnización le transfiere un derecho a ejercitar por subrogación los derechos y acciones del asegurado frente a terceros⁶⁷⁶. Se subraya en este sentido que, precisamente, es el carácter derivativo de la acción del asegurador

⁶⁷⁵ TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., p. 240.

⁶⁷⁶ HERNÁNDEZ MARTÍ, J., «Comentario Art. 43 LCS», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, cit., p. 543.

el que permite diferenciar dicha acción, que le consiente ejercer el mismo crédito que correspondía al asegurado, de una eventual acción de reembolso que pudiera corresponder al asegurador frente a su asegurado⁶⁷⁷.

Del mismo modo, la jurisprudencia, al denominar la acción que ejercita el asegurador contra el tercero responsable de los daños causados al asegurado, utiliza mayoritariamente el calificativo de «subrogatoria». A este respecto, es significativa la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2007⁶⁷⁸. En esta sentencia, a pesar de que al referirse a la acción subrogatoria contemplada en el art. 43 LCS, se dice que ésta «es una acción dirigida a obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el responsable del siniestro», se rechaza la similitud entre la acción de repetición del art. 1158 del CC con la acción subrogatoria del citado art. 43 LCS. Así, se afirma en la sentencia que la acción de «reembolso o de regreso» contemplada en el art. 1158 CC supone el nacimiento de un nuevo crédito frente al deudor en virtud del pago realizado que ha provocado la extinción de la primera obligación; por el contrario, la subrogación transmite al tercero que paga el mismo crédito inicial con todos los derechos a él anexos, de conformidad con lo establecido en el art. 1212 CC.

Por su parte, en la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2009⁶⁷⁹, se afirma que la acción subrogatoria que se concede a la aseguradora que ha satisfecho la indemnización, no tiene una finalidad de resarcimiento para ésta. Por el contrario, se subraya que el otorgamiento de dicha acción persigue la triple finalidad de evitar el enriquecimiento injustificado del asegurado por el cúmulo de las dos prestaciones; la de evitar que la liberación

⁶⁷⁷ TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., p. 242.

⁶⁷⁸ STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 11 de octubre de 2007, Ponente Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, F.J. 2.º (RJ 2007/6489).

⁶⁷⁹ STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 5 de febrero de 2009, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos) F.J. 4.º (RJ 209/1368).

de la responsabilidad patrimonial del tercero gracias a la protección que el seguro proporciona al asegurado; y la de evitar el desequilibrio económico que los daños derivados de la actuación irresponsable de terceros pueda ocasionar a la explotación del seguro.

No obstante, desde el punto de vista procesal, calificar de subrogatoria la acción que se deriva del art. 43 LCS comporta identificarla con la llamada acción subrogatoria contemplada en el art. 1111 CC, que es la que se otorga al acreedor como medio para ejercitar los derechos y acciones del deudor ante la inactividad o pasividad de éste para reclamar a sus propios deudores⁶⁸⁰. Esta acción se ha definido como «el poder que el ordenamiento jurídico atribuye a los acreedores para ejercitar los derechos y acciones que correspondieran a su deudor con el fin de cobrar de esta manera lo que se les debe»⁶⁸¹. Su finalidad es la defensa del patrimonio del deudor, permitiendo que el acreedor que ha perseguido los bienes de éste, con el fin de cobrar lo que se le debe, pueda ejercitar los derechos y acciones del deudor. Pero esta acción «no atribuye al acreedor ningún derecho material, sino simplemente un poder o legitimación extraordinaria para ejercitar los derechos del deudor»⁶⁸².

La acción subrogatoria pertenece a la categoría de sustitución procesal, en la que se ejercita una acción «a pesar de no ser el titular de la relación jurídica deducida en juicio»⁶⁸³. Es decir, mediante el otorgamiento de esta acción se atribuye a una persona una legitimación extraordinaria para actuar un derecho que pertenece a otra⁶⁸⁴. La sustitución procesal rompe el esquema clásico de legitimación procesal, en la que la parte actúa su propio interés, ya

⁶⁸⁰ El art. 1111 CC establece que: «Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin (...)».

⁶⁸¹ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, cit., p. 893.

⁶⁸² MONTERO AROCA, J., *De la legitimación en el proceso civil*, cit., p.368.

⁶⁸³ JUAN SÁNCHEZ, R., «La mal llamada “acción subrogatoria” del asegurador: un análisis de las reglas de legitimación procesal derivadas de los arts. 43 y 82 LCS», cit., p. 167.

⁶⁸⁴ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, cit., p. 895.

que en aquélla, el tercero sustituto es totalmente ajeno a los intereses que se reclaman en el juicio⁶⁸⁵. No obstante, el que una persona defienda procesalmente los intereses de otra, no significa que no tenga su propio interés en evitar el perjuicio que la inactividad del titular del derecho pueda ocasionarle. Así, es el interés del sustituto el que el ordenamiento protege, pero no otorgándole un derecho material propio, sino confiriéndole una facultad meramente procesal para la defensa de aquel derecho cuya titularidad le es completamente ajena⁶⁸⁶.

Un aspecto importante en la sustitución procesal, es que el actor sustituto no pide directamente para sí, no solicita que el bien que es objeto de la pretensión de condena ingrese en su patrimonio, sino que pide para que ese bien ingrese en el patrimonio del sustituido, para poder así, en un momento posterior, dirigirse contra ese patrimonio para hacer efectivo su propio derecho. Consecuentemente, los efectos de la cosa juzgada de la sentencia que se dicte, recaerán, dentro de los límites subjetivos, sobre la persona sustituida⁶⁸⁷.

B.- Acción de repetición

No obstante, como hemos referido al inicio, el carácter subrogatorio de la acción no resulta en absoluto evidente desde la óptica de la doctrina procesalista, que considera que estamos ante una acción resarcitoria. Así, se entiende que la acción que ejerce el asegurador es una acción ordinaria para reclamar un derecho propio contra el responsable del daño⁶⁸⁸. Por lo tanto, el

⁶⁸⁵ V. NIEVA FENOLL, J., *La sustitución procesal*, cit., p. 44, quien define la sustitución procesal como «la institución jurídica en virtud de la cual un sujeto defiende ante la Jurisdicción intereses ajenos, con el objeto de que la pasividad del titular en la defensa de dichos intereses no perjudique una relación negocial previa que posee con dicho titular».

⁶⁸⁶ Al respecto, NIEVA FENOLL, J., *La sustitución procesal*, cit., p. 45, matiza que el sustituto no ejerce ningún derecho de otro, sino que solicita el ejercicio de un derecho, claramente propio, al defender procesalmente los intereses de otro. Es decir, procesalmente no se ejerce ningún derecho material, sino que se solicita su defensa ante la jurisdicción.

⁶⁸⁷ MONTERO AROCA, J., *De la legitimación en el proceso civil*, cit., p. 337.

⁶⁸⁸ NIEVA FENOLL, J., *La sustitución procesal*, cit., p. 75.

asegurador no defiende en juicio ningún interés ajeno, sino únicamente su propio interés en demandar al tercero el importe de la indemnización abonada al asegurado.

De conformidad con la doctrina procesalista, la acción que ejercita el asegurador contra el tercero responsable del siniestro que motivó el pago de la indemnización es una acción de repetición, fundamentada en el derecho propio de repetir contra el tercero⁶⁸⁹. La razón para afirmar que la acción del asegurador no es subrogatoria se fundamenta en el hecho de que asegurado, una vez ha sido indemnizado por el asegurador, carece de derecho alguno para reclamar al responsable del siniestro, lo que le impide la pretensión de percibir un segundo cobro⁶⁹⁰. De ahí que, el asegurador, tras cumplir con la obligación contractual de indemnizar al asegurado, no ejercita las acciones y derechos de éste; lo que se produce es «el ejercicio ordinario de una acción del asegurador contra los causantes del daño, dejando fuera por completo al asegurado, que carece ya de todo interés en ese proceso»⁶⁹¹.

En efecto, la subrogación del art. 43 LCS opera un cambio de titularidad del derecho que pertenecía al asegurado contra el tercero, es decir, atribuye al asegurador el derecho material para reclamar al responsable del siniestro, a la vez que priva al asegurado de tal derecho. De ahí que la acción de repetición

⁶⁸⁹ MONTERO AROCA, J., *De la legitimación en el proceso civil*, cit., p. 349, quien evidencia la gran imprecisión doctrinal en torno a la acción que ejercita el asegurador, cuando en referencia a ella se dice que se trata de una sucesión en los derechos del asegurado o de cesión de créditos e incluso de acción subrogatoria. Con todo, manifiesta este autor, «a pesar de las expresiones legales y doctrinales el asegurador no ejercita los derechos y las acciones del asegurado», en definitiva, lo que está ejerciendo la entidad aseguradora «es realmente un derecho propio, el de repetir»; JUAN SÁNCHEZ, R., «La mal llamada “acción subrogatoria” del asegurador: un análisis de las reglas de legitimación procesal derivadas de los arts. 43 y 82 LCS», cit., p. 167 afirma que «A pesar de la referencia legal y doctrinal a este tipo de acciones como “subrogatorias”, un análisis detallado de las mismas desde la perspectiva procesal pone de relieve que no se trata de acciones de dicha naturaleza».

⁶⁹⁰ NIEVA FENOLL, J., *La sustitución procesal*, cit., p. 75; MONTERO AROCA, J., *De la legitimación en el proceso civil*, cit., p. 349.

⁶⁹¹ NIEVA FENOLL, J., *La sustitución procesal*, cit., p. 75.

del asegurador esté fundamentada en un derecho propio, que nace del cumplimiento de las obligaciones para con su asegurado. Lo que se produce es una subrogación material⁶⁹², por cuanto cambia la titularidad del crédito frente el tercero que pasa a ser del asegurador, pero no procesal⁶⁹³, consecuentemente, el asegurador, cuando reclama al tercero, es titular de la relación jurídica deducida en el juicio⁶⁹⁴.

Para ejercitar la acción el asegurador deberá acreditar el cumplimiento de los presupuestos legales que posibilitan la subrogación: la existencia del daño atribuible al tercero demandado, el pago de la indemnización a quien tenga la condición de asegurado en el correspondiente contrato y que dicho pago se haya realizado en cumplimiento de la correspondiente póliza de seguro. Al respecto se señala que la peculiaridad de esta acción de repetición «reside esencialmente en el modo de proponer y fundamentar objetivamente la pretensión, dado que el asegurador deberá demostrar, el hecho causante del daño, la autoría del mismo y el *quantum* indemnizatorio»⁶⁹⁵. De manera que es en el contexto de la acreditación de los hechos constitutivos de la pretensión formulada en juicio en el que el asegurador asume el lugar del asegurado, pero

⁶⁹² JUAN SÁNCHEZ, R., «La mal llamada “acción subrogatoria” del asegurador: un análisis de las reglas de legitimación procesal derivadas de los arts. 43 y 82 LCS», cit., p. 169, observa que en el plano material se produce una subrogación, que no se corresponde procesalmente con el ejercicio de una acción subrogatoria.

⁶⁹³ De ahí la esencial diferencia con la acción subrogatoria. Respecto a esta acción DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, cit., pp. 897-898, señala que «A pesar de su nombre, la acción no “subroga” a los acreedores en el derecho que ejercitan. El derecho continúa perteneciendo al deudor y por consiguiente los efectos del acto de ejercicio ingresarán en el patrimonio de éste». Además se producirán todos los efectos consiguientes al acto de ejercicio: consumación del derecho, eficacia de cosa juzgada, etc.

⁶⁹⁴ MONTERO AROCA, J., *De la legitimación en el proceso civil*, cit., p. 344, indica que «En el orden normal de las cosas es la titularidad de la relación jurídica la que explica que una persona actúe en el proceso con legitimación, la que hemos llamado ordinaria o directa».

⁶⁹⁵ JUAN SÁNCHEZ, R., «La mal llamada “acción subrogatoria” del asegurador: un análisis de las reglas de legitimación procesal derivadas de los arts. 43 y 82 LCS», cit., p. 168.

la titularidad activa de esa pretensión corresponde al asegurador y no al asegurado⁶⁹⁶.

En definitiva, el art. 43 LCS atribuye al asegurador un derecho material, conforme al cual puede reclamar *iure proprio* al tercero el importe de la indemnización abonada al asegurado. Así, el asegurador, para satisfacer su derecho de crédito frente al tercero ejercita una acción de repetición⁶⁹⁷ para obtener el reembolso de aquella indemnización. Ese derecho se fundamenta en el cumplimiento de la obligación asumida contractualmente de indemnizar al asegurado con ocasión de un siniestro objeto de la cobertura del contrato de seguro y del que se deriva la responsabilidad de un tercero⁶⁹⁸. De ahí que el asegurador, por cuanto ejercita un derecho que le es propio, sea parte activa de la situación jurídica deducida en juicio, por lo que el éxito del ejercicio de la acción le permitirá ingresar la cantidad obtenida en su propio patrimonio, sin causar ninguna incidencia en el patrimonio del asegurado. De manera que este último podrá, a su vez reclamar al tercero el importe de los daños que no han sido cubiertos por el seguro, es decir, podrá ejercer los derechos y acciones de los que aún es titular.

⁶⁹⁶ JUAN SÁNCHEZ, R., «La mal llamada “acción subrogatoria” del asegurador: un análisis de las reglas de legitimación procesal derivadas de los arts. 43 y 82 LCS», cit., p. 169.

⁶⁹⁷ SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 972, en referencia a la subrogación parcial, señala que el asegurador podrá ejercitar «la acción de resarcimiento contra el tercero responsable en nombre propio», por la cuantía de la indemnización en la que se ha subrogado. Igualmente IGLESIAS PRADA, J. L., «La subrogación del asegurador en el seguro marítimo», cit., p. 31, respecto al límite cuantitativo del derecho del asegurador, manifiesta que el contenido económico del derecho del asegurador aparece limitado por la cantidad efectivamente indemnizada, «de modo que su pretensión de resarcimiento frente al tercero responsable no podrá exceder de su importe». Así, el asegurador no puede obtener de «su acción de resarcimiento» frente a los contribuyentes a la avería una cantidad superior a la satisfecha al asegurado.

⁶⁹⁸ En el CCom y, en referencia al seguro de transporte terrestre, el derogado art. 437 disponía la subrogación del asegurador del transporte para «repetir» contra los portadores responsables de los daños. Del mismo modo, VIVANTE, C., *Il Contratto di Assicurazione. Le Assicurazioni Terrestri*, vol. I, cit., p. 437, señala que la acción de «regreso» que ejercita el asegurador se fundamenta en el pago de la indemnización al asegurado.

Por otro lado, desde el momento que el asegurador ejercita un interés jurídico propio, como titular de la relación jurídica deducida en juicio, los efectos de la cosa juzgada no recaerán sobre al asegurado, ya que de ningún modo ha sido parte en el proceso. En este sentido, se entiende⁶⁹⁹ que la prohibición contenida en el art. 43 LCS, de impedir que el asegurador ejercite la acción en perjuicio del asegurado, confirma el hecho de que los efectos normales de cosa juzgada no se producirán para el asegurado porque no ha sido parte del proceso entre el asegurador y el tercero responsable.

2.- EL EJERCICIO DE LA SUBROGACIÓN EN EL PROCESO CIVIL

En el ámbito procesal, el carácter derivativo con que configura la subrogación comporta que el asegurador se vea sometido al mismo fuero a que se hallaba obligado el propio asegurado⁷⁰⁰, de ahí que la acción se interponga ante el tribunal competente de acuerdo con la naturaleza de la acción que se ejercite. Así, si quien ejerce la subrogación frente al porteador es el asegurador de un transporte terrestre de mercancías, deberá presentar la demanda ante los Juzgados de lo Mercantil, por cuanto la pretensión se promueve al amparo de la normativa reguladora del transporte nacional o internacional⁷⁰¹.

El principio de la identidad de crédito que rige en la subrogación implica que la acción del asegurador es de la misma naturaleza y tiene la misma extensión que la del asegurado. En función de los casos, el crédito objeto de la subrogación será de naturaleza contractual o extracontractual, lo que obligará al asegurador a exigir el régimen de responsabilidad del tercero conforme a ese fundamento. De ello se deriva que cuando la acción se ejercita sobre la base de

⁶⁹⁹ NIEVA FENOLL, J., *La sustitución procesal*, cit., p. 77.

⁷⁰⁰ RUÍZ SOROA, J.M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., p. 333.

⁷⁰¹ El art. 86 ter.2.b) LOPJ determina que de los Juzgados de lo Mercantil son competentes para conocer cuestiones que sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de las pretensiones que se promuevan al amparo de la normativa reguladora del transporte nacional o internacional.

la responsabilidad contractual, serán de aplicación los límites y la distribución de riesgos contenidos en el contrato en cuestión. Sin embargo, cuando nace de un supuesto de responsabilidad extracontractual, no será aplicable ese contenido obligatorio.

En el ámbito del transporte terrestre lo más habitual es que el crédito en el que se subroga el asegurador nazca del contrato de transporte celebrado por el asegurado con el porteador. De ahí que, ante el incumplimiento de la prestación del transporte, surja la responsabilidad de ese porteador contractual conforme determina el art. 47.3 LCTTM, o, el art. 3 del Convenio CMR cuando estemos ante un transporte internacional. Consecuentemente, el asegurado perjudicado por el siniestro dispondrá de una acción, de naturaleza contractual, para exigir la responsabilidad de dicho porteador por los daños causados a las mercancías durante su transporte. Tratándose de un transporte nacional, la responsabilidad estará sujeta al régimen de responsabilidad previsto en el capítulo V de la LCTTM.

Cuando el transporte se realiza en la modalidad de transporte unitario con subtransporte, existe una relación que une al cargador o al destinatario con el porteador contractual que ha asumido la prestación del transporte, mientras que dicha relación es inexistente entre el acreedor del transporte y los porteadores subcontratados⁷⁰². Para la ejecución del transporte, el porteador contractual recurrirá a otros porteadores independientes contratando con ellos la ejecución del transporte, generando así nuevas relaciones a las que, como hemos dicho, el cargador es completamente ajeno. En este caso se entiende que la ajenidad del acreedor del transporte frente a las relaciones jurídicas que se establecen entre el porteador y los auxiliares independientes, comporta que la responsabilidad de estos últimos frente al acreedor sea de naturaleza

⁷⁰² ZURIMENDI ISLA, A., «Régimen jurídico de la pluralidad de porteadores en el CMR», cit., p. 99; GÓRRIZ LÓPEZ, C., *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías*, cit., p. 652.

extracontractual⁷⁰³. Consecuentemente, la acción del cargador o del destinatario dirigida contra el porteador subcontratado para exigir tal responsabilidad será, asimismo, de naturaleza extracontractual⁷⁰⁴. No obstante, a pesar de la inexistencia de una relación contractual que los vincule, la acción que se ejercite contra el porteador subcontratado estará sujeta al régimen de responsabilidad previsto en la LCTTM. Así lo determina claramente el art. 63 LCTTM cuando dice que el régimen de responsabilidad previsto legalmente será aplicable a la acción que se dirija contra el porteador o contra sus auxiliares, con independencia de que su fundamento sea contractual o extracontractual, o del procedimiento a través del cual se ejercite⁷⁰⁵.

Con ello se consigue que con la elección del porteador subcontratado como sujeto pasivo de la acción por incumplimiento de la prestación, no se sortee el régimen de responsabilidad impuesto legalmente⁷⁰⁶. En consecuencia, las indemnizaciones exigibles al porteador o a los auxiliares independientes se verán sujetas por los límites cuantitativos previstos en la ley. Del mismo modo, ambos sujetos podrán oponer al acreedor demandante las causas legales de exoneración, así como el elenco de presunciones cuya prueba excluya su responsabilidad⁷⁰⁷.

No obstante, al margen de que la nueva regulación la LCTTM unifica el régimen de responsabilidad del porteador y de sus auxiliares frente a todas las

⁷⁰³ GÓRRIZ LÓPEZ, C., *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías*, cit., p. 653

⁷⁰⁴ PUETZ, A., «Comentario Art. 47 LCTTM», en *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, cit., p. 573.

⁷⁰⁵ Su modelo de referencia es el art. 28 CMR.

⁷⁰⁶ EMPARANZA SOBEJANO, A., «Comentario Art. 63 LCTTM», en *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, cit., pp. 756-757; PUETZ, A., «Comentario Art. 47 LCTTM», en *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, cit., p. 573. Esta misma finalidad se desprende del art. 28 CMR, así ZURIMENDI ISLA, A., «Régimen jurídico de la pluralidad de porteadores en el CMR», cit., p. 124; GÓRRIZ LÓPEZ, C., *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías*, cit., pp. 654-655.

⁷⁰⁷ EMPARANZA SOBEJANO, A., «Comentario Art. 63 LCTTM», en *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, cit., p. 761, señala que el auxiliar sólo podrá aducir el art. 63 LCTTM cuando haya actuado en el marco de la actividad que le ha encargado el porteador.

acciones derivadas del transporte, no es fácil de precisar su naturaleza contractual o extracontractual. Así en el tema de la responsabilidad del porteador y de sus auxiliares independientes, ya hemos señalado que algunos autores sostienen que la acción del perjudicado para exigir la responsabilidad del porteador efectivo es de naturaleza extracontractual⁷⁰⁸. Contrariamente, otros autores⁷⁰⁹ consideran que el acreedor demandante podrá reclamar contractualmente la responsabilidad de dichos auxiliares, a pesar de que no han sido parte en el contrato de transporte inicial. La razón de ello se hace recaer, acertadamente, en que el contrato celebrado entre el porteador contratante y el subcontratado sigue siendo un contrato de transporte típico a favor de un tercero.

Sin embargo, la determinación de los sujetos que deben considerarse como terceros beneficiarios del contrato de subtransporte tampoco queda muy claro. Al respecto, se considera que el perjudicado podrá ejercitar una acción directa «si bien por la vía extracontractual» contra el porteador subcontratado, mientras que el destinatario, en calidad de tercero a cuyo favor se estipula el contrato de subtransporte, podrá reclamar *ex contractu* contra el subtransportista que le haya entregado las mercancías⁷¹⁰. No obstante, con un criterio diverso, al cual nos adherimos, un sector de la doctrina afirma la naturaleza contractual de la responsabilidad del porteador subcontratado, tanto frente al cargador como frente al destinatario⁷¹¹. En este sentido, la misma doctrina indica que el contrato de transporte se estipula entre el cargador (estipulante) y el porteador (prominente), que perfeccionan y delimitan el

⁷⁰⁸ GÓRRIZ LÓPEZ, C., *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías*, cit., pp. 652 y ss.

⁷⁰⁹ ZURIMENDI ISLA, A., «Régimen jurídico de la pluralidad de porteadores en el CMR», cit., p. 125; PUETZ, A., «Comentario Art. 47 LCTTM», en *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, cit., p. 573.

⁷¹⁰ PUETZ, A., «Comentario Art. 47 LCTTM», en *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, cit., p. 573.

⁷¹¹ ZURIMENDI ISLA, A., «Régimen jurídico de la pluralidad de porteadores en el CMR», cit., p. 126

contenido del contrato del que deriva un derecho a favor del destinatario (tercero). En el subtransporte, el porteador contractual ocupa la posición del cargador (estipulante) y el efectivo el de porteador (prominente), con la peculiaridad de que «el tercero beneficiario de la prestación de transporte, no sólo lo es el destinatario, sino también el cargador del contrato inicial en tanto las mercancías no lleguen a ponerse a disposición del destinatario»⁷¹². Por consiguiente, la responsabilidad contractual del porteador efectivo no resulta del contrato celebrado entre el cargador y el porteador contractual, sino del contrato de subtransporte perfeccionado entre este último y el porteador efectivo. La consecuencia que se deriva es que el contenido de la responsabilidad que se puede exigir al porteador subcontratado, «vendrá delimitada principalmente por el contenido válido del contrato que él ha celebrado con el porteador contractual, y no por el que el cargador originario acordó con éste»⁷¹³.

El carácter contractual de la responsabilidad del subcontratado también ha sido reconocido por nuestros tribunales, aunque sobre la base de la doctrina de la solidaridad tácita, que será aplicable cuando entre los obligados se dé una comunidad jurídica de objetivos, manifestándose una interna conexión entre ellos⁷¹⁴. Así, la STS de 19 de abril de 2001⁷¹⁵, en la que se estima la subrogación del asegurador que indemnizó al cargador, contra el subcontratista que realizó

⁷¹² ZURIMENDI ISLA, A., «Régimen jurídico de la pluralidad de porteadores en el CMR», cit., p. 127.

⁷¹³ ZURIMENDI ISLA, A., «Régimen jurídico de la pluralidad de porteadores en el CMR», cit., p. 128.

⁷¹⁴ STS (Sala de lo Civil), de 26 de julio de 2000, Ponente Jesús Corbal Fernández, F.J. 1.º (RJ 2000/9178).

⁷¹⁵ STS (Sala de lo Civil), de 19 de abril de 2001, Ponente Antonio Romero Lorenzo, FF.JJ. 4.º, 5.º y 6.º (RJ 2001/6884), la doctrina que aplica el Tribunal es la de la solidaridad entre los acreedores o deudores de una sola obligación, que [ha de entenderse que existe y ha sido querida la solidaridad cuando aparece de modo evidente la intención de los contratantes de obligarse «*in solidum*» o se desprenda dicha voluntad de la propia naturaleza de lo pactado, por entenderse, de acuerdo con las pautas de la «*bona fides*», que los interesados habían querido y se habían comprometido a prestar un resultado conjunto].

la estiba defectuosa que causó los daños a las mercancías. El Tribunal considera evidente el carácter unitario de la obligación asumida por la transportista principal que contrató el transporte y la obligación del subcontratado que realizó la estiba de las mercancías. De ahí que la responsabilidad del subcontratista frente al comitente (el cargador) –y, en su caso frente a la aseguradora subrogada en su posición- deba considerarse indudablemente como solidaria con la responsabilidad asumida contractualmente por quien, posteriormente, subcontrató el transporte.

En conclusión, más allá de la diversidad de posturas a la hora de determinar la naturaleza de la acción directa del acreedor del transporte contra el porteador efectivo, el art. 63 LCTTM deja muy claro el régimen de responsabilidad a que se verá sometido y que podrá oponer a la subrogación del asegurador de las mercancías. La importancia de esta norma es evidente por cuanto brinda un tratamiento uniforme en la delimitación de la responsabilidad para los distintos intervinientes en la prestación del transporte. De ahí que, aun cuando se reclame por la vía extracontractual, el porteador efectivo no se verá sometido a un régimen de responsabilidad más gravoso que el porteador contractual. Del mismo modo, este porteador contractual, tampoco estará sujeto al régimen de responsabilidad extracontractual cuando sea demandado, en vía de regreso, por el subcontratado que hizo frente a la indemnización reclamada.

3.- EL EJERCICIO DE LA SUBROGACIÓN EN EL PROCESO PENAL

De conformidad con el art. 100 CP «De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el derecho punible». En referencia a la acción civil derivada del delito, nuestro ordenamiento permite la acumulación de los dos procesos derivados de un mismo acto –el de responsabilidad penal y el de

responsabilidad civil- en un único procedimiento, cuya competencia para conocer de ambos se atribuye al órgano jurisdiccional competente del proceso penal⁷¹⁶.

La cuestión que se suscita al respecto es si el asegurador, subrogándose en la posición del perjudicado, está legitimado para actuar como actor en el proceso civil acumulado al penal. Tradicionalmente, al asegurador que ha indemnizado a la víctima del delito en cuestión, le ha sido negada la posibilidad de ejercitar la acción civil derivada del acto delictivo⁷¹⁷. No obstante, se señala⁷¹⁸ que las críticas realizadas a las tesis que niegan la legitimación activa del asegurador en el proceso penal para reclamar frente al tercero causante del daño, junto a la creciente tendencia a reconocer al asegurador como perjudicado por el delito, ha favorecido un reciente cambio jurisprudencial del Tribunal Supremo.

Con respecto a esta evolución doctrinal, resulta especialmente ilustrativa la STS de 22 de noviembre de 2002⁷¹⁹, en la que se señala que «la doctrina de esta sala a lo largo de muchos años ha venido entendiendo que cuando los daños patrimoniales a indemnizar a favor, no del agraviado, por el delito, sino de terceras personas, como lo eran las compañías de seguros, las acciones civiles correspondientes no podían ejercitarse en el proceso penal, sino de modo separado ante la jurisdicción civil. Se fundaba tal jurisprudencia en la expresión “por razón del delito” utilizada en el art. 104 CP anterior (1973). Se decía que el daño no se había producido por el delito sino por el contrato. Ciertamente podrá haberse dicho que lo había producido el delito aunque indirectamente a

⁷¹⁶ MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal*, cit., p. 97, quien puntualiza que la responsabilidad civil no nace del delito, cuyo efecto jurídico no es otro que la pena, sino del acto que constituye ese delito.

⁷¹⁷ V. RUÍZ SOROa, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., p. 337 y ss. quien critica la tesis que niega al asegurador la legitimación para ejercitar la acción civil en el marco del proceso penal.

⁷¹⁸ TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., p. 250.

⁷¹⁹ STS (Sala de lo Penal), de 22 de noviembre de 2002, Ponente Joaquín Delgado García, F.J. 4.^o (RJ 2003/76).

través del contrato. Lo cierto es que nuestro legislador conocía este problema y el alcance que esta sala venía dando a esta expresión “por razón del delito”, y cuando se redacta el nuevo art. 113 CP 95, que reproduce casi literalmente el texto del anterior 104, hace desaparecer esta expresión. A la vista de tal modificación legislativa entendemos que es ahora más adecuado al espíritu de la Ley el que esa acción de reembolso pueda ejercitarse dentro del proceso penal».

La actual doctrina jurisprudencial se ha visto consolidada en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo adoptado en su sesión de 30 de enero de 2007⁷²⁰, en el que se señala que «Cuando la entidad aseguradora tenga concertado un contrato de seguro con el perjudicado por el delito y satisfaga cantidades en virtud de tal contrato, sí puede reclamar frente al responsable penal en el seno del proceso penal que se siga contra el mismo, como actor civil, subrogándose en la posición del perjudicado».

Desde nuestro punto de vista nos parece lógico considerar como perjudicado por el delito al asegurador que, en virtud del contrato de seguro, se ha visto obligado a reparar las consecuencias civiles del acto delictivo y, por ello, legitimado para exigir la responsabilidad civil en el proceso acumulado con el penal. En primer lugar, partiendo de la teoría que hemos defendido en este trabajo, de que la finalidad de la subrogación es facilitar el desarrollo de la actividad aseguradora, atendiendo a la función social a que ésta se destina, no cabe duda de que la imposibilidad de ejercitar la acción de reembolso contra el responsable penal significa una evidente lesión al fin señalado. En segundo lugar, el art. 43 LCS expresa con meridiana claridad que el asegurador que ha

⁷²⁰ Acuerdo TS (Sala de lo Penal), de 30 de enero de 2007, (JUR 2007/51313). Este acuerdo ha sido aplicado en la STS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) de 1 de marzo de 2007, Ponente Siro Francisco García Pérez, F.J. 12.º ((RJ 2007/1808) en la que se estima la legitimación activa civil de la compañía aseguradora de la entidad bancaria, para reclamar las indemnizaciones que satisfizo a esa entidad y a los clientes de las cajas de seguridad, como consecuencia del robo cometido.

indemnizado al asegurado podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del siniestro. Entendemos coherente con el dictado del artículo que el asegurador pueda subrogarse en la posición del asegurado, en calidad de perjudicado, como actor civil para reclamar frente al responsable penal. En último término, la consecuencia de impedir al asegurador subrogado ejercitar la acción civil en el marco del proceso penal, es del todo inaceptable. En efecto, una vez se ha producido la subrogación, el asegurado deja de ser el titular del derecho y de la acción para reclamar la responsabilidad civil del responsable del daño. De negar el ejercicio de la acción civil a su titular, esto es, al asegurador, la consecuencia que se deriva es que el responsable penal no se verá obligado a indemnizar los daños causados con su actuación.

CAPÍTULO CUARTO

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN. RENUNCIA DEL DERECHO DE SUBROGACIÓN

I.- PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE SUBROGACIÓN FRENTE AL RESPONSABLE DEL SINIESTRO

1.- PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DEL ASEGURADOR. CONSECUENCIAS DEL CARÁCTER DERIVATIVO DE LA ACCIÓN: INALTERABILIDAD DEL RÉGIMEN DE PRESCRIPCIÓN A QUE VENÍA SUJETO

Según establece el art. 43 LCS el asegurador se subroga en los mismos derechos y acciones que corresponden al asegurado frente al responsable del siniestro. Es por ello que la acción que ejercita el asegurador es de la misma naturaleza y con el mismo alcance que la ostentada por el asegurado contra el tercero responsable hasta que el pago de la indemnización del seguro operó el cambio de titularidad a favor del asegurador. Consecuencia del carácter derivativo de la acción que ejercita el asegurador es que ésta se haya sometida al mismo plazo de prescripción que tenía cuando el titular de aquel derecho de reclamación era el asegurado.

En efecto, la identidad del crédito que adquiere el asegurador comporta que el plazo de prescripción a que está sometida la acción del asegurador subrogado, sea el mismo que correspondía a la acción que ostentaba el asegurado frente al responsable del siniestro antes de producirse la subrogación, y no el de dos años que determina el art. 23 LCS para los seguros de daños. La prescripción que se señala en el citado artículo hace referencia a las acciones que se deriven del contrato del seguro, pero la acción en la que se subroga el asegurador no proviene de dicho contrato, sino que surge del hecho

que origina la responsabilidad del tercero frente al asegurado, por lo que estará sometida al régimen determinado por la naturaleza del crédito del que deriva⁷²¹. En consecuencia, si el crédito del asegurado contra el tercero se originó en una relación extracontractual el Código Civil⁷²² determina una prescripción de un año, computando su inicio desde el momento en que el agraviado tiene conocimiento de ello⁷²³. Ahora bien, si el crédito en el que se subroga el asegurador es de naturaleza contractual, el plazo de prescripción para ejercer la acción que de éste se deriva será el que se determine en la norma reguladora de dicho contrato.

De cualquier modo, el subingreso del asegurador en el crédito del asegurado no provoca ninguna alteración del régimen de prescripción de la acción que ostentaba este último frente al tercero responsable. Así, el plazo de prescripción, el inicio de su cómputo y el régimen de la interrupción dependerán de la naturaleza del crédito que da origen a la acción que el asegurado transmite al asegurador. Consecuentemente, la subrogación no comporta una interrupción del plazo de prescripción propio de la acción de la que era titular el asegurado, por lo tanto, el cómputo del plazo de la acción adquirida por el asegurador se inicia desde el día en que el asegurado pudo ejercitar la acción, no desde que efectuó el pago de la indemnización⁷²⁴. De otro modo, si el régimen de prescripción fuese distinto por el hecho de que el

⁷²¹ SÁNCHEZ CALERO, F., «Art. 43 LCS» en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 969; PICARD M./BESSON, A., *Les Assurances Terrestres en Droit Français. (Le contrat d'assurance)*, cit., p. 514.

⁷²² Respecto a la prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual debemos tener en cuenta la existencia de las diferentes legislaciones autonómicas en el ámbito del Derecho Civil. En concreto, el Código Civil de Catalunya, en el Libro primero, el art. 121-21, determina que el plazo de prescripción de las acciones derivadas de responsabilidad extracontractual es de tres años.

⁷²³ El art. 1968 CC establece la prescripción de un año para exigir la responsabilidad civil por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el art. 1902 CC, desde que lo supo el agraviado.

⁷²⁴ V. STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 7 de diciembre de 2006, Ponente Román García Varela, F.J. 2.º (RJ 2006/8161).

asegurador sucede al asegurado en la acción de reclamación de responsabilidad frente al tercero, podría comportar un perjuicio para este último⁷²⁵.

Por lo tanto, cuando la acción de responsabilidad surge a raíz del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de un contrato de transporte de mercancías terrestre por parte del transportista, el cómputo del plazo prescriptivo de dicha acción quedará subordinado a lo que se establezca en la regulación a la que está sometido dicho contrato. En este caso, tratándose de un transporte de mercancías interno, la LCTTM⁷²⁶ establece el plazo general de prescripción de un año para las acciones que se deriven del transporte en ella regulado. Sin embargo, dicho plazo se amplía a dos años cuando la acción resulte de una «actuación dolosa o con una infracción consciente y voluntaria del deber jurídico asumido que produzca daños». Asimismo, si estamos ante un contrato de transporte internacional de mercancías, el Convenio CMR⁷²⁷ establece un plazo general de prescripción de un año. En cambio, si la acción de reclamación de responsabilidad en el transporte internacional surge de una actuación dolosa o de una falta equivalente al dolo, el plazo de prescripción es superior al regulado en la LCTTM ya que se hace extensible en el citado Convenio a tres años.

Para aplicar el plazo de prescripción de dos años que establece la LCTTM, o el de tres años que determina el Convenio CMR, en el ejercicio de la acción de responsabilidad contra el porteador, corresponde al asegurador que se subroga probar la concurrencia de dolo o falta equivalente en la producción del siniestro imputable a dicho porteador. Así lo ha declarado el Tribunal

⁷²⁵ V. GASPERONI, N., *Assicurazioni private*, cit., pp. 425-426, quien hace referencia a la falta de lógica y a la «absurdidad» de que el plazo de prescripción mutase dependiendo de que el sujeto que reclama contra el tercero fuese el asegurado o el asegurador; también SÁNCHEZ CALERO, F., «Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 970.

⁷²⁶ Art. 79.1 LCTTM

⁷²⁷ El art. 32.1 del Convenio CMR determina que «Las acciones a las que pueda dar lugar el transporte regulado por este Convenio prescriben al año. Sin embargo, en el caso de dolo o de falta equivalente a dolo según la Ley de la jurisdicción escogida, la prescripción es de tres años»

Supremo en la sentencia de 13 de mayo de 2008⁷²⁸ en referencia a un transporte internacional de mercancías por carretera sometido al régimen del Convenio CMR, en la que, manifestando su disconformidad con el argumento expuesto en el fallo de la sentencia apelada, señaló que no cabe confundir la existencia de culpa del porteador, que sí se presume, con la existencia de dolo, que no cabe presumir.

Por otro lado, los actos realizados por el asegurado para la interrupción de la prescripción antes de que se produzca la subrogación favorecen al asegurador que le sucede en la misma posición jurídica que tenía frente al tercero⁷²⁹. Sin embargo, los actos interruptores de la prescripción que realiza el asegurado frente al asegurador no inciden, por sí solos, en la interrupción de la prescripción frente al tercero. Ello es debido a que la obligación del asegurador con el asegurado es jurídicamente distinta de la que tiene el tercero respecto a éste, de forma que no existe ninguna solidaridad entre ambas⁷³⁰. Por lo tanto, la falta del vínculo de solidaridad imposibilita la aplicación del art. 1974 CC⁷³¹ que hace extensible la interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias.

⁷²⁸ STS,(Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 13 de mayo de 2008, Ponente Jesús Corbal Fernández, F.J. 2.º (RJ 2008/3066), en la que el Tribunal discrepa del criterio seguido por la sentencia de la Audiencia en la que fundamenta la prescripción extintiva de tres años que determina el art. 32.1 del Convenio CMR cuando haya habido dolo o falta equivalente, en que la parte demandada, esto es, el porteador, no había probado que la causa de pérdida total de la mercancía se debía al robo del camión en que se transportaban mientras se hallaba estacionado en una localidad del trayecto en Italia. Al respecto el Tribunal Supremo concluye que «Del argumento expuesto, que como se ha dicho, es razón determinante del fallo, resulta que se presume la existencia de dolo o falta equivalente (culpa grave) en el porteador, pues el juzgador “a quo” sienta tal criterio de imputación sobre la única base fáctica de la inactividad probatoria de la parte demandada, a quien expresamente atribuye la carga de la prueba, con lo cual se confunde la existencia de culpa que sí se presume, con la existencia de dolo (o culpa equiparable, según el C.M.R., que es la lata) que no cabe presumir».

⁷²⁹ SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 970; STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 7 de diciembre de 2006, Ponente Román García Valera, F.J. 2.º (RJ 2006/8161).

⁷³⁰ DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazione Private*, vol. II, cit., p. 480.

⁷³¹ El primer apartado del art. 1974 CC determina que «La interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores».

Consecuentemente, cuando la acción de reclamación de responsabilidad se dirige contra varios obligados, la falta de solidaridad entre ellos comporta que los actos realizados por el asegurado, o por el asegurador subrogado, para la interrupción de la prescripción frente a uno de ellos, no se hacen extensibles al resto de las personas obligadas. Así se afirma en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2003⁷³², en la que se recoge la doctrina fijada a partir de un acuerdo de la Junta General de los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, adoptado en los siguientes términos: «El párrafo primero del artículo 1974 del Código Civil únicamente contempla efecto interruptivo en el supuesto de las obligaciones solidarias en sentido propio cuando tal carácter deriva de norma legal o de pacto convencional, sin que pueda extenderse al ámbito de la solidaridad impropia, como es la derivada de la responsabilidad extracontractual cuando son varios los condenados judicialmente». No obstante, se puntualiza en la sentencia, «este acuerdo se considera sin perjuicio de aquellos casos en los que por razones de conexidad o dependencia, pueda presumirse el conocimiento previo del hecho de la interrupción, siempre que el sujeto en cuestión haya sido también demandado».

La citada doctrina cuenta con precedentes jurisprudenciales, entre ellos, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1994,⁷³³ en relación a un transporte de mercancías en el que la entidad aseguradora, en calidad de subrogada en los derechos de la asegurada y propietaria de las mercancías siniestradas, demandaba a las dos entidades transportistas que intervinieron en el transporte, la que contrató el transporte con la asegurada y la entidad subcontratada por aquella para su ejecución. En la sentencia recurrida, la Audiencia confirmó que no existía una relación de solidaridad entre las

⁷³² STS,(Sala de lo Civil, Sección Única), de 14 de marzo de 2003, Ponente José Almagro Nosete, F.J. 1.º, (RJ 2003/3645).

⁷³³ STS (Sala de lo Civil), de 13 de octubre de 1994, Ponente Antonio Gullón Ballesteros, F.J. 2.º (RJ 1994/7483).

transportistas demandadas, dado que una de ellas, en concreto, la transportista con la que la asegurada contrató el transporte, había sido absuelta por el Juzgado de primera Instancia, a pesar de lo cual, dio valor a la carta de reclamación del agente de la entidad aseguradora dirigida a la transportista absuelta, para interrumpir la prescripción de la acción contra la otra transportista codemandada. El Tribunal Supremo casa y anula la sentencia de la Audiencia y declara que la demanda sólo ha de verse en relación con la transportista condenada, no valiendo ninguna actividad interruptora de la prescripción que hubiera realizado contra la codemandada absuelta. A este respecto puntualiza que «el acto interruptivo de la prescripción exige, no sólo la actuación del acreedor, sino que llegue a conocimiento del deudor su realización». Este segundo requisito es el que faltaba en el caso de autos al no haberse probado que el asegurador o su representante hicieran extensiva su reclamación a la transportista condenada en Primera Instancia, sino sólo a la que resultó absuelta, que ninguna relación solidaria tenía con la primera, no existiendo, por lo tanto, base para la aplicación del apartado primero del art. 1974 del Código Civil⁷³⁴.

Esta doctrina es acogida también en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1998⁷³⁵ respecto a un transporte internacional de mercancías por carretera sujeto al Convenio CMR, en la que la entidad aseguradora que indemnizó a su asegurada por la pérdida de las mercancías actúa como demandante, en posición de subrogada en los derechos y acciones de aquella, contra las transportistas codemandadas, en razón de lo dispuesto en el art. 34 del Convenio aplicable. El Tribunal desestima la excepción de prescripción de la acción opuesta por los codemandados y considera que el plazo de prescripción

⁷³⁴ En este mismo sentido, v. la STS (Sala de lo Civil, Sección Única), de 5 de junio de 2003, Ponente Francisco Marín Castán, F.J. 2.^ª (RJ 2003/4124).

⁷³⁵ STS (Sala de lo Civil), de 29 de junio de 1998, Ponente José Almagro Nosete, FF.JJ. 2.^º, 5.^º y 7.^º (RJ 1998/5282).

de la acción quedó interrumpido cuando la entidad asegurada formalizó reclamación por escrito de los daños, dirigida a la mercantil con la que contrató el transporte, y, apreciando la responsabilidad solidaria de los codemandados, como portadores en la ejecución de un transporte sucesivo de mercancías, de conformidad con los arts. 34 y 3 del Convenio, les condena solidariamente al pago de la indemnización.

Siguiendo el criterio de la extensión del efecto interruptor de la prescripción en las obligaciones solidarias, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2008⁷³⁶ considera probado, conforme a lo establecido en el art. 32.2 del Convenio CMR, que la suspensión⁷³⁷ del plazo de prescripción se produjo en el momento de la reclamación por escrito de la entidad aseguradora subrogada en los derechos y acciones de la asegurada, a la entidad transportista responsable de la pérdida de las mercancías. Dicha suspensión es extensible a la entidad aseguradora de la transportista codemandada en virtud de su responsabilidad solidaria conforme al art. 76 LCS, por lo que se desestiman, en este caso, las excepciones de falta de legitimación pasiva y de prescripción de la acción opuestas por la aseguradora de la responsabilidad civil de la transportista.

2.- CÓMPUTO DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN EN EL CONVENIO CMR

La actividad del transporte se caracteriza por su gran dinamismo. En este contexto, a la hora de dirimir con la máxima celeridad las posibles controversias, cobra especial importancia la función de la prescripción extintiva referida a las acciones para reclamar los incumplimientos contractuales

⁷³⁶ STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 13 de mayo de 2008, Ponente Jesús Corbal Fernández, F.J. 4.º (RJ 2008/3066).

⁷³⁷ En esta sentencia el Tribunal Supremo determina que la reclamación por escrito dirigida al transportista no interrumpe la prescripción, sino que la suspende hasta que el transportista la rechace por escrito. De todos modos, los efectos de la suspensión son extensibles a la aseguradora de la transportista demandada.

derivados de la ejecución del transporte⁷³⁸. A estos efectos, debemos tener presente que el fundamento de la prescripción extintiva se halla en «la necesidad de poner término a las situaciones de incertidumbre en el ejercicio de los derechos y en la presunción de abandono por parte de su titular»⁷³⁹. Es decir, mediante el otorgamiento de las acciones se concede a la persona el poder de pedir la tutela judicial para los derechos de los cuales se considera su titular. Pero el Ordenamiento jurídico⁷⁴⁰ no permite, por ser contrario al interés social, la incertidumbre jurídica que genera el ejercicio tardío de los derechos. En consecuencia, la prescripción actúa provocando la extinción de dicho ejercicio por el transcurso del tiempo establecido por la ley⁷⁴¹. De esta forma, la prescripción interviene en el ámbito de los derechos patrimoniales⁷⁴² que han nacido, en un principio, con carácter ilimitado, para permitir al obligado negarse a la exigencia de su cumplimiento por parte del titular cuando haya finalizado el término señalado legalmente para su ejercicio⁷⁴³. Así, se afirma que la prescripción no es una causa de extinción del derecho, que persiste para su

⁷³⁸ En este sentido, v. EMPARANZA SOBEJANO, A., «La prescripción de las acciones en el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR)», en *RGD*, n.º 579, 1992, pp. 11713-11738, p. 11713.

⁷³⁹ PUIG BRUTAU, J., *Caducidad, prescripción extintiva y usucapión*, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1996, p. 32.

⁷⁴⁰ El art. 1930 CC se refiere, en primer lugar, a la prescripción adquisitiva para el dominio y demás derechos reales y, en el segundo párrafo, dedicado a la prescripción extintiva, manifiesta que «También se extinguen del propio modo por la prescripción los derechos y las acciones, de cualquier clase que sean».

⁷⁴¹ Subraya ALBALADEJO, M., *Derecho Civil I, Introducción y parte general*, vol. II, 11.ª ed., Bosch, Barcelona, 1991, pp. 496-498, que no existe acuerdo sobre si realmente prescribe el derecho o la acción que corresponde para hacerlo efectivo, o si en realidad ambos subsisten y la prescripción consiste sólo en que la ley faculta al sujeto pasivo para que, amparándose en el transcurso del tiempo, se niegue hacer lo que debe cuando se le reclame pasado el plazo de prescripción. El autor se decanta por esta última tesis que comporta que, pasado un cierto tiempo en que se mantiene la inactividad del derecho, el Ordenamiento lo deja a la voluntad el sujeto pasivo, retirando al titular el poder de imponerlo a aquél. Añade Albaladejo que el hecho de retirar al titular el poder de imponer un derecho no implica su extinción y, si a ello le sumamos la terminología de la ley al regular la prescripción, parece claro que son las acciones las que se extinguen por efecto de prescripción.

⁷⁴² ALBALADEJO, M., *Derecho Civil I, Introducción y parte general*, vol. II, cit., p. 501.

⁷⁴³ A diferencia de la prescripción, la caducidad «significa que una facultad o derecho potestativo nace con un plazo de vida, y que pasado éste se extingue», v. ALBALADEJO, M., *Derecho Civil I Introducción y parte general*, vol. II, cit., p. 537.

titular, sino el fundamento para una excepción que opone el sujeto pasivo para no cumplir lo que debe⁷⁴⁴. Es por ello que la prescripción no puede actuar automáticamente ni ser apreciada de oficio, sino que debe ser alegada a modo de excepción por quien pretende valerse de ella, esto es, por la parte obligada frente al titular del derecho⁷⁴⁵.

Como hemos dicho en el epígrafe anterior⁷⁴⁶, el apartado primero del art. 32 del Convenio CMR establece de forma general el plazo de un año⁷⁴⁷ para las reclamaciones⁷⁴⁸ derivadas de las operaciones de transporte sometidas al Convenio. Este plazo general se amplía a tres años cuando la acción se interpone en reclamaciones procedentes de actitud o conducta dolosa por parte de aquél a quien se reclama⁷⁴⁹. Ambos plazos se establecen de forma imperativa, como consecuencia del carácter inderogable de las disposiciones

⁷⁴⁴ V. PUIG BRUTAU, J., *Caducidad, prescripción extintiva y usucapión*, cit., p. 33., con cita de LARENZ, K., *Derecho Civil. Parte General*, Madrid, 1978, p. 328.

⁷⁴⁵ PUIG BRUTAU, J., *Caducidad, prescripción extintiva y usucapión*, cit., p. 83.

⁷⁴⁶ V. *supra* epígrafe 1.

⁷⁴⁷ Como explica EMPARANZA SOBEJANO, A., «La prescripción de las acciones en el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR)», cit., p. 11717, el término de un año era el plazo vigente en materia de prescripción para las reclamaciones derivadas del contrato de transporte establecido en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los países europeos cuyos representantes intervinieron en la redacción del Convenio, como Italia, Francia, Austria y Alemania. Con dicha limitación temporal se pretendía el doble objetivo de respetar y compatibilizar dichos regímenes legales.

⁷⁴⁸ El plazo común de prescripción se establece de forma general para las reclamaciones surgidas a raíz del transporte, promovidas tanto por el usuario como por el transportista, y también, en su caso, por la entidad aseguradora subrogada en los mismos derechos y acciones que tenía su asegurado como sujeto afectado por la actividad del transporte.

⁷⁴⁹ Para la aplicación del plazo de prescripción de tres años es necesario que el dolo sea acreditado por quien lo alega, lo que normalmente ocurrirá ante un tribunal, que será el que confirmará su existencia o no, en la conducta enjuiciada; v. STS (Sala de lo Civil), de 31 de mayo de 2001, Ponente José de Asís Garrote, F.J. 3.º (RJ 2001/3877). El problema puede suscitarse cuando el tribunal desestime la existencia de dolo en el caso de que la demanda se hubiera interpuesto una vez transcurrido el plazo general de un año, lo que comportaría la prescripción de la acción.

contenidas en el Convenio⁷⁵⁰, de manera que no podrán ser aumentados o disminuidos por las partes⁷⁵¹.

El art. 32.1CMR establece el inicio del cómputo de los plazos de prescripción en función del fundamento de la reclamación. De esta forma, los plazos empezarán a contar: a) para el caso de pérdida parcial avería o retraso desde el día en que se entregó la mercancía⁷⁵²; en caso de pérdida total⁷⁵³, desde treinta días después de la expiración del plazo convenido, o, si no se convino ninguno, desde sesenta días después de la toma de la carga; c) en los demás

⁷⁵⁰ El art. 41.1 del Convenio determina la nulidad y la ineficacia de las cláusulas interpuestas por las partes que directa o indirectamente deroguen el Convenio.

⁷⁵¹ V. EMPARANZA, SOBEJANO, A., «La prescripción de las acciones en el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR)», cit., p. 11716, nota (8), quien observa que no obstante el carácter imperativo con que se establecen los plazos de prescripción, se admite la modificación de este plazo cuando las partes se hayan sometido voluntariamente a las normas del Convenio, aunque señala que de hecho, «persistan las divergencias sobre su alcance, conforme a la regulación interna de cada ordenamiento».

⁷⁵² En la redacción del artículo no se especifica a quien debe de efectuarse la entrega, pero la lógica hace suponer que se refiere a la entrega al destinatario de la mercancía en el lugar designado para ello. En este sentido, EMPARANZA SOBEJANO, A., «La prescripción de las acciones en el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR)», cit., pp. 11720-11721, pone de manifiesto la dificultad que comporta la delimitación del concepto «entrega» a los efectos de establecer el punto de inicio del cómputo del plazo de prescripción señalado en los supuestos contemplados en la norma. Sobre esta cuestión, señala Emparanza que han sido las decisiones adoptadas por los Tribunales las que han permitido perfilar los contornos de esta noción efectuando una interpretación *praeter legem* del término en cuestión. De esta forma la entrega comporta «la aceptación y posterior recogida física de las mercancías» por el destinatario o su agente en el destino fijado. Por lo tanto, aunque las mercancías hayan llegado al lugar de la entrega, no se entenderá cumplida tal condición hasta que hubiesen sido recogidas por un sujeto legitimado para ello. En este mismo sentido SÁNCHEZ-GAMBORINO, F.J., *El contrato de transporte internacional. CMR*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 290-291, indica que el inicio del cómputo del plazo se corresponde con la fecha de la entrega en destino, señalando que bajo otro punto de vista también se ha considerado que hay entrega en destino cuando se efectúa al remitente en vía de retorno. Por el contrario, y entendemos que haciendo una interpretación errónea de la norma en cuestión, en la STS de 29 de junio de 1998, (RJ 1998/635), cit., F.J. 2.º, se consideró que el plazo de prescripción empezó a correr el día en que el usuario entregó la mercancía a la transportista con la que había concertado el contrato de transporte.

⁷⁵³ Al respecto, SÁNCHEZ-GAMBORINO, F.J., *El contrato de transporte internacional. CMR*, cit., pp. 291-292, puntualiza que la pérdida total no siempre significa la de la totalidad de la carga transportada por el vehículo, sino también la de cualquier mercadería que unitariamente se constituya como objeto de un contrato independiente.

casos, desde los tres meses a partir de la conclusión del contrato de transporte⁷⁵⁴.

Atendiendo a los supuestos descritos en este artículo, se ha apreciado por algunos autores la existencia de un doble perfil objetivo en cuanto al establecimiento del régimen de prescripción⁷⁵⁵. Así, se observa que en primer lugar, las letras a) y b) del art. 32.1 CMR hacen referencia a «los clásicos incumplimientos contractuales del porteador», derivados del desarrollo de la actividad del transporte contenidos en el régimen general de responsabilidad contractual del transportista. Los supuestos que generan la responsabilidad del porteador, de acuerdo con previsto en el Convenio, se resumen básicamente en tres⁷⁵⁶: la pérdida⁷⁵⁷ total⁷⁵⁸ o parcial⁷⁵⁹ de la mercancía, las averías⁷⁶⁰ y el

⁷⁵⁴ El cómputo del plazo de prescripción señalado en el apartado c) del art. 32.1 del Convenio es el que ha suscitado una mayor problemática a la hora de determinar la concreta duración de dicho plazo por parte de la doctrina y la jurisprudencia. Al respecto, EMPARANZA SOBEJANO, A., «La prescripción de las acciones en el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR)», cit., pp. 11718-11720, pone de manifiesto que en ocasiones la doctrina ha realizado un cómputo erróneo del plazo prescriptivo regulado en la letra c) del art. 32.1 cuando ha sumado el plazo previo comprendido entre el momento de la celebración del contrato y el inicio del cómputo prescriptivo, con el plazo prescriptivo *stricto sensu*, de suerte que el plazo resultante es de 15 meses. Incidiendo en lo erróneo de este razonamiento, objeta el autor que una correcta interpretación del dictado de la norma permite constatar que «el momento a partir del cual es ejercitable la reclamación difiere en el tiempo del nacimiento del derecho a la misma dado que se configura como una relación obligatoria sometida a término inicial», lo que comporta que el derecho surgido con ocasión de la relación obligatoria, no podrá ser ejercitado hasta la llegada de una fecha predeterminada. De esta forma, coincidimos con Emparanza al afirmar que surgirán los efectos prescriptivos cuando transcurran los tres meses desde la fecha de la conclusión del contrato. Por lo tanto, a partir de esa fecha se inicia el plazo general de prescripción de un año establecido en el art. 32 del Convenio. En un sentido contrario, SÁNCHEZ-GAMBORINO, F.J., *El contrato de transporte internacional. CMR*, cit., p. 293, considera correcta la interpretación de que el plazo de prescripción señalado en la letra c) del art. 32.1 del Convenio CMR es de 15 meses.

⁷⁵⁵ V. EMPARANZA, SOBEJANO, A., «La prescripción de las acciones en el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR)», cit., p. 11723, en referencia a KÖLLER, I., *Kommentar zu Spedition und Strassentransport*, München, 1990, p. 781.

⁷⁵⁶ V. art. 17 del Convenio CMR en el que se recogen los supuestos que generan la responsabilidad del porteador por incumplimiento del deber básico en la actividad del transporte, de hacer llegar las mercancías a su lugar de destino en el mismo estado en que se encontraba cuando se inició el transporte y en el plazo convenido.

⁷⁵⁷ V. GARRIGUES, J., *Curso de derecho mercantil*, T. II, cit., p. 226, quien puntualiza que hay pérdida no sólo cuando la mercancía perece sino también cuando, por los motivos que sean, el porteador no realiza su entrega en el lugar de destino

retraso⁷⁶¹. En segundo lugar, la letra c) del artículo alude «al resto de las reclamaciones planteables» tanto del porteador como del usuario del transporte, o de cualquier persona legitimada como acreedora de la prestación del transporte⁷⁶². De esta forma, ante la limitación de los supuestos concretados en los dos primeros apartados, se introduce este tercero, que, con carácter residual y subsidiario⁷⁶³, viene a acomodar toda una amplia gama de causas de reclamación que se dan en la práctica y no se hayan recogidos en los dos apartados que le preceden. Esta disposición general permite la integración de las diversas contingencias suscitadas con motivo del contrato de transporte y que no coinciden con aquellas detalladas de forma separada. Como señala EMPARANZA,⁷⁶⁴ el tipo de lesión amparado bajo este tercer apartado del art. 32.1, «no resulta comprendido bajo la rúbrica de los incumplimientos contractuales del porteador, sino que abarca aquellas otras circunstancias, que posean asimismo una conexión directa con la realización del transporte». A modo de

⁷⁵⁸ La pérdida total significa que no se entrega en el lugar de destino ninguno de los efectos confiados al porteador, v. GÓRRIZ LÓPEZ, C., *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías*, cit., p. 358.

⁷⁵⁹ Observa GARRIGUES, J., *Curso de derecho mercantil*, T. II, cit., p. 226, que habrá pérdida parcial cuando el porteador entrega sólo una parte de los objetos que transportaba, o bien, los entrega todos, pero con una disminución en su peso o en su medida.

⁷⁶⁰ La avería comporta una alteración sustancial de la mercancía que implica una pérdida de su valor; así GARRIGUES, J., *Curso de derecho mercantil*, T. II, op. cit., p. 226 y EMPARANZA SOBEJANO, A., «La prescripción de las acciones en el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR)», cit., p. 11725, quien subraya que el rasgo fundamental de la avería es que el desperfecto o modificación de la mercancía reviste el carácter de irreversible.

⁷⁶¹ En la letra a) del art. 32.1 del Convenio CMR se utiliza el término «mora» para referirse al retraso en la entrega de las mercancías. Por su parte, el art. 19 del Convenio regula los perfiles de esta forma de incumplimiento contractual del porteador en función de la existencia o no de un plazo previsto contractualmente para la entrega de la mercancía. GÓRRIZ LÓPEZ, C., *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías*, cit., p. 361, observa que el retraso en la entrega supone el incumplimiento temporalmente defectuoso del deber de porte, que, a diferencia de la pérdida y de la avería, no afecta, en principio, el deber de protección del porteador sino al de prestación.

⁷⁶² V. EMPARANZA SOBEJANO, A., «La prescripción de las acciones en el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR)», cit., p. 11723.

⁷⁶³ Así, SÁNCHEZ-GAMBORINO, F.J., *El contrato de transporte internacional. CMR*, cit., p. 292.

⁷⁶⁴ EMPARANZA SOBEJANO, A., «La prescripción de las acciones en el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR)», cit., p. 11727.

ejemplo⁷⁶⁵, las reclamaciones podrían motivarse en el impago de portes y gastos, el pago de indemnizaciones por paralización del vehículo, reparación de daños causados al vehículo, el no cobro en destino del reembolso estipulado, o no exigencia de documento justificativo del pago de la mercancía, la falta de ejecución del contrato de transporte, el rechazo de la recepción de la mercancía por el destinatario, etc.

3.- CÓMPUTO DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN CONFORME A LA LCTTM

La LCTTM ha señalado el plazo general único de un año de prescripción para las acciones derivadas de los contratos de transportes⁷⁶⁶. Cuando la acción se fundamente en una actuación dolosa o una infracción consciente y voluntaria del deber asumido, de la que se deriva como consecuencia de los daños que originan tal acción, el plazo de prescripción será de dos años⁷⁶⁷. Estos plazos se establecen con carácter imperativo, de forma que permanecen inmodificables por las partes, que no podrán aumentarlos ni disminuirlos⁷⁶⁸.

Las reglas específicas para determinar el inicio del cómputo del plazo se detallan en el segundo apartado del art. 79 LCTTM. Al igual que en la Convención CMR, el momento del inicio del cómputo del plazo de prescripción se determina en función de la naturaleza de la reclamación, coincidiendo mayoritariamente con el Convenio en los supuestos determinantes de los incumplimientos contractuales.

Así, de conformidad con el art. 79 LCTTM los plazos de prescripción empezarán a contar. 1.º) En las acciones de indemnización por pérdida parcial o

⁷⁶⁵ Ejemplos extraídos de SÁNCHEZ-GAMBORINO, F.J., *El contrato de transporte internacional. CMR*, cit., p. 292.

⁷⁶⁶ En el apartado V del Preámbulo de la LCTTM se incide que en el señalamiento del plazo de prescripción de las acciones derivadas del contrato de transporte, se ha seguido la regla general de un año contemplado en el CCom.

⁷⁶⁷ V. art 79.1 LCTTM

⁷⁶⁸ El art. 78 LCTTM determina el carácter imperativo de las normas contenidas en el Capítulo IX referido a la prescripción de las acciones derivadas de la aplicación de la ley.

avería en las mercancías o por retraso, desde su entrega al destinatario⁷⁶⁹. 2.º) En las acciones de indemnización por pérdida total de las mercancías, a partir de los veinte días de la expiración del plazo de entrega convenido o, si no se ha pactado plazo de entrega, a partir de los treinta días del momento en que el porteador se hizo cargo de la mercancía⁷⁷⁰. 3.º) En todos los demás casos, incluida la reclamación del precio del transporte, de la indemnización por paralizaciones o derivada de la entrega contra reembolso y de otros gastos del transporte, transcurridos tres meses a partir de la celebración del contrato de transporte o desde el día en que la acción pudiera ejercitarse, si fuera posterior.

Es en este último apartado 3.º) donde la LCTTM establece una novedad con respecto al Convenio CMR. Se trata de un precepto en el que se prevé la inclusión de otras posibles causas de reclamación, distintas de las señaladas de forma individualizada en los dos apartados precedentes en los que se hace referencia expresa a las reclamaciones motivadas por los incumplimientos del porteador. En este sentido, el apartado 3.º) hace una referencia genérica «a todos los demás casos» que motiven una reclamación por daños patrimoniales directamente relacionados con el transporte⁷⁷¹, pero a diferencia de su homónimo en el Convenio CMR, se concretan algunos de los supuestos que

⁷⁶⁹ A diferencia del Convenio CMR, que en este punto determina el inicio del plazo «a partir del día en que se entregó la mercancía», sin especificar quien ha de ser el receptor de la mercancía, en la LCTTM se concreta oportunamente que el plazo empezará a contar desde la entrega al destinatario.

⁷⁷⁰ La pérdida total de la mercancía implica la imposibilidad de cumplir con la obligación asumida por el porteador de la entrega al destinatario, por ello, la LCTTM emplea como punto de referencia para el inicio del cómputo de la prescripción el plazo que se hubiere convenido para la entrega. Si no se hubiere pactado ese plazo de entrega, la referencia se establece respecto al momento en que el porteador se hizo cargo de la mercancía.

⁷⁷¹ EMPARANZA SOBEJANO, A., «Comentario Art. 78 y 79 LCTTM», en DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F.; MARTÍNEZ SANZ, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 887-900, p. 895, señala que quedarán fuera de este grupo aquellas reclamaciones originadas en operaciones necesarias para la ejecución del transporte, pero cuya realización no se incluyen en las obligaciones propias del contrato, citando a modo de ejemplo el depósito de las mercancías o la formulación de documentos.

encuentran cobijo legal en esta disposición⁷⁷². Lejos de ser exhaustivo, y sólo a título de ejemplo, se recogen algunos de los motivos que se suscitan con mayor frecuencia como base de las reclamaciones provenientes del porteador.

4.- INTERRUPCIÓN Y SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EN EL CONVENIO CMR. SUS EFECTOS JURÍDICOS

Una vez vistos los plazos de prescripción señalados en el Convenio CMR, así como las reglas para su cómputo, interesa en este apartado examinar cómo se tratan las hipótesis que inciden en la paralización del curso normal de la prescripción, y, consecuentemente, sus efectos en las reclamaciones surgidas a raíz de un transporte internacional de mercancías.

Insistimos en que es especialmente interesante estudiar con atención la regulación que hace el apartado segundo del art. 32 del Convenio CMR de la paralización de los efectos extintivos de la prescripción –la interrupción y la suspensión– por la especial problemática que ha comportado su interpretación y aplicación por nuestros Tribunales. A este respecto, creemos conveniente adelantar, como veremos a continuación con mayor detenimiento, que la equívoca interpretación y aplicación jurisprudencial que se ha hecho de este precepto se debe a la circunstancia de que la suspensión de la prescripción, aunque no ha sido desconocida en el Derecho estatal, y queda vestigios de ella en alguna norma⁷⁷³, no se reconoce en el Código Civil. De ahí que la forma general prevista en nuestro Ordenamiento para interferir en el transcurso de los plazos de prescripción ha sido tradicionalmente la interrupción.

⁷⁷² Respecto al apartado c) del Convenio CMR, la doctrina se ha mostrado crítica por su falta de concreción y la dificultad que ello comportaba en la tarea de acotar las hipotéticas reclamaciones a las que se les podía aplicar este cómputo de plazo de prescripción. Al respecto v. EMPARANZA SOBEJANO, A., «La prescripción de las acciones en el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR)», cit., pp. 11727-11731.

⁷⁷³ El art. 955 CCom dispone que el Gobierno podrá suspender los plazos de prescripción señalados en el Código para las operaciones mercantiles, en los casos de guerra, epidemia oficialmente declarada o revolución.

No obstante, la situación planteada, en referencia a la falta de regulación de la suspensión de la prescripción, que ha condicionado la interpretación del art. 32.2 del Convenio CMR, ha quedado alterada desde la entrada en vigor de la LCTTM. Esta ley, como estudiaremos en el siguiente epígrafe, establece un supuesto específico, similar al contemplado en el CMR, para el que se determina de forma expresa el efecto de suspender la prescripción de la acción derivada del transporte.

Centrándonos en la paralización del curso de la prescripción indicado en el Convenio, el apartado segundo del art. 32 determina que «La reclamación escrita interrumpe la prescripción hasta el día en que el transportista rechace la reclamación por escrito y devuelva los documentos que acompañan a la misma. En caso de aceptación parcial a la reclamación, la prescripción no vuelve a tomar su curso más que por la parte reclamada que continúa en litigio. (...) Las reclamaciones ulteriores que tengan el mismo objeto no interrumpen la prescripción». Pues bien, la principal cuestión que plantea la interpretación de este precepto es determinar si a la reclamación escrita se le debe otorgar una eficacia suspensiva o interruptora de la prescripción, pues de ello se desprenden importantes implicaciones prácticas, en el sentido de posibilitar o no, el ejercicio de las acciones derivadas del transporte regulado por el Convenio CMR.

En primer lugar, debemos constatar que conforme al dictado del artículo en la versión castellana del Convenio, producida la reclamación por parte del acreedor se interrumpe la prescripción, lo que comportará que empezaría a contar de nuevo el plazo general de prescripción de un año, o el de tres en caso de la concurrencia de dolo. Esta interpretación se deduciría del vocablo «interrumpe» utilizado en la norma al referirse a los efectos que produce la

reclamación escrita sobre los plazos de prescripción⁷⁷⁴. No obstante, señala EMPARANZA, las versiones reproducidas en los idiomas oficiales de redacción del Convenio utilizan el término «*suspend*» tanto en la versión francesa como en la inglesa⁷⁷⁵. Es decir, en las versiones redactadas en las lenguas oficiales del Convenio se aplica el régimen de la suspensión como mecanismo de paralización de la prescripción, a diferencia de la versión castellana que, como manifiesta este autor, «sostiene la expresa alusión a la interrupción como forma de paralización de la prescripción por antonomasia»⁷⁷⁶.

La discordancia señalada en el régimen aplicable para paralizar los efectos extintivos de la prescripción, se ha justificado por la circunstancia de que el Código Civil no reconoce la posibilidad de la suspensión de la prescripción y sólo regula la interrupción. A este respecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1985⁷⁷⁷, acerca de la aplicación del art. 32 del Convenio CMR, declaraba que en nuestro Derecho Civil, contrariamente a lo que ocurre en otras legislaciones foráneas, no es conocida la figura de la suspensión de la prescripción, de consecuencia que [«en nuestro Código Civil

⁷⁷⁴ Así, CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L., «El transporte internacional de mercancías por carretera», en CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L., (Dir.), *El contrato de transporte*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, pp. 249-302, p. 301, señala que la reclamación escrita, a la que hace referencia el apartado segundo del art. 32 CMR «interrumpe» la prescripción.

⁷⁷⁵ V. EMPARANZA SOBEJANO, A., «La prescripción de las acciones en el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR)», cit., pp. 11735-11736, subraya que no se trata de un error técnico de traducción de las redacciones oficiales dado que en el apartado siguiente se efectúa con precisión la traslación del vocablo discutido.

⁷⁷⁶ EMPARANZA SOBEJANO, A., «La prescripción de las acciones en el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR)», cit., pp. 11734-11735 señala que al establecer plazos perentorios de reclamación de breve duración, unido a la circunstancia de que sólo a la primera reclamación se le otorga una eficacia interruptiva o suspensiva, refuerzan las cautelas encaminadas a impedir un alargamiento excesivo del proceso. No obstante, puntualiza el autor, «Este loable afán podría quedar en gran parte atenuado –y de este modo ha acontecido para la dogmática española al referirse a la interrupción como figura aplicable-, si se admitían fenómenos que restasen eficacia a la vía reclamativa». A tal fin, añade EMPARANZA «hubiera sido ciertamente razonable propugnar el establecimiento de la suspensión –en detrimento de la interrupción como fórmula paralizante- de la prescripción de este Convenio, al estimarse que este mecanismo facilita la consecución de los objetivos propuestos».

⁷⁷⁷ STS (Sala de lo Civil), de 10 de junio de 1985, Ponente Jaime Santos Briz, F.J. 3.º (RJ 1985/3103)

se consideran casos de «interrupción» los que en esas legislaciones se reconocen como de «suspensión» de la prescripción; concepto que solamente se aplica en el ordenamiento español cuando la ley de forma expresa se refiere a ella mandando que el plazo «se reanude» y no que «comience a correr de nuevo»]⁷⁷⁸.

A este razonamiento le ha servido de apoyo el apartado tercero del art. 32 del Convenio al establecer que «bajo reserva de las disposiciones del párrafo 2 de este artículo, la suspensión de la prescripción se regirá por la ley del territorio en el que se ejerce jurisdicción. Lo mismo se aplicará a la interrupción de la prescripción». En consecuencia, la interpretación que se ha hecho de este tercer apartado es que cuando la norma internacional remite la regulación, tanto de la suspensión de la prescripción como su interrupción, a la legislación del territorio en el que se tramite el proceso, en el caso de la legislación española, la falta de una regulación propia de la figura de la suspensión de la prescripción comporta que sólo pueda hablarse de su interrupción cuando se aplica la norma internacional.

Acerca de los efectos jurídicos de las posibles interferencias del transcurso del plazo del tiempo en la extinción acciones y derechos civiles, debemos precisar que si la prescripción se fundamenta en la inactividad del derecho durante el plazo establecido por la ley, el transcurso de dicho término prescriptivo puede ser interrumpido cuando se realizan actos obstativos de aquellos efectos extintivos con la finalidad de mantener vivo el ejercicio del

⁷⁷⁸ A favor de la tesis de la interrupción de la prescripción señalada en la sentencia por el Tribunal Supremo, v. ÁNGEL YÁGÜEZ, R. DE, «Interrupción y suspensión de la prescripción. Convenio de Ginebra sobre transportes por carretera» en *Diario La Ley*, T. IV, 1985, pp. 358 y ss., p. 358, quien concluye que es de suponer que, cuando en la traducción española del Convenio se habla de la interrupción de la prescripción, es porque en el texto original se ha querido utilizar una expresión comprensiva tanto de la interrupción propiamente como de la suspensión, que nuestro Derecho no conoce.

derecho o de reconocer su existencia⁷⁷⁹. Con este fin, la interrupción de la prescripción actúa provocando una anulación del tiempo transcurrido hasta que se produjo la causa interruptora, de modo que no se reanuda el plazo señalado de prescripción, sino que se reinicia, es decir, se vuelve a contar de nuevo en toda su integridad⁷⁸⁰. A estos efectos, el Código Civil regula la interrupción de la prescripción, estipulando en el art. 1973 que la interrupción se produce por el ejercicio de la correspondiente acción ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor.

No obstante, a pesar de que el Código Civil no regula la figura de la suspensión de la prescripción, la doctrina ha afirmado que también puede suspenderse⁷⁸¹. En este sentido, confirmando la posibilidad de que la prescripción además de interrumpida pueda ser asimismo suspendida, afirma ALBALADEJO⁷⁸² que «la suspensión, mientras que dura, paraliza el curso de la prescripción», pero, a diferencia de la interrupción, no se descarta el lapso de tiempo ya transcurrido, y cuando la suspensión cesa, el plazo prescriptivo se reanuda de nuevo a partir del momento en que se había detenido, de forma que a efectos de calcular el plazo total se suman ambos plazos, el transcurrido antes de la suspensión y el transcurrido después».

La falta de una regulación general de la suspensión de la prescripción en nuestro Ordenamiento tampoco ha sido obstáculo para su reconocimiento jurisprudencial. De esta forma, en la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de

⁷⁷⁹ ALBALADEJO, M., *Derecho Civil I, Introducción y parte general*, vol. II, cit., p. 529 puntualiza que la jurisprudencia ha insistido que conforme el carácter excepcional que tiene la interrupción de la extinción por prescripción, deberá interpretarse de forma restrictiva.

⁷⁸⁰ V. por todos, ALBALADEJO, M., *Derecho Civil I, Introducción y parte general*, vol. II, cit., p. 529.

⁷⁸¹ PUIG BRUTAU, J., *Caducidad, prescripción extintiva y usucapión*, cit., p. 84, observa que el Código Civil regula la interrupción de la prescripción, pero no la suspensión, «a pesar de que ésta se produce en algunos casos y está reconocida por la doctrina y jurisprudencia».

⁷⁸² ALBALADEJO, M., *Derecho Civil I, Introducción y parte general*, vol. II, cit., p. 530.

marzo de 2006⁷⁸³ se señala, con claridad, la diferencia entre suspensión e interrupción de la prescripción en los siguientes términos: «La interrupción, pues, es acto obstativo de la prescripción, que revigoriza el derecho subjetivo y que no sólo impide el curso de la prescripción, sino que inutiliza el tiempo transcurrido para el cómputo de ésta. Por el contrario, la suspensión de la prescripción paraliza ésta, no corre el tiempo para la misma, pero no inutiliza el ya transcurrido; así, cuando desaparece la causa de suspensión, sigue –no comienza de nuevo, como en la interrupción– el cómputo del tiempo para la prescripción»⁷⁸⁴.

Pese al reconocimiento de sus efectos, la sentencia que acabamos de citar subraya que la suspensión de la prescripción no está recogida, con carácter general, en el Derecho español⁷⁸⁵. No obstante, debemos resaltar al respecto

⁷⁸³ STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 16 de marzo de 2006, Ponente Xavier O'Callaghan Muñoz, F.J. 2.º. (RJ 2006/5430).

⁷⁸⁴ La admisión jurisprudencial de posibles supuestos de suspensión de la prescripción se refleja en la SAP de Barcelona (Sección 15.ª), de 20 de diciembre de 2004, Ponente José Luis Concepción Rodríguez, F.J. 3.º (JUR 2009/412181), en la que se aporta abundantes resoluciones sobre la materia, en los siguientes términos: «La suspensión de la prescripción que, a diferencia de la interrupción, no elimina sino que paraliza simplemente el plazo transcurrido concediendo eficacia al tiempo ya transcurrido para sumarlo al posterior a la cesación del fenómeno suspensivo (STS de 31 de enero de 1986), encuentra su fundamento, como muy bien recuerda la sentencia apelada, en la imposibilidad objetiva del titular de hacer valer su derecho (SSTS de 10 de junio de 1966 y 10 de junio de 1985). Dicho mecanismo, pese a no encontrar regulación positiva dentro de nuestro Código Civil (a diferencia de lo que sucede en el de Comercio -art. 955- y en los Códigos más importantes de nuestro entorno), ha recibido carta de naturaleza de la jurisprudencia que admite, incluso, que la suspensión provenga del acuerdo entre las partes interesadas en la relación jurídica de que se trate (SSTS de 15 de febrero de 1986 o 24 de junio de 1991), siempre que dicho convenio suponga o represente un mero retraso del efecto prescriptivo y no una implícita renuncia a la prescripción futura, prohibida por el artículo 1935 del Código Civil (STS de 16 de diciembre de 1957)».

⁷⁸⁵ Sin embargo, procede indicar que en nuestro Derecho se han contemplado hipótesis de suspensión de la prescripción. Al respecto, ALBALADEJO, M., *Derecho Civil I, Introducción y parte general*, vol. II, cit., p. 531, explica que la suspensión fue prevista en la legislación sobre las Juntas de Detasas, consideradas como Tribunales de Comercio para las reclamaciones del transporte, cuando se advertía que «las reclamaciones ante la correspondiente Junta, no interrumpen, sino que suspenden la prescripción del derecho reclamado hasta el término del procedimiento». Asimismo, ALBALADEJO aporta la cita textual del art. 139 del Decreto de 17 de agosto de 1973 en el que dice: «El plazo para el ejercicio de las acciones en esta materia [conflictos entre Agentes y Empresas de transportes por vía férrea] se considerará en suspenso desde la fecha en que la reclamación se hubiese sometido a la decisión del empresario, y se

que, a diferencia del Código Civil, el *Codi Civil* de Catalunya, incorpora de forma novedosa la suspensión de la prescripción, con carácter de *numerus clausus*, en el art. 121-15 (suspensión por fuerza mayor), art. 121-16 (suspensión por razones personales o familiares) y en art. 212-17 (suspensión en relación con la herencia yacente)⁷⁸⁶. Por otro lado, la posibilidad de suspender la prescripción se establece, aunque con marcado carácter extraordinario en el art. 955 CCom al determinar que «en los casos de guerra, epidemia oficialmente declarada o revolución», el Gobierno podrá suspender la acción de los plazos señalados por este Código para las operaciones mercantiles⁷⁸⁷.

En el marco del *status quo*, anterior a la nueva LCTTM, de falta de previsión normativa de la suspensión de la prescripción, la doctrina jurisprudencial ha sido proclive a considerar que en el ámbito de aplicación del Convenio CMR, la reclamación escrita dirigida al transportista interrumpe la

reanudará a partir del día en que el trabajador hubiese tenido contestación de aquella o hubiese transcurrido el plazo que a dicho efecto señala el art. anterior.». En referencia a las Juntas de Detasas añadimos que éstas fueron sustituidas por Las Juntas de Conciliación e información del transporte terrestre mediante el Real Decreto por el que se regula la organización, funciones y procedimientos de las Juntas de Conciliación e Información del Transporte Terrestre (BOE n.º 172 de 20/7/1978, páginas 17161 a 17162). En la actualidad la LOTT ha sustituido las Juntas de Conciliación e Información del Transporte Terrestre por las Juntas Arbitrales del transporte (art. 37 LOTT) para resolver sobre las controversias de carácter mercantil surgidas en relación con el contrato de transporte (art. 38 LOTT y art. 6 ROTT). En lo tocante al procedimiento arbitral ante las Juntas el art. 9 ROTT prevé que las acciones interpuestas para promover el arbitraje prescribirá en los mismos plazos que en que se produciría si se tratara de una acción judicial planteada ante los Tribunales de Justicia, sin determinar posibles suspensiones o interrupciones de esos plazos.

⁷⁸⁶ Según advierte VAQUER ALOY, A., «Suspensió de la prescripció», en VAQUER ALOY, A.; LAMARCA I MARQUÈS, A. (Coords.), *Comentari a la nova regulació de la prescripció i la caducitat en el Dret Civil de Catalunya*, Atelier, Barcelona, 2005, pp., 191-197, pp. 191-194, aunque en teoría la suspensión puede referirse al inicio del cómputo del plazo, al transcurso de dicho plazo y a la consumación de la prescripción, el Derecho Civil catalán únicamente conoce la suspensión que se refiere al transcurso del plazo de prescripción.

⁷⁸⁷ Al respecto es de señalar que la Constitución española de 1978 atribuye al Estado la competencia legislativa exclusiva en el ámbito del Derecho mercantil (art. 149. 1, 6.ª CE), y en materia de transportes terrestres (art. 149. 1, 21.ª CE) en particular. De ahí que, en caso de suspensión de la precripción por causa de fuerza mayor sea de aplicación el art. 955 CCom, a pesar de que los palzos de prescripción señalados para las acciones derivadas del transporte terrestre ya no sean los determinados en el CCom sino los correspondientes a la LCTTM.

prescripción⁷⁸⁸. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1998⁷⁸⁹, señala que la entidad asegurada en un contrato de transporte de mercancías internacional, formalizó reclamación por escrito de los daños dirigida a la transportista con la que había contratado el transporte, por lo que [«en ese momento se interrumpió por la «reclamación escrita» la prescripción, conforme dispone el citado artículo 32 en su apartado dos»]. En este mismo sentido la sentencia del Tribunal supremo de 24 de febrero de 1995⁷⁹⁰, determina que «la respuesta del transportista, a que se refiriere el invocado art. 32, apartado 2, significa dado el tenor literal de la norma el cese de la interrupción, que en el caso debatido no consta, subsistiendo entonces la interrupción por reclamación escrita».

En esta misma línea, la Audiencia Provincial de Barcelona, en la Sección 15.^a, ha declarado en diversas sentencias que el apartado segundo del art. 32 regula la suspensión del efecto interruptor de la prescripción iniciado con la reclamación al transportista. Es decir, producida la reclamación por escrito se iniciará la interrupción de la prescripción, por lo que se computará de nuevo el plazo de uno o tres años, según sea el caso, pero se suspenden dichos efectos hasta que se responda en términos de rechazo por el transportista. En consecuencia, el efecto interruptor de la prescripción – el reinicio del plazo de prescripción- no se produce, se suspende, hasta que el transportista rechace por escrito la reclamación que se le efectúa, de forma que es a partir de esa

⁷⁸⁸ V. entre otras, la SAP de Valencia (Sección 9.^a), de 3 de enero de 2007, Ponente Purificación Martorell Zulueta, F.J. 3.^o (AC 2007/1039); SAP de Guadalajara (Sección 1.^a), de 21 de diciembre de 2006, Ponente Concepción Espejel Jonquera, F.J. 2.^o (AC 2007/599); SAP de Granada (Sección 3.^a), de 10 de marzo de 2006, Ponente Antonio Gallo Erena, F.J. 3.^o (JUR 2006/185197); SAP de Girona (Sección 2.^a), de 18 de enero de 2005, Ponente Joaquim Miquel Fernández Font, F.J. 4.^o (JUR 2005/83717); SAP de Murcia (Sección 4.^a), de 18 de febrero de 2008, Ponente Juan Martínez Pérez, FF.JJ. 3.^o y 4.^o. (JUR 2008/217682).

⁷⁸⁹ STS (Sala de lo Civil), de 29 de junio de 1998, Ponente José Almagro Nosete F.J. 3.^o (RJ 1998/5282).

⁷⁹⁰ STS (Sala de lo Civil), de 24 de febrero de 1995, Ponente Jaime Santos Briz, F.J. 4.^o (RJ 1995/1111).

respuesta cuando empezará a contar de nuevo, de forma íntegra, el plazo de prescripción.

Así, la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona ha admitido que, a pesar de que nuestro Derecho nacional no ha regulado de forma general la suspensión de la prescripción, el apartado segundo del art. 32 del Convenio contiene una norma específica al respecto que prevé la suspensión, pero no de la prescripción, que se interrumpe con la reclamación, sino de los efectos de esa interrupción hasta que el transportista responda oponiéndose a la reclamación dirigida contra él.

Tal razonamiento es el manifestado en diversas sentencias de la Audiencia de Barcelona, entre ellas, la sentencia de 27 de febrero de 2003⁷⁹¹, en la que se declara que «la primera reclamación escrita interrumpe la prescripción, pero el plazo anual no vuelve a computarse de nuevo hasta que el transportista responda por escrito dicha reclamación. A partir de ese momento se computa de nuevo el plazo de un año (íntegramente, sin deducir el tiempo ya transcurrido), si bien ya no podrá interrumpirse de nuevo por ulteriores reclamaciones». En el mismo sentido, la sentencia de 22 de noviembre de 2004⁷⁹² manifiesta que «La interrupción de la prescripción se rige por el derecho nacional del país donde el proceso legal se interpone pero, como norma específica al respecto, el Convenio prevé que la reclamación escrita suspende la prescripción hasta el día en que el transportista responda dicha reclamación, en cuyo supuesto se reinicia el plazo (art. 32.2), pues la norma lo que persigue es la suspensión del efecto interruptor de la prescripción hasta que se responda en términos de rechazo por la transportista, a partir de cuya fecha el plazo volverá a computarse de nuevo».

⁷⁹¹ SAP de Barcelona (Sección 15.^a), de 27 de febrero de 2003, Ponente Luis Garrido Espá, F.J. 2.º (JUR 2004/14199).

⁷⁹² SAP de Barcelona (Sección 15.^a), de 22 de noviembre de 2004, Ponente Jordi Lluís Forgas Folch, F.J. 3.º (AC 2004/2162).

Más recientemente, la Audiencia Provincial de Barcelona se ha pronunciado de nuevo sobre la aplicación de la remisión que se hace a la ley nacional en materia de suspensión de los efectos de la interrupción de la prescripción hasta que se rechace por escrito la reclamación, y el valor normativo del régimen especial contenido en el apartado segundo del art. 32 del Convenio. A este respecto, en la sentencia de 19 de mayo de 2008⁷⁹³ manifiesta que «la remisión es operativa en el supuesto de que quede suspendida la eficacia de la prescripción, por no tomar o no recuperar su curso (suspensión de la prescripción), quedando sometido su tratamiento a la Ley del territorio del tribunal que reconoce de la reclamación. Pero el hecho de que nuestro ordenamiento no reconozca esta figura no determina la inaplicabilidad del régimen contenido en los apartados 1 y 2. Por otro lado, la remisión a la ley interna en materia de interrupción se contrae a la forma de ésta, ya que en punto a sus efectos (para interrumpir o paralizar el transcurso del plazo), el apartado 2 del art. 32 del Convenio contiene una regulación específica».

Sin embargo, el Tribunal Supremo, en la ya citada sentencia de mayo de 2008⁷⁹⁴, difiere de la interpretación que se ha hecho de la norma en cuestión en el sentido de que la reclamación por escrito al transportista tenía el efecto jurídico de interrumpir la prescripción. Así, el Tribunal, en nuestra opinión de forma acertada, afirma que el apartado segundo del art. 32 del Convenio CMR regula un supuesto específico de suspensión de la prescripción. En esta sentencia el Tribunal Supremo se pronuncia en el siguiente sentido: «La traducción al castellano del precepto expresado claramente alude a interrupción, pero se trata propiamente de suspensión, como se deduce del apartado 3 del mismo artículo, y de la propia regulación, pues la suspensión se

⁷⁹³ SAP de Barcelona (Sección 15.ª), de 19 de mayo de 2008, Ponente Ignacio Sancho Gargallo, F.J. 2.º. (JUR 2008/267233).

⁷⁹⁴ STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 13 de mayo de 2008, Ponente Jesús Corbal Fernández, F.J. 4.º. (RJ 2008/3066).

distingue de la interrupción, aparte de las diferencias relativas a que el transcurso del plazo no se reinicia sino que se reanuda, es decir se toma en cuenta el tiempo transcurrido con anterioridad, y a la aplicabilidad (excepcional) a los plazos de caducidad, en que se produce una paralización del decurso del plazo en tanto no sucede o cesa un determinado estado de hecho o de derecho, o se produce una determinada circunstancia, que en el caso es la respuesta por escrito a la reclamación; sin que obste a la aplicación del régimen de suspensión la falta de una regulación general, pues el art. 32.2 del Convenio cumple la previsión legal, habiendo sido, por lo demás, reconocidos los efectos jurídicos de la misma en la doctrina de esta Sala (...)».

No obstante, como apuntábamos al inicio de este epígrafe, esa falta de regulación de la suspensión de la prescripción se ha visto colmada, en el ámbito del transporte terrestre de mercancías, por la LCTTM, que ha regulado de forma expresa un supuesto específico de suspensión de la prescripción.

5.- INTERRUPCIÓN Y SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EN LA LCTTM

Tal como reza el Preámbulo de la nueva LCTTM, el modelo de política legislativa que se ha adoptado para su redacción se ha adaptado al modelo de los convenios internacionales en esta misma materia, principalmente al Convenio CMR para los transportes por carretera y a las Reglas Uniformes CIM/1999⁷⁹⁵ para el transporte por ferrocarril⁷⁹⁶. Por lo que se refiere la paralización de los efectos de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de transporte, la nueva ley ha seguido el modelo de los citados Convenios, en especial el del CMR, con las matizaciones que estudiaremos a continuación.

⁷⁹⁵ Las Reglas Uniformes CIM regulan el contrato de transporte de mercancías en el marco del Convenio sobre los Transportes Internacionales por Ferrocarril

⁷⁹⁶ V. el Preámbulo de la LCTTM, apartado II.

En primer lugar, el apartado tercero del art. 79 LCTTM, en su inicio, establece que «la prescripción de las acciones surgidas del contrato de transporte se interrumpirá por las causas señaladas con carácter general para los contratos mercantiles»⁷⁹⁷. Así, de conformidad con el citado precepto, se establecen como causas generales de interrupción de la prescripción las referidas en el art. 944 del CCom que constituye una particularidad en relación a la regulación contenida en el Código Civil en lo referente a las causas de interrupción. En efecto, el art. 944 CCom determina que la prescripción se interrumpirá «por la demanda u otro cualquier género de interpelación judicial hecha al deudor; por el reconocimiento de las obligaciones, o por la renovación del documento en que se funde el derecho del acreedor». Por lo tanto, a diferencia del art. 1973 CC la reclamación extrajudicial del acreedor no se admite en el Código de Comercio como una causa general susceptible de interrumpir la prescripción de las acciones en el ámbito de la contratación mercantil.

En segundo lugar, junto a las causas generales de interrupción de la prescripción, en que el art. 79.3 LCTTM remite a la regulación del Código de Comercio, el propio art. 79, en este apartado tercero, regula un supuesto especial de suspensión de la prescripción. En concreto, determina que «la reclamación por escrito suspenderá la referida prescripción, reanudándose su cómputo sólo a partir del momento en que el reclamado rechace la reclamación por escrito y devuelva los documentos que, en su caso, acompañaron a la reclamación. Una reclamación posterior que tenga el mismo objeto no suspenderá nuevamente la prescripción. En caso de aceptación parcial de la reclamación, la prescripción se reanudará respecto de la parte en litigio».

En consecuencia, en la LCTTM se establece, con carácter excepcional y de forma expresa, como causa de suspensión de la prescripción, la primera

⁷⁹⁷ V. el primer párrafo del art. 79.3 LCTTM

reclamación escrita⁷⁹⁸. De esta forma, la Ley sigue la regulación contenida en las versiones oficiales del Convenio CMR⁷⁹⁹ en las que a la primera reclamación escrita se le atribuye el efecto jurídico de suspender la prescripción de la acción derivada del contrato de transporte⁸⁰⁰. Por lo tanto, esta primera reclamación escrita tiene el efecto de suspender la prescripción, de forma que el plazo anual de uno o dos años, según el caso, quedará paralizado hasta que el reclamado la rechace por escrito, momento a partir del cual se reanudará el cómputo del plazo prescriptivo, sin eliminar el tiempo transcurrido con anterioridad a la formulación de la reclamación. Sobre esta cuestión, el art. 97.3 *in fine* LCTTM señala que la prueba de la recepción de la reclamación o de la contestación y devolución de la documentación justificativa corresponde a la parte que la invoque.

Sin embargo, a diferencia del Convenio CMR, que establece de forma expresa que el efecto señalado de la reclamación sobre el plazo de prescripción sólo se produce cuando el sujeto destinatario de la misma es el transportista⁸⁰¹,

⁷⁹⁸ Así, la LCTTM introduce como supuesto especial para interferir en el transcurso del plazo de prescripción, la reclamación escrita al transportista. Pero, a diferencia del Código Civil que otorga a la reclamación extrajudicial el efecto de interrumpir la prescripción, la reclamación derivada del contrato de transporte tiene la eficacia de suspender el plazo prescriptivo.

⁷⁹⁹ La versión oficial inglesa del Convenio CMR se expresa en los siguientes términos: «A written claim shall suspend the period of limitation until such date as the carrier 178 rejects the claim by notification in writing and returns the documents attached thereto. If a part of the claim is admitted the period of limitation shall start to run again only in respect of that part of the claim still in dispute. The burden of proof of the receipt of the claim, or of the reply and of the return of the documents, shall rest with the party relying upon these facts. The running of the period of limitation shall not be suspended by further claims having the same object»

⁸⁰⁰ En términos similares, por lo que se refiere al transporte por ferrocarril, en la versión oficial inglesa de las Reglas Uniformes de CIM/1999, se determina que «When a claim is presented to a railway in accordance with Article 53 together with the necessary supporting documents, the period of limitation shall be suspended until the day that the railway rejects the claim by notification in writing and returns the documents. If part of the claim is admitted, the period of limitation shall recommence in respect of that part of the claim still in dispute. The burden of proof of receipt of the claim or of the reply and of the return of the documents shall rest on the party who relies on those facts. The period of limitation shall not be suspended by further claims having the same object».

⁸⁰¹ En referencia al Convenio CMR, EMPARANZA SOBEJANO, A., «La prescripción de las acciones en el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR)», cit., pp. 11732-11733 subraya que el efecto interruptor de la prescripción señalado en el

la LCTTM se refiere al «reclamado» en sentido general sin señalar un destinatario único o específico para que la reclamación dirigida contra él tenga el efecto de suspender la prescripción. Por lo tanto, cabe concluir, que el efecto suspensivo de la prescripción que se otorga a la primera reclamación tendrá lugar respecto a todas las acciones que se deriven del contrato de transporte y contra cualquiera otro sujeto distinto del transportista, máxime, cuando la propia norma hace referencia genéricamente a «las acciones surgidas del contrato de transporte»⁸⁰². Por otro lado, debemos añadir que el apartado 4 del art. 79 de la Ley alude a la prescripción de las acciones entre transportistas, lo cual permite concluir que la suspensión también es predicable para cualquier reclamación encaminada a ejercitar la acción de regreso entre los distintos transportistas que han intervenido en la ejecución del transporte.

Entendemos que el otorgar a la reclamación una eficacia suspensiva de la prescripción resulta la figura más idónea y ajustada para favorecer el dinamismo propio y característico de esta actividad económica, en lugar de optar por la fórmula tradicional, prevista en nuestro Ordenamiento, de la interrupción de los plazos de prescripción señalados para las reclamaciones en el ámbito del contrato de transporte terrestre de mercancías⁸⁰³. Por otro lado, y centrándonos en la figura del transportista como sujeto destinatario de la reclamación, parece evidente, en principio, que la institución de la suspensión favorece a dicho transportista, en lugar de la interrupción, que es más provechosa para los intereses del acreedor ya que le permite disponer nuevamente del plazo íntegro de prescripción para poder ejercitar la acción de reclamación.

Convenio se circunscribe exclusivamente al ámbito de las «reclamaciones contra el transportista legitimado pasivamente» lo cual excluye el efecto interruptor de las reclamaciones dirigidas contra otros sujetos implicados en el contrato de transporte.

⁸⁰² Sería el caso, por ejemplo, de la reclamación del transportista por lo portes impagados.

⁸⁰³ De conformidad con lo establecido en la LCTTM la regulación que se hace de la prescripción de las acciones es común al transporte terrestre de mercancías por carretera y por ferrocarril.

A.- Efectos jurídicos de la suspensión provocada por la primera reclamación escrita

La LCTTM determina que la reclamación por escrito suspenderá el plazo de prescripción y que dicho plazo se reanudará cuando el reclamado rechace por escrito esa reclamación, devolviendo, en su caso, los documentos que la acompañaban. De esta forma, la LCTTM, al igual que el Convenio CMR, condiciona el término de la suspensión y la consiguiente reanudación del plazo de prescripción a que el sujeto destinatario de la reclamación comunique su rechazo a la pretensión del acreedor y devuelva, junto con su respuesta, la documentación que pudiera haber acompañado a la reclamación.

La cuestión de si la reclamación debe ir necesariamente acompañada de cierta documentación probatoria para desplegar el efecto de suspender la prescripción, como veremos seguidamente, ha sido ampliamente suscitada ante nuestros Tribunales a raíz de la aplicación del art. 32.2 de Convenio CMR. Aunque, como hemos tenido ocasión de exponer⁸⁰⁴, al aplicar el Convenio se habla mayoritariamente del efecto de interrumpir la prescripción, entendemos que la jurisprudencia dictada al respecto puede ser plenamente aplicable al art. 79.3 LCTTM que regula de forma expresa la suspensión de la prescripción por la presentación de la reclamación.

En este sentido, por parte de la doctrina se ha entendido que no es preciso que la reclamación deba acompañarse necesariamente de documentación⁸⁰⁵, por cuanto el efecto querido por la norma, esto es, la suspensión del plazo de prescripción, se produce exclusivamente por la

⁸⁰⁴ V. *supra*, en este mismo capítulo, las sentencias señaladas al respecto en el epígrafe I, 4.

⁸⁰⁵ Así, EMPARANZA SOBEJANO, A., «La prescripción de las acciones en el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR)», cit., p. 11732, indica que la falta de unanimidad de los Tribunales Interacionales a la hora de asumir estos requisitos; SÁNCHEZ-GAMBORINO, F.J., *El contrato de transporte internacional. CMR*, cit., pp. 301-302.

reclamación escrita. Así lo expresó el Tribunal Supremo, en la sentencia de 10 de junio de 1985⁸⁰⁶, en los siguientes términos: [«a) la norma en cuestión no establece como preceptivo al hacer la reclamación escrita que se acompañen documentos, siendo lo esencial y verdadera «ratio legis» la reclamación extrajudicial por escrito, y no que se adjunte a la misma documento alguno, aunque en caso de acompañarlos han de devolverse al contestar; b) del texto literal de la norma no se deduce en modo alguno que sea ineficaz la reclamación escrita a la que no se acompañan documentos...»]⁸⁰⁷.

Tal interpretación, se deduce con mayor claridad del dictado del art. 79.3 LCTTM que dice textualmente que el escrito de rechazo del reclamado deberá acompañarse de los documentos que, «en su caso», acompañaron a la reclamación. De esta forma, la LCTTM suple la vaguedad terminológica del Convenio CMR⁸⁰⁸ y admite sin ambigüedad la validez de la suspensión de la prescripción mediante la reclamación escrita aun cuando no se acompañe de documentación.

Un vez suspendido el plazo de prescripción por la reclamación, dicho plazo no volverá a retomarse hasta que el reclamado rechace la reclamación, también por escrito, y devuelva, si los hubo, los documentos que acompañaron tal reclamación. Por lo tanto, para que se reanude nuevamente, en la parte que queda por finalizar, el término de prescripción, no sirve cualquier contestación del transportista, sino únicamente aquella mediante la que se oponga claramente, en términos de rechazo, a las pretensiones del perjudicado por el

⁸⁰⁶ STS (Sala de lo Civil), de 10 de junio de 1985, Ponente Jaime Santos Briz, F.J. 2.º (RJ 1985/3103).

⁸⁰⁷ En esta misma línea la STS (Sala de lo Civil), de 24 de febrero de 1995, Ponente Jaime Santos Briz, F.J. 4.º (RJ 1995/1111), en la que se señala que art. 32 CMR no declara la ineficacia de la interrupción provocada por la reclamación escrita cuando ésta no va acompañada de la referida documentación.

⁸⁰⁸ El apartado segundo del art. 32 del Convenio CMR determina que el plazo de prescripción se reanudará «cuando el transportista rechace la reclamación por escrito y devuelva los documentos que acompañan a la misma».

transporte. Así lo ha manifestado el Tribunal Supremo, en relación a lo dispuesto en el art. 32 del Convenio CMR, en la ya citada sentencia de 29 de junio de 1998⁸⁰⁹, cuando declara que [«la contestación sólo puede ser de aceptación, con lo que desaparece el problema de prescripción, o de denegación o rechazo, equiparándose a las expresiones inglesa («rejects») o francesa («repousse»), utilizadas en el texto original del Convenio. Una contestación dudosa o poco clara o sugeridora de que se aporten nuevos datos o explicaciones o documentos, no constituyen la «respuesta» a la que se refiere el artículo 32.2 del Convenio (...) la respuesta a la reclamación total que permite el cese de la interrupción prescriptiva es la que no acepta la reclamación, o en otras palabras, la que rechaza tal reclamación. Cuando no se puede establecer con claridad este rechazo la contestación no sirve para que la prescripción vuelva a tomar su curso»].

En consecuencia, de producirse la respuesta del transportista, rechazando indubitadamente la formulación de la reclamación escrita proveniente del acreedor del transporte, cesará la paralización del plazo prescriptivo, de forma que éste volverá a correr en la parte que resta para llegar a su término. Ello permite pensar que la suspensión, también favorece al acreedor, que dispondrá de una ampliación del plazo prescriptivo para poder preparar la interposición de la pertinente demanda judicial en previsión de un hipotético rechazo de su reclamación. Por ello, al transportista le interesa responder con la mayor celeridad a la reclamación escrita del acreedor, ya que de esta forma conseguirá que prosiga la prescripción, con lo cual el acreedor sólo dispondrá del resto del plazo para iniciar un procedimiento judicial.

Ahora bien, el art. 79.3 LCTTM guarda silencio respecto a las consecuencias jurídicas que se derivan cuando no se produce, por parte del transportista, la preceptiva respuesta de rechazo de la reclamación dirigida

⁸⁰⁹ STS (Sala de lo Civil), de 29 de junio de 1998, Ponente, F.J. 4.º (RJ 1998/5282).

contra él. Es decir, la nueva LCTTM prevé una causa especial de suspensión de la prescripción, por razón de la reclamación escrita al transportista, pero no regula ningún plazo para poner fin a los efectos de la reclamación no contestada, en forma de rechazo, sobre el término de prescripción. Subsiguientemente, de no producirse tal rechazo de la reclamación, la consecuencia que se deriva es que la prescripción quedaría suspendida *sine die*. A este respecto, con ocasión de la aplicación del art. 32.2 del Convenio CMR, la Audiencia Provincial de Barcelona, en la sentencia de 19 de mayo de 2008⁸¹⁰, manifestó que no existiendo respuesta a la reclamación, la prescripción quedaría suspendida de forma indefinida. Así, al no establecer un plazo razonable de tiempo para que se produzca la respuesta del transportista, puede suceder en la práctica que el tiempo transcurrido entre que se originó la pretensión del acreedor y el de prescripción para su ejercicio sea muy superior al establecido como plazo legal. Tal efecto es contrario al principio de seguridad jurídica que se pretende salvaguardar, precisamente, mediante el establecimiento de los plazos de prescripción como limitación al ejercicio tardío de los derechos⁸¹¹.

⁸¹⁰ SAP de Barcelona, (Sección 15.^a), de 19 de mayo de 2008, Ponente Ignacio Sancho Gargallo, F.J., 2.^o (JUR 2008/267233).

⁸¹¹ Respecto a esta cuestión, suscita un gran interés el régimen contemplado en el CCCat, que en su art. 121-24, establece un término máximo de prescripción para el ejercicio de las pretensiones en Derecho privado. Según señala el precepto, cualquier pretensión susceptible de prescripción se extingue en todo caso por el transcurso interrumpido de 30 años desde su nacimiento, con independencia de que hayan concurrido causas de suspensión o con independencia de los elementos subjetivos a que hace referencia el art. 121-23 CCCat. Como indica LAMARCA I MARQUÉS, A., «Comentari al art. 121-24 CCCat» en VAQUER ALOY, A.; LAMARCA I MARQUÉS, A. (Coords.), *Comentari a la nova regulació de la prescripció i la caducitat en el Dret Civil de Catalunya*, op. cit., pp. 281-285, pp. 283-284, el CCCat utiliza el término de preclusión para referirse a este periodo máximo durante el que puede ejercitarse una pretensión que no pueda considerarse prescrita. Por lo tanto, la preclusión hace referencia al periodo de tiempo señalado para concluir, extinguir, cualquier posibilidad de ejercicio de la pretensión. Puntualiza el autor, que el plazo de preclusión del art. 121-24 CCCat se aplicará a cualquier pretensión prescribible independientemente de que haya concurrido causa de suspensión, pero no actuará frente a la interrupción, puesto que el propio precepto exige que el periodo señalado de 30 años transcurra ininterrumpidamente, es decir sin que el plazo de prescripción se vea interrumpido, que en este caso significaría que ha habido un ejercicio de la pretensión. No obstante, cabe señalar que los

A nivel internacional se admite cada vez con mayor frecuencia la necesidad de establecer plazos de duración máxima de prescripción con la idea de que ésta no se mantenga de forma indefinida. En esta línea, y con voluntad de poner término a una prolongada situación de incertidumbre en el ejercicio extemporáneo de los derechos, los Principios de Derecho Contractual Europeo (en adelante PECL) prevén un plazo máximo de tiempo tras el cual ya no sea posible interferir en el transcurso del término de prescripción. De conformidad con el art. 14:307 PECL, «El plazo de prescripción no podrá prolongarse por suspensión o por interrupción conforme a los presentes Principios por más de diez años, ni por más de treinta años en el caso de acciones por daños personales». Concluye el artículo que esta regla no resultará de aplicación en los supuestos de suspensiones basadas en el art. 14:302 que se refiere a la suspensión en caso de procedimiento judicial o extrajudicial. Del mismo modo, en el Marco Común de Referencia, el art. III-7:201 DCFR⁸¹² establece la regla de un plazo máximo de prescripción de 10 años para las acciones en general y de 30 años para las pretensiones de indemnización de daños personales. A su vez, los Principios Unidroit⁸¹³ prevén un único plazo máximo de prescripción de diez años, transcurrido el cual el acreedor no podrá ejercer su derecho, sin importar si conoció o debió haber conocido los hechos que le daban origen.

Igualmente, en el ámbito de los seguros, los Principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro (en adelante PEICL) establecen plazos de

plazos de prescripción y de preclusión indicados en el CCCat no son aplicables en los supuestos de contratación mercantil.

⁸¹² Draft Common Frame of Reference. Tanto el art. 14:307 PECL como el art. III-7:201 DCFR establecen un plazo máximo de prescripción de 10 años para las acciones en general y de 30 años para las acciones personales, consolidando así la tendencia más moderna tendente a establecer plazos máximos de prescripción. Para un estudio más detallado sobre este tema v. DOMÍNGUEZ DUELMO, A./ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., «La prescripción en los PECL y en el DCFR», en *InDret*, 2009, pp.2-29.

⁸¹³ Partiendo del establecimiento de un período ordinario de tres años de prescripción, el art. 102(2) de los Principios Unidroit determina que «En todo caso, el período máximo de prescripción es de diez años, que comienza al día siguiente del día en que el derecho podía ser ejercido»

preclusión para el ejercicio la acción dirigida a reclamar el pago de la prestación asegurada. Así, el art. 7:102 indica que en general, la acción para reclamar el pago de la prestación asegurada, prescribirá en el plazo de tres años desde que el asegurador decida acerca de tal reclamación, señalando que, en todo caso, dicha acción prescribirá transcurridos diez años desde el acaecimiento del siniestro⁸¹⁴. Por otra parte, el art. 7:103 PEICL observa que, sin perjuicio de los plazos señalados a la acción de reclamación del pago de la prestación asegurada, así como, a la acción dirigida a reclamar el pago de la prima, se aplicará, a modo de disposición general, el art. 14:101 PECL que señala el sometimiento de las acciones para exigir el cumplimiento de una obligación, a los plazos de prescripción señalados en los PECL.

De esta forma, queda claro que las iniciativas señaladas por los PECL y el DCFR respecto a la conveniencia de establecer plazos máximos de prescripción, no se han tenido en cuenta en la elaboración de la LCTTM en la que justamente se regula un sector económico que precisa de mecanismos jurídicos que le garanticen un desenvolvimiento ágil de la actividad⁸¹⁵. Asimismo, creemos que sería conveniente, en aras a una mayor seguridad jurídica, que en posteriores revisiones de la LCTTM se estableciera un plazo razonable de tiempo de suspensión entre la reclamación y la respuesta del transportista, de manera que transcurrido dicho plazo se entendiera definitivamente que no se produce respuesta alguna, de forma que el acreedor pueda iniciar otra vía para reclamar al transportista su responsabilidad respecto al traslado de las mercancías.

⁸¹⁴ Tratándose de un seguro de vida, el plazo de preclusión para la acción de reclamación del pago de la prestación asegurada, señalado en el art. 7:102.2 PEICL es de treinta años desde el momento de la finalización del contrato de seguro de vida.

⁸¹⁵ Tal regulación ya se prevé en alguna ley especial, como en el caso del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que dispone un plazo máximo de 10 años (art. 144) en relación al de prescripción de tres años de la acción de reparación de los daños causados por productos defectuosos establecida en el art. 143.

No obstante, una vez puesto de relieve lo anterior, ante el actual redactado de la LCTTM entendemos que, a pesar de la suspensión indefinida del plazo de prescripción por la falta de respuesta del transportista, es posible, por parte del acreedor, cuando así lo estime oportuno, la interposición de una demanda judicial contra aquél, demanda que conseguiría el efecto de interrumpir la prescripción⁸¹⁶. Es decir, la suspensión de la prescripción no será obstáculo para que el acreedor pueda iniciar un procedimiento judicial con el objeto de reclamar al transportista su responsabilidad en el incumplimiento de la prestación del transporte. Creemos que no podría ser de otra forma ante una hipotética posibilidad de que el transportista, actuando de mala fe, deje sin respuesta la reclamación con la intención de mantener suspendido indefinidamente el plazo de prescripción con el propósito de impedir al acreedor el ejercicio de su derecho frente a él.

La brevedad del plazo de un año de prescripción para las acciones de reclamación frente al transportista está acorde con el dinamismo que caracteriza la actividad de transporte. Consecuentemente, el acreedor deberá ser diligente a la hora de reclamar al transportista, dado que el efecto de su primera reclamación no será la interrupción de la prescripción, que le proporcionaría un nuevo plazo íntegro de prescripción, sino el de suspensión. De tal modo, una vez concluida ésta, sólo podrá contar con el período de prescripción que media entre el cese de la suspensión y el final del período de prescripción para poder ejercer su derecho. Ello conlleva importantes implicaciones prácticas en el ámbito del seguro del transporte cuando es el asegurador subrogado en los

⁸¹⁶ Como señala VAQUER ALOY, A., «Suspensió de la prescripció», en *Comentari a la nova regulació de la prescripció i la caducitat en el Dret Civil de Catalunya*, cit., p. 194, con carácter general, la suspensión y la interrupción de la prescripción no son figuras incompatibles entre sí, de forma que «la existencia de una causa de suspensión no impide la interrupción de la prescripción»

derechos del acreedor el interesado en actuar, en último término, frente al transportista⁸¹⁷.

Para finalizar este apartado, al hilo del análisis del Convenio CMR que hemos efectuado en el epígrafe anterior entendemos que la nueva LCTTM obliga necesariamente a una revisión y una nueva interpretación jurisprudencial de la aplicación del art. 32 del Convenio. En efecto, cuando el apartado tercero del art. 32 del Convenio remite a la Ley nacional en materia de interrupción y suspensión de la prescripción, debemos tener presente que la LCTTM regula, de forma específica, en materia de contratación de transporte terrestre de mercancía, las causas de suspensión y de interrupción de la prescripción para las acciones derivadas del transporte.

De esta forma, a pesar de que ni el Código Civil ni el Código de Comercio regulen la suspensión de la prescripción, la existencia de una ley especial en materia de transporte que prevé de forma expresa esta institución, justifica su aplicación en los casos señalados en el art. 32.2 del Convenio. Tal consideración se basa en el principio conforme al cual la ley especial deroga a la ley general. Este criterio de especialidad normativa se aplica cuando existe un conflicto de normas por razón de la materia, cosa que sucede ante la coexistencia de normas de carácter especial que pueden entrar en contradicción con disposiciones más generales sobre las mismas materias. Así, el criterio de especialidad «consiste en realizar una interpretación restrictiva de la norma general»⁸¹⁸ cuando están vigentes en el ordenamiento tanto la norma general

⁸¹⁷ Recordemos que en las obligaciones solidarias el art. 1974 CC permite que la interrupción de la prescripción hecha por un acreedor solidario frente a un deudor solidario beneficia o perjudica todos ellos. En este sentido, con ocasión de la aplicación de la suspensión de la prescripción regulada en el art. 32.2 del Convenio CMR, el TS en la citada sentencia de 13 de mayo de 2008, (RJ 2008/3066), F.J. 4.º, manifestó que la suspensión de la prescripción provocada por la reclamación escrita al transportista se hacía extensible a la entidad aseguradora de éste en virtud de su responsabilidad solidaria.

⁸¹⁸ V. RUIZ SANZ, M., *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 84-85, quien escribe al respecto puntualizando que el criterio de especialidad «no es una técnica de

como la norma especial, estableciéndose la prevalencia de esta última frente a aquella.

A favor del razonamiento de la aplicación de la suspensión cuando una ley de forma expresa se refiera a ella, se muestra la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1985⁸¹⁹, dictada en el ámbito del transporte internacional sujeto al Convenio CMR. En ella se afirma que el desconocimiento de la figura de la suspensión de la prescripción en el Código Civil no obsta que sea aplicable cuando exista una ley en la que se haga expresa referencia a tal institución como mecanismo para interferir en el transcurso del plazo de prescripción

B.- Efectos jurídicos de las reclamaciones posteriores

El art. 79.3 LTTM sólo atribuye el efecto suspensivo de la prescripción a la primera reclamación escrita, manifestando seguidamente que «una reclamación posterior que tenga el mismo objeto no suspenderá nuevamente la prescripción». A raíz de esta declaración cabe preguntarse si esa segunda reclamación tendrá alguna eficacia paralizadora en el desarrollo de la prescripción, distinta de la suspensión, o, por el contrario, se le niega cualquier efecto en este sentido. Es decir, una posterior reclamación sustentada en el mismo objeto que la primera, no alterará de ningún modo el término de prescripción o, careciendo de efecto suspensivo, se le atribuirá el resultado de interrumpir la prescripción.

Si acudimos a la norma equivalente en el Convenio CMR, advertimos que el apartado segundo del art. 32, en términos de interrupción, determina que

resolución de antinomias propiamente dicha, sino que más bien lo que hace el operador jurídico es delimitar o definir el campo de aplicación de una norma especial a través de una interpretación restrictiva que desplaza a la norma general hacia la especialización».

⁸¹⁹ STS (Sala de lo Civil), de 10 de junio de 1985, Ponente Jaime Santos Briz, F.J. 2.º (RJ 1985/3103).

la primera reclamación interrumpirá la prescripción, advirtiendo que las reclamaciones posteriores formuladas con el mismo objeto no tendrán dicho efecto interruptor. La doctrina, ha admitido que se trata de una figura singular que, a diferencia de nuestro Derecho⁸²⁰, determina «la exclusión de actos sucesivos de interrupción de la prescripción», de suerte que sólo se admite una primera interrupción⁸²¹. La interpretación que se hace del precepto es que se trata de una regla dictada por razones de seguridad jurídica, con la finalidad de evitar situaciones de interrupción o suspensión reiteradas de la prescripción. No obstante, ÁNGEL YÁGÜEZ, puntualiza que el efecto interruptivo de la primera reclamación del acreedor sólo es posible cuando se aplica del Convenio CMR, pero no cuando deba utilizarse la regulación contenida en el Código de Comercio en materia de interrupción de la prescripción⁸²².

Respecto al régimen de interrupción de la prescripción, debemos tener presente la remisión que el art. 79.3 LCTTM hace a la regulación contenida en el art. 944 CCom, en referencia a las causas generales de interrupción de la prescripción en los contratos mercantiles, para constatar que en el Código de Comercio la reclamación extrajudicial no se considera como causa de interrupción de la prescripción, a diferencia del Código Civil, que en su art. 1973, admite tal posibilidad. No obstante, la doctrina jurisprudencial, y algunos autores⁸²³, se han mostrado favorable a admitir un régimen jurídico unitario de

⁸²⁰ En el Código Civil no se establecen plazos máximos de interrupción de la prescripción, de forma que se producirá tal efecto respecto a todas las reclamaciones que se efectúen frente al deudor.

⁸²¹ V. ÁNGEL YÁGÜEZ, R. DE, «Interrupción y suspensión de la prescripción. Convenio de Ginebra sobre transportes por carretera», cit., p. 358.

⁸²² ÁNGEL YÁGÜEZ, R. DE, «Interrupción y suspensión de la prescripción. Convenio de Ginebra sobre transportes por carretera», cit., p. 358.

⁸²³ Así, CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L., «El transporte internacional de mercancías por carretera», en *El contrato de transporte*, cit., p. 301, agradece la unificación de las causas de prescripción señaladas en el CC y en el CCom, a pasar de la forma «poco ortodoxa» en la que el Tribunal Supremo ha resuelto dicha cuestión, por cuanto ha supuesto «obviar los principios más elementales en materia de ley aplicable». Del mismo modo, EMPARANZA SOBEJANO, A., «Comentario Arts. 78 y 79 LCTTM», en *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, cit., p. 897, destaca favorablemente el hecho de que la prescripción pueda ser suspendida a través de un mero

la interrupción de la prescripción de las acciones en materia civil y mercantil, de forma que la reclamación extrajudicial al deudor también actuaría en el tráfico mercantil como causa de interrupción de la prescripción.

En este sentido, el Tribunal Supremo en la sentencia de 8 de marzo de 2006⁸²⁴ constata la problemática que había supuesto el mantener esta doble regulación de presupuestos susceptibles de interrumpir la prescripción. Se señala que el complicado y difuso límite de separación entre la naturaleza civil o mercantil del contrato para la calificación de tales contratos, suponía una previa dificultad jurídica para señalar la aplicación de la norma civil o mercantil en cuanto a la posible validez de la interrupción de la prescripción mediante la reclamación extrajudicial del acreedor. A la vez, subraya el Tribunal, tal distinción podía afectar directamente a personas no comerciantes. En consecuencia, se afirma en la sentencia que «la actual posición jurisprudencial adoptada por la Sala Primera del Tribunal Supremo, a partir de las SSTs de 4 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9157) y 31 de diciembre de 1998 (RJ 1998/9769), se inclina a favor de la aplicación a un contrato mercantil del artículo 1973 del Código Civil, frente al artículo 944 del Código de Comercio, por estimar que la fuerza expansiva e integradora de aquel ordenamiento, hace posible que la reclamación extrajudicial, como causa impeditiva de la prescripción extintiva de las acciones personales, sea eficaz en el ámbito mercantil»⁸²⁵.

escrito judicial, extendiendo de esta forma a los contratos mercantiles el tratamiento previsto a tal respecto para los contratos civiles.

⁸²⁴ STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 8 de marzo de 2006, Ponente Román García Varela, F.J. 2.ª, (RJ 2006/1074).

⁸²⁵ En este mismo sentido la STS (Sala de lo Civil), de 4 de diciembre de 1995, Ponente José Almagro Nosete, FJ 2º (RJ 1995/9157) incide en que «existen poderosas razones para concluir que nuestro ordenamiento permite, en todo caso, en el tráfico civil o en el mercantil, la interrupción de la prescripción por efecto de la reclamación extrajudicial, con lo que se considera ajustada a Derecho la posición de la Sala». El criterio plasmado por el Tribunal en la sentencia se sustenta en las pautas seguidas por el legislador en la Ley 19/1885, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, la cual, tras establecer los plazos de prescripción de las acciones cambiarias, señala, en su art. 89, que serán causas de prescripción las establecidas en el art. 1973 del Código Civil.

En definitiva, de conformidad con lo estipulado en el art. 79.3 LCTTM, el efecto suspensivo de la prescripción de la acción de reclamación por los incumplimientos derivados del transporte, sólo es predicable respecto a la primera reclamación escrita efectuada en este sentido. Del mismo modo, la opinión de la doctrina especializada⁸²⁶ es que debe rechazarse la posibilidad de que una misma desavenencia genere una nueva paralización del plazo de prescripción. Por lo tanto, ante el rechazo del deudor a satisfacer lo que se le reclama de forma extrajudicial o, ante su silencio tras esa primera reclamación, la única vía que tiene el asegurador para exigir al transportista el importe de lo pagado a su asegurado en concepto de indemnización, es la vía judicial.

6.- LA PRESCRIPCIÓN EN LA RECLAMACIÓN ENTRE PORTEADORES

La LCTTM introduce una segunda novedad en materia de prescripción de las acciones derivadas del contrato de transporte, cuando regula los plazos de prescripción de las acciones de regreso entre los porteadores. En concreto, el art. 79 en su apartado cuarto establece que la prescripción de regreso entre porteadores comenzará a contar a partir del día en que se haya dictado sentencia o laudo arbitral firme que fije la indemnización o desde el día que el porteador reclamante efectuó el pago.

De esta manera, la LCTTM proporciona al porteador que realizó el pago de la indemnización un plazo íntegro de prescripción, de un año, para poder reclamar al porteador responsable del siniestro lo que él se ha visto obligado a pagar al acreedor de la prestación del transporte. Consecuentemente, el plazo de prescripción de reclamación entre los porteadores se inicia de nuevo, con el pago de la indemnización al reclamante y permite al reclamado dirigirse contra otro de los porteadores que hubiere participado en el transporte, «y así sucesivamente hasta que se satisfaga la indemnización por quien hubiera sido

⁸²⁶ EMPARANZA SOBEJANO, A., «Comentario Arts. 78 y 79 LCTTM», en *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, cit., p. 898-899.

el causante directo del daño»⁸²⁷. Con ello se abandona la situación existente con anterioridad en la que se disponía de un plazo único de prescripción para los distintos sujetos que ejercitaban de forma sucesiva de la acción de reclamación. La consecuencia de disponer de un único plazo de prescripción afecta al porteador que, pagada la indemnización al reclamante, se encontrará con que la acción ya ha prescrito cuando intente reclamar al porteador materialmente responsable de los daños a la mercancía.

Con la independización del plazo de prescripción se posibilita, en último término, cuando han intervenido diversos porteadores, el cobro de la indemnización al porteador causante del siniestro. Ello tiene una especial importancia en aras a facilitar el recobro de la indemnización entre los aseguradores de los diferentes porteadores participantes en el transporte⁸²⁸.

Pero la LCTTM ofrece otra singularidad en relación a la reclamación entre porteadores. Como señala EMPARANZA, en la presente regulación se ha tomado como referencia el régimen especial del transporte sucesivo, en el que se establece la responsabilidad solidaria de los diversos porteadores que interviene sucesivamente en la realización del transporte bajo una única carta de porte⁸²⁹. En efecto, el art. 64 LCTTM determina la responsabilidad solidaria entre los diversos porteadores que se obliguen simultáneamente, en virtud de un único contrato y en una sola carta de porte, a intervenir en la ejecución del transporte. De consecuencia que el art. 66 LCTTM posibilita al porteador que se ha visto obligado a pagar la indemnización derivada del incumplimiento de la

⁸²⁷ V. EMPARANZA SOBEJANO, A., «Comentario Arts. 78 y 79 LCTTM», en *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, cit., p. 900.

⁸²⁸ En este sentido, la SAP de Valencia (Sección 9.ª), de 19 de octubre de 2011, Ponente Purificación Martorell Zulueta, F.J., 3.º (JUR 2011/417866), señala que los *dies a quo* para el ejercicio de la acción de repetición que ejercita el transportista o su aseguradora, frente al transportista efectivo, debe concretarse cuando efectivamente puedan ejercitarse dichas acciones, es decir, a partir de la fecha de pago de la indemnización a la parte perjudicada por el incumplimiento de la prestación del transporte.

⁸²⁹ EMPARANZA SOBEJANO, A., «Comentario Arts. 78 y 79 LCTTM», en *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, cit., p. 899.

obligación asumida en el contrato, a repetir contra el resto de porteadores. Pues bien, la singularidad a que hacíamos referencia es que la posibilidad de repetición entre porteadores sucesivos se entiende extensible a cualquier porteador que haya intervenido en la ejecución del transporte, con independencia de la relación que les vincule.

De esta forma, cuando el art. 79.4 LCTTM hace referencia a la prescripción de la acciones de regreso «entre porteadores», lo hace sin exigir ninguna especial relación entre ellos, lo que permite que el precepto también sea válido en un transporte con subtransporte, en el que un solo transportista asume contractualmente la obligación de transporte con el cargador, si bien, posteriormente, subcontrata la totalidad o una parte del transporte con otros porteadores independientes para que realicen el traslado.

II.- EXTINCIÓN VOLUNTARIA DEL DERECHO DE SUBROGACIÓN

1.- LA ADMISIBILIDAD DE LA RENUNCIA DEL ASEGURADOR

En los seguros contra daños, la subrogación es un derecho que el art. 43 LCS otorga al asegurador para que, una vez pagada al asegurado la indemnización derivada del oportuno contrato de seguro, pueda ejercer los derechos y acciones que por razón del siniestro correspondieran a este último. Estamos, así, ante un derecho subjetivo definido, con carácter general, «como un poder respecto a determinado bien (en sentido amplio, por tanto bien moral o material, cosa, utilidad, comportamiento, etc.), concedido inicialmente por el Ordenamiento jurídico a la persona para la satisfacción de intereses dignos de protección»⁸³⁰. Se trata, en consecuencia, de un poder que se le atribuye

⁸³⁰ V. por todos, ALBALADEJO, M., *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, 18.^a ed., Edisofer, Madrid, 2009, p. 416.

legalmente al asegurador para exigir al tercero responsable del siniestro el importe de la indemnización que se ha visto obligado a pagar a su asegurado⁸³¹.

De los distintas causas que comportan la extinción de los derechos subjetivos, interesa en este trabajo profundizar sobre la renuncia del derecho de subrogación que la LCS otorga al asegurador de daños, en consideración a las consecuencias jurídicas que de ella se derivan.

La posibilidad de que el asegurador renuncie del derecho de subrogación ha sido plenamente aceptada por la doctrina⁸³². En este sentido, se afirma que el asegurador puede renunciar a la subrogación aunque ésta opere en virtud de la ley⁸³³. En efecto, la doctrina considera que la ley no impone con carácter imperativo la subrogación, sino que ésta se confiere en beneficio del asegurador, de forma que éste último puede renunciar válidamente a su derecho⁸³⁴. De esta forma, la renuncia del asegurador a la subrogación, como

⁸³¹ V. LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil I. Parte General*, vol. III, 3.ª ed., Dykinson, Madrid, 2005, p. 74, donde se señala que el derecho subjetivo es una situación de poder que el Ordenamiento jurídico otorga a una persona, pero se subraya que «la situación de poder, sólo adquiere la categoría de derecho subjetivo si su manejo y ejercicio queda a discreción del titular, es decir, cuando el ordenamiento jurídico confiere a éste la protección y defensa del interés jurídico protegido».

⁸³² V. entre muchos, SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., pp. 976 y ss.; VIVANTE, C., *Il Contratto di Assicurazioni. Le assicurazioni Terrestri*, vol. I, cit., p. 442; FERRARINI, S., «Appunti sulla rinunciabilità alla surroga assicuratoria», en *Assicurazioni*, I, 1951, pp. 400-411; DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazione Private*, vol. II, cit, pp. 482-485; GASPERONI, N., *Assicurazioni Private*, cit., pp. 415-416; PICARD, M./BESSON, A., *Les Assurances Terrestres en Droit Français. (Le contrat d'assurance)*, cit., pp. 522-523; CHAGNY, M.; PERDRIX, L., *Droit des assurances*, cit., p. 333; CLARKE, M. A., *The Law of Insurance Contracts*, cit., pp.1030-1032.

⁸³³ VIVANTE, C., *Il Contratto di Assicurazioni. Le assicurazioni Terrestri*, cit., p. 442; PICARD, M./BESSON, A., *Les Assurances Terrestres en Droit Français. (Le contrat d'assurance)*, cit., p. 522.

⁸³⁴ V. en general DUQUE DOMÍNGUEZ, JUSTINO F., «Subrogación en el seguro de automóviles a todo riesgo y derecho de repetición del asegurador frente al asegurado (STS 14.12. 1966)», en *Rev. Der. Circ.*, 1967, pp. 405-416, p. 415; RUIZ SOROA, J. M.ª, *La subrogación del asegurador...*, cit., p.471; PULIDO BEGINES, J. L., *Seguro de mercancías y seguro de responsabilidad civil del porteador terrestre*, cit., pp. 116- 131; TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., pp. 208-220; SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 977. En la doctrina italiana, VIVANTE, C, *Il contratto di Assicurazione. Le Assicurazione Terrestri*, vol. I, cit., p. 442; DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazione Private*, v. II, cit., pp. 482-485; SANTAGATA, C., «L'automaticità della surrogazione assicuratoria

derecho conferido legalmente para recuperar del tercero responsable la indemnización abonada al asegurado, se encuadra en el ámbito de la autonomía privada, lo que permite que el asegurador puede hacer dejación de su derecho.

Una vez aceptada la posibilidad de que el asegurador pueda renunciar a la subrogación, la discusión doctrinal se centra principalmente en torno a los efectos que se derivan del ejercicio de autonomía de las partes mediante la modificación convencional del régimen legal de la subrogación⁸³⁵. En esta materia, la autonomía privada se encuentra, con carácter general, sujeta a los límites impuestos por el art. 6.2 CC de no violentar el interés o el orden público, ni perjudicar a terceros. Por otra parte, de manera adicional, entiende la doctrina que la renuncia a la subrogación está sometida también a ciertas limitaciones que se concretan en el respeto de tres principios básicos: el respeto del principio indemnizatorio, el de la protección del asegurado frente a ciertas cláusulas que perjudiquen su situación, y, el principio de la no liberación de la responsabilidad del tercero en caso de dolo.

Al margen de no admitir que el efecto de la renuncia implique la no exigencia de la responsabilidad dolosa del tercero, la atención sobre la renuncia del derecho de subrogación se dirige, básicamente, a la necesaria protección del principio indemnizatorio y su posible violación mediante el acto de dejación del asegurador. En este sentido, la doctrina⁸³⁶ considera que la renuncia no debe

(Appunti per una costruzione unitaria del subingresso nel credito)», cit., p. 1265; GASPERONI, N., *Assicurazioni Private*, cit., pp. 415-416; FERRARINI, S., *Le Assicurazioni Marittime*, Milano, cit., pp. 447-448; SCALFI, G., *I Contratti di Assicurazione. L'assicurazione Danni*, cit., pp. 239-241. En la doctrina francesa, PICARD, M./BESSON, A., *Les Assurances Terrestres en Droit Français. (Le contrat d'assurance)*, cit., pp. 522-523.

⁸³⁵ En este sentido v. RUIZ SOROA, J. M^a., *La subrogación del asegurador...*, cit., pp.471-472; SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 977. En la doctrina italiana v. VIVANTE, C., *Il contratto di Assicurazione. Le Assicurazione Terrestri*, vol. I, cit., p. 442, quien observa que la renuncia debe interpretarse de modo que el asegurado no pueda obtener un doble resarcimiento y el tercero culpable no resulte liberado de su responsabilidad por dolo y por culpa grave.

⁸³⁶ V. DONATI, A., *Tratatto del Diritto delle Assicurazione Private*, vol. II, cit., p. 482; SCALFI, G., *I Contratti di Assicurazione. L'Assicurazione Danni*, cit., p. 240. Por el contrario, otros autores

admitirse cuando represente una vulneración del principio señalado, permitiendo el enriquecimiento indebido del asegurado con el cobro de las dos indemnizaciones, aceptando, sin embargo su admisión cuando no se quebrante el principio indemnizatorio.

A estos efectos, se considera que no habrá trasgresión del citado principio, cuando la renuncia actúe en beneficio del asegurado en el supuesto de que el cúmulo de las indemnizaciones no supere el daño patrimonial efectivamente sufrido por el siniestro⁸³⁷. Tampoco se considera violentado este principio cuando la renuncia opere en beneficio del tercero responsable, sea mediante una renuncia previa a la subrogación por razón de una cláusula insertada por las partes en el contrato, o cuando la renuncia se haga con posterioridad a la subrogación. En este último caso, adquirido por el asegurador el crédito frente al tercero, la renuncia sólo podrá actuar en beneficio del tercero responsable.

2.- LA LLAMADA RENUNCIA DEL ASEGURADOR A LA SUBROGACIÓN

Bajo la denominación de «renuncia» a la subrogación la doctrina ha englobado una disparidad de circunstancias que, en realidad, no pueden ser consideradas, en un sentido técnico, como verdaderas renunciaciones del asegurador a la subrogación, entendida ésta como la adquisición por parte de aquél de la titularidad de los derechos y acciones que, por motivo del siniestro, ostentaba el asegurado frente al responsable de dicho siniestro.

mantienen que también debe admitirse la renuncia a la subrogación cuando ésta se realiza a favor del asegurado ya indemnizado. Así, FERRARINI, S., *Le Assicurazione Marittime*, cit., p. 448, considera que la subrogación en el seguro se debe a razones, de las cuales, el mejor juzgador en cada caso es el asegurador; por lo tanto, el problema de la validez de la renuncia a la subrogación se reduce a la existencia o no, en cada caso, de una justificación práctica de la renuncia.

⁸³⁷ V. DONATI, A., *Tratatto del Diritto delle Assicurazione Private*, vol. II, cit., p. 483; SCALFI, G., *I Contratti di Assicurazione. L'Assicurazione Danni*, cit., p. 240.

En efecto, un sector doctrinal entiende que, dependiendo del momento en que se realice, puede hablarse de dos clases de renuncia⁸³⁸. Así, se distingue entre una renuncia «preventiva», esto es, antes de que se produzca la subrogación y una renuncia «sucesiva», una vez aquélla se haya producido. Por lo que respecta a la llamada renuncia preventiva, la forma más habitual para realizarla es mediante su inserción en una cláusula del contrato de seguro, bien en el momento de su estipulación, o en otro posterior, por razón de un acuerdo modificativo. Asimismo, esta renuncia puede tener lugar con posterioridad al siniestro y antes del pago de la indemnización. Se considera que habitualmente la renuncia anticipada reviste un carácter general, aunque también es posible que se concrete a determinados siniestros⁸³⁹. Por su parte, la renuncia sucesiva, esto es, una vez producida la subrogación, opera de forma específica para siniestros singulares⁸⁴⁰. En concreto, para aquél que, estando contemplado en la cobertura del seguro, ha motivado el pago de la indemnización.

Esta clasificación de las posibles renunciaciones a la subrogación será estudiada con más detenimiento en el siguiente epígrafe⁸⁴¹. De momento dejamos aquí apuntado que, en un sentido técnico, sólo existe una verdadera renuncia al derecho de subrogación por parte del asegurador, cuando ésta ya se ha producido y por ello el asegurador tiene un derecho ya incorporado a su patrimonio al cual puede renunciar.

Por otro lado, siguiendo con la clasificación de los distintos tipos de renuncia, se distingue también entre la renuncia a favor del asegurado, lo que le

⁸³⁸ Así, DONATI, A., *Tratatto del Diritto delle Assicurazione Private*, vol. II, cit., p. 483.

⁸³⁹ V. PICARD, M./BESSON, A., *Les Assurances Terrestres en Droit Français. (Le contrat d'assurance)*, T. I, cit., p. 522, en que se subraya que el asegurador puede renunciar de forma general y anticipada mediante una cláusula introducida en el contrato, lo que normalmente comportará, como contrapartida, un aumento de la prima. Por otro lado, la renuncia puede ser concretada para un siniestro determinado.

⁸⁴⁰ V. por todos FERRARINI, S., «Appunti sulla rinunciabilità alla surroga assicuratoria», cit., p. 402.

⁸⁴¹ V. *infra*, el epígrafe II. 3.

posibilitaría el cúmulo de indemnizaciones, y la realizada en beneficio del tercero responsable, con el resultado de que se vería liberado de las consecuencias económicas de su propia responsabilidad. En lo que respecta a la validez de la renuncia a favor del asegurado observa la doctrina⁸⁴² que si la salvaguarda del principio indemnizatorio se constituye como la *ratio* de la subrogación legal del asegurador, debe tenerse en cuenta que existen determinados casos en los que tal renuncia no comporta un enriquecimiento de éste último. Así, no se producirá tal enriquecimiento cuando las pólizas contra daños sean insuficientes para resarcir la totalidad del perjuicio sufrido por el asegurado. Del mismo modo, tampoco habrá un lucro para el asegurado cuando le resulte imposible obtener del tercero responsable el resarcimiento pleno del daño, bien por insolvencia de éste último, bien en los casos en que existe una limitación legal de su débito⁸⁴³.

Por lo tanto, en los supuestos anteriormente planteados, en los que la percepción de las dos indemnizaciones no comporta un enriquecimiento para el asegurado, algún autor ha planteado la renuncia como el método idóneo, «y, quizás el único», para que el asegurado consiga el pleno resarcimiento del daño sufrido⁸⁴⁴. En contra de esta opinión hemos de objetar que la posibilidad de que el asegurado vea cubierta la totalidad del daño que le ha infringido el tercero, es plenamente posible sin recurrir a la renuncia del derecho de subrogarse por parte del asegurador. Así, basta tener presente que la subrogación en el seguro se limita a la cantidad efectivamente pagada en concepto de indemnización, de

⁸⁴² FERRARINI, S., «Appunti sulla rinunciabilità alla surroga assicuratoria», cit., pp. 408-409.

⁸⁴³ Así ocurre, por ejemplo, en el transporte terrestre de mercancías en el que tanto el Convenio CMR (art. 23) como la LCTTM (art. 57) establecen límites a la indemnización debida por el porteador.

⁸⁴⁴ V. FERRARINI, S., «Appunti sulla rinunciabilità alla surroga assicuratoria», cit., pp. 409-410, quien señala que la decisión respecto a la oportunidad de renunciar a la subrogación a favor del asegurado, suele ser tomada por el asegurador, por lo general, después de que haya ocurrido el siniestro y vistas todas las circunstancias del caso. Por lo tanto, el problema de la disponibilidad de la subrogación por parte del asegurador se reduce en cada caso a una justificación de la renuncia por razones prácticas.

forma que por el resto del daño no indemnizado por el asegurador, el asegurado conserva la plena titularidad del derecho y la acción para exigir al tercero una reparación íntegra⁸⁴⁵. Y, en el supuesto concreto de que el responsable resulte insolvente, ya hemos manifestado que nuestra postura se muestra contraria a la regla del reparto proporcional entre el asegurado y el asegurador de lo obtenido del tercero. De esta forma, consideramos que el interés del asegurado debe ser preferente al del asegurador, por lo que una vez ha percibido la indemnización del seguro, cuando ésta no cubra la totalidad del daño, el asegurado tiene prioridad para intentar resarcirse del tercero en aquella cantidad no asegurada. La preferencia del asegurado, debería ser establecida de forma indudable por la norma, por lo que no sería preciso, para conseguir tal finalidad, pensar en recurrir a la figura de la renuncia del asegurador en beneficio de su asegurado.

Por otro lado, en cuanto a la forma, suscita interés determinar si la renuncia se ha de llevar a cabo de forma expresa o bien tácita. La renuncia expresa sería aquella manifestación realizada en el contrato o en un documento modificativo adjunto a éste, o también, en el recibo en el que el asegurador efectúa la liquidación del daño. En cuanto a la renuncia tácita, se ha interpretado por algún autor que el no ejercicio de la acción de reclamación frente al tercero responsable presupone que el asegurador renuncia tácitamente a su derecho⁸⁴⁶.

No obstante la anterior distinción, hemos de señalar que la renuncia tácita, entendida como el no ejercicio del derecho, no se considera por la mayoría de la doctrina⁸⁴⁷ y, tampoco por la jurisprudencia del Tribunal

⁸⁴⁵ Así también, SANTAGATA, C., «L'automaticità della surrogazione assicuratoria (Appunti per una costruzione unitaria del subingresso nel credito)», cit., p. 1267.

⁸⁴⁶ V. DONATI, A., *Tratatto del Diritto delle Assicurazione Private*, vol. II, cit., p. 483.

⁸⁴⁷ Así, LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al*, *Elementos de Derecho Civil I. Parte General*, vol. III, cit., p. 97.

Supremo⁸⁴⁸ una verdadera renuncia del derecho del asegurador. Al respecto, se señala que la inactividad del asegurador sólo indica el no ejercicio del derecho, pero no que se esté renunciando a él, a no ser que existan indicios reveladores de la voluntad de renunciar definitivamente al derecho o que, por el contrario, desee ejercitarlo⁸⁴⁹. Por lo tanto, la renuncia debe ser realizada de manera inequívoca, mediante indicaciones claras que muestren la voluntad del asegurador de renunciar definitivamente al derecho. De esta forma, la renuncia tácita podrá ser admitida siempre que se base en hechos concluyentes que innegablemente indiquen que se está renunciando al derecho, y, en ningún caso, será presumible⁸⁵⁰. Así se indica claramente en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2001⁸⁵¹, en la que se señala expresamente que la doctrina del Tribunal Supremo exige, para su eficacia jurídica, que la renuncia de derechos «ha de ser expresa y contundente, con manifestación indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma, o deducida de actos o hechos de los que se deduzca inequívocamente y sin ambigüedad alguna».

3.- LA RENUNCIA A LA SUBROGACIÓN PROPIAMENTE DICHA

Como hemos expuesto en el epígrafe anterior, un sector doctrinal⁸⁵² entiende que el asegurador puede renunciar a la subrogación previamente al pago de la indemnización del seguro o sucesivamente, es decir, después de haber indemnizado al asegurado. No obstante, en rigor, opinamos que sólo

⁸⁴⁸ STS (Sala de lo Civil), de 11 de octubre de 2001, Ponente Alfonso Villagómez Rodil, F.J. 1.º (RJ 2001/8796). La exigencia del requisito jurisdiccional de que la renuncia debe ser manifestada de forma precisa, indudable y sin ambigüedades, también se plasma en la STS (Sala de lo Civil), de 5 de mayo de 1989, Ponente Mariano Martín-Granizo Fernández, F.J. 3.º (RJ 1989/3588) y STS (Sala de lo Civil), 25 de enero de 2008, Ponente Clemente Auger Liñán, F.J. 2.º, (RJ 2008/221).

⁸⁴⁹ V. SANTAGATA, C., «L'automaticità della surrogazione assicuratoria (Appunti per una costruzione unitaria del subingresso nel credito)», cit., p. 1265; GASPERONI, N., *Assicurazioni Private*, cit., p. 416;

⁸⁵⁰ GULLÓN BALLESTEROS, A., «Comentario Art. 6.º CC» en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., *et al.* (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 33-37, p. 35.

⁸⁵¹ STS (Sala de lo Civil), de 11 de octubre de 2001, Ponente Alfonso Villagómez Rodil, F.J. 1.º (RJ 2001/8796).

⁸⁵² V. DONATI, A., *Tratatto del Diritto delle Assicurazione Private*, vol. II, cit., p.483.

puede afirmarse que existe una verdadera renuncia a la subrogación cuando el asegurador hace dejación de su derecho una vez ha abonado la indemnización a su asegurado y se ha subrogado en su lugar, en virtud de dicho pago, para poder reclamar al tercero su deuda de responsabilidad. En consecuencia, la llamada renuncia preventiva, mediante la cual el asegurador pretende evitar que se produzca la subrogación, no es una verdadera renuncia.

En efecto, la renuncia implica que el titular abdica de un derecho que se encuentra ya incorporado en su patrimonio. El significado técnico de renuncia es el de aquel acto mediante el cual una persona hace dejación de un derecho del que es titular porque ya se ha integrado en su esfera jurídica⁸⁵³. Precisamente, puede realizar el acto de abandono del derecho porque ya es un elemento incorporado en su patrimonio y por ello posee algo cierto y concreto a que renunciar. De forma que, contrariamente, no puede haber renuncia cuando no se tiene adquirida la titularidad de aquello a lo que se quiere

⁸⁵³ V. en este sentido, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *ADC*, T. IX, n.º 4, 1956, pp. 1149-1182, p. 1172, quien manifiesta «Por renuncia de derechos se entiende aquel acto en virtud del cual una persona abandona o hace dejación de los derechos de que es titular. En la renuncia la titularidad de un derecho se extingue por obra de su propio titular. Pues bien, el presupuesto natural y lógico de esta renuncia es la existencia en el sujeto renunciante de la titularidad del derecho que quiera renunciarse. Este es el significado técnico jurídico del concepto renuncia; el significado en que con mayor frecuencia se encuentra este término en nuestras leyes. Sin embargo, en el lenguaje jurídico, suele hablarse de renuncia en otros sentidos distintos de aquel primero. Quiere esto decir que el término renuncia dentro de la ciencia del Derecho es equívoco». En este mismo sentido, LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil I. Parte General*, vol. III, cit., p. 97, cuando al referirse a las supuestas clases de renuncia, se puntualiza que «En rigor no ha lugar a hablar de clases de renuncia, aunque algunos distinguen la *abdicatoria* o propia, de la mal llamada *traslativa*, e incluso de otra *preventiva* (de un derecho que aún no ha entrado en el patrimonio, hecha anticipadamente). La única renuncia en sentido propio es la primera, la *abdicatoria* (o *extintiva*), pues ella sólo reúne los caracteres (unilateral y no transmisiva) con la que hemos definido». A lo que se añade, que ningún caso es renuncia la mal llamada preventiva, «pues al no haber ingresado aún el derecho en la esfera jurídica del renunciante, no cabe disponer de lo que no tiene, ni renunciar a lo que (todavía) no es suyo». Asimismo, LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil, T. I, Parte General y Derecho de la Persona*, 14.^a ed., Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 112, señala que la renuncia sólo puede plantearse respecto a los derecho ya constituidos, de forma que los derechos aún no nacidos no son renunciables porque no forman parte del patrimonio de su titular.

renunciar⁸⁵⁴. Por lo tanto, sólo se puede afirmar que se renuncia a la subrogación cuando el asegurador ya se ha subrogado, esto es, cuando se ha operado la sucesión del asegurador en la titularidad de los derechos que el asegurado tenía frente al responsable del siniestro. En este caso, la renuncia implica que el asegurador hace dejación del derecho que ha adquirido mediante la sucesión en el crédito del que era titular el asegurado.

La doctrina civilista observa que, de forma generalizada, al mismo tiempo que incorrecta, se ha denominado mediante el término «renuncia» de derechos, dos situaciones distintas en las que una persona manifiesta su deseo de no valerse de un derecho⁸⁵⁵. No obstante, técnicamente, sólo hay una renuncia, la de los derechos que han sido ya adquiridos, porque en este caso existe algo concreto sobre lo que disponer. La otra forma, es la renuncia entendida como «voluntad de no llegar a adquirir aquellos (derechos), que se hubiera producido si la ley aplicable no se hubiese excluido»⁸⁵⁶. En este segundo caso estamos ante una exclusión voluntaria de la ley aplicable, regulada en el art. 6.2 CC, juntamente con la exclusión de derechos⁸⁵⁷.

⁸⁵⁴ V. por todos DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos», cit., p. 1172, quien subraya que el término renuncia dentro de la ciencia jurídica es equívoco, lo que ha propiciado que se le atribuyan distintos significados. Así, el primer significado, el técnico, es el del acto por el que una persona voluntariamente abandona la titularidad de un derecho subjetivo. En un segundo significado se habla de renuncia para designar el acto de extinción por voluntad unilateral de un contrato o de una relación jurídica; en este caso el acto de renuncia se asimila al de rescisión unilateral, revocación, etc. En un tercer sentido, la renuncia equivale a una falta de aceptación, básicamente referida a los actos de liberalidad, como la renuncia de legado, de la herencia. Por último, se considera, en un sentido impropio, renuncia cuando una persona impide o rechaza la entrada en su patrimonio de un derecho que sin esta declaración de voluntad ingresaría normalmente.

⁸⁵⁵ GULLÓN BALLESTEROS, A., «Comentario Art. 6.º CC» en *Comentario del código Civil*, T. I, cit., p. 34.

⁸⁵⁶ GULLÓN BALLESTEROS, A., «Comentario Art. 6.º CC» en *Comentario del código Civil*, T. I, cit., p. 34.

⁸⁵⁷ El tenor del art. 6.2 CC es el siguiente: «La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos, sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros».

Así, en un sentido impropio, porque se aparta del sentido técnico de renuncia de los derechos de los que ya es titular, también se considera renuncia aquel acto con el que una persona rechaza o impide la adquisición de un derecho que, a falta de dicha declaración de voluntad, ingresaría normalmente en su patrimonio. A este respecto, a pesar de que en un primer momento, parezca que se podría equiparar la exclusión voluntaria de la ley con la renuncia de derechos, la doctrina ha establecido claramente las diferencias existentes entre ambas⁸⁵⁸. En este sentido, la verdadera renuncia de derechos presupone la titularidad plena y perfecta del derecho renunciado, lo que supone una manifestación de voluntad contraria a la continuación de la titularidad del derecho que se posee, que se realiza con posterioridad al acto de nacimiento del derecho subjetivo. Por el contrario, la exclusión voluntaria de la ley, precisa que la titularidad del derecho no se haya todavía atribuido al sujeto, pero que la atribución se producirá normalmente si el sujeto no manifiesta su voluntad en contrario. La renuncia impropia consiste en una declaración de voluntad contraria a llegar a ostentar la titularidad del derecho. La renuncia impropia es anterior al acto de nacimiento del derecho subjetivo, por lo que impide que éste nazca.

Asimismo, siguiendo con la diferencia entre ambas figuras, cabe observar que el objeto sobre el que recae el acto de la autonomía de la voluntad es distinto en uno u otro caso. En la renuncia propiamente dicha la persona hace dejación de un derecho subjetivo que ya tiene adquirido, mientras que en la exclusión voluntaria de la ley, la autonomía de la voluntad recae sobre el Derecho objetivo, con el propósito de apartarse de un régimen jurídico que

⁸⁵⁸ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos», cit., pp. 1172-1173.

contiene determinados derechos que aún no se han incorporado en la esfera patrimonial del sujeto activo⁸⁵⁹.

El pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre el concepto de renuncia de derechos se ha manifestado a través de diversas sentencias. Por ejemplo, en la sentencia de 5 de mayo de 1989⁸⁶⁰ en la que se considera ineficaz la renuncia genérica de derechos legitimarios efectuada en escritura pública antes del nacimiento de la obligación de reserva. También se recoge la citada doctrina en la sentencia de 11 de octubre de 2001⁸⁶¹ sobre una pretendida renuncia al derecho de retracto del arrendatario, efectuada anticipadamente y de forma genérica a través de una cláusula impresa que se incorporó al contrato de arrendamiento.

⁸⁵⁹ V. CASTELLO SAEZ, A. C., «Cuestiones sobre la renuncia de derechos y la exclusión voluntaria de la ley: distinción entre ambas, relación con la autonomía de la voluntad y límites para su validez» en *RGD*, n.º 604-605, 1995, pp. 49-58, pp. 50-51.

⁸⁶⁰ STS (Sala de lo Civil), de 5 de mayo de 1989, Ponente Mariano Martín-Granizo Fernández, F.J. 4.º. (RJ 1989/3588). Al respecto, el Tribunal manifiesta que la referida cláusula no contiene una abdicación del derecho a la reserva que correspondía a los renunciantes, porque «tal manifestación abdicativa de la voluntad no sólo fue general y no específica, sino que, además, se realizó en momentos anteriores a la realización del acto que origina la conversión en derecho cierto de lo que hasta ese momento era una mera expectativa, la celebración del segundo matrimonio».

⁸⁶¹ STS (Sala de lo Civil), de 11 de octubre de 2001, Ponente Alfonso Villagómez Rodil, F.J. 1.º (RJ 2001/8796). En esta sentencia el Tribunal manifestó que, «al actuar la renuncia como dejación del derecho sobre el que se proyecta, resulta necesario que el derecho se hubiera incorporado al patrimonio del renunciante, en este caso el arrendatario, respecto al cual el retracto actúa como un derecho expectante, que su realización está supeditada a que se den las condiciones legales que posibilitan su ejercicio –cambio de titularidad dominical y persona arrendadora– y es entonces cuando la renuncia sí resulta efectiva, al haber nacido el derecho, que queda así a disponibilidad del arrendatario y de este modo no puede renunciar anticipadamente a un beneficio no surgido al tiempo de celebrarse el contrato». También la STS (Sala de lo Civil), de 17 de noviembre de 1984, Ponente Antonio Fernández Rodríguez, F.J. 4.º (RJ 1984/5560). En la misma línea la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 25 de enero de 2008, Ponente Clemente Auger Liñán, F.J. 2.º (RJ 2008/221) en la que no se considera válida la renuncia a rendir cuentas hecha por el mandante referida a operaciones aún no ejecutadas por el mandatario en el momento de efectuarse tal renuncia, manifestando el Tribunal que «mientras no se ejecuta el encargo aquel derecho no es una realidad que haya nacido a la vida jurídica, lo cual resulta razonable desde la óptica de la propia finalidad del derecho a rendir cuentas, toda vez que el mandante sólo puede exigir cuenta justificada de lo hecho por su apoderado tras conocer los actos y operaciones que ha finiquitado determinantes, en su caso, de un saldo a su favor que sería objeto de liquidación.

Expuesto lo que antecede y trasladando estas consideraciones a la subrogación en los seguros de daños, podemos concluir que sólo es posible hablar de renuncia de la subrogación cuando el asegurador ya se haya, efectivamente, subrogado, lo que implica que se ha producido el cambio de titularidad de los derechos que pertenecían al asegurado frente al responsable del siniestro. En consecuencia, no será una verdadera renuncia de la subrogación, la que doctrina ha denominado «renuncia preventiva», que como ya se dicho, es aquella manifestación de voluntad del asegurador que antecede a la subrogación con la finalidad de que ésta no se produzca. En este último caso, lo que en realidad tiene lugar es un rechazo a que se haga efectivo lo que es sólo una expectativa de derecho. Una voluntad de no llegar a adquirir la titularidad del derecho previsto legalmente que, sin esta declaración en contrario, sucederá cuando se produzca el hecho que origine su nacimiento en el patrimonio del asegurador, en este caso, el pago de la indemnización al asegurado.

En la renuncia el asegurador abdica de la subrogación, hace dejación del contenido del derecho que constituye la subrogación: la titularidad del derecho de crédito y la correspondiente acción de reclamación frente al responsable del siniestro. Por lo tanto, mediante el acto unilateral de renuncia, el asegurador abdica de aquella titularidad que la subrogación le ha conferido, manifestando así la voluntad de abandonar su derecho de crédito contra el tercero, esto es, su derecho a reclamar al responsable del siniestro. En consecuencia, cuando en una determinada cláusula insertada en el contrato de seguro, o en un documento complementario, se excluye la sucesión en el derecho del asegurado frente al tercero responsable, en realidad, no se está renunciando a la subrogación en sentido propio, sino que está derogando el régimen legal que le confiere el derecho a subrogarse. En este mismo sentido se han manifestado algunos

autores⁸⁶² cuando afirman que ese tipo de cláusulas, independientemente de que con ellas se pretenda favorecer al asegurado, excluyendo la sucesión en su derecho de crédito, o, al tercero responsable, acordando la renuncia del asegurador a ejercitar la acción de reclamación contra él, no constituyen una renuncia en sentido técnico, sino una derogación al régimen legal previsto.

Efectivamente, la renuncia impropia consiste en aquellos pactos convencionales mediante los que se pretende impedir el efecto de la automaticidad del subingreso del asegurador en el derecho de crédito de asegurado contra el tercero responsable. De esta forma, las partes excluyen el efecto normativo que prevé la subrogación del asegurador desde el mismo momento en que indemniza al asegurado y establecen otro régimen, el convencional, en el que disponen la no subrogación del asegurador una vez haya indemnizado al asegurado.

La forma en que opera la exclusión voluntaria de la ley para evitar el nacimiento del derecho en la esfera jurídica del sujeto ha sido claramente expuesta por la doctrina civilista. Al respecto, DÍEZ-PICAZO⁸⁶³ manifiesta que cuando el derecho subjetivo se contempla no como algo cierto que forma parte del patrimonio, sino como una mera posibilidad, «no puede, en rigor hablarse de renuncia». Lo que hay en este caso es un acto de autonomía, dirigido a determinar el contenido de la relación obligatoria, que consiste en la exclusión de un derecho que existiría si las partes no lo excluyeran de forma expresa.

⁸⁶² FERRARINI, S., «Appunti sulla rinunciabilità alla surroga assicuratoria», cit., p. 407; GASPERONI N., *Assicurazioni Private*, cit., pp. 415-416; SCALFI G., *I Contratti di Assicurazione. L'Assicurazione Danni*, cit., pp. 240-241.

⁸⁶³ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos», cit., p.1173, señala que «la renuncia impropia no es tal renuncia, sino un acto de autonomía, una cláusula, una disposición de determinación del contenido, excluyente de un derecho establecido por una norma dispositiva».

No obstante lo expuesto, un sector doctrinal⁸⁶⁴ mantiene que no es posible renunciar a la subrogación cuando ésta última ya ha tenido lugar. A este respecto, se manifiesta que no se renuncia a la subrogación en los derechos del asegurado frente al tercero responsable cuando estos derechos ya han pasado, mediante la subrogación, a manos del asegurador, sino al ejercicio del crédito subrogado, en cuyo caso, se trata de un supuesto de remisión de la deuda por parte del acreedor⁸⁶⁵. En opinión de RUÍZ SOROA⁸⁶⁶, lo determinante para hablar propiamente de renuncia a la subrogación no es el momento en que se produce, sino su objeto: si el objeto de la renuncia se refiere al efecto legal de deferir el crédito o al crédito ya deferido, considerándose que sólo en el primer caso puede hablarse en propiedad de renuncia a la subrogación, afirmando que sería absurdo conceptuar como renuncia a la subrogación la abdicación del crédito deferido. Así, para este autor, la renuncia a la subrogación propiamente dicha es la denominada renuncia preventiva, en la que el asegurador renuncia al efecto legal previsto por la norma como consecuencia automática del pago de la indemnización. En este caso, la renuncia se produce mediante la exclusión convencional en la que el asegurador manifiesta su voluntad de no querer adquirir el crédito que la ley le transfiere tras el pago de la indemnización al asegurado. Por el contrario, en la renuncia sucesiva, cuando ya se ha producido la subrogación, el asegurador abdica del ejercicio del crédito que adquirió en virtud de la sucesión operada por efecto de la norma.

Entiende el citado autor⁸⁶⁷ que la renuncia anticipada del asegurador por la que se impide la sucesión en el crédito cumple con las características de ser unilateral y no transmisible, propias de una renuncia. En este sentido, observa que la permanencia del crédito en poder del asegurado no implica la

⁸⁶⁴ TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de de contrato de seguro*, cit., p. 213; SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 977.

⁸⁶⁵ SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 977.

⁸⁶⁶ V. RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., p. 475.

⁸⁶⁷ RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., p. 476

transmisión de aquél, sino «un efecto indirecto del acto esencialmente unilateral del asegurador». Por otro lado, también afirma que la apariencia de bilateralidad que se desprende de la renuncia manifestada mediante una cláusula insertada en el contrato, no debe ser considerada de forma concluyente para excluir que se trata de un acto unilateral y exclusivo del asegurador, que en este caso va acompañado de un acuerdo con el asegurado para que éste ejercite el crédito por cuenta de aquél.

Un segundo sector doctrinal⁸⁶⁸, en cierta sintonía con el anterior, observa que difícilmente puede hablarse de renuncia a la subrogación cuando ésta ya ha tenido lugar y el crédito se ha deferido al asegurador. Se entiende, por el contrario, que sólo cabe hablar de renuncia propiamente dicha cuando se refiere al crédito del asegurado que ya ha sido adquirido por el asegurador, sucediendo en este caso que las partes acuerdan excluir el efecto legal que deriva de la adquisición del crédito. Conforme a esta teoría, una vez operada la subrogación, y por ello, la transferencia del crédito que el asegurado poseía frente al causante del daño, dicho crédito queda integrado en el patrimonio del asegurador, de forma que es imposible renunciar a la subrogación, porque ésta ya se ha operado, sino al ejercicio del crédito subrogado. En este caso, el no ejercicio del crédito constituye un supuesto de remisión de deuda del asegurador a favor del tercero⁸⁶⁹.

A la anterior consideración se añade que, de tratarse de la llamada «renuncia preventiva» del asegurador, la cuestión varía en función de si se considera que la subrogación opera de forma automática con el pago de la indemnización o si, por el contrario, aquella depende de la voluntad del asegurador de ejercitar el derecho potestativo de subrogarse en el derecho de

⁸⁶⁸ TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., pp. 212-213.

⁸⁶⁹ V. DONATI A., *Tratatto del Diritto delle Assicurazione Private*, vol. II, cit., p.484; TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., pp. 212-213; SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43» en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 977.

crédito frente al responsable del siniestro. En el caso de la subrogación automática, la renuncia preventiva se dirige a evitar que se produzca ese efecto automático, mientras que en la subrogación voluntaria, «lo que se pretende es que el asegurador renuncie *a priori* a esa facultad de subrogarse»⁸⁷⁰

Las tesis así planteadas, a nuestro juicio, no pueden ser aceptadas. En primer lugar, debemos partir del propio concepto de subrogación, entendida como la sucesión del asegurador en el derecho del asegurado frente al responsable del siniestro. El contenido del derecho de subrogación es precisamente esa sucesión en la titularidad del derecho de crédito que correspondía al asegurado antes de producirse el pago de la indemnización del asegurador⁸⁷¹. En segundo lugar, debemos tener presente que, en un sentido técnico, sólo se puede renunciar a los derechos que forman parte del patrimonio del renunciante, porque «el derecho no existe hasta que no se tiene, y sólo entonces resulta disponible para su titular»⁸⁷².

Por lo tanto, cuando hablamos de renuncia a la subrogación propiamente dicha, entendida como renuncia al derecho que ya se ha integrado en el patrimonio del asegurador, nos estamos refiriendo a que este último abdica de aquella sucesión, o lo que es lo mismo, hace dejación de la titularidad del crédito que le ha sido transferido. Evidentemente, la renuncia de derechos implica la renuncia del ejercicio de las facultades de actuación del mismo. Por ello, la renuncia a la sucesión en la titularidad del crédito frente al tercero responsable, lleva aparejada necesariamente la renuncia al ejercicio de dicho crédito.

⁸⁷⁰ SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43» en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., pp. 977-978.

⁸⁷¹ GENOVESE, A., «I limiti della surroga dell'assicuratore», en *Studi in onore di Antigono Donati*, Roma, 1970, p. 351.

⁸⁷² STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 25 de enero de 2008, Ponente Clemente Auger Liñán, F.J. 2.º. (RJ 2008/221).

Por el contrario, la llamada renuncia preventiva consiste en realidad en una exclusión voluntaria del régimen legal que prevé la subrogación del asegurador derivada del pago de la indemnización al asegurado, mediante la cual el asegurador manifiesta su voluntad de no llegar a adquirir aquel derecho a subrogarse. De esta forma, el asegurador no renuncia a la subrogación propiamente dicha, como derecho del que ya es titular, sino que manifiesta su deseo de no adquirir ese derecho aún expectante que se materializará en su patrimonio cuando efectúe el pago de la indemnización a su asegurado.

4.- EFECTOS DE LA RENUNCIA DEL DERECHO DE SUBROGACIÓN

Como se ha dicho a lo largo del presente trabajo, la subrogación del asegurador implica su sucesión en el derecho del asegurado frente al responsable del siniestro. De este modo, la subrogación tiene el efecto de transferir la titularidad del crédito que en origen correspondía al asegurado damnificado por el siniestro al asegurador por razón del pago de la indemnización que ha procurado la reparación de aquel daño. La consecuencia inmediata de la sustitución del asegurador en la titularidad del derecho que pertenecía al asegurado es que este último se ve automáticamente privado de dicha titularidad, y con ello, pierde la legitimidad, en la parte en que ha sido indemnizado por el seguro, para exigir la reparación del tercero.

De este modo, la renuncia a la subrogación del asegurador, tal como la hemos definido, sólo actúa en beneficio del tercero responsable. En efecto, la consecuencia de la renuncia del derecho adquirido por el asegurador es que el derecho renunciado sale de la esfera jurídica del renunciante sin que se transfiera a otra persona⁸⁷³. De esta forma, el derecho se extingue, dejando de

⁸⁷³ V. LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil I. Parte General*, vol. III, cit., pp. 96-98, donde se explica que la renuncia supone la dejación del derecho por parte de su titular, la salida de su esfera jurídica o patrimonio, pero no su transmisión a otra persona, lo que determina su extinción. En este sentido, la renuncia no comporta el traslado del derecho, no hay

existir frente a todos. Por ello, la renuncia propiamente dicha, esto es, la renuncia a la subrogación adquirida con motivo del pago de la indemnización no puede beneficiar nunca al asegurado, puesto que no recupera la titularidad del derecho de crédito que la subrogación había transferido al asegurador.

Por el contrario, el beneficiado inmediato por la renuncia será el tercero que se verá así liberado de cumplir con su responsabilidad⁸⁷⁴. Ahora bien, ello no significa que el hecho de que la renuncia posibilite la liberación del tercero de su obligación de resarcimiento implique una transferencia del derecho renunciado a su favor. Al respecto, cabe señalar que el efecto propio e inmediato de la renuncia del asegurador determina la aparición de una ventaja en el patrimonio del responsable; no obstante, ese incremento patrimonial del deudor tiene distinta naturaleza del derecho que se abandona, lo que aleja la idea de que se haya producido una transmisión o traslación del derecho renunciado al tercero responsable⁸⁷⁵.

No obstante en opinión de un sector doctrinal la renuncia sólo opera a favor del asegurado⁸⁷⁶. Esta declaración parte del presupuesto de que el art. 43 LCS regula un mecanismo de subrogación voluntaria, que precisa para su operatividad de la preceptiva manifestación de voluntad del asegurador de subrogarse en los derechos del asegurado frente al tercero responsable. Conforme a la tesis de la subrogación voluntaria, la renuncia al derecho de subrogación implica la permanencia del derecho de crédito en el patrimonio del asegurado, de ahí que la forma de evitar que se realice dicho crédito es que lo adquiera el asegurador a través de la subrogación, para, posteriormente,

un cambio de titularidad, aunque en la práctica, consigue el resultado de beneficiar, dentro de la relación jurídica, a aquél para el que el derecho representaba un gravamen o una detracción.

⁸⁷⁴ VIVANTE, C., *Il Contratto di Assicurazione. Le Assicurazioni Terrestre*, vol. I, cit., p. 442; SANTAGATA, C., «L'automaticità della surrogazione assicuratoria (Appunti per una costruzione unitaria del subingresso nel credito)», cit., p. 1265.

⁸⁷⁵ LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil I. Parte General*, vol. III, cit., p. 96.

⁸⁷⁶ TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., pp. 212-213.

renunciar a su ejercicio. En este caso, no estaríamos ante una renuncia al derecho de subrogación, sino que estaríamos en presencia de una renuncia al derecho de crédito frente al tercero responsable.

En discrepancia con la teoría expuesta debemos recordar que la renuncia del derecho de subrogación sólo es técnicamente posible cuando la subrogación ya se ha operado, de forma que el derecho de crédito derivado del siniestro deja de pertenecer al asegurado y se integra como derecho propio en el patrimonio del asegurador. De esta forma, la renuncia del derecho de subrogación implica la renuncia al derecho de crédito.

En consecuencia, la renuncia sólo puede operar en beneficio del tercero responsable. En este caso, la abdicación del derecho comporta una remisión de la deuda por parte del asegurador a favor del responsable⁸⁷⁷. De esta manera, dada su repercusión sobre la esfera jurídica del deudor, debe considerarse inadmisibles la renuncia tácita consistente en la inactividad del asegurador⁸⁷⁸. Por el contrario, la renuncia, por el hecho de provocar efectos, en este caso ventajosos, en la esfera patrimonial del tercero, debe ser comunicada a éste último.

No obstante, en la doctrina española, la cuestión de la eficacia de la renuncia del derecho de crédito no se centra tanto en considerar si se trata de un acto unilateral o bilateral del acreedor, sino más bien en la posibilidad de su revocación⁸⁷⁹. En este sentido, la doctrina señala⁸⁸⁰ que, por su propia naturaleza, la renuncia de derechos se articula mediante un acto unilateral del renunciante que no precisa de ninguna otra declaración de voluntad que sea vinculante en el abandono; de forma que sólo cabe entrar en el terreno de la

⁸⁷⁷ DONATI, A., *Tratato del Diritto delle Assicurazione Private*, vol. II, cit., p.484; SCALFI, G., I *Contratti di Assicurazione. L'assicurazione Danni*, cit., p. 240.

⁸⁷⁸ GASPERONI, N., *Assicurazioni Private*, cit., p. 416.

⁸⁷⁹ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, cit., p. 638.

⁸⁸⁰ LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil I. Parte General*, vol. III, cit., p. 96.

aceptación cuando se plantea la cuestión de la revocación de la renuncia. Contemplado desde este punto de vista, es irrevocable la renuncia del derecho de crédito expresamente aceptada por el deudor. Por el contrario, se admite la revocación de una remisión no aceptada, pero siempre que se haga en unas circunstancias que no contradigan los dictados de la buena fe⁸⁸¹.

Al tener como efecto la liberación del deudor, algunos autores han considerado que la renuncia equivale a un seguro de responsabilidad civil, afirmando que, en último término, el tercero resulta ser el verdadero asegurado⁸⁸². En efecto, para un sector doctrinal la renuncia a favor del tercero opera de hecho como un seguro de responsabilidad civil, en el que resultaría asegurado el responsable del siniestro⁸⁸³. En este caso, la renuncia es perfectamente lícita siempre y cuando la responsabilidad sea objetiva, o por culpa leve, o incluso por culpa grave, pero nunca podrá ser considerada lícita cuando se renuncie a exigir la responsabilidad dolo, puesto que el dolo no se asegura. No obstante, otros autores han matizado aquella afirmación para concluir que con la renuncia, «se logran indirectamente los efectos propios de un seguro de responsabilidad del tercero»⁸⁸⁴. En efecto, las cláusulas contractuales mediante las que el asegurador renuncia a reclamar al tercero responsable, no pueden ser consideradas como cláusulas de exclusión de

⁸⁸¹ V. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, cit., p. 638, donde se observa que cuando a la renuncia del derecho de crédito le sucede un silencio por parte del deudor, la revocabilidad de la remisión sólo puede ser acogida con algunas reservas, dado que en algunos casos, el silencio del deudor puede equipararse con una aceptación tácita. En este sentido, se considera que de acuerdo con los usos del tráfico y con la buena fe, el deudor sólo tiene el deber de manifestar su voluntad para rechazar lo gratuito cuando ello no le satisface.

⁸⁸² V. VIVANTE, C., *Il Contratto di Assicurazione. Le Assicurazioni Terrestre*, vol. I, cit., p. 442; PICARD, M., /BESSON, A., *Les Assurances Terrestres en Droit Français. (Le contrat d'assurance)*, T. I, cit., p. 523, donde se afirma que renunciando a la subrogación la aseguradora asegura el riesgo directo de su asegurado y la responsabilidad civil del tercero.

⁸⁸³ DONATI, A., *Tratato del Diritto delle Assicurazione Private*, vol. II, cit., pp. 483-484; FERRARINI, S., «Appunti sulla rinunciabilità alla surroga assicuratoria», cit., p. 402, señala que con esta renuncia se consigue un efecto análogo al del seguro de responsabilidad civil del tercero. También, GASPERONI, N., *Assicurazioni Private*, cit., p. 416.

⁸⁸⁴ IGLESIAS PRADA, J. L., «La subrogación del asegurador en el seguro marítimo», cit., p. 28.

responsabilidad en beneficio de ese tercero, sino una simple renuncia a ejercer el derecho en el que se ha subrogado⁸⁸⁵.

En este sentido, y en referencia al seguro de transporte terrestre de mercancías, se ha señalado⁸⁸⁶ acertadamente, que la renuncia del asegurador de su derecho de subrogación «no convierte este seguro de daños en un seguro de responsabilidad civil del porteador». Al respecto se señala que en el seguro de transporte es habitual negociar con el porteador que contrata el seguro, la inserción de cláusulas de renuncia en las que el asegurador hace dejación de su derecho a reclamar la responsabilidad de aquél en la producción del siniestro. No obstante, la responsabilidad del porteador por su incumplimiento en el transporte persistirá frente al asegurado, más allá del importe de la indemnización del asegurador⁸⁸⁷.

En lo que respecta a tales cláusulas, se ha subrayado que en el ámbito del transporte marítimo, y en el del transporte en general⁸⁸⁸, se dispone la renuncia al derecho de crédito surgido por el siniestro para cubrir la responsabilidad civil del tercero, lo que, a menudo, se corresponde con ventajas para el asegurador por parte de ese tercero. Tales ventajas, pueden asentarse en razones de conveniencia en general o, lo que es más frecuente, en ventajas concretas, como la preferencia por dicho asegurador en el aseguramiento de la nave o un interés del transportista, cuando contrata el transporte con el cargador, en que las mercancías por él transportadas sean aseguradas por dicho asegurador⁸⁸⁹. Por otro lado, la renuncia del asegurador suele tener como

⁸⁸⁵ Así, CHAGNY, M./PERDIX, L., *Droit des assurances*, cit., p. 333.

⁸⁸⁶ PILOÑETA ALONSO, L. M., «Artículo 59. Daños a indemnizar en el seguro de transportes terrestres», en *RES*, nº 143-144 (Monográfico: “Comentario al Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro, de junio de 2010”), pp. 775-779, p. 779.

⁸⁸⁷ PILOÑETA ALONSO, L. M., «Artículo 59. Daños a indemnizar en el seguro de transportes terrestres», cit. p. 779.

⁸⁸⁸ FERRARINI, S., *Le Assicurazioni Marittime*, cit., p. 447.

⁸⁸⁹ FERRARINI, S., «Appunti sulla rinunciabilità alla surroga assicuratoria», cit., p. 402.

contrapartida un aumento de la prima⁸⁹⁰. No obstante, la renuncia no sólo interesará al asegurador cuando aquélla le reporte la posibilidad de futuros negocios, sino también cuando dedicar recursos a la reclamación, en función de la cuantía del crédito, le resulte excesivamente gravoso.

Por lo tanto, podemos considerar que, verdaderamente y de forma mediata, a quien realmente beneficia la renuncia es al propio asegurador⁸⁹¹. Resulta evidente que si recurre a ella es porque, en todo caso, repercute positivamente en su política de desarrollo empresarial. Por otro lado, señalar que, una vez que el asegurador renuncia a su derecho de subrogación, se produce la automática extinción del derecho, lo que imposibilita que el asegurado pueda recuperar la titularidad del derecho de crédito frente al tercero que le perteneció originalmente antes de haber sido indemnizado por el asegurador.

5.- MODIFICACIÓN CONVENCIONAL AL RÉGIMEN LEGAL QUE PREVÉ LA SUBROGACIÓN DEL ASEGURADOR. LA LLAMADA «RENUNCIA ANTICIPADA»

En la renuncia de derechos partimos de la base de que aquélla consiste en una declaración de voluntad del renunciante de carácter abdicativo, mediante la cual el sujeto persigue apartar de su esfera jurídica un derecho subjetivo que ya tiene conferido, provocando de este modo su extinción. La renuncia es unilateral, en el sentido de que es el titular solo quien la realiza sin que concurra ninguna otra voluntad para que opere el abandono del derecho al que se renuncia⁸⁹².

Precisamente, por definición, la renuncia del asegurador es un acto de abandono del derecho de subrogación que ha adquirido tras el pago de la

⁸⁹⁰ PICARD, M., /BESSON, A., *Les Assurances Terrestres en Droit Français. (Le contrat d'assurance)*, T. I, cit., p. 522.

⁸⁹¹ Así, FERRARINI, S., «Appunti sulla rinunciabilità alla surroga assicuratoria», cit., p. 402.

⁸⁹² LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.*, *Elementos de Derecho Civil I. Parte General*, vol. III, cit., p. 96.

indemnización al asegurado, carente de cualquier eficacia traslativa, lo que impide que pueda atribuir su derecho a otro sujeto. Por lo tanto, no se puede calificar de verdadera renuncia aquellos pactos que consisten en atribuir a otra persona la titularidad del derecho renunciado, evitando con ello los efectos de la automaticidad del subingreso del asegurador en el derecho de crédito frente al responsable del siniestro tras el pago de la indemnización⁸⁹³.

Los pactos así planteados, consisten en una exclusión voluntaria del régimen legal que prevé el derecho de subrogación del asegurado en el momento que efectúa el pago de la indemnización y su sustitución por un régimen convencional mediante el que disponen la exclusión de la sucesión en el derecho de crédito, o, acordando la «renuncia» del asegurador a ejercitar la acción de reclamación frente al responsable⁸⁹⁴.

En este sentido, la renuncia del derecho ya adquirido, así como el otorgamiento de un régimen distinto al señalado por la norma, entran dentro del ejercicio de la autonomía de la voluntad. Ello lleva a preguntarnos si el art. 43 LCS que regula la subrogación del asegurador es una norma de carácter imperativo o es dispositiva, lo que permitiría, en este último caso, que la autonomía de la voluntad de las partes se manifieste atribuyéndose un régimen jurídico distinto del previsto en la norma dispositiva⁸⁹⁵. Esta cuestión es

⁸⁹³ SANTAGATA, C., «L'automaticità della surrogazione assicuratoria (Appunti per una costruzione unitaria del subingresso nel credito)», cit., p. 1266.; GASPERONI, N., *Assicurazioni Private*, cit., pp. 415-416.

⁸⁹⁴ SCALFI, G., *I Contratti di Assicurazione. L'Assicurazione Danni*, cit., p. 240.

⁸⁹⁵ Sobre el carácter imperativo o dispositivo de las normas en relación a la autonomía de la voluntad de las partes, v. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos», cit., p. 1162, cuando manifiesta que «la clasificación de las normas en imperativas y dispositivas sólo puede realmente contemplarse desde el punto de vista de las relaciones con la autonomía privada. La norma es dispositiva cuando el ordenamiento jurídico permite que se anteponga a ella el precepto creado por la autonomía privada. Es imperativa, por el contrario, cuando el ordenamiento jurídico le concede un rango jerárquico superior. No se trata, por lo tanto, de una cuestión de mayor o menor eficacia u obligatoriedad de las normas, ni de su modificabilidad o derogabilidad por actos privado, sino de un sencillo problema de jerarquía»

especialmente relevante en la contratación de los seguros de transporte, en los que, debido a su consideración de grandes riesgos, las partes gozan de libertad de elección de la ley aplicable a dicho contrato. De ahí que puedan acogerse a un Derecho que prevea una regulación distinta en materia de subrogación. Ahora bien, de aplicarse el art. 43 LCS, habrá de estarse a su contenido imperativo, sin que éste pueda verse modificado por las partes.

Respecto al carácter imperativo o dispositivo de art. 43 LCS, en lo tocante a la renuncia a la subrogación, nuestra opinión es que la subrogación se produce automáticamente con el pago de la indemnización, de forma que el asegurador, en el acto de indemnizar al asegurado, queda legalmente subrogado en el derecho de este último frente al tercero. Así, entendemos que el art. 43 LCS es de carácter dispositivo en cuanto no impide que el asegurador pueda decidir, en pro de sus intereses, no ejercitar el derecho de crédito que ha adquirido frente al responsable del siniestro, actuando en este caso la remisión de su crédito contra este último. Es decir, la norma no veta la renuncia del derecho de subrogación propiamente dicho, esto es, la dejación del derecho, una vez que ya lo ha adquirido el asegurador mediante el pago de la indemnización, y que ha provocado la correlativa pérdida de la titularidad del derecho de crédito del asegurado frente al tercero. Tampoco impide que las partes inserten una cláusula en el contrato mediante la que el asegurador manifieste su voluntad de que, llegado el caso de tener que indemnizar al asegurado, no ejercitará el derecho de crédito que aquella indemnización ha hecho nacer en su patrimonio contra el responsable. La cláusula de liberación del tercero acordada por las partes antes de que tenga lugar la subrogación, ha

sido calificada por un sector doctrinal como una estipulación a favor de tercero⁸⁹⁶.

En efecto, el carácter dispositivo de la norma se predica respecto a la actuación de la autonomía privada del asegurador acerca de la conveniencia y la oportunidad de ejercitar o no su derecho de crédito contra el responsable del siniestro y con ello resarcirse de lo pagado al asegurado. En tal caso, tanto si el asegurador hace dejación del derecho de subrogación una vez que lo ha adquirido en virtud del pago de la indemnización al asegurado, como si contractualmente dispone que, tras dicho pago, no ejercerá la acción de reclamación frente al responsable del siniestro, el resultado es el mismo: el tercero queda liberado de afrontar patrimonialmente su propia responsabilidad.

Ahora bien, consideramos que la norma reviste un carácter inderogable disponiendo la subrogación automática del asegurador, cuando efectúe el pago de la indemnización, y la consiguiente pérdida para el asegurado de la titularidad del derecho de crédito que tenía como damnificado frente al responsable del siniestro. En efecto, la autonomía privada no puede alterar el régimen previsto legalmente y otorgarse un régimen propio a través del contrato en el que dispongan la no sucesión del asegurador en el derecho del asegurado para reclamar al tercero. El problema que plantea la llamada incorrectamente «renuncia preventiva», es que el asegurado, a pesar de haber sido indemnizado por el asegurador, seguiría siendo titular del derecho de crédito frente al tercero⁸⁹⁷.

Esta permanencia de la titularidad en manos del asegurado le permitiría, teóricamente, ejercer la correspondiente acción de responsabilidad y obtener así

⁸⁹⁶ DONATI, A., *Tratatto del Diritto delle Assicurazione Private*, vol. II, cit., pp. 482-483; SANTAGATA, C., «L'automaticità della surrogazione assicuratoria (Appunti per una costruzione unitaria del subingresso nel credito)», cit., p. 1267;

⁸⁹⁷ DONATI, A., *Tratatto del Diritto delle Assicurazione Private*, vol. II, cit., p. 483; GENOVESSE, A., «Il fondamento razionale della suoga dell'assicuratore», cit., pp. 34-35.

una doble reparación de un mismo daño. Al respecto, un sector de la doctrina⁸⁹⁸ entiende que, aún admitiéndose razones lógicas que justifiquen la duplicidad de indemnizaciones del asegurado, como que el tercero responda frente al asegurado y cumpla así con su deuda de responsabilidad sin que resulte favorecido por un pacto contractual del que es ajeno, no es admisible que la introducción de la subrogación legal, como mecanismo que impide esa doble indemnización, sea superada por la actuación de la autonomía privada.

La misma doctrina subraya que, en relación con la función indemnizatoria de los seguros contra daños, el objetivo del legislador ha sido reducir la reparación del daño sufrido por el asegurado damnificado dentro de los límites de la indemnización correspondiente a la lesión del interés asegurado. Así, con la doble finalidad de evitar que el asegurado provoque intencionadamente el daño para obtener una doble indemnización y de favorecer el necesario desarrollo de la actividad aseguradora, sin tener que soportar el resultado del comportamiento doloso o culpable del responsable del siniestro, se constituye el traspaso del derecho de crédito del asegurado contra el tercero al asegurador. Consecuentemente, la percepción de una doble indemnización del asegurado puede considerarse como «socialmente peligrosa»⁸⁹⁹.

A lo anterior, se añade que, excluyendo la subrogación y posibilitando al asegurado conseguir la doble indemnización, se puede propiciar que, al mismo tiempo, contraviniendo el deber de salvamento impuesto por la LCS⁹⁰⁰, provoque un empeoramiento de los daños derivados del siniestro. Sobre la base de las anteriores consideraciones se concluye que, con la derogación de la

⁸⁹⁸ DE CUPIS, A., «Sulla rinuncia alla surroga assicuratoria», en *Assicurazioni*, II, 1951, pp. 72-74, p. 73.

⁸⁹⁹ DE CUPIS, A., «Sulla rinuncia alla surroga assicuratoria», cit., pp. 72-73.

⁹⁰⁰ V. art. 17 LCS en referencia al deber de actuación del asegurado o del tomador del seguro para aminorar las consecuencias del siniestro.

disciplina legal que regula la institución de la subrogación del asegurador, no sólo se regula en contra de la ley en interés privado, sino, también, en perjuicio del sentido y de los límites de la función social de dicha institución; lo que no parece que pueda consentirse⁹⁰¹.

No obstante, en relación a los pactos que excluyen anticipadamente la subrogación del asegurador, por parte de algún autor se observa⁹⁰² que no se puede plantear *per se* un problema de invalidez de dichas cláusulas por ser contrarias al orden público sino hasta después de que se produzca el siniestro. Una vez ocurrido el siniestro, la posible violación del principio indemnizatorio queda supeditada al comportamiento del asegurado. Si no ejercita la acción de crédito contra el responsable, será este último quien resulte beneficiado por la cláusula que deroga el régimen de subrogación automática del asegurador tras el pago de la indemnización del seguro⁹⁰³. Por el contrario, si el asegurado ya indemnizado ejercita el derecho de crédito frente al tercero responsable podrá ser presupuesto para el nacimiento, a favor del asegurador, de un derecho de reembolso contra el asegurado, sobre la base legal del art. 26 LCS, siempre que la suma de las cantidades percibidas por el asegurado exceda del daño que ha sufrido⁹⁰⁴.

De todas formas, no podemos compartir la opinión de quienes afirman que la «renuncia» a la subrogación no provoca la extinción del derecho de crédito frente al tercero responsable sino que, al no producirse la novación subjetiva, aquél permanece en el patrimonio del asegurado⁹⁰⁵. De conformidad con esta tesis, la renuncia permite al asegurado retener la plena titularidad del

⁹⁰¹ DE CUPIS, A., «Sulla rinuncia alla surroga assicuratoria», cit., p. 73.

⁹⁰² SCALFI, G., *I Contratti di Assicurazione. L'Assicurazione Danni*, cit., p. 241.

⁹⁰³ SCALFI, G., *I Contratti di Assicurazione. L'Assicurazione Danni*, cit., p. 241.

⁹⁰⁴ TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., p. 220.

⁹⁰⁵ TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., p. 219; SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 968; GENOVESE, A., «Il fondamento razionale della surroga dell'assicuratore», cit., p. 35.

crédito frente al responsable del siniestro a pesar de haber percibido la indemnización del seguro y, para el caso de que ejercite ese derecho, si el cúmulo de lo obtenido supera el daño, se le reconoce una acción de reembolso a favor del asegurador de conformidad con el art. 26 LCS que recoge y desarrolla el principio indemnizatorio.

En primer lugar, como ya hemos expuesto, la verdadera renuncia a la subrogación supone que el derecho de subrogación ya se ha incorporado al patrimonio del asegurador, por lo que la renuncia comporta su extinción y con ello la extinción del derecho de crédito frente al tercero responsable. En segundo lugar, el asegurado ya indemnizado carece de interés, y por tanto, deja de estar legitimado, para reclamar al tercero responsable por ese mismo daño que ya ha sido reparado por el asegurador. En tercer, y último lugar, creemos que carece de sentido dejar el derecho de crédito en manos del asegurado indemnizado, si luego, cuando éste lo ejercita ante el tercero responsable, en el caso de que la suma de ambas cantidades supere el importe del daño, tener que recurrir, invocando la violación del principio indemnizatorio, al reconocimiento de un derecho de reembolso a favor del asegurador.

La validez de las cláusulas que permiten el cúmulo de indemnizaciones del asegurado con carácter transitorio, ha sido admitida por la doctrina⁹⁰⁶ cuando se estipulan para satisfacer los legítimos intereses de los aseguradores, siendo los asegurados los que reclamen al responsable. En este sentido, en los seguros de transportes, tanto marítimo como terrestre, ha sido frecuente la inserción de cláusulas que obligaban al asegurado ya indemnizado a reclamar al responsable del siniestro a expensas del asegurador y a entregar a este último

⁹⁰⁶ A favor de la validez de tales cláusulas GENOVESE, A., «Il fondamento razionale della suroga dell'assicuratore», cit., pp. 34-35, quien aparte de enunciar razones prácticas y de política comercial del asegurador para preferir que sea el asegurado quien actúe contra el responsable, también señala razones de economía procesal. En este sentido, subraya la utilidad de interponer una sola acción cuando persista un interés del asegurado en reclamar al tercero.

la cantidad obtenida. De esta forma, la doctrina ha aceptado que el asegurado obtenga de forma transitoria una doble indemnización, siempre y cuando dicho cúmulo sea pactado por las partes contratantes con la finalidad de que revierta en ulterior momento en beneficio del propio asegurador⁹⁰⁷.

Así mismo, se considera lícita la percepción de la doble indemnización del asegurado cuando dicho cúmulo no supere el valor del daño derivado del siniestro contra el cual se aseguraba⁹⁰⁸. En efecto, el cúmulo de indemnizaciones en manos del asegurado no siempre comportará un enriquecimiento injusto para él. Así, se piensa en aquellas situaciones de infraseguro en las que la indemnización del asegurador resulta insuficiente para cubrir en su totalidad el daño patrimonial que el siniestro ha ocasionado al asegurado. Pero una situación de infraseguro no justifica la llamada «renuncia» del asegurador a favor del asegurado⁹⁰⁹. Una vez ha sido indemnizado por el asegurador, el asegurado carece de interés, y por ello de legitimidad, para reclamar ese mismo importe al responsable del siniestro. Ahora bien, seguirá teniendo interés en que se repare la totalidad del daño, por lo que conservará la titularidad del derecho de crédito frente al deudor por la parte del daño patrimonial que no ha sido cubierto por la indemnización del seguro⁹¹⁰.

⁹⁰⁷ RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., p.478.

⁹⁰⁸ FERRARINI, S., «Appunti sulla rinunciabilità alla surroga assicuratoria», cit., pp. 406-408; DONATI, A., *Tratatto del Diritto delle Assicurazione Private*, vol. II, cit., p. 483.

⁹⁰⁹ V. SANTAGATA, C., «L'automaticità della surrogazione assicuratoria (Appunti per una costruzione unitaria del subingresso nel credito)», cit., p. 1267, quien rechaza la renuncia con efecto traslativo que tenga el efecto de legitimar al asegurado cuando el cúmulo de la indemnización y del resarcimiento proveniente del tercero no supere el daño del que éste último es el responsable. Observa el autor que dicho cúmulo no se puede producir puesto que la subrogación se corresponde sólo con la indemnización, permaneciendo el asegurado en la titularidad del crédito en la parte que concierne a la persistencia de su interés. De manera que no es válida la hipótesis de la permanencia del interés del asegurado en la titularidad del crédito objeto de la subrogación.

⁹¹⁰ V. GENOVESE, A., «Il fondamento razionale della suroga dell'assicuratore», cit., p. 39.

CAPÍTULO QUINTO

EL DEBER DEL ASEGURADO DE NO PERJUDICAR LA SUBROGACIÓN

I.- FUNDAMENTO DEL DEBER DEL ASEGURADO DE NO IMPEDIR LA SUBROGACIÓN DEL ASEGURADOR

El establecimiento legal de la subrogación comporta al mismo tiempo garantizar, en la medida de lo posible, que el asegurador llegue a adquirir la plena titularidad del derecho de crédito frente al tercero y que ejerza la correspondiente acción, que de él se deriva, en las mismas condiciones que podría haberlo hecho el propio asegurado. Tal garantía pasa por establecer para el asegurado la obligación de abstenerse de cualquier comportamiento que pueda perjudicar aquel derecho de crédito que permita reclamar la responsabilidad patrimonial del tercero⁹¹¹. Se entiende que el fundamento de tal deber se basa «en la transferencia de las consecuencias dañosas del siniestro que el contrato de seguros realiza “inter partes”»⁹¹². De manera que si el asegurador, mediante el pago de la indemnización, asume el daño patrimonial que ha experimentado el asegurado, es deber de este último conservar íntegramente las posibilidades de recobro frente al responsable.

Es por ello que el art. 43 LCS dispone que el asegurado «será responsable de los perjuicios que, con sus actos u omisiones, pueda causar al asegurador en

⁹¹¹ Al respecto GILMAN, J., *et al.*, *Arnould's Law of Marine Insurance and Average*, 17 th. ed., London, 2008, pp. 1508-1514, observa que en el ámbito del transporte marítimo es frecuente que el deber del asegurado de no perjudicar el derecho de subrogarse del asegurador se prevea expresamente en las pólizas. En este sentido, se indican algunas de las actuales cláusulas del seguro marítimo que hacen referencia a tal obligación. No obstante, se advierte que la obligación del asegurado de no perjudicar la subrogación del asegurador resulta menos clara en ausencia de aquellas disposiciones expresas en el contrato

⁹¹² RUÍZ SOROA, J.M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., p 419

su derecho a subrogarse». El deber⁹¹³ así formulado se refiere no sólo a la conservación del crédito frente a tercero responsable, una vez se haya producido el daño que origina para el asegurador la obligación de indemnizar al asegurado, sino también el de no impedir que nazca aquel derecho de crédito en su favor⁹¹⁴.

En efecto, en opinión de algunos autores, el deber del asegurado de posibilitar la subrogación se relaciona con el deber de salvamento y el de procurar la disminución del daño de los bienes asegurados, que se impone con carácter general en los seguros de daños. Así, GENOVESE indica que el asegurado «debe mantener en vida el propio derecho mediante *actos conservativos*», en los que se han de entender incluidos tanto los actos materiales como los actos jurídicos, como único modo de disminuir los daños patrimoniales del asegurado y mantener fructífero el ejercicio de la subrogación por parte del asegurador⁹¹⁵. Del mismo modo, DONATI⁹¹⁶ entiende que el derecho de resarcimiento frente al tercero, por cuanto comporta la posibilidad de reembolso de la indemnización de asegurador, es un bien rescatable y por

⁹¹³ La mayoría de la doctrina considera que se trata de un deber para el asegurado, así RUÍZ SOROA, J. M.^ª, *La subrogación del asegurador...*, cit., pp. 219 y ss.; GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 201; TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., pp. 277 y ss.; CALZADA CONDE, M.^ª A., «La subrogación del asegurador y la protección de los intereses de los asegurados», cit., pp. 1425 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., pp. 974-1976. No obstante, para otros autores, el mantenimiento del derecho de crédito en el que pueda hacerse viable la subrogación no se formula como un deber sino que constituye una carga para el asegurado; en este sentido, DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazione Private*, vol II, cit., p. 478 afirma que el deber del asegurado de no perjudicar la subrogación es, en realidad, una carga, porque el derecho al resarcimiento del tercero constituye un bien que debe salvaguardarse, de forma que el deber del asegurado de no perjudicarlo se puede relacionar con la carga que pesa sobre él de salvamento de los bienes frente al siniestro; del mismo modo, RIGHETTI, G., *Trattato di Diritto Marítimo*, cit., p. 629 señala que la sanción que corresponde al asegurado por perjudicar la subrogación, no constituye una obligación positiva de resarcir al asegurador por el perjuicio que éste ha sufrido, sino la pérdida de la indemnización, en caso de incumplimiento doloso, o la reducción de la indemnización en proporción al perjuicio causado, en caso de incumplimiento culposo.

⁹¹⁴ SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 975.

⁹¹⁵ GENOVESE, A., «Il fondamento razionale della surroga dell'assicuratore», cit., p. 34.

⁹¹⁶ DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazione Private*, vol II, cit., p. 478.

ello el deber del asegurado de no perjudicarlo debe conectarse con el deber de salvamento del seguro de daños.

No obstante, debemos puntualizar que si bien el deber de salvamento del derecho de crédito frente al tercero puede ser asimilado al deber de salvamento del seguro de daños, por el que se impone tanto al asegurado como al tomador del seguro la obligación de disminuir las consecuencias del siniestro, estamos haciendo referencia a uno sólo de los contenidos de aquel deber de no impedir la subrogación. En concreto, el de no perjudicar el derecho de crédito obtenido contra el tercero. Efectivamente, nos estamos refiriendo a la conservación del derecho de crédito frente al responsable, lo que significa que se ha verificado el siniestro y con ello el surgimiento de tal derecho de crédito en el patrimonio del asegurado; de ahí la obligación de conservar ese derecho para poder ser ejercitado por el asegurador subrogado. Sin embargo, la imposibilidad de la subrogación también puede ocurrir al impedir que nazca el derecho de crédito, esto es, con anterioridad a la producción del siniestro; de forma que la conducta del asegurado no puede identificarse con el incumplimiento del deber de salvamento de un crédito inexistente.

En este último caso, el comportamiento del asegurado no perjudicaría propiamente el derecho de crédito frente al causante del daño, porque dicho crédito aún no existe, sino la posibilidad de que éste surja a su favor. En tal caso, el perjuicio al asegurador se ocasionaría de manera indirecta, en el sentido de que quedarían truncadas sus futuras expectativas de subrogación, es decir, su derecho a subrogarse. En tales circunstancias, se entiende que el daño causado al asegurador, se infringiría por incumplimiento del mandato del art. 43 LCS de impedir la subrogación, en relación con el incumplimiento del deber del tomador en el momento de estipular el contrato, de declarar al asegurador todas las circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo (art. 10 LCS), así como con el incumplimiento del deber de declaración de la agravación

del riesgo durante la vigencia del contrato y con anterioridad a la producción del siniestro (art. 11 LCS)⁹¹⁷.

II.- CARÁCTER DERIVATIVO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CONTRA EL TERCERO Y ACTUACIÓN DEL ASEGURADO EN PERJUICIO DE LA SUBROGACIÓN

El deber del asegurado de no perjudicar la subrogación se impone como consecuencia de que el asegurador no dispone de un derecho autónomo para dirigirse contra el responsable del daño, sino que adquiere dicho derecho a título derivativo, esto es, proveniente del propio asegurado⁹¹⁸. Por lo tanto, hasta que no se haya producido el cambio de titularidad del derecho de crédito a favor del asegurador, será el asegurado, en calidad de acreedor originario, el que deberá procurar mantenerlo activo y con todas las garantías a él inherentes.

Como consecuencia del carácter derivativo del derecho del asegurador para reclamar al tercero, la ley hace responsable al asegurado, en calidad de acreedor originario, de adoptar un comportamiento, sea activo o pasivo, no idóneo para salvaguardar la acción de responsabilidad contra el tercero. En efecto, hasta que no se produce la subrogación y tiene lugar la transferencia del derecho de crédito, la situación del asegurador es la de estar interesado en dicho crédito, pero sin poseer la legitimación necesaria para actuar activamente en su conservación, de ahí la necesidad de contar con la cooperación del asegurado para posibilitar la adquisición en toda su integridad⁹¹⁹. Acerca del alcance de ese comportamiento lesivo, señala DONATI que las acciones u omisiones del asegurado capaces de perjudicar el derecho de subrogación del

⁹¹⁷ V. SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 975.

⁹¹⁸ RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., p. 419; DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazione Private*, vol II, cit., p. 477; GASPERONI, N., *Assicurazioni Private*, cit., p. 421-422; LA TORRE, A., «Il punto sulla surrogazione dell'assicuratore», cit., pp. 614-615; SCALFI, G., *I Contratti di Assicurazione. L'Assicurazione danni*, cit., pp. 254-255.

⁹¹⁹ LA TORRE, A., «Il punto sulla surrogazione dell'assicuratore», cit., p. 615.

asegurador pueden ser muy diversas y, por ello, susceptibles de ser calificadas atendiendo a diferentes criterios⁹²⁰. Así, se indica que pueden consistir, principalmente, en acciones que impidan el surgimiento de la obligación de responsabilidad del tercero, tales como el reconocimiento de la no responsabilidad de ese tercero, o el reconocimiento de su propia responsabilidad. O bien, acciones que provocan la extinción del crédito, como el pago, la remisión o la transacción; así como la no observancia de los plazos prescripción. Y también pueden consistir en omisiones de actos que deberían haberse realizado como condición para el ejercicio de la acción contra el tercero.

No obstante, en criterio del citado autor, cualquier distinción resulta irrelevante a efectos de la consecuencia de aquellas acciones u omisiones que perjudiquen la subrogación del asegurador, porque todas ellas se encuadran en la norma que determina la responsabilidad del asegurado. Por el contrario, opina que lo relevante es establecer la distinción entre los actos perjudiciales realizados antes de que actúe la subrogación, es decir, antes de que el asegurador pague la indemnización al asegurado, y los actos ejecutados con posterioridad a dicho pago⁹²¹.

En efecto, el perjuicio ocasionado al asegurador en su derecho a subrogarse debe ser considerado desde una doble vertiente. En primer lugar, puede ver afectado su derecho a subrogarse; en segundo lugar, el perjuicio puede referirse al ejercicio del derecho de subrogación una vez adquirido éste como consecuencia del pago de la indemnización al asegurado. El derecho del asegurador a subrogarse en lugar del asegurado para reclamar la responsabilidad del tercero nace con el pago de la indemnización del seguro. Es decir, la subrogación, y con ella, la adquisición de la titularidad del derecho de crédito para exigir el resarcimiento del tercero se produce automáticamente por

⁹²⁰ DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazione Private*, vol II., cit., pp. 477-478.

⁹²¹ DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazione Private*, vol II, cit., pp. 477-478

efecto del pago de la indemnización al asegurado. De ahí que, mientras no efectúa dicho pago, existe una situación jurídica en la que el asegurado es el titular del crédito, mientras que el asegurador dispone de una expectativa de derecho⁹²². Así, mientras el asegurado sea el titular de aquel derecho de crédito, puede tener lugar el perjuicio del derecho del asegurador a subrogarse, esto es, a obtener la adquisición de aquel crédito y ocupar así el lugar del asegurado para exigir el resarcimiento del tercero. Una vez verificado el pago de la indemnización, los actos del asegurado, desde el momento en que ya no es titular de aquel derecho de crédito, porque lo es el asegurador, sólo pueden afectar al ejercicio del derecho del asegurador, esto es, a la posibilidad de ejercitar válidamente la acción de reclamación al tercero para conseguir la recuperación de la indemnización.

Realizadas las anteriores consideraciones, entendemos que nuestro estudio del deber del asegurado de no perjudicar la subrogación del asegurador debe ser enfocado desde una doble perspectiva; en concreto, partiendo de la existencia o no del derecho de crédito a favor del asegurado frente al tercero responsable del siniestro. En efecto, consideramos que aquel deber presenta distinta naturaleza en función de que el perjuicio de la subrogación se deba a actuaciones del asegurado que han tenido lugar con anterioridad a la producción del siniestro, y por lo tanto, antes de que nazca la responsabilidad del tercero. Y, por otro lado, en función de que dichas actuaciones se produzcan cuando el siniestro haya ocurrido, y con él, el surgimiento de la responsabilidad de ese tercero. Porque en el primer caso, la responsabilidad del asegurado frente al asegurador surge al impedir el nacimiento de su propio derecho contra el tercero. Mientras que, en el segundo, el asegurado es titular de un derecho de crédito frente al responsable y su propia responsabilidad se refiere al mantenimiento de ese derecho en favor del asegurador.

⁹²² LA TORRE, A., «Il punto sulla surrogazione dell'assicuratore», cit., pp. 614-615; SCALFI, G., *I Contratti di Assicurazione. L'Assicurazione Danni*, cit., p. 255.

En otro orden, también debemos tener presente en este último caso, es decir, cuando el siniestro ya se ha producido, si ha tenido lugar o no el pago de la indemnización por parte del asegurador, para considerar que se ha producido la transferencia de la titularidad del derecho de crédito a este último. Porque, de haberse producido dicho pago, la actuación del asegurado no afectará propiamente al derecho ya adquirido por el asegurador para reclamar al tercero, sino al ejercicio de tal derecho en toda su plenitud.

III.- EL PERJUICIO DE LA SUBROGACIÓN DEL ASEGURADOR AL IMPEDIR EL NACIMIENTO, TOTAL O PARCIAL, DEL CRÉDITO O AL PROVOCAR SU EXTINCIÓN CON ANTERIORIDAD A LA PRODUCCIÓN DEL SINIESTRO

El mecanismo de la subrogación exige que el asegurado deba hacer todo lo posible para que el asegurador pueda ejercer su derecho a subrogarse, de ahí que tanto antes como después del siniestro debe proceder de forma que su derecho de reclamación frente al tercero responsable exista y se mantenga en toda su integridad y operatividad. La doctrina entiende⁹²³ que el hecho de gozar de la cobertura del seguro, puede favorecer la actitud negligente del asegurado hasta el extremo de desinteresarse de la acción contra el responsable del siniestro, o incluso de renunciar a ella. De ahí el motivo de establecer la obligación legal de conservar tanto el derecho como la correspondiente acción para que el asegurador pueda ejercerla con las mismas oportunidades que el propio asegurado.

La subrogación del asegurador está condicionada a la existencia de un crédito de resarcimiento del asegurado frente al tercero derivado del mismo daño que ha motivado la indemnización del asegurador. En consecuencia, es ese mismo crédito el que se transmite legalmente al asegurador cuando éste

⁹²³ En este sentido, PICARD, M./BESSON, A., *Les Assurances Terrestres en Droit Français. (Le contrat d'assurance)*, T. I, cit., p. 516.

efectúa el pago de la indemnización al asegurado. De esta forma, será el asegurador quien podrá exigir la responsabilidad patrimonial del tercero y en las mismas condiciones en que lo hubiera hecho el propio asegurado, como damnificado por el siniestro, si no hubiera sido indemnizado por el seguro. Por consiguiente, mientras no se haya producido el cambio de titularidad del derecho de crédito a favor del asegurador, en la medida en que dicho derecho depende del asegurado, éste no puede comprometer aquella subrogación.

La posibilidad y la extensión de la acción de asegurador se ajustarán, por lo tanto, a la acción de responsabilidad contra el tercero⁹²⁴. Consecuentemente, la subrogación nunca tendrá posibilidad de producirse si aquel derecho de crédito es inexistente para el propio asegurado, con motivo de haber impedido su nacimiento, o, habiendo existido en un principio, se ha provocado su extinción por el pago de la deuda, por su compensación o por haber renunciado a él.

1.- INEXISTENCIA DEL CRÉDITO ANTES DE LA PRODUCCIÓN DEL SINIESTRO

La imposibilidad de la subrogación puede estar motivada por la inexistencia del crédito en el que aquélla debería operar, cuando el asegurado ha renunciado a él de forma preventiva, es decir, antes de que ocurra el siniestro que debería dar lugar a la obligación de resarcimiento por parte del responsable de ese siniestro. Tal situación puede tener lugar por la existencia de cláusulas de limitación o de exoneración de responsabilidad del tercero suscritas por el asegurado de forma previa a la realización del siniestro que, en ausencia de tales cláusulas, daría lugar al nacimiento de aquella responsabilidad que se pretende eludir⁹²⁵.

⁹²⁴ GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 202.

⁹²⁵ Debemos recordar en este punto lo manifestado en el capítulo cuarto de este trabajo, al tratar de la extinción voluntaria del derecho de subrogación, cuando exponíamos la diferencia entre la renuncia de derechos propiamente dicha, que se produce sobre derechos ya presentes en el

En estos casos, en los que se renuncia previamente al derecho de reclamar a un tercero su posible responsabilidad por los daños que pueda sufrir el renunciante, un sector de la doctrina⁹²⁶ entiende que se está realizando una actuación perfectamente lícita por el hecho de estar renunciando a derechos que le son propios. Ahora bien, se observa que tal actuación adquiere relevancia cuando se relaciona con un contrato de seguro de daños, si no se informa al asegurador de la existencia de esas cláusulas de renuncia a exigir la responsabilidad del tercero responsable⁹²⁷. Nuestra opinión al respecto es que, en principio, mientras no se realice contraviniendo normas de carácter imperativo, la llamada «renuncia»⁹²⁸ al derecho de exigir la responsabilidad del tercero, efectuada con anterioridad a la realización del siniestro, no supondría ninguna violación del art. 6.2 CC⁹²⁹, en cuanto no constituye un acto contrario al orden público ni en perjuicio de terceros. Porque el renunciante, en este caso, el

patrimonio del renunciante, y la exclusión voluntaria de la ley aplicable, que tiene lugar cuando el sujeto se está apartando de un régimen jurídico que contiene una serie de derechos que todavía no se han incorporado en su patrimonio como derechos propios. En este caso, cuando hablamos de cláusulas por las que el asegurado «renuncia» de forma previa, antes de producirse el siniestro, a su derecho de exigir la responsabilidad del tercero, debemos entender que estamos ante una exclusión voluntaria de la ley en la que se le reconoce el derecho a exigir aquella responsabilidad por daños. De forma que la renuncia propiamente dicha a exigir la responsabilidad sólo ocurrirá tras la producción del siniestro que ha dado origen al derecho de crédito frente al responsable, cuando el damnificado renuncia a su derecho para reclamar al responsable del hecho lesivo. De todos modos, una vez expuesta por nuestra parte tal distinción, debemos advertir que, para una mayor fluidez en la redacción y para acomodarnos a la denominación que se da por parte de la doctrina y la de la jurisprudencia a aquellas cláusulas, utilizaremos en algunas ocasiones, de forma genérica, la expresión «renuncia» a exigir la responsabilidad del tercero sin hacer distinción entre la renuncia de derechos y la exclusión voluntaria de la ley aplicable.

⁹²⁶ Así, CALZADA CONDE, M.^a A., «La subrogación del asegurador y la protección de los intereses de los asegurados», cit., p. 1427.

⁹²⁷ SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 975.

⁹²⁸ Insistimos que en este caso estamos ante una exclusión voluntaria de la ley, lo que implica que el sujeto no hace dejación de un derecho del que es titular (no tiene derecho de reclamación porque aún no se ha producido el evento que la norma jurídica prevé como causa justificadora del nacimiento del derecho: el siniestro), sino que realiza una declaración de voluntad en la que hace exclusión del contenido normal establecido por la ley y por la que rechaza o impide que ingrese en su patrimonio un derecho que sin dicha declaración de voluntad ingresaría normalmente al producirse el siniestro.

⁹²⁹ El apartado segundo del art. 6 CC determina la invalidez de la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia de derechos cuando contraríen al orden público o perjudiquen a terceros.

asegurado, está ejerciendo un acto de voluntad en el que rechaza que un derecho futuro e incierto se incorpore en su patrimonio. Por consiguiente, tal renuncia a un derecho que el ordenamiento le reconoce en el caso de que se produzca el siniestro, es perfectamente lícita, y el tercero responsable del siniestro y beneficiario de aquella renuncia la puede oponer válidamente al asegurador que pretende subrogarse frente a él. Cuestión distinta es que, impedida la subrogación contra el responsable de los daños, como consecuencia de la renuncia del asegurado, pueda el asegurador, en virtud del art. 43.2 LCS, exigir la responsabilidad de este último por el perjuicio que se la ha irrogado a su derecho de recuperar la indemnización pagada.

En un sentido diferente la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1986⁹³⁰, en la que se contempla el supuesto de un seguro de transporte

⁹³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 25 de abril de 1986, Ponente Adolfo Carretero Pérez, F.J. 5.º (RJ 1986/2002). En el caso enjuiciado se discute en primer lugar la interpretación de dicha cláusula, deduciendo que por medio de ella la cargadora no había eximido al porteador de responsabilidad en caso de deterioro de las mercancías, sino que se comprometía a asegurar las mercancías y no exigía tal conducta al porteador, para evitar una innecesaria duplicación de seguros, puesto que la cargadora tenía ya concertado un seguro de transporte con una compañía de seguros a la que habría de comunicar los datos de cada expedición. Dejando al margen esta interpretación, el tribunal considera que la cláusula en cuestión no podría asimilarse a una renuncia de derechos por parte de la cargadora, pues, para su eficacia, se exigiría que se produjera sobre derechos propios, sin perjuicio de tercero y de una forma expresa, clara y terminante, no habiendo sido así en el caso enjuiciado. En este sentido, el tribunal manifiesta que tal renuncia de derechos propios sería inadmisibles porque se realizaría en perjuicio de tercero, en este caso, en perjuicio del derecho de subrogación de la aseguradora. Debemos manifestar nuestra disconformidad con la opinión del tribunal cuando considera que la renuncia de la entidad cargadora a reclamar la responsabilidad del porteador carecería de validez porque supondría un perjuicio para la aseguradora. Al respecto, entendemos que la renuncia sería perfectamente válida porque se haría sobre derechos propios y perfectamente disponibles para el cargador, de manera que el porteador podría oponer lícitamente al asegurador que pretende subrogarse aquella renuncia y, por consiguiente, su falta de legitimación pasiva. Cuestión aparte es la existencia del art. 43.2 LCS que determina la responsabilidad del asegurado por los perjuicios que pueda causar al asegurador en su derecho a subrogarse, en relación con los arts 10 y 11 LCS que establecen el deber del tomador del seguro y del asegurado, de poner en conocimiento del asegurador cualquier circunstancia que pueda influir en la valoración del riesgo o lo agrave. De manera que si la subrogación se ha visto impedida por la inexistencia del derecho de resarcimiento contra el porteador como consecuencia de aquella renuncia del asegurado, es precisamente contra este asegurado contra quien tiene que dirigirse la aseguradora para reclamar su responsabilidad por no haber informado de ello y haber frustrado la subrogación.

terrestre concertado por el cargador eximiendo de responsabilidad al porteador por medio de una determinada cláusula inserta en el contrato de transporte de las mercancías propiedad del primero, entiende que tal renuncia no es válida por realizarse en perjuicio del asegurador. Respecto de la renuncia del asegurado a favor del porteador el Tribunal entiende que los derechos de subrogación de la aseguradora «son derechos propios, de base legal, no contractual, que viene a estar en el mismo plano que la acción directa que se concede a los asegurados frente a las compañías aseguradoras, sobre la base de la protección de terceros que, en el campo contractual, se reconocen en el párrafo primero del mil doscientos cincuenta y siete del Código civil». En consecuencia, la sentencia considera inexistente la pretendida renuncia de los derechos propios del cargador de reclamar la responsabilidad del porteador y estima el derecho del asegurador a subrogarse contra este último.

Debemos manifestar nuestra disconformidad con lo declarado por el Tribunal en relación a la renuncia a exigir la responsabilidad del tercero, sobre la base del art. 1257 CC en el que se determina que los contratos «sólo producen efecto entre las partes que los otorgan». A nuestro entender, el citado artículo cabe ser interpretado en el sentido de que los contratos son fuente de derechos y obligaciones sólo para las partes que los otorgan. De forma que dichos derechos y obligaciones, propios de los contratantes, serán de carácter disponible para ellos cuando la ley que sirve de soporte a dicho contrato así lo permita, tal como sucedía en el presente caso en referencia al contenido del art. 361 CCom, en relación al contrato de transporte y vigente al tiempo de efectuarse aquella renuncia.

Asimismo, la SAP de Zaragoza de 12 de diciembre de 2002⁹³¹ consideró la ineficacia del acuerdo de exoneración de responsabilidad de la entidad

⁹³¹ SAP de Zaragoza (Sección 5.^a), de 12 de diciembre de 2002, Ponente María Esther Lacosta Musgo, F.J. 7.^o (Ac 2003/249).

transportista adoptado entre ésta y la entidad cargadora en el marco de un contrato de transporte terrestre, oponible a la aseguradora del transporte que reclamaba vía subrogación la indemnización abonada a la cargadora por los daños provocados a las mercancías. Al respecto, la sentencia manifiesta que frente al ejercicio por la entidad aseguradora de la mercancía de una acción de responsabilidad contra dichas transportistas, en virtud de la subrogación de la aseguradora en los derechos de su asegurado, «no puede oponerse un acuerdo adoptado por éste con la primera de las mercantiles apelantes en el marco de un contrato de transporte, y en el que en modo alguno fue parte [la entidad aseguradora]». La Audiencia acoge la apreciación doctrinal que considera que a la acción del asegurador se podrán oponer por el tercero las mismas excepciones que hubieran podido plantar frente el asegurado, siempre que se trate de excepciones «in rem», es decir, que nazcan del hecho o negocio jurídico del cual deriva la relación obligatoria con carácter objetivo. Por el contrario serán imponibles las excepciones «in personam», siendo esta la categoría en la que se encuadraba la excepción planteada por las demandadas, por lo que aquélla debía ser rechazada.

Una vez más debemos mostrar nuestra falta de conformidad con la resolución del tribunal, en la que juzga ineficaz el acuerdo de exoneración de responsabilidad del porteador frente al asegurador, y como consecuencia de ello, estima oportuno la subrogación de éste frente a la entidad transportista. A nuestro entender, y tal como ya manifestamos en el capítulo tercero⁹³², debemos tener presente el carácter derivado del derecho en el que se subroga el asegurador, para considerar que el tercero puede oponerle las mismas excepciones que al asegurado. Como consecuencia de ese carácter derivativo, difícilmente podrá el asegurador subrogarse en un derecho que no existe en el patrimonio del asegurado para actuar contra el responsable del siniestro, de

⁹³² V. *supra* Capítulo tercero, el epígrafe IV. 3. A.

otra forma la subrogación estaría atribuyendo un derecho *ex novo* al asegurador del que carece el asegurado. Por lo tanto, el tercero podrá oponerle aquella exoneración de responsabilidad que comporta, a su vez, la inexistencia de un derecho de crédito del damnificado contra él. Por lo demás, la subrogación no debe representar un perjuicio para el tercero, de forma que su situación jurídica ante el asegurador subrogado debe ser la misma que ostentaba ante el originario acreedor de la prestación de reclamación de responsabilidad. En este caso, debido a la inexistencia del derecho de crédito, el asegurador podrá, en virtud del art. 43. 2 LCS, dirigirse contra el asegurado para exigir su responsabilidad derivada de aquel comportamiento de consecuencias impeditivas para su derecho a subrogarse contra el causante del daño.

De hecho, eximiendo de forma preventiva la responsabilidad del tercero, no estamos propiamente ante una renuncia de derechos, sino ante una exclusión de la ley aplicable –sea el art. 1902 y ss. CC, si se trata de responsabilidad extracontractual, sea de otra norma específica de la que se derive la responsabilidad por incumplimiento contractual- que realiza voluntariamente el asegurado y que impide el nacimiento del derecho a reclamar la responsabilidad del tercero en caso de producirse el siniestro⁹³³. Así que no se incumple directamente el mandato del art. 43 LCS que responsabiliza al asegurado por impedir la subrogación del asegurador porque no existe ningún derecho de crédito en que subrogarse. El perjuicio para el asegurador surge cuando el asegurado omite el deber de informar que, a pesar que del siniestro se derive la responsabilidad del tercero, el asegurado carece del derecho para exigir esa responsabilidad, de forma que no existe deuda

⁹³³ En principio, no se trataría de un supuesto de exclusión de la ley aplicable que contraría el interés o al orden público, entendido éste como el conjunto de valores o principios que constituyen el fundamento de la convivencia en una determinada sociedad y en un momento determinado, así como el elenco de normas de Derecho Público y de Derecho Privado de carácter imperativo. Y tampoco se realiza en perjuicio de terceros, porque en este caso no se atenta contra derechos ya adquiridos por el asegurador, ni se realiza en perjuicio de acreedores, puesto que el asegurador no es acreedor del asegurado.

resarcitoria por parte de ese tercero, de lo que se deriva que no nacerá para el asegurador que indemnice al asegurado ningún derecho de subrogación.

En lo que respecta a las cláusulas de limitación o exoneración de la responsabilidad del tercero en la producción del daño patrimonial que pueda sufrir el asegurado, y que dará origen a la indemnización del asegurador, cabe destacar que el art. 43.2 LCS no hace mención expresa de ellas como causa impeditiva para el ejercicio de la subrogación. Así, el citado precepto se limita a establecer, de una forma general, la responsabilidad del asegurado por los perjuicios que su comportamiento pueda ocasionar al derecho de subrogación del asegurador, sin entrar en considerar causas específicas que generen tal responsabilidad⁹³⁴. Por el contrario, la mención de la existencia de dichas cláusulas se realiza de forma expresa en el modelo europeo de contrato de seguro, como determinante para el surgimiento de la responsabilidad del asegurado frente al asegurador que ve imposibilitado su derecho de subrogación. En efecto, el apartado segundo del art. 10:101 de los PEICL⁹³⁵ establece la pérdida del derecho a la indemnización del asegurado en la medida en que la renuncia a su derecho contra el tercero perjudique el derecho a subrogarse del asegurador⁹³⁶. De esta forma, en el modelo de contrato de seguro

⁹³⁴ De igual modo, en el art. 43 del Borrador del Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro, relativo a la subrogación del asegurador, se omite cualquier referencia a las cláusulas limitativas de la responsabilidad del tercero en relación al perjuicio que el asegurado puede causar al derecho de subrogación del asegurador.

⁹³⁵ Principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro.

⁹³⁶ V. al respecto los Comentarios a los Principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro, en BASEDOW, J., *et al.* (Edts.), *Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)*, Sellier, Munich, 2009, pp. 256-257, donde se señala que este segundo apartado de la norma obedece al fin de brindar un justo equilibrio de las partes, siendo necesario asegurarse de que el asegurado no actúe en perjuicio del derecho de subrogación del asegurador cuando la causa del siniestro sea la acción u omisión de un tercero que es legalmente responsable. Así, este segundo apartado opera cuando el asegurado renuncia a un derecho contra el tercero, que de lo contrario tendría, lo que significa que la actuación del asegurado ha comportado para el tercero una defensa frente a las reclamaciones del asegurado o del asegurador que ejerce el derecho de subrogación. Dicha renuncia puede plasmarse, por ejemplo, mediante un acuerdo vinculante en virtud del cual el asegurado pierde la totalidad o una parte de la potencial reclamación contra el tercero.

europeo, no se determina la ineficacia o la nulidad de dichas cláusulas, lo que permitiría la subrogación del asegurador contra el tercero responsable del siniestro, sino, la responsabilidad del asegurado por aquella renuncia, con la consecuencia para él de la pérdida de su derecho a la indemnización.

Centrándonos en nuestro ordenamiento, ante la existencia de tales cláusulas, el deber del asegurado estaría referido a la obligación de informar al asegurador del hecho de que, en caso de producirse el siniestro, no dispone de ningún derecho, y por lo tanto, de acción, para reclamar la responsabilidad del tercero. La omisión de la notificación implicaría el incumplimiento del deber que el art. 10 LCS impone al tomador del seguro, antes de la conclusión del contrato, de declarar todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo; o del deber del art. 11 LCS de comunicar al asegurador, durante el curso del contrato, toda circunstancia que suponga una agravación del riesgo⁹³⁷. Se entiende que el interés del asegurador se centra en conocer en qué casos es posible la subrogación y en qué casos ésta será inviable, para poder determinar y adecuar el importe de la prima del seguro, no en que exista siempre un derecho en el que subrogarse⁹³⁸.

El primero de los deberes a los que hacemos referencia es el que se exige en el art. 10 LCS al tomador del seguro, de declarar al asegurador el conocimiento de aquellas circunstancias que deberán ayudar a la delimitación del riesgo. Opina la doctrina que más que un deber de declaración se trata de un «deber de contestación o de respuesta del tomador de lo que se le pregunta por el asegurador»⁹³⁹. No se trata, por lo tanto de que el tomador deba tomar la

En tales circunstancias el asegurado pierde sus pretensiones de indemnización, en virtud de la póliza, aunque sólo respecto a la pérdida en particular.

⁹³⁷ Sobre la agravación del riesgo en relación al contrato de seguro v. la monografía de LATORRE CHINER, N., *La agravación del riesgo en el derecho de seguros*, Comares, Granada, 2000.

⁹³⁸ CALZADA CONDE, M.^a A., «La subrogación del asegurador y la protección de los intereses de los asegurados», cit., p. 1428.

⁹³⁹ SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 10 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 282.

iniciativa y hacer la declaración de los hechos relevantes para la valoración del riesgo, sino de responder al cuestionario que le somete el asegurador. De forma que el tomador queda liberado de tal deber si no se le somete a dicho cuestionario o éste resulta incompleto en relación a las circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo⁹⁴⁰. Sobre el contenido de ese deber de respuesta se entiende que sólo abarca a aquellas cuestiones que le han sido planteadas por el asegurador en el correspondiente cuestionario que sirve a la finalidad de determinar los límites y el contenido de aquella declaración⁹⁴¹.

En consecuencia, el cuestionario sirve para que el asegurador limite las respuestas del tomador y para concretar en cada caso las circunstancias configuradoras del riesgo que se pretende asumir. De ahí que el art. 10 LCS establezca sobre el asegurador la carga de elaborar el cuestionario con la debida diligencia para conseguir mediante las respuestas del tomador la adecuada delimitación del riesgo⁹⁴². No obstante, entiende la doctrina que la falta de sometimiento al cuestionario o la inexactitud en su elaboración por parte del asegurador no puede comportar la exoneración del deber de declaración del tomador de mala fe⁹⁴³.

Por lo tanto, atendiendo a la probabilidad de la inclusión de aquellas cláusulas de irresponsabilidad del tercero en determinados ramos del seguro de daños, y especialmente en el seguro de transporte de mercancías, no cabe duda de la importancia de incluir en el correspondiente cuestionario las oportunas preguntas tendentes a averiguar la existencia y, en su caso, el alcance de tales cláusulas. Más por otro lado, cabe plantearnos, atendiendo al principio de

⁹⁴⁰ LATORRE CHINER, N., «Comentario Art. 10 LCS», en BOQUERA MATARREDONA, J.; BATALLER GRAU, J.; OLAVARRÍA IGLESIA, J., (Coords), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 163-172, p. 164.

⁹⁴¹ GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 95.

⁹⁴² SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 10 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., pp. 292-293.

⁹⁴³ LATORRE CHINER, N., «Comentario Art. 10 LCS», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, cit., p. 167.

buena fe que rige en todo contrato de seguro, si el deber de declaración del tomador del seguro ha de ser interpretado de forma estricta, en el sentido de que sólo debe responder al contenido exacto del cuestionario, o si ante la ausencia de las pertinentes preguntas acerca de la existencia de cláusulas de irresponsabilidad, estas deberían ser igualmente declaradas, para que el asegurador adquiriera un conocimiento exacto del riesgo real a efectos de su cobertura.

Sin embargo, teniendo presente el contenido del art. 10 LCS y la señalada interpretación que de él hace la doctrina⁹⁴⁴, la respuesta a esta cuestión es que el deber de declaración que pesa sobre el tomador sólo queda referido a las preguntas formuladas en cuestionario. Como señala SÁNCHEZ CALERO⁹⁴⁵, la valoración del riesgo se sustenta en determinados hechos, tanto de carácter objetivo como subjetivo, que permiten su apreciación. Y, evidentemente, en el supuesto planteado, es de especial relevancia la actuación del tomador pactando aquellas cláusulas de irresponsabilidad. De ahí el inexcusable deber de diligencia del asegurador, de incluir preguntas en este sentido, a la hora de formular el cuestionario para la valoración de un determinado riesgo.

Las consecuencias de la infracción del deber de declaración contractual se determinan según haya existido o no dolo por parte del tomador del seguro y también en función de si la existencia de tal infracción es conocida por el asegurador en un momento anterior a la producción del siniestro o cuando éste ya ha tenido lugar. Se entiende que se ha infringido el deber de declaración cuando se produce una divergencia entre el riesgo real y el que se declaró por el tomador a la hora de celebrar el contrato y que esa divergencia sea de magnitud suficiente, de forma que su conocimiento hubiera condicionado la decisión del

⁹⁴⁴ V. LATORRE CHINER, N., «Comentario Art. 10 LCS», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, cit., p. 167. V. también LATORRE CHINER, N., *La agravación del riesgo*, cit.

⁹⁴⁵ SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 10 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 294.

asegurador⁹⁴⁶. Las circunstancias no declaradas que hubieran podido influir en la celebración del contrato se entienden resumidas en dos: las que afectan al cálculo de la prima y las que intervienen en la apreciación del riesgo, perteneciendo a este segundo grupo las circunstancias relativas a la personalidad del asegurado⁹⁴⁷. Por lo que cabe pensar que la conducta observada por el asegurado, con el resultado de permitir al porteador eludir su responsabilidad por los daños que puedan sufrir las mercancías, de haber sido conocida por el asegurador hubiera incidido, más que en pactar un aumento de la prima, en la decisión de no contratar en esos términos.

En consecuencia, una vez conocido por el asegurador la existencia de aquella divergencia, entre el riesgo determinado mediante las repuestas del tomador del seguro y el riesgo que realmente se está asumiendo, podrá rescindir el contrato mediante declaración dirigida al tomador en el plazo de un mes a contar del conocimiento de la reserva o inexactitud. Por otro lado, si sobreviene el siniestro antes de efectuarse aquella declaración de resolución de contrato y, siempre y cuando el tomador no haya incumplido de mala fe, podrá el asegurador reducir proporcionalmente la indemnización partiendo de la relación entre la prima convenida y la que se hubiere aplicado de haberse conocido la verdadera identidad del riesgo. Ahora bien, en el caso de mediar dolo o culpa grave del tomador, el asegurador quedará exonerado del pago de la prestación.

Por otra parte, en referencia al perjuicio originado al derecho de subrogación por la inexistencia de la deuda de responsabilidad del tercero, hacíamos mención al deber del tomador y del asegurado de poner en conocimiento del asegurador todas aquellas circunstancias que incidan en la

⁹⁴⁶ LATORRE CHINER, N., «Comentario Art. 10 LCS», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, cit., pp. 168-169.

⁹⁴⁷ GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 94.

agravación del riesgo que se había descrito y se había tenido en cuenta para la conclusión del contrato. El deber de declarar la agravación del riesgo se halla regulado en el art. 11 LCS y se entiende referido a aquellas circunstancias que son nuevas, respecto a las ya declaradas en el momento de la formalización del contrato y, además, relevantes⁹⁴⁸. En efecto, una vez celebrado el contrato, las circunstancias que deberán comunicarse al asegurador deben ser 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»⁹⁴⁹. Se trata por lo tanto, del surgimiento de determinados factores que inciden en la agravación del riesgo, no existentes en el momento de la perfección del contrato y, por ello, no pudieron ser considerados por el asegurador para la correcta evaluación del riesgo que efectivamente se asume en el seguro.

Se observa que el objeto de establecer la declaración de las circunstancias que incidan en la agravación del riesgo es asegurar el adecuado equilibrio entre las prestaciones de las partes, esto es, del pago de la prima por parte del tomador y la asunción del riesgo por parte del asegurador⁹⁵⁰. Consecuentemente, la aceptación de cualquier cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad, realizada por el asegurado durante la vigencia del contrato de seguro, da lugar al nacimiento de su deber de ponerlo en conocimiento del asegurador, por cuanto representa una clara agravación del riesgo que se había asumido inicialmente.

⁹⁴⁸ SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 11 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 317.

⁹⁴⁹ Art. 11 LCS.

⁹⁵⁰ LATORRE CHINER, N., *La agravación del riesgo en el derecho de seguros*, cit., p. 31, señala que el fundamento jurídico de la agravación del riesgo se encuentra en el equilibrio de las prestaciones en el ámbito del contrato. De forma que el contrato puede ser revisado ante cualquier modificación notable e imprevista de las circunstancias que comporte una excesiva onerosidad para una de las partes o que altere gravemente aquel equilibrio.

Las consecuencias de la infracción de ese deber se regulan en el art. 12 LCS⁹⁵¹. La primera de ellas es la posibilidad del asegurador de proponer una modificación del contrato, en correspondencia con la agravación del riesgo que le ha sido declarada. En caso de que el tomador rechace o ignore la propuesta planteada, podrá el asegurador rescindir el contrato. Igualmente cabe la rescisión del contrato, cuando el asegurador haya tenido conocimiento de la agravación del riesgo. Pero, si el siniestro tuviera lugar antes de que el tomador o el asegurado hayan efectuado su declaración, la prestación del asegurador se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haber tenido conocimiento de la verdadera identidad del riesgo; aunque, si hubo mala fe por parte del tomador o del asegurado al no hacer aquella declaración, el asegurador quedará liberado de abonar la prestación.

2 - ESPECIAL INCIDENCIA DE LAS CLÁUSULAS DE EXONERACIÓN, O DE LIMITACIÓN, DE LA RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR EN EL SEGURO DE TRANSPORTE TERRESTRE

En el ámbito del seguro de transporte de mercancías, el asegurador que pretende subrogarse frente al porteador, por ser responsable de la pérdida o los daños ocasionados a la mercancía asegurada, verá imposibilitada tal subrogación cuando el asegurado haya liberado previamente al porteador de su obligación de responder de esos daños. Efectivamente, en la celebración de un contrato de transporte el cargador y el porteador pueden acordar, por ejemplo, una rebaja del precio del transporte a cambio del compromiso, por parte del cargador, de que con ocasión de producirse daños en la mercancía, por culpa o

⁹⁵¹ LATORRE CHINER, N., *La agravación del riesgo en el derecho de seguros*, cit., pp 41-42, observa que la imperatividad señalada por el art. 2 LCS respecto al contenido de sus preceptos limita, en aras a la protección del asegurado, la actuación del asegurador. Así, como consecuencia del carácter genérico del señalado artículo, cabe afirmar la imperatividad de las normas sobre la agravación del riesgo (arts. 11 y 12), de forma que éstas no podrán ser modificadas en perjuicio del asegurado.

responsabilidad del porteador, no exigirá el cumplimiento de dicha responsabilidad, o lo hará de forma limitada⁹⁵². En estos casos, mediante la aceptación de tales cláusulas con anterioridad a la producción del siniestro se ha impedido que nazca para el asegurado el derecho de crédito frente al porteador por los posibles daños a las mercancías que son transportadas. Debido al carácter derivativo de la acción de reclamación del asegurador de la mercancía frente al responsable de los daños, el porteador puede oponer a aquél las mismas excepciones que hubiera podido oponer contra el cargador. Puede, en consecuencia, oponerle la inexistencia, en todo o en parte, del crédito que se le reclama. De esta forma, quedando privado el cargador de sus derechos frente al porteador se impide la subrogación y con ello la posibilidad de que el asegurador de la mercancía pueda reclamar al porteador la indemnización derivada del siniestro.

Las cláusulas convencionales de exoneración o limitación de responsabilidad han sido utilizadas frecuentemente en el ámbito del transporte⁹⁵³, especialmente, en el marítimo⁹⁵⁴, con la finalidad de modificar la incidencia de la responsabilidad propia del transportista por los daños

⁹⁵² Mediante las cláusulas de exoneración de responsabilidad el porteador queda a salvo de las reclamaciones, que de otra forma, le podría interponer el cargador por los daños ocasionados a la mercancía transportada. Ello le permite prescindir de contratar un seguro de responsabilidad civil para cubrir el riesgo de ser demandado por el cargador damnificado.

⁹⁵³ V. ASQUINI, A., «Del contratto di trasporto», en BOLAFFIO, L.; VIVANTE, C. (Coords.), *Il Codice di Commercio Commentato*, vol. 6.º, II, 5.ª ed., Torino, 1925, pp. 361-375.

⁹⁵⁴ V. RUÍZ SOROA, J. M.ª, «Problemas de legitimación en la acción de resarcimiento por averías y faltas en el transporte marítimo», en *ADM*, vol. I, 1981, pp. 211-245, pp. 227-230; GONZÁLEZ HEVIA, R., *El seguro en el transporte marítimo*, Madrid, 1989, pp. 15-17; JOSSELAND, L., *Les transports*, cit., p. 604 en referencia a la cláusula denominada «de no responsabilidad» o «de no garantía»; BRUNETTI, A., «Le polizze di carico nette e le lettere di garanzia», en *Studi di Diritto Commerciale in onore di Cesare Vivante*, vol. I, Roma, 1931, pp. 173-300, pp. 173-190; BOI, G.M., «La “Negligence Clause”», en *Il Diritto Marittimo*, II, 1993, pp. 609-623 respecto a la «Negligence Clause» por la que se pretende limitar o incluso exonerar al transportista marítimo de la responsabilidad en el desarrollo del transporte; PUTZEYS, J., *Droit des Transports et Droit Maritime*, Bruxelles, 1993, pp. 211-214.

derivados del transporte⁹⁵⁵. También en el transporte terrestre de mercancías ha sido habitual el establecimiento de cláusulas en las que se limita o exonera la responsabilidad del porteador derivada de la pérdida, los daños, o el retraso que pudieran afectar a la carga transportada, con la finalidad de evitar cualquier posterior reclamación por parte del asegurador de esas mercancías. No obstante, se ha constatado que este tipo de cláusulas han perdido el protagonismo que ostentaban antaño, siendo varios los motivos señalados para explicar su paulatino desuso⁹⁵⁶. En primer lugar, se destaca la notable intervención de los poderes públicos con la finalidad de limitar el margen de actuación de las partes estableciendo regímenes de responsabilidad con carácter imperativo⁹⁵⁷. En segundo lugar, se subraya que el régimen jurídico del seguro de transporte terrestres, y concretamente, el art. 43.2 LCS, prohíbe al asegurado la aceptación de cláusulas que establezcan la exoneración de responsabilidad del porteador. Y como tercer, y último motivo, se señala el proceder de los propios aseguradores adoptando prácticas que les permitan dejar sin efecto la inclusión de pactos destinados a exonerar al porteador de su responsabilidad. Tales prácticas consisten en disponer en las pólizas de seguro de mercancías, entre los riesgos excluidos de la cobertura del seguro, una cláusula estableciendo que «El asegurador no responderá en ningún caso cuando se haya firmado Boletín de Garantía por remitente o persona que le represente, sea cual fuere el motivo que se alegue, en virtud del cual no sean a cargo del

⁹⁵⁵ GÓRRIZ LÓPEZ, C., *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías*, cit., pp. 568-569, señala que en el transporte marítimo la mayor parte de las pólizas-tipo de fletamento, en especial de fletamento por viaje, presentan cláusulas de exoneración de responsabilidad del fletante en relación a la pérdida y los daños a las mercancías.

⁹⁵⁶ PULIDO BEGINES, J. L., *Seguro de mercancías y seguro de responsabilidad civil del porteador terrestre*, cit., pp. 112-116.

⁹⁵⁷ Al respecto, PUTZEYS, J., *Droit des Transports et Droit Maritime*, Bruxelles, cit., p. 213 señala que en el ámbito del transporte marítimo, el abuso de la utilización por parte de los armadores-transportistas, de las cláusulas contractuales de exoneración o limitación de su responsabilidad, provocó la reacción de los legisladores nacionales e internacionales y la elaboración de la *Harter Act* (U.S.A.) y de las Reglas de La Haya, establecidas en la Convención de Bruselas de 1924.

porteador la pérdidas, daños o averías que se produzcan en las mercancías durante su transporte»⁹⁵⁸ .

En referencia al primero de los motivos indicados para explicar el progresivo abandono del recurso a las cláusulas que pretenden exonerar al porteador de su responsabilidad por el correcto cumplimiento del transporte, hemos de resaltar la positiva incidencia de la nueva LCTTM, estableciendo, con carácter imperativo, un nuevo régimen de atribución de responsabilidad por los daños a la mercancía. Como ya habíamos indicado en el capítulo tercero, de este trabajo⁹⁵⁹, el Código de Comercio, al regular el transporte terrestre de mercancías, hacía descansar la responsabilidad sobre el cargador, disponiendo en el art. 361 que las mercancías serían transportadas a riesgo y ventura de aquél, debiendo soportar a su cargo los daños que sufrieran los géneros durante su transporte, por caso fortuito, fuerza mayor o naturaleza y vicio propio de las cosas. De esta forma, la responsabilidad del porteador surgiría en los casos anteriormente señalados cuando se probase en su contra la falta de diligencia debida en la realización del transporte. No obstante, este régimen de responsabilidad se disponía con carácter subsidiario al sistema que pudieran determinar las partes intervinientes en el contrato. Se permitía, por lo tanto, que convencionalmente pudiera alterarse o modificar, en beneficio del porteador, el régimen de atribución de responsabilidad establecido legalmente⁹⁶⁰.

Sin embargo, la actual LCTTM ha reformado notablemente el sistema de responsabilidad derivada de la realización del transporte de mercancías. A tal efecto, se determina el carácter imperativo de las normas contenidas en el

⁹⁵⁸ La cláusula transcrita se encuentra en el art. 5.º de las Condiciones Generales de la Póliza española de seguro de transporte de mercancías (Póliza UNESPA de seguro de transporte terrestre de mercancías).

⁹⁵⁹ V. *supra* Capítulo tercero, el epígrafe IV. 3. B.

⁹⁶⁰ No obstante admitirse la utilización de las cláusulas de limitación de la responsabilidad del transportista, se observa que aquellas no pueden tener el efecto desnaturalizar el contrato de transporte y de liberar al transportista de sus obligaciones esenciales. En este sentido, PUTZEYS, J., *Droit des Transports et Droit Maritime*, cit., p. 212.

capítulo V que lleva por título «responsabilidad del porteador». De esta forma, la LCTTM introduce dos novedades, de importantes consecuencias jurídicas, en el tema de la responsabilidad. En primer lugar, se desplaza sobre el porteador la responsabilidad por los daños o averías que puedan sufrir las mercancías como consecuencia de su transporte mientras aquéllas estén bajo su custodia, debiendo igualmente responder de los daños derivados del retraso en la ejecución de ese transporte. Paralelamente a esta atribución de responsabilidad se determina la exoneración del porteador cuando pruebe que la pérdida, los daños o el retraso son debidos al cargador o al destinatario, o bien por vicio propio de las mercancías, o por causa de fuerza mayor. En consecuencia, al acreedor de la prestación del transporte le basta con demostrar la realidad de los daños o de las averías ocasionadas a las mercancías, o de los daños derivados del retraso en el transporte, mientras aquellas estaban bajo la custodia del porteador, para acreditar el incumplimiento de la prestación. Ello determinará la presunción de responsabilidad del porteador, de manera que será éste quien deberá demostrar la concurrencia de alguna de las causas de exoneración de responsabilidad fijadas de forma taxativa en la ley⁹⁶¹.

En segundo lugar, disponiendo el carácter imperativo⁹⁶² de los artículos destinados a regular la responsabilidad del porteador, la LCTTM deja sin efecto cualquier acuerdo convencional que pretenda su modificación en beneficio del porteador. La inalterabilidad del sistema de atribución de responsabilidad queda doblemente reforzado cuando, en el apartado segundo del art. 46 LCTTM, se dispone que «Las cláusulas contractuales que pretendan reducir o aminorar el régimen de responsabilidad del porteador previsto en esta ley, serán ineficaces y se tendrán por no puestas». No obstante el dictado

⁹⁶¹ PUETZ, A., «Comentario Art. 47 LCTTM», en *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, cit., p. 558.

⁹⁶² El art. 46.1 LCTTM dispone lo siguiente: «Las disposiciones de este capítulo tienen carácter imperativo».

imperativo del precepto, se entiende que éste no se configura de forma absoluta, posibilitando un pequeño margen de autonomía a las partes para desviarse del régimen de responsabilidad dispuesto en el capítulo V, esencialmente, en lo referente al límite máximo de la indemnización⁹⁶³. En este sentido, se señala que es evidente que la finalidad perseguida por el legislador es evitar que las partes dispongan un régimen de responsabilidad del porteador que disminuya o aminore el previsto legalmente. Pero al mismo tiempo se constata que la propia LCTTM permite interpretar la existencia de cierto margen de actuación en el que las partes pueden elevar los límites de indemnización legalmente previstos, así como, declarar un valor de las mercancías superior a dichos límites⁹⁶⁴, o establecer un interés especial a la entrega de aquéllas complementario a la indemnización ordinaria. Por lo que, conforme a lo dispuesto en el art. 61.3 LCTTM se entenderían válidas las cláusulas que permitan elevar la limitación de responsabilidad del porteador determinada en el art. 57.1 LCTTM⁹⁶⁵; así como, aquellas que contengan las

⁹⁶³ MARTÍNEZ SANZ, F., «Comentario Art. 46 LCTTM», en DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F.; MARTÍNEZ SANZ, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, Aranzadi, 2010, pp. 547-551, pp. 547-549.

⁹⁶⁴ En referencia a la limitación de la responsabilidad del porteador en el transporte internacional de mercancías marítimo, v. ESCUIN IBÁÑEZ, I., «La limitación de responsabilidad del porteador», en EMPARANZA SOBEJANO, A., (Dir.), *Las Reglas de Rotterdam. La regulación del contrato de transporte internacional de mercancías por mar*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 285-295, p. 293, quien señala el carácter imperativo de la regulación prevista en las Reglas de Rotterdam en este sentido. No obstante, indica la existencia de un cierto margen de autonomía de las partes al contratar el transporte, por cuanto se admite dos posibilidades de establecer cantidades máximas distintas de las que resultan de aplicar las fórmulas previstas legalmente para su determinación. La primera de dichas posibilidades sería incorporar en el contrato la declaración del cargador sobre el valor de las mercancías. La segunda, sería mediante la inserción en el contrato de una cláusula que fije una cantidad máxima de indemnización superior a la legal.

⁹⁶⁵ El art. 57 LCTTM establece los límites indemnizatorios de la siguiente forma: 1. Por pérdida o avería, la indemnización no podrá exceder de un tercio del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples/día por cada kilogramo de peso bruto de mercancía perdida o averiada. 2. Por los perjuicios derivados del retraso, la indemnización no excederá del precio del transporte. 3. Cuando concurren indemnizaciones por varios de estos conceptos, el importe total que se deberá satisfacer no podrá ser superior a la suma debida en caso de pérdida total de la mercancía.

denominadas declaraciones de valor y de interés especial a la entrega, que se encuentran reguladas en los apartados primero y segundo del art. 61 LCTTM⁹⁶⁶.

La sanción que la LCTTM prevé para el incumplimiento de la prohibición de eximir o disminuir el régimen de responsabilidad del porteador previsto legalmente, mediante cláusulas insertadas en el contrato de transporte, no es la nulidad, sino su ineficacia. Ineficacia que se considera referida tanto a los pactos contractuales individuales como a los contenidos en las condiciones generales⁹⁶⁷. De esta forma, el contrato seguirá siendo válido en la parte restante, quedando plenamente sometido a la regulación que se pretendía evitar.

Al respecto cabría entender que la finalidad perseguida por el legislador al introducir este nuevo sistema de atribución de responsabilidad del porteador ha sido favorecer al asegurador de los daños a las mercancías en su pretensión de obtener del porteador, como responsable de los daños, el resarcimiento de la indemnización abonada a su asegurado. No cabe duda de las importantes repercusiones que comportará el nuevo régimen de atribución de responsabilidad del porteador en el aseguramiento del transporte de mercancías. En efecto, el determinar la ineficacia de las cláusulas contractuales que, contraviniendo el régimen legal previsto, pretendan exonerar o reducir la responsabilidad del porteador⁹⁶⁸ en relación con los daños ocasionados a la

⁹⁶⁶ El apartado primero del art. 61 LCTTM prevé que el cargador puede declarar en la carta de porte, contra el pago de un suplemento del precio del transporte a convenir con el porteador, el valor de las mercancías en sustitución del límite de indemnización, siempre que aquél sea superior a él. A su vez, el segundo apartado del mismo artículo, dispone que para los casos de pérdida, avería o retraso en la entrega, el cargador puede declarar, también en la carta de porte y contra el pago de un suplemento del precio del transporte, el montante de un interés especial en la entrega de las mercancías, que podrá reclamar, con independencia de la indemnización ordinaria, como resarcimiento de los perjuicios que haya probado.

⁹⁶⁷ MARTÍNEZ SANZ, F., «Comentario Art. 46 LCTTM», en *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, cit., p. 551.

⁹⁶⁸ A modo de ejemplo, se citan por MARTÍNEZ SANZ, F., «Comentario Art. 46 LCTTM», en *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, cit., pp. 550-551 aquellas cláusulas que pretendan reducir la responsabilidad prevista en el art. 57 LCTTM; las que traten de incluir nuevas causas

carga, supone la eliminación de una de las causas que tradicionalmente han impedido a los aseguradores de la mercancía siniestrada llevar a cabo una acción de recobro contra el porteador responsable. En este sentido, LCTTM se equipara con el Convenio CMR que regula los transportes internacionales de mercancías por carretera, cuando dispone en el art. 41 la nulidad de las cláusulas que directa o indirectamente deroguen el Convenio. De esta forma, el carácter imperativo de contenido del Convenio impide que los contratantes del transporte puedan modificar el régimen de responsabilidad a que queda sometido el porteador en virtud del Convenio⁹⁶⁹.

Consecuentemente, al declarar ineficaces las cláusulas contractuales que de algún modo pretendan exonerar o limitar la responsabilidad propia del porteador, con el efecto de que aquella responsabilidad seguirá sujeta al sistema previsto legalmente, hace inoperante cualquier pretensión del porteador de oponer al asegurador que intenta la subrogación, la existencia de aquellas cláusulas. De esta forma, entendemos que la LCTTM invalida la renuncia de derechos o la exclusión de la propia ley por parte del acreedor de la prestación del transporte, cuando la finalidad perseguida en ambos supuestos sea eximir de responsabilidad al porteador por los daños ocasionados a las mercancías. Se trataría, en este caso, de una prohibición de exclusión de la ley aplicable por tratarse de la renuncia de una norma imperativa. De esta manera, la prohibición de la renuncia vendría impuesta por ser contraria al interés o al orden público, es decir, porque es contraria a una norma de Derecho Privado de carácter

de exoneración de responsabilidad del porteador distintas a las previstas legalmente; o que favoreciesen su prueba; o que excluyesen la posibilidad de suministrar la prueba necesaria para apreciar la presunción de exoneración del art. 75.1 LCTTM; o tratarasen de impedir la pérdida del beneficio de la limitación por la actuación dolosa del porteador o de sus auxiliares, excluyendo el art. 62 LCTTM.

⁹⁶⁹ El art. 17 del Convenio CMR dispone un régimen de responsabilidad del porteador que es que ha seguido la LCTTM.

imperativo y, por tanto, inderogable por las partes, mediante su sustitución por un régimen convencional que contravenga lo que aquella norma dispone⁹⁷⁰.

IV.- EL PERJUICIO DE LA SUBROGACIÓN TRAS LA PRODUCCIÓN DEL SINIESTRO

Una vez ocurrido el siniestro, si existiera responsabilidad de un tercero, nace para el asegurado un derecho de reclamación frente a él. En tal caso, y en virtud del art. 43.2 LCS, se le impone al asegurado el deber de conservar este derecho con todas sus garantías al fin de ser transmitido al asegurador cuando este último cumpla, a su vez, la propia obligación de abonar la indemnización según los términos del contrato. Estamos, por lo tanto, ante la circunstancia de que efectivamente se dispone por parte del asegurado de un derecho de crédito frente al tercero responsable. Pero ello no garantiza que el asegurador pueda subrogarse en él, es decir, adquirir la titularidad del derecho para reclamar esa deuda de responsabilidad. Tampoco queda garantizado que una vez obtenida aquella titularidad, el asegurador pueda ejercer válidamente la correspondiente acción de reclamación porque, por ejemplo, ésta haya prescrito.

En definitiva, tanto el derecho como la acción que de él se deriva para exigir la responsabilidad del tercero en la producción del siniestro, pueden perjudicarse por el comportamiento activo o pasivo de su legítimo titular, esto es, del asegurado, previamente al cambio de titularidad a favor del asegurador, que tendrá lugar de forma automática con el pago de la indemnización. Pero también el asegurador puede ver frustrado el ejercicio del derecho de subrogación, del que ya es titular, porque el tercero ha realizado el pago de su

⁹⁷⁰ GULLÓN BALLESTEROS, A., «Comentario Art. 6.º CC», en *Comentario del código Civil*, T. I, cit., p. 35, señala que el interés público no se puede identificar con normas de Derecho Público exclusivamente, porque hay normas de Derecho Privado en las que aquél también está presente en cierta medida. Añade el autor que en la práctica, el problema de conocer cuándo una norma es de interés público se resuelve atendiendo al carácter imperativo con que aparece, o que es fácilmente deducible por su interpretación correcta.

deuda al asegurado con la creencia de que pagaba al legítimo acreedor, con la consecuencia de haber quedado liberado de su obligación.

Evidentemente, la trascendencia del comportamiento del asegurado idóneo para impedir al asegurador el beneficio de la subrogación, es distinta cuando tal impedimento se deriva de una actuación del asegurado mientras está en posesión de la titularidad del derecho objeto de la subrogación, o por el contrario, la titularidad del derecho de crédito ya se ha transmitido al asegurador. En este último caso, el tercero que ha actuado contraviniendo las reglas de la buena fe y ha pagado al asegurado, a pesar de que conocía su falta de legitimación activa para exigirle el crédito, puede verse válidamente obligado a efectuar un segundo pago de su deuda de responsabilidad, esta vez ante el asegurador subrogado.

1.- IMPEDIMENTO DE LA SUBROGACIÓN POR LA ACTUACIÓN DEL ASEGURADO DE FORMA PREVIA AL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN DEL ASEGURADOR

A.- Extinción total o parcial de la deuda del tercero

Tras la producción del siniestro, el asegurado dispone de un derecho de crédito que le permitirá exigir la responsabilidad del tercero en relación con los daños derivados de ese siniestro. Es este caso, surge para el asegurado, como legítimo titular de ese derecho, la obligación de observar el comportamiento adecuado para mantener su derecho de resarcimiento frente al responsable, hasta que con el pago de la indemnización del asegurador se produzca a su favor la transferencia de aquel crédito. Por lo tanto, el deber del asegurado de no perjudicar la subrogación del asegurador se entiende asimilado al genérico

deber de salvamento que pesa sobre él con el fin de disminuir las consecuencias perjudiciales derivadas del siniestro⁹⁷¹.

Así pues, una vez que ha ocurrido el siniestro surge la responsabilidad del tercero y el correspondiente derecho de crédito en manos del asegurado perjudicado por aquel siniestro. Ahora bien, cabe la posibilidad de que el asegurado, antes de dirigirse al asegurador y percibir la indemnización correspondiente al contrato de seguro, pueda, como titular de aquel derecho, provocar su extinción percibiendo el pago de la deuda del tercero, o mediante la transacción, o a través de la compensación de créditos o, incluso, por razón de la condonación de la deuda del tercero. De esta actuación del asegurado se deriva un claro perjuicio al derecho de subrogación del asegurador. En efecto, en estos casos, en los que ha habido una extinción del crédito, no existe una deuda resarcitoria por parte del tercero, por lo que no podrá operar la subrogación⁹⁷². Como consecuencia de su actuación, el asegurado deberá responder frente al asegurador del perjuicio causado a su derecho a subrogarse.

En los supuestos citados el asegurado puede disponer válidamente del derecho de resarcimiento frente al tercero⁹⁷³ por tratarse de un derecho plenamente disponible para él, puesto que ya ha ingresado en su patrimonio por efecto del siniestro. En consecuencia, si el responsable resarce el daño antes

⁹⁷¹ LA TORRE, A., «Il punto sulla surrogazione dell'assicuratore», en *Assicurazioni*, cit., p. 615, observa que el deber del asegurado de tutela del crédito frente al tercero responsable se encuadra a veces en el deber de salvamento de los seguros de daños. SÁNCHEZ CALERO, F. «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 975.

⁹⁷² En referencia a los compromisos asumidos entre el asegurado y el tercero responsable con la finalidad de extinguir la deuda de este último, y de los que se deriva el impedimento de la subrogación del asegurador, BIRDS, J., *Birds' Modern Insurance Law*, cit. p. 319, señala que tal consecuencia no siempre obedece a la intencionalidad del asegurado, especialmente, en aquellos casos en los que es dudoso que prospere la demanda frente al tercero, de ahí que aquel comportamiento del asegurado obedezca a razones de buena fe en interés tanto del asegurador como de sí mismo. A este respecto, observa el citado autor, injustificablemente podría penalizarse a un asegurado «inocente» que no es consciente de las complejidades de la subrogación y de las acciones de responsabilidad civil.

⁹⁷³ DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazione Private*, vol. II, cit., p. 477.

de que el asegurador haya pagado la indemnización, quedará liberado de su deuda de responsabilidad. De modo que cuando no existe esta deuda resarcitoria por parte del tercero, no opera la subrogación. En este caso, el asegurador, que ignorando la realización de ese pago, efectúa la indemnización, podrá reclamar su restitución al asegurado que ha actuado contraviniendo las reglas de la buena fe ocultando el hecho de que había sido previamente resarcido por el tercero responsable de los daños⁹⁷⁴.

Como hemos dicho, el asegurado puede disponer de su derecho de crédito porque es su titular por motivo de los daños sufridos a causa del siniestro. Por lo tanto, puede válidamente exigir o aceptar el pago de la deuda del tercero, de lo que resultará extinguido el crédito que tenía frente a él. Cuando esto suceda antes de ser indemnizado por el seguro, surge para el asegurado el deber de notificar a su asegurador la realización del pago efectuado por el tercero, de forma que el asegurador podrá evaluar el efecto impeditivo que aquel pago extintivo, en todo o en parte de la deuda, representa para su derecho de subrogación y, por ello, para ejercitar la acción de reclamación frente al responsable de los daños.

Así se entiende en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de febrero de 2010⁹⁷⁵, en relación a un seguro de transporte terrestre de mercancías en el que el asegurador de la carga ve impedido su derecho a subrogarse para reclamar la indemnización, como consecuencia de una transacción efectuada entre el asegurado y el porteador de las mercancías siniestradas. Con ocasión del siniestro, la transportista responsable de la pérdida de la mercancía indemnizó a la propietaria de éstas por la mitad del importe de los daños como pago total de la deuda, comprometiéndose dicha

⁹⁷⁴ SCALFI, G., *I Contratti di Assicurazione. L'Assicurazione Danni*, cit., p. 255.

⁹⁷⁵ SAP de Barcelona (Sección 15.^a), de 17 de febrero de 2010, Ponente Marta Rallo Ayezcurén, F.J. 6.^o (JUR 2010/179171).

propietaria a no efectuar reclamación alguna por esos mismos daños. Posteriormente, la propietaria reclamó a su entidad aseguradora el pago del cincuenta por ciento de los daños, comunicándole que el restante cincuenta por ciento lo había recibido directamente de la transportista. Tras dicho pago, la aseguradora reclama a la transportista el importe de la indemnización, oponiéndole esta última la suma abonada a la propietaria de la mercancía en concepto de indemnización total del siniestro. La posición de la Audiencia es clara cuando manifiesta que se trataba de una transacción llevada a cabo entre las partes del contrato de transporte, y que por ello se inscribe dentro de las facultades de la asegurada, entonces titular del crédito derivado de aquel contrato de transporte.

En este caso, subraya la sentencia, «el carácter derivativo antes predicado de la acción de la aseguradora frente al tercero responsable, en virtud de la subrogación del artículo 43 de la LCS, determina que el tercero [transportista], pueda oponer a la actora aseguradora las mismas excepciones que hubiera podido oponer contra [la propietaria]. Puede oponer, por lo tanto, eficazmente, la extinción de un crédito no afectado de indisponibilidad alguna». Como consecuencia de resultar impedida la subrogación, surgirá para el asegurado, de conformidad con el art. 43.2 LCS, el deber de indemnizar al asegurador por los perjuicios causados.

Del mismo modo en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de junio de 2006⁹⁷⁶ se estima la acción de repetición del asegurador en reclamación de la totalidad de la indemnización abonada al asegurado, dado que éste había omitido notificar el hecho de que había sido previamente indemnizado por los responsables de los daños. En este caso, el asegurado no había advertido al asegurador, antes de que éste le indemnizara por los daños

⁹⁷⁶ SAP de Barcelona (Sección 16.^a), de 2 de junio de 2006, Ponente Jordi Segí Puntas, FF.JJ. 3.º y 4.º, (JUR 2007 /19433).

propios en vehículo provocados en un accidente de circulación, que había cobrado de los responsables materiales del siniestro la mitad del importe de los daños ocasionados al vehículo. Considera la Audiencia que la existencia del acuerdo indemnizatorio con los responsables del siniestro resultaba trascendental para que el asegurador pudiera valorar la imposibilidad de la subrogación. De forma que el cobro por parte del asegurado de la indemnización de su propio asegurador sin advertirle de dicho acuerdo con los responsables, constituye una acción que redundará en perjuicio de la acción de reclamación, que por vía subrogatoria había de corresponder a su asegurador. De ahí que tal perjuicio «debe asociarse con el importe de la indemnización íntegra satisfecha por la entidad aseguradora a su asegurado, no con la diferencia entre una y otra indemnización».

Entendemos que en estos casos, en que la responsabilidad del asegurado al perjudicar la subrogación del asegurador se debe al hecho de haber sido indemnizado por el responsable del siniestro antes de percibir la indemnización del asegurador, deben relacionarse con el principio indemnizatorio y la función indemnizatoria del contrato en los seguros de daños. Es decir, cuando el asegurado es indemnizado total o parcialmente por el tercero responsable, nace para él el deber de notificar la existencia de tal pago porque ello supone la inexistencia total o parcial del daño frente al cual se asegura. De esta forma, ante la ausencia del daño carece de causa la indemnización derivada del seguro, por lo que decae aquella obligación de prestación del asegurador. En consecuencia, si el asegurador, que desconoce aquel resarcimiento realizado por el tercero a favor del asegurado, indemniza a éste último, podrá reclamarle su restitución, pues ha actuado dolosamente ocultando el hecho de que ya había sido previamente indemnizado⁹⁷⁷.

⁹⁷⁷ SCALFI, G., *I Contratti di Assicurazione. L'Assicurazione Danni*, cit., p. 255.

B.- Omisión de las actuaciones necesarias para el mantenimiento del derecho de crédito

Situación distinta a la que acabamos de examinar, en la que la responsabilidad del asegurado surge por motivo de llevar a cabo ciertas actuaciones en perjuicio del derecho de subrogación del asegurador, es aquella en la que tal perjuicio se deriva de la omisión de proceder activamente para conservar su derecho de crédito frente al tercero responsable. En este caso, el deber del asegurado de disminuir en lo posible las consecuencias dañosas del siniestro, o deber de salvamento, le obliga a realizar todos aquellos actos que mantengan el derecho de crédito y que posibiliten posteriormente su efectivo ejercicio por parte del asegurador una vez producida la subrogación⁹⁷⁸. En este sentido, la obligación del asegurado es doble, por cuanto comprende el deber de comunicar al asegurador el acaecimiento del siniestro, y, al mismo tiempo, el deber de realizar tempestivamente las acciones de denuncia, protesta o reclamación frente al tercero para el mantenimiento del crédito hasta que proceda el cambio de titularidad a favor del asegurador⁹⁷⁹.

a.- La no formulación de reservas al porteador en la recepción de las mercancías

En los seguros de transporte terrestre el deber de actuación para preservar el crédito existente contra el tercero, vendría referido a la obligación del destinatario de efectuar las pertinentes reservas al porteador sobre el estado de las mercancías a su llegada a destino, así como a la obligación de evitar la caducidad del crédito.

⁹⁷⁸ Sobre el contenido del deber de salvamento v. MAROÑO GARGALLO, M. M., *El deber de salvamento en el contrato de seguro. Estudio del art. 17 de la Ley 50/1980*, Comares, Granada, 2006, pp. 37-54, quien señala que el deber de salvamento es un deber de duración que impone una conducta activa mediante la adopción de medidas dirigidas a la aminoración del daño.

⁹⁷⁹ SOTGIA, S., «Surroga dell'assicuratore ed atti pregiudizievoli dell'assicurato», cit., p. 68

El régimen de reservas que se constituye en el art. 60 LCTTM, aunque referido al destinatario, porque será éste el que tenga ocasión de comprobar el estado de la mercancía, se entiende que corresponde tanto al cargador como al destinatario⁹⁸⁰. A diferencia del antiguo art. 366 CCom en que se establecía la reclamación al porteador al recibo de las mercancías, como un requisito de procedibilidad ineludible para exigir su responsabilidad por los daños o las averías ocasionados a aquéllas, tal carácter no parece ser el que se ha adoptado en el art. 60 LCTTM, a pesar de expresar que el destinatario «deberá manifestar por escrito sus reservas al porteador».

En efecto, bajo el derogado art. 366 CCom si no se efectuaba la pertinente reclamación al porteador, dentro de las veinte y cuatro horas siguientes al recibo de las mercancías, o con anterioridad al pago de los portes, no se admitía reclamación alguna contra el porteador. Así se corrobora en la SAP de Pontevedra de 22 de mayo de 2000⁹⁸¹, en la que se declara inviable la reclamación de responsabilidad al porteador por parte de la aseguradora subrogada en lugar del consignatario-propietario de la mercancía siniestrada, dada la no formalización, en su momento, de protesta o reserva por parte del consignatario-receptor respecto de los daños objeto de reclamación. En este mismo sentido es destacable la STS de 2 de marzo de 1988⁹⁸², en el ámbito de un transporte marítimo, en la que se subraya que el cumplimiento del requisito establecido en el art. 952.2 CCom de formular protesta por los daños sufridos en la carga transportada es inexcusable, hasta el punto de que la jurisprudencia lo ha conceptualizado como requisito de procedibilidad.

⁹⁸⁰ DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., «Comentario Art. 60 LCTTM», en DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F.; MARTÍNEZ SANZ, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 712-716, p. 712

⁹⁸¹ SAP de Pontevedra (Sección 3.ª), de 22 de mayo de 2000, Ponente Francisco Javier Valdés Garrido, FF.JJ. 1.º y 2.º (AC 2000/1586).

⁹⁸² STS (Sala de lo Civil), de 2 de marzo de 1988, Ponente Ramón López Vilas, FJ 1.º (RJ 1988/1542).

Como decíamos, el art. 60 LCTTM no constituye el deber de formulación de reservas como requisito necesario para una posterior reclamación de responsabilidad al porteador, sino que su falta determina la presunción *iuris tantum* de que las mercancías llegaron a su destino conforme a lo establecido en la carta de porte. Por lo tanto, entiende la doctrina⁹⁸³ que la falta de reservas en el momento de la entrega «no cierra la posibilidad de que el destinatario ejerza acciones de reclamación», sino que perjudica la posición del destinatario en cuanto se le atribuye a éste la carga de la prueba, de forma que deberá servirse de los medios ordinarios de prueba para demostrar la disconformidad del estado de las mercancías en relación con el contenido de la carta de porte. En este mismo sentido, se señala que de la lectura del art. 79 LCTTM referente a los plazos generales de prescripción para la reclamación al transportista, conjuntamente con el art. 60 LCTTM, se deduce que con la nueva reglamentación «el reclamante puede interponer su reclamación siempre que lo haga dentro del plazo legal previsto, sin que sea necesario que formule previamente ninguna reserva»⁹⁸⁴.

De ahí que es posible afirmar que con la actual LCTTM, la falta de la oportuna reserva al porteador por motivo de los daños sufridos por las mercancías o por su falta de entrega al destinatario, no constituye requisito indispensable para el ejercicio de la subrogación del asegurador de las mercancías siniestradas⁹⁸⁵. En este caso, la ausencia de la manifestación de las

⁹⁸³ DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., «Comentario Art. 60 LCTTM), en *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, cit., p. 712.

⁹⁸⁴ EMPARANZA SOBEJANO, A., «Comentario Arts. 78 y 79 LCTTM», en *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, cit., p. 890.

⁹⁸⁵ En el ámbito del transporte internacional marítimo, y en referencia a la responsabilidad del porteador por pérdida, daño o retraso en las Reglas de Rotterdam, v. MARTÍN OSANTE, J. M., «Responsabilidad del porteador por pérdida, daño o retraso en las Reglas de Rotterdam», en EMPARANZA SOBEJANO, A., (Dir.), *Las Reglas de Rotterdam. La regulación del contrato de transporte internacional de mercancías por mar*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 253-283, p. 264, quien señala que la protesta por retraso resulta imprescindible para poder ejercitar con posterioridad la oportuna acción de indemnización. Por el contrario, en los supuestos de pérdida o daños, la

reservas, podrá dificultar el ejercicio de la acción de reclamación del asegurador subrogado, en lo que respecta a la prueba de los daños que se le imputan al porteador, pero no impedirá el ejercicio de tal acción. Consecuentemente, el asegurador podrá ejercitar la acción contra el porteador, aunque podrá ver perjudicado el recobro del importe de la indemnización si no logra demostrar la magnitud de los daños que reclama en relación con la responsabilidad del porteador. En este caso, cabría admitir que el asegurador pudiese exigir en alguna medida la responsabilidad del asegurado porque la no formulación de la reserva ha impedido obtener el resarcimiento del porteador debido a la falta de actividad probatoria para determinar su responsabilidad en la producción de los daños.

b.- La prescripción de la acción frente al responsable

Por otro lado, el perjuicio del ejercicio del derecho de subrogación puede referirse al hecho de que haya prescrito la acción de responsabilidad frente al tercero. En este sentido, en el ámbito del transporte terrestre de mercancías, hemos de hacer referencia al breve plazo de prescripción establecido para las acciones de reclamación contra el porteador en la LCTTM⁹⁸⁶. En efecto, el plazo de prescripción señalado es de tan sólo un año, elevado a dos años en el caso de que se reclame la responsabilidad derivada de una actuación dolosa. Dicho plazo se suspenderá por efecto de la reclamación escrita y sólo se reanudará su cómputo cuando el reclamado rechace la reclamación por escrito y devuelva los documentos que la acompañaban. Ahora bien, la propia norma determina que de producirse una reclamación posterior con el mismo objeto que la primera, no se suspenderá nuevamente la prescripción.

protesta no presenta un carácter necesario, dado que su omisión no afectará al derecho a reclamar la indemnización al porteador.

⁹⁸⁶ V. art. 79 LCTTM

La doctrina especializada considera⁹⁸⁷ que la novedad aportada por la LCTTM, en cuanto establece que el efecto del escrito de reclamación sea el de suspender la prescripción en lugar de interrumpirla, «es el que mejor se acomoda al objetivo de evitar el alargamiento excesivo de los plazos de reclamación». En efecto, el transporte de mercancías constituye una importante actividad económica que precisa funcionar con agilidad y rapidez en concordancia con el dinamismo que la caracteriza. De ahí la necesidad de que la eficacia paralizadora del plazo de prescripción atribuible a la reclamación escrita dirigida al porteador, no sea la interrupción de la prescripción, sino su suspensión. Como ya explicamos en el capítulo cuarto⁹⁸⁸ del presente trabajo al referirnos a la prescripción de la acción derivada de la aplicación de la LCTTM, el efecto de la suspensión es que una vez desaparece la causa que la determina se reanuda el plazo de prescripción; mientras que la interrupción provoca que el plazo de prescripción empiece a contar de nuevo en toda su integridad. Por lo tanto, si la finalidad que inspira la norma es la de no prolongar en el tiempo las consecuencias paralizadoras de las reclamaciones sobre el plazo de prescripción señalado, parece lógico que se le niegue tal efecto suspensivo a las reclamaciones posteriores efectuadas con el mismo objeto que la primera, pues de otro modo «se mantendría abierta, aun de forma artificial»⁹⁸⁹, la vía de reclamación.

De lo que acabamos de señalar se desprenden consecuencias significativas para el futuro ejercicio de la subrogación del asegurador frente al porteador. En primer lugar, para facilitar el ejercicio de la acción de reclamación del asegurador, es necesario, en referencia a la actividad probatoria, aunque no obligatorio, que el asegurado realice, en su caso, las oportunas reservas sobre

⁹⁸⁷ EMPARANZA SOBEJANO, A., «Comentario Arts. 78 y 79 LCTTM», en *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, cit., p. 898.

⁹⁸⁸ V. supra Capítulo IV, el epígrafe I. 5. A.

⁹⁸⁹ EMPARANZA SOBEJANO, A., «Comentario Arts. 78 y 79 LCTTM», en *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, cit., p. 898.

las posibles averías o pérdidas que afectan a la mercancía. Necesariamente, el asegurado deberá dar pronta notificación al asegurador de la producción del siniestro, debiendo hacer todo lo que está a su alcance para que este último pueda proceder a la verificación y cuantificación de los daños a efectos de determinar la indemnización. Deberá, asimismo colaborar activamente con el asegurador aportando los datos y la información necesaria para ejercitar adecuadamente la acción de reclamación frente al tercero.

Debido al plazo de prescripción de un año señalado para las acciones dirigidas a exigir la responsabilidad del porteador, si el asegurado no notifica tempestivamente los daños ocasionados a las mercancías, es posible que el asegurador, cuando se disponga a reclamar al tercero, se encuentre con que la acción está a punto de prescribir, o incluso, que ya ha prescrito. Del mismo modo, el asegurador deberá proceder con celeridad en aquella verificación y cuantificación de los daños derivados del siniestro con el fin de proceder al pago de la indemnización al asegurado lo antes posible y adquirir así la titularidad del derecho de crédito contra el responsable de los daños. Debemos tener presente el hecho de que hasta que el asegurador no indemnice al asegurado, carece de legitimación para subrogarse en su lugar y reclamar al tercero, de forma que la disponibilidad y la responsabilidad por la conservación de la acción de reclamación corresponde al asegurado. En este sentido, la LCTTM representa un obstáculo para la morosidad del asegurador, por cuanto tal morosidad pondrá en peligro la posibilidad de subrogarse y recuperar del tercero la indemnización abonada al asegurado.

Al margen de lo dicho, cabe preguntarse la posibilidad de que el deber de actuación del asegurado, en aras de no perjudicar la subrogación, comporte para él la obligación de interferir activamente en los plazos de prescripción. A este respecto, hay que tener en cuenta el comportamiento del asegurador, en cuanto puede agravar la situación de responsabilidad del asegurado. En este

sentido, SÁNCHEZ CALERO señala que el deber de interrumpir la prescripción supondría una carga excesiva para el asegurado en aquellos supuestos en que el asegurador incurriera en mora en el pago de la indemnización ⁹⁹⁰. Así, y fuera del supuesto señalado, podría llegar a admitirse que el asegurado deba actuar activamente interrumpiendo el plazo de prescripción señalado para la acción en cuestión⁹⁹¹. Por otro lado, esta actuación redundará en su propio beneficio cuando el valor de los daños ocasionados por el tercero sea superior a la suma asegurada. En efecto, en aquellos casos de infraseguro, la subrogación sólo operará respecto a la cuantía de la indemnización liquidada al asegurado, de forma que éste seguirá siendo titular de la acción para reclamar al tercero en la parte restante de los daños no cubiertos por el seguro. De ahí el interés del asegurado, sabiendo que no será indemnizado por el importe total de los daños, de interrumpir la prescripción de la acción de reclamación mientras ostenta la plena titularidad del derecho de crédito frente al tercero.

Este deber de interferir en el plazo de prescripción de la acción para reclamar al responsable, no resultaría desacertado, en principio, en lo que respecta a las acciones de reclamación surgidas del contrato de transporte terrestre, máxime teniendo en cuenta el breve el plazo de prescripción señalado para el ejercicio de dichas acciones. En este caso, la reclamación escrita al responsable del siniestro provocará la suspensión de la prescripción, cosa que permitirá al asegurador disponer de un plazo de tiempo para realizar la constatación de los daños y efectuar el correspondiente pago de la indemnización al asegurado. No obstante, no resulta tan claro que la actuación del asegurado, reclamando activamente al tercero, se adecúe a los intereses del asegurador que pretende subrogarse. En este sentido, partimos del hecho de

⁹⁹⁰ SÁNCHEZ CALERO, F. «Comentario Art. 43 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 975.

⁹⁹¹ BUTTARO, L., «Termine de prescrizione dell'azione contro l'assicurato che ha pregiudicato la surrogazione dell'assicuratore verso il responsabile del danno», en *Assicurazioni*, II, 1953, pp. 52-60, p. 54.

que la LCTTM otorga efectos suspensivos sólo a la primera reclamación dirigida al tercero con objeto de exigir el resarcimiento de los daños, de ahí que, una vez que se indemniza al asegurado, y con ello se hace efectiva la subrogación, cualquier reclamación del asegurador, con ese mismo objeto, dirigida extrajudicialmente frente al tercero carecerá del señalado efecto suspensivo. A la sazón, el asegurador sólo dispondrá de la vía judicial para reclamar al responsable, quedando en este caso vinculado, dentro del proceso, por los términos en que el asegurado reclamó al tercero. De ahí que pueda resultar más útil para los intereses del asegurador, considerando la posibilidad de tener que recurrir a la vía judicial ante la no aceptación de la reclamación escrita por parte del tercero, que sea él mismo quien realice dicha reclamación delimitando su contenido.

2.- IMPEDIMENTO DE LA SUBROGACIÓN POR LA ACTUACIÓN DEL ASEGURADO UNA VEZ PRODUCIDO EL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN DEL ASEGURADOR

Una vez que el asegurador indemniza al asegurado por los daños ocasionados por el tercero, el asegurado deja de ser el titular del derecho de crédito frente al responsable, por efecto de dicho pago, y será el asegurador la persona legitimada para reclamar la responsabilidad patrimonial del tercero. Ahora bien, a pesar de que con aquel pago de la indemnización el asegurado pierde la titularidad de la acción para exigir el resarcimiento del tercero, puede el primero de ellos perjudicar la operatividad de la subrogación del asegurador. En este caso, la actuación del asegurado, percibiendo el pago del tercero cuando había sido previamente indemnizado por el asegurador, no perjudica propiamente el derecho de subrogación sino el ejercicio de ese derecho ya

adquirido por el asegurador subrogado por efecto del abono de la indemnización⁹⁹².

El perjuicio señalado ocurrirá cuando el asegurado, ya indemnizado a través del seguro, acepte el pago de los daños por parte de responsable de los daños. De esta manera, el tercero podrá oponer al asegurador la cancelación de la deuda por motivo de aquel pago, de forma que tal actuación hará imposible el ejercicio de la acción de resarcimiento frente a aquél por parte del asegurador subrogado. No obstante, la liberación del tercero y, con ello, el hecho de no verse obligado a pagar una segunda vez, en este caso, al asegurador subrogado en lugar del asegurado damnificado, dependerá de si ha actuado de buena fe, es decir, desde la creencia de que el asegurado seguía siendo el acreedor legitimado. En consecuencia, el pago realizado al acreedor aparente, se considera un acto de buena fe y por ello produce la extinción de la deuda del tercero.

Por otro lado, y en relación con lo antedicho, el pago realizado por el tercero al asegurado con posterioridad a la indemnización del asegurador puede comportar, en la práctica, diversas situaciones, según se entienda que la subrogación opera de forma automática con el pago de la indemnización, o bien, precisa necesariamente la manifestación del asegurador de su voluntad de subrogarse. En el caso de considerar que la subrogación es voluntaria y que por ello, el asegurador no sucede al asegurado en la titularidad del crédito frente al tercero hasta que no le notifica a éste su voluntad de subrogarse, implica que, aún habiendo percibido el pago de la indemnización del seguro, el asegurado continúa siendo el titular de aquel derecho y, en consecuencia podrá disponer válidamente de él. Así, se consideró en la SAP de Madrid de 26 de abril de

⁹⁹² DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazione Private*, vol. II, cit., pp. 477-478.

2005⁹⁹³, en la que el asegurado que había sido íntegramente indemnizado por su asegurador con motivo de los daños ocasionados al vehículo de su propiedad, aceptó en un momento posterior el pago parcial de los daños realizado por los responsables de los daños, acordando con éstos la renuncia a expresa a ejercer cualquier otra reclamación por daños como consecuencia de ese accidente. En la sentencia se estimó la oposición de los responsables de los daños en la que se alegaba la renuncia del asegurado a ejercer cualquier otra reclamación, con lo que su obligación quedaba extinguida con el pago de aquella cantidad satisfecha al damnificado por el siniestro. En este sentido, se entendía válida la renuncia del asegurado, porque en el momento que la efectuó se le consideraba el legítimo titular del derecho de crédito, a pesar de haber sido previamente indemnizado por el asegurador, puesto que tal renuncia fue realizada antes de que el asegurador manifestase la voluntad de subrogarse comunicando el pago de la indemnización a los terceros responsables y por ello, antes de la adquisición por su parte de aquel derecho de crédito.

De esta forma, partiendo del carácter voluntario de la subrogación, el asegurador nunca podría subrogarse frente al tercero en el caso de que el asegurado llevara a cabo actos de disposición que afectasen al derecho de crédito antes de que el asegurador manifieste a ese tercero el pago de la indemnización del seguro. De manera que el asegurador que ve así impedida la subrogación frente al tercero, podrá, en aplicación del art. 43.2 LCS, exigir al

⁹⁹³ SAP de Madrid (Sección 21.^a) de 26 de abril de 2005, Ponente Guillermo Ripio Olazábal, F.J. 3.^o (JUR 2005/122181) en la que partiendo del carácter voluntario de la subrogación del asegurador, estima válida la renuncia del asegurado a ejercer cualquier otra reclamación por daños como consecuencia del accidente. A este respecto subraya que cuando el asegurado efectúa tal renuncia «la aseguradora demandante no se había subrogado todavía en los derechos y obligaciones de su asegurado, ya que no había manifestado su voluntad en este sentido comunicando el pago de la indemnización a los terceros responsables; con la consecuencia de que la renuncia de derechos efectuada por el asegurado Sr. José Manuel es válida y eficaz, sin perjuicio de lo supuesto en el párrafo segundo del artículo 43 LCS, y sin que podamos entender del contenido de la renuncia que la misma se refería exclusivamente a la indemnización como valor de afección».

asegurado el perjuicio patrimonial que su actuación le ha comportado, consistente en el total de la indemnización abonada.

Sin embargo, si consideramos que la subrogación actúa de forma inmediata tras el pago de la indemnización, el asegurado dejará de ser el titular del crédito frente a tercero en el momento de recibir aquél importe. De ahí que la subrogación pueda operar plenamente frente al responsable del siniestro, a pesar de que éste pague en un momento posterior al asegurado, siendo conocedor de aquel previo pago del asegurador por la totalidad de los daños resultantes del siniestro.

V.- PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CONTRA EL ASEGURADO

En los seguros de daños el plazo de prescripción de la acción del asegurador para exigir al asegurado el perjuicio causado en su derecho a subrogarse es de dos años⁹⁹⁴. Si el derecho de subrogación del asegurador se deriva de la existencia de un seguro de daños, cabe afirmar que la correspondiente acción de reclamación de responsabilidad por la lesión de ese derecho se deriva del mismo contrato, en cuanto fuente de obligaciones y derechos para ambos contratantes, y por ello quedará sometida al plazo de prescripción señalado⁹⁹⁵.

En lo que respecta al *dies a quo* para el cómputo de dicho plazo para interponer la acción de responsabilidad la doctrina no se muestra unánime. Una posición doctrinal es aquella que entiende que el inicio del cómputo será el día en el que el asegurador tuvo conocimiento de que el asegurado había

⁹⁹⁴ El plazo de prescripción se aumenta a cinco años cuando se trata de un seguro de personas.

⁹⁹⁵ En este mismo sentido, TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., p. 296.

incumplido el deber de no perjudicar la subrogación⁹⁹⁶. En este sentido, se manifiesta que el punto de partida para el cómputo de la prescripción, no es el día del pago de la indemnización, sino el día en que el asegurador adquiere el conocimiento del hecho de que el asegurado ha hecho imposible la subrogación⁹⁹⁷. No obstante, una línea doctrinal distinta a la anterior considera que el período de prescripción deberá empezar a computarse desde el momento en que el asegurador subingresa en lugar del asegurado en el derecho de crédito, contra el tercero, es decir, desde el momento del pago de la indemnización⁹⁹⁸. En este sentido, se observa⁹⁹⁹ que el asegurador, en el momento en que paga la indemnización, tiene la posibilidad de considerar todas las circunstancias relativas al siniestro, y entre éstas se haya la relativa al ejercicio de la acción contra el tercero responsable. De ahí que sea preferible iniciar el cómputo del plazo de prescripción cuando se hace efectivo el subingreso del asegurador en el derecho frente al tercero mediante aquél pago.

El derecho del asegurador a la subrogación nace en el momento en que indemniza al asegurado, de manera que hasta que no efectúa dicho pago, la subrogación es sólo una expectativa para él. Consecuentemente, es a partir del acto de la indemnización que el asegurador dispone de acción para reclamar al asegurado por el incumplimiento de su deber de no impedir la subrogación frente al tercero. Antes del pago, no nace para el asegurador ninguna acción de reclamación frente al asegurado, es decir, no puede reclamar a éste, lo que no puede resarcirse frente al tercero, porque no existe ninguna cantidad que recobrar. En tal caso, desde el momento en que el asegurador es conocedor del hecho que le imposibilita la subrogación, lo que para él equivale a la agravación

⁹⁹⁶ TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, cit., p. 296. En el mismo sentido, SCALFI, G., *Il Contratti di Assicurazione*, cit., p. 257.

⁹⁹⁷ PICARD, M./BESSON, A., *Les Assurances Terrestres en Droit Français. (Le contrat d'assurance)*, T. I, cit., p. 517.

⁹⁹⁸ BUTTARO, L., «Termine de prescrizione dell'azione contro l'assicurato che ha pregiudicato la surrogazione dell'assicuratore verso il responsabile del danno», cit., p. 54

⁹⁹⁹ FERRARRINI, S., *Le Assicurazioni Marittime*, cit., p. 465.

del riesgo, podrá, en virtud del art. 12 LCS, proponer una modificación del contrato, o bien su rescisión en caso de ver rechazada su propuesta. Del mismo modo, en caso de que ocurra el siniestro, el asegurador podrá denegar el pago de la indemnización cuando el tomador o el asegurado han actuado de mala fe, o reducir su prestación proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiera aplicado de haber conocido que no se produciría la subrogación.

De esta manera, tras la producción del siniestro, el régimen sancionador se determinará en función de si el asegurador ha pagado o no la indemnización. Si aún no ha pagado la indemnización, puede reducirla dependiendo del perjuicio causado al asegurador, o no pagarla si ha habido mala fe por parte del tomador o del asegurado. Si ya se ha realizado el pago, el asegurado deberá indemnizar al asegurador los perjuicios ocasionados al posterior ejercicio de la subrogación. En este caso, el objeto de la acción de reclamación frente al asegurado será el importe de la indemnización abonada a este último, porque es la cantidad por la que se hubiera subrogado frente al tercero, de no haber visto frustrado su derecho por culpa del asegurado¹⁰⁰⁰.

Con el fin de poder reclamar, el asegurador deberá probar que el perjuicio causado a la subrogación es real y no sólo hipotético¹⁰⁰¹. Tal prueba deberá comprender no sólo la realidad de la pérdida del crédito, sino también el hecho de que de no haber sido por ella, hubiera podido hacer efectiva la acción de resarcimiento frente al tercero¹⁰⁰². Respecto a la actividad probatoria, se considera¹⁰⁰³ excesivo que el asegurador tenga que demostrar, además del

¹⁰⁰⁰ Así la SAP de Barcelona (Sección 16.^a), de 2 de junio de 2006, Ponente Jordi Seguí Puntas, F.J. 4.^º (AC 2007/19433).

¹⁰⁰¹ RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., p. 445; RIGUETTI, G., *Trattato di Diritto Maritimo*, cit., p. 629; SCALFI, G., *I Contratti di Assicurazione. L'assicurazione Danni*, cit., p. 256.

¹⁰⁰² RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., cit., 445.

¹⁰⁰³ Así, RUÍZ SOROA, J.M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., p. 446; SCALFI, G., *I Contratti di Assicurazione. L'assicurazione Danni*, cit., p. 256.

efectivo perjuicio, el haber ejercitado previamente la reclamación de la indemnización al tercero, con el resultado de ver frustrada su pretensión como consecuencia de la actuación del asegurado¹⁰⁰⁴. Ciertamente, en aquellos supuestos en que el asegurador haya podido probar efectivamente la inexistencia del crédito de resultas de la actuación del asegurado, carece de sentido obligar a dicho asegurador a actuar judicialmente frente al tercero para constatar la inviabilidad de la subrogación¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰⁴ V. GASPERONI, N., *Assicurazioni Private*, cit., p. 423, quien afirma que incumbe al asegurador la carga de probar que la acción contra el tercero responsable no ha obtenido, en todo o en parte, un resultado útil.

¹⁰⁰⁵ RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador...*, cit., 446.

CONCLUSIONES

PRIMERA

Tradicionalmente la subrogación legal del asegurador se ha justificado, esencialmente, sobre la base del principio indemnizatorio afirmando que su cumplimiento prohíbe al asegurado la percepción de dos reparaciones por el mismo daño. En este sentido, se ha argumentado que la subrogación, en cuanto transfiere al asegurador, previa indemnización al asegurado, la titularidad del crédito de éste último frente al tercero, evita que pueda acumular la indemnización del seguro junto con la correspondiente del responsable del siniestro. No obstante, cabe afirmar que tal principio actúa en el estricto ámbito del contrato de seguro de daños para procurar el cumplimiento de su función indemnizatoria, pero no rige en la relación entre el asegurado ya indemnizado por el asegurador y el tercero responsable del siniestro ajeno a dicho contrato. De tal modo, el principio indemnizatorio no cumple plenamente como fundamento de la subrogación del asegurador.

Tampoco lo es, por sí solo, el evitar que el tercero quede liberado de afrontar su responsabilidad en la producción del siniestro que ha motivado el pago de la indemnización del seguro, beneficiándose injustificadamente del contrato de seguro de daños estipulado a favor del damnificado por ese siniestro. El hecho de que el asegurador pueda válidamente renunciar al ejercicio del derecho de subrogación, comportará que el tercero resulte liberado de responder patrimonialmente por los daños causados al asegurado. De ahí que se admita la liberación del tercero permitiendo la renuncia del asegurador al derecho a subrogarse contra él.

La *ratio legis* de la subrogación obedece a un evidente fin económico-privado, consistente en que el asegurador disponga de recursos complementarios que contribuyan a reforzar la finalidad específica de la actividad aseguradora. Esta actividad se lleva a cabo sobre el principio de la repartición del riesgo y de los costes entre la masa de asegurados. Por ello, no cabe duda de que permitiendo la parcial recuperación de las sumas abonadas a los asegurados, en la cobertura de los siniestros ocasionados por terceros, se consigue el objetivo de disminuir los costes de gestión. El resultado de ello se traducirá en una disminución de la cuantía de las primas y, al mismo tiempo, en un refuerzo de la garantía colectiva a favor de la masa y de cada uno de los asegurados.

Consecuentemente, la subrogación es un derecho que se concede al asegurador, no de forma gratuita, sino teniendo presente que su finalidad última es el interés del colectivo de asegurados, por cuanto permite en cierta medida aligerar la carga de estos últimos. Así, en último término, mediante la subrogación del asegurador se evita que sean los asegurados quienes acaben soportando las consecuencias patrimoniales derivadas de la responsabilidad del tercero en la producción de un siniestro cubierto por el seguro.

La constatación de que la subrogación se dispone a favor del asegurador atendiendo a su función económica, se halla en el propio art. 43 LCS cuando establece la obligación del asegurado de no perjudicar la subrogación. Dentro del contenido de este deber está el de conservar el crédito que el siniestro ha hecho nacer a su favor contra el responsable. De ahí que si el asegurado renuncia previamente, antes de ser indemnizado por el asegurador y por lo tanto, antes de producirse la subrogación, a reclamar la responsabilidad del tercero causante del daño, surge para dicho asegurado una deuda de responsabilidad frente al asegurador por haber imposibilitado la subrogación ante la inexistencia del crédito contra el tercero. A nuestro entender, ello

demuestra que el legislador ha dispuesto la subrogación con la finalidad esencial de favorecer la práctica aseguradora, pero no la de impedir el cúmulo de indemnizaciones del asegurado, puesto que se hace responsable a este último del perjuicio causado al derecho de subrogación del asegurador, a pesar de que sólo pueda obtener la indemnización derivada del seguro.

SEGUNDA

En la figura de la subrogación en el seguro estamos ante un supuesto de subrogación legal establecida de forma taxativa, de modo que el crédito del asegurado se transfiere al asegurador al cumplirse los presupuestos señalados en el art. 43 LCS. De ello se deriva que el asegurador adquiere el mismo derecho de crédito del que era titular el asegurado, con todos los privilegios y garantías a él anexos. El carácter derivativo del crédito objeto de la subrogación implica que el tercero podrá oponer al asegurador las mismas excepciones que hubiera podido ejercitar frente al asegurado. Así, con carácter general, tanto si se trata de excepciones «*in rem*», que son las que nacen del hecho o negocio jurídico del cual deriva la relación obligatoria con carácter objetivo, como si son excepciones «*in personam*», que son aquellas basadas en la conducta del asegurado. Por otro lado, el carácter derivativo de la acción del asegurador comporta que estará sujeta a los mismos plazos de prescripción a los que se veía sometida la acción del asegurado, en función de la naturaleza del crédito del cual se deriva.

TERCERA

El artículo 43 LCS establece dos presupuestos básicos para que opere la subrogación. El primero de ellos es que el asegurador haya pagado al asegurado la indemnización prevista en el contrato. El segundo presupuesto estriba en que exista un derecho de crédito de resarcimiento a favor del asegurado frente al tercero, como consecuencia del mismo siniestro que motivó la indemnización.

La subrogación se produce de forma automática en el momento en que el asegurador indemniza al asegurado, sin que sea preciso que se efectúe ninguna manifestación de voluntad por parte del asegurador en este sentido. Por lo tanto, el pago de la indemnización es el presupuesto legal que provoca la transferencia del crédito frente al tercero del asegurado al asegurador. Partiendo de la consideración de que el art. 43 LCS regula una subrogación legal del asegurador en los derechos del asegurado, es preciso señalar que aquélla, implica la pérdida de titularidad del acreedor en el momento en que su crédito resulta satisfecho por el que pretende subrogarse en su lugar frente al deudor. En este sentido, se produce la novación de la obligación por cambio de acreedor, sin que se requiera la manifestación de voluntad del asegurador, que adquiere la titularidad del crédito por efecto del pago. Consecuentemente, el asegurado carece de legitimación para dirigirse contra el tercero en la medida en que el daño ha sido reparado por la indemnización del asegurador, manteniendo sólo la titularidad en el crédito cuyo objeto sea reclamar la parte del daño no cubierta por el seguro.

CUARTA

Atendiendo al primero de los presupuestos señalados, la subrogación tiene lugar cuando el asegurador indemniza al asegurado, porque es éste el titular del interés objeto del seguro. En el seguro de transporte de mercancías el interés que se asegura es la relación jurídico-económica que une a una determinada persona con las mercancías que son transportadas. Por otro lado, el riesgo determinado en este contrato es la posibilidad de que, con ocasión o a consecuencia del transporte, se produzca la destrucción, deterioro o desaparición de las mercancías. Por consiguiente, el asegurado será la persona expuesta a este riesgo en concreto y la que sufrirá inmediata y directamente el perjuicio económico de los daños ocasionados a las mercancías y, por ello, será

la única persona legitimada para obtener la indemnización debida por el asegurador.

QUINTA

El seguro de transporte terrestre de mercancías es un seguro de cosas. Por lo tanto, lo que se asegura son las mercancías que se transportan, pero no la responsabilidad del porteador. Consecuentemente, este seguro sólo podrá ser contratado por cuenta propia por el propietario de las mercancías o por la persona que esté legitimada por cualquier título para exigir su entrega. Mientras que el porteador, dado que su interés radica en preservar su patrimonio ante la posibilidad de tener que hacer frente a una reclamación de responsabilidad por motivo de los daños ocasionados a las mercancías, el seguro único seguro que podrá contratar en nombre propio será un seguro de responsabilidad civil. De ahí que cuando el porteador contrata un seguro de transporte de mercancías, deba hacerlo por cuenta ajena o por cuenta de quien corresponda. Conforme a esta modalidad contractual el porteador será el tomador del seguro, pero no podrá ser el asegurado por el hecho de que su interés no se centra directamente en las mercancías, como un bien con un determinado valor económico, sino indirectamente, porque su deterioro puede determinar el nacimiento de su responsabilidad. Consecuentemente, al no ser el asegurado, podrá ver dirigida contra él la acción de resarcimiento del asegurador que ha indemnizado al propietario de la mercancía siniestrada.

Ahora bien, el hecho de que en la práctica sea frecuente que el porteador contrate en nombre propio un seguro de transporte ha comportado distintos pronunciamientos de los tribunales entorno a su naturaleza y a su ámbito de cobertura. Así, en ocasiones se ha considerado que se trata de un verdadero seguro de transporte de mercancías, por lo que, siendo el asegurado el propio porteador, resulta imposible que el propietario de la mercancía pueda exigir la

indemnización derivada de su pérdida o avería. Por otro lado, el criterio de los tribunales ha sido considerar que, en realidad, se trata de un seguro estipulado para cubrir la responsabilidad del porteador, lo que abre la posibilidad a que el acreedor del transporte pueda ejercer la acción directa frente al asegurador en reclamación de los daños sufridos por las mercancías. En este último caso, el asegurado no deja de ser el propio porteador, por lo que, de conformidad con el art. 43 LCS, no será posible que el asegurador pueda subrogarse frente a él.

A la vista de estos pronunciamientos contradictorios, y en línea con la doctrina más reciente, puede ser interesante, de *lege ferenda*, considerar, por cuanto aportaría mayor seguridad jurídica, el criterio expuesto por algún sector doctrinal, que el contrato de seguro celebrado por el porteador se estipule por cuenta ajena.

SEXTA

La LCTTM establece un régimen de responsabilidad del portador del que interesa destacar, sobre todo, su carácter imperativo, de ahí que se impide a las partes su modificación con la finalidad de hacerlo más favorable para el porteador. De este régimen de atribución de responsabilidad se desprenden importantes consecuencias en relación con la subrogación del asegurador.

En primer lugar, el carácter imperativo con que la ley establece la responsabilidad del porteador se ve reforzado cuando determina la ineficacia de las cláusulas contractuales dispuestas por las partes con la finalidad de exonerar o disminuir el régimen de responsabilidad legal del porteador. De ahí que tales cláusulas, ampliamente utilizadas en el ámbito del transporte en perjuicio de la subrogación, serán ineficaces y se tendrán por no puestas frente al asegurador subrogado. En consecuencia, sólo serán oponibles por el porteador las causas de exoneración previstas en la ley, al igual que los límites

cuantitativos fijados para el cálculo de la indemnización que se le reclama por vía de la subrogación.

En segundo lugar, el art. 47.3 LCTTM determina que el porteador será responsable de la actuación de los auxiliares, dependientes o independientes, a cuyos servicios recurra para cumplir sus obligaciones. A este respecto, y en relación a la aplicación del art. 43.3 LCS, que impide la subrogación contra aquellas personas de las que deba responder el asegurado, el asegurador no podrá subrogarse frente al porteador efectivo causante de los daños. Ello es consecuencia de establecer dicha responsabilidad por la actuación ajena de forma directa, por el mero hecho de ser contratado por el asegurado para ejecutar el transporte. Criterio defendido por la jurisprudencia menor sobre la base del art. 3 CMR, precepto modelo para el redactado del art. 47.3 LCTTM. De esta forma, la exclusión de la subrogación del asegurador frente al porteador efectivo, responsable de los daños, se aplicaría de forma objetiva, sin recurrir al criterio subjetivo de valorar la existencia o no de la necesaria relación jerárquica o de dependencia de la subcontratada, para justificar aquella atribución de responsabilidad respecto a la asegurada que determina el impedimento de la subrogación

Este resultado puede afectar igualmente a la subrogación derivada de un transporte unitario con subtransporte, en el que el porteador contractual haya contratado en nombre propio un seguro de transporte de mercancías. En el supuesto que el tribunal considere que, en realidad, el seguro está cubriendo el interés del porteador de preservar su patrimonio frente a una posible reclamación de responsabilidad, el propietario de las mercancías siniestradas, dispondrá de la acción directa del art. 76 LCS para reclamar frente a la compañía aseguradora el importe de los daños. En este caso, una vez indemnizado dicho propietario, el asegurador no podría ejercitar la

subrogación contra el porteador efectivo como causante de los daños indemnizados.

SÉPTIMA

Una de las consecuencias del carácter derivativo de la acción que ostenta el asegurador subrogado frente al tercero, es que que ésta se halla sometida al mismo plazo de prescripción que tenía cuando su titular era el asegurado. Cuando la acción de responsabilidad surge a raíz del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de un contrato de transporte de mercancías terrestre por parte del transportista, el cómputo del plazo prescriptivo de dicha acción quedará subordinado a lo que se establezca en la regulación a la que está sometido dicho contrato. En este caso, tratándose de un transporte de mercancías interno la LCTTM establece un plazo de prescripción de un año, ampliándose dicho plazo a dos años cuando la acción resulte de una actuación dolosa.

La LCTTM, siguiendo las versiones oficiales del Convenio CMR, para los transportes internacionales, ha introducido una importante novedad a la hora de interferir en los plazos de prescripción de las acciones derivadas del transporte. Junto a las causas generales de interrupción de la prescripción, en que el art. 79.3 LCTTM remite a la regulación del Código de Comercio, el propio art. 79, en este apartado tercero, regula un supuesto especial de suspensión de la prescripción. En concreto, determina que la primera reclamación por escrito suspenderá el plazo de prescripción, reanudándose su cómputo desde el momento en que el reclamado rechace la reclamación por escrito. Sin embargo, una reclamación posterior que tenga el mismo objeto no suspenderá la prescripción.

Entendemos que el otorgar a la primera reclamación escrita una eficacia suspensiva de la prescripción resulta la figura más idónea y ajustada para

favorecer el dinamismo propio y característico de esta actividad económica, en lugar de optar por la fórmula tradicional, prevista en nuestro Ordenamiento, de la interrupción de los plazos de prescripción señalos para las acciones de reclamación. Ahora bien, el art. 79.3 LCTTM guarda silencio respecto a las consecuencias jurídicas que se derivan cuando no se produce, por parte del transportista, la preceptiva respuesta de la reclamación dirigida contra él. Es decir, la nueva LCTTM prevé una causa especial de suspensión de la prescripción, por razón de la reclamación escrita al transportista, pero no regula ningún plazo para poner fin a los efectos de la reclamación no contestada, en forma de rechazo, sobre el término de prescripción. Subsiguientemente, de no producirse tal rechazo de la reclamación, la consecuencia que se deriva es que la prescripción quedaría suspendida *sine die*. Entendemos que este efecto no es compatible con el señalado dinamismo que caracteriza las operaciones del transporte, que precisa de agilidad en las actuaciones encaminadas a zanjar las posibles controversias surgidas a raíz del transporte. Por ello, consideramos necesario que en una futura revisión de la LCTTM se indique un plazo máximo de suspensión en previsión de una falta de respuesta del porteador reclamado.

Por lo demás, la regulación de la prescripción en la LCTTM de las acciones derivadas del transporte es especialmente perjudicial para el asegurador cuando pretenda subrogarse frente al porteador e incurra en mora en el pago de la indemnización. Ello es debido al breve plazo de prescripción señalado en la LCTTM, así como al efecto suspensivo de la primera reclamación dirigida al porteador y la ausencia de tal efecto en las reclamaciones efectuadas posteriormente con el mismo objeto que la primera.

OCTAVA

A pesar de que habitualmente, tanto la doctrina como la jurisprudencia denominan a la acción que ejercita el asegurador como acción subrogatoria,

dicha acción no es subrogatoria, sino que se trata de una acción de resarcimiento. El art. 43 LCS atribuye al asegurador un derecho material, conforme al cual puede reclamar *iure proprio* al tercero el importe de la indemnización abonada al asegurado. Así, el asegurador, para satisfacer su derecho de crédito frente al tercero ejercita una acción de repetición para obtener el reembolso de aquella indemnización. Ese derecho se fundamenta en el cumplimiento de la obligación asumida contractualmente de indemnizar al asegurado con ocasión de un siniestro objeto de la cobertura del contrato de seguro y del que se deriva la responsabilidad de un tercero. De ahí que el asegurador, por cuanto ejercita un derecho que le es propio, sea parte activa de la situación jurídica deducida en juicio, por lo que el éxito del ejercicio de la acción le permitirá ingresar la cantidad obtenida en su propio patrimonio, sin causar ninguna incidencia en el patrimonio del asegurado. De manera que este último podrá, a su vez reclamar al tercero el importe de los daños que no han sido cubiertos por el seguro, es decir, podrá ejercer los derechos y acciones de los que aún es titular.

NOVENA

El principio de la identidad de crédito que rige en la subrogación implica que la acción del asegurador es de la misma naturaleza y tiene la misma extensión que la del asegurado. En función de cada caso, el crédito objeto de la subrogación será de naturaleza contractual o extracontractual, lo que obligará al asegurador a exigir el régimen de responsabilidad del tercero conforme a ese fundamento. No obstante, en este aspecto, la LCTTM determina que el régimen de responsabilidad legal será aplicable a toda acción de indemnización por los perjuicios derivados del incumplimiento de la prestación del transporte. Esta pretensión es independiente del procedimiento a través del que se ejercite, y de su fundamento contractual o extracontractual, tanto si se hace valer frente al porteador como si se dirige contra sus auxiliares. De ahí que aun cuando se

trate de una acción de responsabilidad extracontractual, se aplicará el régimen de atribución de responsabilidad legal y la indemnización exigida estará sujeta a sus límites cuantitativos.

Con ello se consigue que con la elección del porteador subcontratado como sujeto pasivo de la acción por incumplimiento de la prestación, no se sortee el régimen de responsabilidad impuesto legalmente. En consecuencia, las indemnizaciones exigibles al porteador o a sus auxiliares se verán sujetas por los límites cuantitativos previstos en la ley. Del mismo modo, ambos sujetos podrán oponer al acreedor demandante las causas legales de exoneración, así como, el elenco de presunciones cuya prueba excluya su responsabilidad.

DÉCIMA

El asegurador que se subroga en la posición del perjudicado por un delito puede ejercer la acción civil por hechos derivados del delito dentro del proceso penal. Así lo ha manifestado el Tribunal Supremo en el Acuerdo adoptado por el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda, en su sesión de 30 de enero de 2007. En dicho acuerdo se señala que, cuando la entidad aseguradora tenga concertado un contrato de seguro con el perjudicado por el delito y satisfaga cantidades en virtud de tal contrato, aquélla sí puede reclamar frente al responsable penal en el seno del proceso penal que se siga contra el mismo, como actora civil subrogándose en la posición del perjudicado.

De esta forma, el Tribunal Supremo ha consolidado la doctrina jurisprudencial más reciente según la cual la entidad aseguradora obligada a reparar al perjudicado por el delito las consecuencias civiles derivadas del ilícito penal, era igualmente perjudicada por ese delito. De ahí que se estimara que la aseguradora subrogada pudiera ejercitar la acción de reembolso dentro del proceso penal.

DÉCIMOPRIMERA

De conformidad con el art. 23 LCS el plazo de prescripción de la acción del asegurador para exigir al asegurado su responsabilidad por el perjuicio causado a su derecho a subrogarse, es de dos años. El *dies a quo* para el cómputo de dicho plazo lo determina el momento en que el asegurador subingresa en lugar del asegurado en el derecho de crédito frente al tercero, esto es, en el momento del pago de la indemnización. Antes de este pago, no nace para el asegurador ninguna acción de reclamación frente al asegurado, es decir, no puede reclamar a éste lo que no puede resarcirse frente al tercero, porque no existe ninguna cantidad que reclamar.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M., *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, 18.^a ed., Edisofer, Madrid, 2009.
- ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, 14.^a ed., Edisofer, Madrid, 2011.
- ANDREOLI, G., «Note in tema di surrogazione dell'assicuratore», en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, pp. 1098-1126.
- ÁNGEL YÁGÜEZ, R. DE, «Interrupción y suspensión de la prescripción. Convenio de Ginebra sobre transportes por carretera», en *Diario La Ley*, T. IV, 1985, pp. 358 y ss.
- ÁNGEL YÁGÜEZ, R. DE, «Comentarios Arts. 1903 y 1904 CC», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., *et al.*, (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 2003-2037.
- ASQUINI, A., «Del contratto di trasporto», en BOLAFFIO, L.; VIVANTE, C. (Coords.), *Il Codice di Commercio Commentato*, vol. 6.^o, II, 5.^a ed., Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1925, pp. 57 y ss.
- BAILLO Y MORALES-ARCE, J., *La acción directa en el seguro obligatorio de responsabilidad civil automovilística*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2000.
- BARRES BENLLOCH, M.^a P., *Régimen jurídico del seguro de caución*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- BASEDOW, J., *et al.*, (Edits.), *Principles of European Insurance Contract Law*, Sellier, Munich, 2009.
- BATALLER GRAU, J., «Comentario Art. 32 LCS», en BOQUERA MATARREDONA, J.; BATALLER GRAU, J.; OLAVARRÍA IGLESIA, J., (Coords.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 402-410.
- BATALLER GRAU, J., «Comentario Art. 44 LCS», en BOQUERA MATARREDONA, J.; BATALLER GRAU, J.; OLAVARRÍA IGLESIA, J., (Coords.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 549-558.

- BATALLER GRAU, J./ LATORRE CHINER, N./ OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Derecho de los seguros privados*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- BENÍTEZ DE LUGO Y REYMUNDO, L., *Problemas y sugerencias sobre el contrato de seguros: sobreseguro, infraseguro, cláusulas de estabilización*, Madrid, 1952.
- BIRDS, J., *Birds' Modern Insurance Law*, 7 th. ed., Sweet & Maxwell, London, 2007.
- BOGLIONE, A., «Notarelle sulla portata della rinuncia alla surroga assicurativa contro il vettore», en *Il Diritto Marittimo*, II, 2007, pp. 823-831.
- BOI, G. M., «La "Negligence Clause"», en *Il Diritto Marittimo*, II, 1993, pp. 609-623.
- BOQUERA MATARREDONA, J., *El contrato de seguro de transporte de mercancías por carretera*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- BROSETA PONT, M./MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, vol. II, 18.^a ed., Tecnos, Madrid, 2011.
- BRUNETTI, A., «Le polizze di carico nette e le lettere di garanzia», en *Studi di Diritto Commerciale in onore di Cesare Vivante*, vol. I, Società Editrice del «Foro Italiano», Roma, 1931, pp. 173-300.
- BRUNETTI, A., «L'assicurazione dello espedizioniere», en *Assicurazioni*, II, 1942, pp. 33-39.
- BRUNETTI, A., «In tema di surrogazione dell'assicuratore», en *Assicurazioni*, II, 1942, pp. 28-31.
- BUTTARO, L., «Termini di prescrizione dell'azione contro l'assicurato che ha pregiudicato la surrogazione dell'assicuratore verso il responsabile del danno», en *Assicurazioni*, II, 1953, pp. 52-60.
- CAGNASSO, O.; COTTINO, G.; IRRERA, M., en COTTINO, G. (Dir.), *Trattato di Diritto Commerciale. L'assicurazione: l'impresa e il contratto*, vol. 10.^o, Cedam, Padova, 2001.
- CALZADA CONDE, M.^a A., *El seguro voluntario de responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1983.
- CALZADA CONDE, M.^a A., «La subrogación del asegurador y la protección de los intereses de los asegurados» en *RDM*, n^o 270, 2008, pp. 1393-1434.

- CARRETTE, CH., «L'assurance Maritime», en PUTZEYS, J., (Dir.), *Séminaire de Droit des Transports. Les ventes internationales et les transports*, Louvain-La-Neuve, 1992, pp. 1-47.
- CASTELLO SAEZ, A. C., «Cuestiones sobre la renuncia de derechos y la exclusión voluntaria de la ley: distinción entre ambas, relación con la autonomía de la voluntad y límites para su validez» en *RGD*, nº 604-605, 1995, pp. 49-58.
- CELLE, P., «L'assicurazione contro i danni alle cose trasportate stipulata dal vettore per conto di chi spetta», en *Il Diritto Marittimo*, II, 1991, pp. 650-678.
- CHAGNY, M.;PERDRIX, L., *Droit des assurances*, L. G. D. J. Lextenso editions, París, 2009.
- CLARKE, M. A., en CLARKE, M. A., (Edit.), *The Law of Insurance Contracts*, 6 th. ed., Informa, London, 2009.
- CONCEPCIÓN DODRÍGUEZ, J. L., «El transporte internacional de mercancías por carretera», en CONCEPCIÓN DODRÍGUEZ, J. L., (Dir.), *El contrato de transporte*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, pp. 249-302.
- CUÑAT EDO, V., «Disposiciones generales referidas al seguro de daños», en VERDERA y TUELLS, E., (Coords.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Colegio Universitario de Estudios Financieros, Madrid, 1982, pp. 517-564.
- CUÑAT EDO, V., «Comentario Art. 26 LCS», en BOQUERA MATARREDONA, J.; BATALLER GRAU, J.; OLAVARRÍA IGLESIA, J., (Coords.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia , 2002, pp. 249-356.
- DE CUPIS, A., «Sulla rinuncia alla surroga assicuratoria», en *Assicurazioni*, II, 1951, pp. 72-74.
- DEL CAÑO ESCUDERO, F., *Derecho español de seguros. Parte general*, T. I, 3.^a ed., Madrid, 1983.
- DEL CAÑO ESCUDERO, F., *Derecho español de seguros. Parte especial*, T. II, 3.^a ed., Madrid, 1983.
- DÍAZ MORENO, A., *La disciplina de la póliza estimada en la Ley de Contrato de Seguro*, Aranzadi, Pamplona, 2008.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *ADC*, T. IX, nº 4, 1956, pp. 1149-1182.

- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La representación en el Derecho privado*, Civitas, Madrid, 1979.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, 6.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2008.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. IV, 1.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2010.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. V, 1.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2011.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.; GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2005.
- DOMÍNGUEZ DUELMO, A./ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., «La prescripción en los PECL y en el DCFR», en *InDret*, 2009, pp. 2-29.
- DONATI, A., *Tratatto del Diritto delle Assicurazione Private*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1954.
- DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1956.
- DONATI, A.; VOLPE PUTZOLU, G., *Manuale di Diritto delle Assicurazioni*, Giuffrè, Milano, 2009.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Legitimación del asegurador subrogado convencionalmente frente al responsable del siniestro», en *Rev. Der. Circ.*, 1967, pp. 597-602.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Subrogación en el seguro de automóviles a todo riesgo y derecho de repetición del asegurador frente al asegurado (STS 14.12. 1966)», en *Rev. Der. Cir.*, 1967, pp. 405-416.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Seguro de transporte: libertad de pactos. Subrogación del asegurador. Doctrina de los actos propios: interpretación del contrato», en *Rev. Der. Circ.*, 1969, pp. 260-266.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Seguros de incendio, contra el robo, de transportes terrestres y lucro cesante (Arts. 54-67)», en VERDERA y TUELLS, E., (Coords.), *Comentarios a la Ley de contrato de seguros*, Colegio Universitario de Estudios Financieros, Madrid, 1982, pp. 755-853.

- DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Comentario Art. 60 LCTTM», en DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F.; MARTÍNEZ SANZ, F. (Dirs.), *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 712-716.
- EMBED IRUJO, J. M., «Causas de impugnación de las pólizas estimadas en la ley de Contrato de Seguro», en IGLESIAS PRADA, J. L., (Coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T. III, Civitas, Madrid, 1996, pp. 2751-2763.
- EMBED IRUJO, J. M., «Comentario Art. 1 LCS», en BOQUERA MATARREDONA, J.; BATALLER GRAU, J.; OLAVARRÍA IGLESIA, J., (Coords.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 49-60.
- EMBED IRUJO, J. M., «Problemas actuales del seguro de caución», en *RES*, nº 121, 2005, pp. 7-136.
- EMPARANZA SOBEJANO, A., «La prescripción de las acciones en el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR)», en *RGD*, nº 579, 1992, pp. 11713-11738.
- EMPARANZA SOBEJANO, A., *El concepto de porteador en el transporte de mercancías*, Comares, Granada, 2003.
- EMPARANZA SOBEJANO, A., «Comentario Arts. 78 y 79 LCTTM», en DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F.; MARTÍNEZ SANZ, F. (Dirs.), *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 887-900.
- EMPARANZA SOBEJANO, A., «Comentario Art. 63 LCTTM», en DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F.; MARTÍNEZ SANZ, F. (Dirs.), *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 755-761.
- ESCUIN IBÁÑEZ, I., «La limitación de responsabilidad del porteador», en EMPARANZA SOBEJANO, A., (Dir.), *Las Reglas de Rotterdam. La regulación del contrato de transporte internacional de mercancías por mar*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 285-295.
- FAVARA, E., «Surrogazione dell'assicuratore e responsabilità del terzo per il danno», en *Assicurazioni*, II, 1960, pp. 108-115.
- FERRARINI, S., «Appunti sulla rinunciabilità alla surroga assicuratoria», en *Assicurazioni*, I, 1951, pp. 400- 411.
- FERRARINI, S., «Assicurazione presa dal conduttore e prova dell'interesse assicurativo», en *Assicurazioni*, II, 1952, pp. 156- 160.

- FERRARINI, S., «Prova degli estremi della surroga assicuratoria ed eccezioni opponibili dal terzo all'assicuratore», en *Assicurazioni*, II, 1954, pp. 82-88.
- FERRARINI, S., *Le Assicurazioni Marittime*, Giuffrè, Milano 1991.
- FERRI, G., «L'interesse nell'assicurazione danni», en *Assicurazioni*, I, 1941, pp. 205-217.
- FERRI, G., «L'assicurazione per conto nella teoria dei contratti» en *Assicurazioni*, I, 1952, pp. 375-384.
- GABALDÓN GARCÍA, J. L., «Intermediarios del transporte y portadores contractuales», en *RDM*, nº 238, 2000, pp. 1723-1747.
- GARCÍA LUENGO, R. B., «Consideraciones sobre el seguro por cuenta ajena», en *RDM*, nº 167-168, 1983, pp. 7-74.
- GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, 2.^a ed., Madrid, 1982.
- GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, T. II, 8.^a ed., Madrid, 1983.
- GASPERONI, N., «Surroga assicuratoria e assicurazione di crediti all'esportazione», en *Assicurazioni*, II, 1956, pp. 137-151.
- GASPERONI, N., *Assicurazioni Private*, Cedam, Padova, 1972.
- GENOVESE, A., «Il fondamento razionale della surroga dell'assicuratore», en *Assicurazioni*, I, 1968, pp. 15-49.
- GENOVESE, A., «I limiti della surroga dell'assicuratore», en A.I.D.A., *Studi in onore di Antigono Donati*, vol. II, Edizioni della Rivista Assicurazioni, Roma, 1970, pp. 349-376.
- GILMAN, J., et al., *Arnould's Law of Marine Insurance and Average*, 17 th. ed., Sweet & Maxwell, London, 2008.
- GIRGADO PERANDONES, P., «Algunas consideraciones sobre el valor de las mercancías en el contrato de seguro de transporte (Art, 62 LCS). El caso especial de las pólizas estimadas», en *RES*, nº 118, 2004, pp. 193-227.
- GIRGADO PERANDONES, P., *El principio indemnizatorio en los seguros de daños. Una aproximación a su significado*, Comares, Granada, 2005.
- GÓMEZ CALERO, J., «Los derechos de reintegro del asegurador en la Ley de Contrato de seguro», en VERDERA Y TUELLS, E., (Coord.), *Comentarios a la Ley de contrato de seguro*, Colegio Universitario de Estudios Financieros, Madrid, 1982, pp. 745-752.

- GONZÁLEZ HEVIA, R., *El seguro en el transporte marítimo*, Madrid, 1989.
- GÓRRIZ LÓPEZ, C., *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías*. (Carretera, ferrocarril, marítimo, aéreo y multimodal), Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2001.
- GUERRERO LEBRÓN, M.^a J., *Los seguro aéreos. Los seguros de aerolíneas y operadores aéreos*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- GULLÓN BALLESTEROS, A., «Comentario Art. 6.º CC» en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.; *et al.*, (Dir.), *Comentario del Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 33-37.
- HÉMARD, J., *Théorie et pratique des assurances terrestres*, T. II, Paris, 1925.
- HERNÁNDEZ MARTÍ, J., «Comentario Art. 43 LCS», en BOQUERA MATARREDONA, J.; BATALLER GRAU, J.; OLAVARRÍA IGLESIA, J., (Coords.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia , 2002, pp. 537-547.
- IGLESIAS PRADA, J. L., «La subrogación del asegurador en el seguro marítimo», en *RES*, 1981, pp. 19-37.
- JOSSERAND, L., *Les transports*, Dalloz, París, 1926.
- JUAN SÁNCHEZ, R., «La mal llamada “acción subrogatoria” del asegurador: un análisis de las reglas de legitimación procesal derivadas de los arts. 43 y 82 LCS», en *RES*, nº 145, 2011, pp. 163-175.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil I. Parte General*, vol. III, 3.^a ed., Dykinson, Madrid, 2005.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *et. al.*, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, vol. I, 4.^a ed., Dykinson, Madrid, 2007.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *et. al.*, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, vol. II, 4.^a ed., Dykinson, Madrid, 2009.
- LAMARCA I MARQUÉS, A., «Comentari al art. 121-24 CCCat» en VAQUER ALOY, A.; LAMARCA I MARQUÉS, A. (Coords.), *Comentari a la nova regulació de la prescripció i la caducitat en el Dret civil de Catalunya*, Atelier, Barcelona, 2005, pp. 281-285.
- LAMBERT-FAIVRE, Y., «Vente internationale, transport et assurance», en PUTZEYS, J., (Dir.), *Séminaire de Droit des Transports. Les ventes internationales et les transports*, Louvain-La-Neuve, 1992, pp. 1-9.

- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, T. I, Parte General y Derecho de la Persona, 11.^a ed., Marcial Pons, Madrid, 2005.
- LATORRE CHINER, N., *La agravación del riesgo*, Comares, Granada, 2000.
- LATORRE CHINER, N., «Comentario Art. 10 LCS», en BOQUERA MATARREDONA, J.; BATALLER GRAU, J.; OLAVARRÍA IGLESIA, J., (Coords.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 163-172.
- LA TORRE, A., «Il punto sulla surrogazione dell'assicuratore», en *Assicurazioni*, I, 1978, pp. 341-619
- MAROÑO GARGALLO, M. M., *El deber de salvamento en el contrato de seguro. Estudio del art. 17 de la Ley 50/1980*, Comares, Granada, 2006.
- MARTÍN OSANTE, J. M., «Responsabilidad del porteador por pérdida, daño o retraso en las Reglas de Rotterdam» en EMPARANZA SOBEJANO, A., (Dir.), *Las Reglas de Rotterdam. La regulación del contrato de transporte internacional de mercancías por mar*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 253-283.
- MARTÍNEZ SANZ, F., «Comentario Art. 46 LCTTM», en DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F.; MARTÍNEZ SANZ, F. (Dirs.), *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 547-551.
- MARTÍNEZ SANZ, F., «Transporte de mercancías por carretera (I). Transporte interno», en MARTÍNEZ SANZ, F. (Dir.); PUETZ, A. (Coord.), *Manual de Derecho del Transporte*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 159-212.
- MERLO, G. M.^a, *La surrogazione per pagamento*, Cedam, Padova, 1933.
- MINERBI, F., «Sulla natura giuridica della surroga assicuratoria», en *Assicurazioni*, I, 1954, 273- 300.
- MONTERO AROCA, J., *De la legitimación en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 2007.
- MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*, 18.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal*, 19.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- MORRAL SOLDEVILLA, M., *El seguro de crédito*, Civitas, Madrid, 2002
- MUÑOZ PAREDES, J. M.^a, *El coaseguro*, Civitas, Madrid, 1996.
- MUÑOZ PAREDES, M.^a L., *El seguro a valor nuevo*, Civitas, Madrid, 1998

- NIEVA FENOLL, J., *La sustitución procesal*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil Comentado y con Jurisprudencia*, 4.^a ed., La Ley, Madrid, 2004.
- OLIVENCIA RUÍZ, M., «Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro», en VERDERA Y TUELLS, E., (Coord.), *Comentarios a la Ley de contrato de seguro*, Colegio Universitario de Estudios Financieros, Madrid, 1982, pp. 865-914.
- PARTESOTTI, G., *La polizza stimata*, Cedam, Padova, 1967.
- PASANISI, E., «Ancora sulla natura e sul fondamento della surroga assicurativa», en A.I.D.A., *Studi in onore di Antigono Donati*, vol. II, Edizioni della Rivista Assicurazioni, Roma, 1970, pp. 529-542.
- PERÁN ORTEGA, J., *La responsabilidad civil y su seguro*, Tecnos, Madrid, 1998.
- PICARD, M./BESSON, A., *Traité general des Assurances Terrestres en Droit Français*, T. II, L. G. D. J., París, 1940.
- PICARD, M./BESSON, A., *Les Assurances Terrestres en Droit Français. (Le contrat d'assurance)*, T. I, 4.^a ed., L. G. D. J., París, 1975.
- PILÓNETA ALONSO, L. M., «En torno a la configuración jurídica de los contratos de expedición y transporte», en *RDM*, n.º 239, 2001, pp. 137-169.
- PILÓNETA ALONSO, L. M., «Artículo 59. Daños a indemnizar en el seguro de transportes terrestres», en *RES*, n.º 143-144 (Monográfico: "Comentario al Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro, de junio de 2010"), 2010, pp. 775-779.
- POGGI, R., «Efficacia probatoria della quietanza del danneggiato nel procedimento ex art. 1916 cod. civile», en *Assicurazioni*, II, 1958, pp. 249-254.
- PUETZ, A., «Comentario Art. 47 LCTTM», en DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F.; MARTÍNEZ SANZ, F. (Dirs.), *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 553-577.
- PUIG BRUTAU, J., *Caducidad, prescripción extintiva y usucapión*, 3.^a ed., Bosch, Barcelona, 1996.
- PULIDO BEGINES, J. L., *Seguro de mercancías y seguro de responsabilidad civil del porteador terrestre*, Bosch, Barcelona, 2001.

- PUTZEYS, J., *Le contrat de transport routier de marchandises*, Bruylant, Bruxelles, 1981.
- PUTZEYS, J., *Droit des Transports et Droit Maritime*, Bruylant, Bruxelles, 1993.
- RECALDE CASTELLS, A. J., «Conocimiento de embarque y acción por pérdidas y averías: cuestiones de legitimación activa» en *RDM*, nº 193-194, 1989, pp. 721-783.
- RIGHETTI, G., *Trattato di Diritto Marittimo*, Giuffrè, Milano, 1994.
- RODAS PAREDES, P. N., «El seguro marítimo de mercancías después de las *Institute Cargo Clauses 2009 (A)*: Nuevas propuestas y viejos problemas», en *RDT*, n.º 8, 2011, pp. 81-97.
- ROSSELLO, C., «Termini di resa Incoterms e titolarità dell'interesse assicurato, en *Il Diritto Marittimo*, II, 2005, pp. 998-1001.
- RUÍZ SANZ, M., *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, Dykinson, Madrid, 2002.
- RUÍZ SOROA, J. M.^a, *La subrogación del asegurador. Especial referencia al seguro marítimo*, Tesis Doctoral inédita, San Sebastián, 1975.
- RUÍZ SOROA, J. M.^a, «Problemas de legitimación en la acción de resarcimiento por averías y faltas en el transporte marítimo», en *ADM*, vol. I, 1981, pp. 211-245.
- RUÍZ SOROA, J. M.^a, «Fundamentos de la subrogación legal del asegurador», en *ADM*, vol. II, 1984, pp. 45-91.
- RUÍZ SOROA, J. M.^a; ARRANZ DE DIEGO, A.; ZABALETA SARASUA, S., *Manual de Derecho de Seguro Marítimo*, Dpto. de Transportes y Obras Públicas, Escuela de Administración Marítima, Vitoria, 1993.
- RUÍZ SOROA, J. M.^a, «La responsabilidad del porteador y el seguro en el transporte terrestre», en *RDM*, nº 242, 2001, pp. 1989-2008.
- SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 4 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*, 4.^a ed., Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 148-164.
- SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 7 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*, 4.^a ed., Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 213-230.

- SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 10 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*, 4.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 279-312.
- SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 11 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*, 4.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 313-326.
- SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 25 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*, 4.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 593-606.
- SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 26 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*, 4.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 607-625.
- SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 28 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*, 4.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 637-654.
- SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 32 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*, 4.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 695-714.
- SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 43 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*, 4.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 948-981.
- SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 44 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*, 4.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 982-1008.
- SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentario Art. 76 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*, 4.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 1721-1799.
- SÁNCHEZ CALERO, F., SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II, 33.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2010.
- SÁNCHEZ GAMBORINO, F. M., «Seguros de transportes de mercancías y seguros de responsabilidad del porteador», en *RDM*, nº 95, 1965, pp. 195-198.
- SÁNCHEZ-GAMBORINO, F. J., *El contrato de transporte internacional. CMR*, Tecnos, Madrid, 1996.

- SANCHO REBULLIDA, F. de A., «Comentario Art. 1210 CC», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., *et al.*, (Dir.), *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 312-314.
- SANTAGATA, C., «L'automaticità della surrogazione assicuratoria (Appunti per una costruzione unitaria del subingresso nel credito)», en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, T. II, 1961, pp. 1102-1270.
- SANTOS BRIZ, J., «Comentarios Artículos 1903 y 1904 CC», en ALBALADEJO, M., (Dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, pp. 560 y ss.
- SATTA, S., «Legittimazione ad agire dell'assicurato e surroga dell'assicuratore», en *Assicurazioni*, II, 1952, pp. 96-102.
- SCALFI, G., *I Contratti di Assicurazione. L'Assicurazione Danni*, Utet, Torino, 1991.
- SIERRA NOGUERO, E., «La naturaleza jurídica del seguro de transporte terrestre de mercancías contratado por un porteador», en *RES*, nº 137, 2009, pp. 121-138.
- SELLARÉS SERRA, J., «Incoterms, hacia una nueva revisión, 2011», en *RDT*, n.º 3, 2009, pp. 252-256.
- SELLARÉS SERRA, J., «INCOTERMS 2010”, DAT IS THE QUESTION (TAMBIÉN DAP)», en *RDT*, n.º 5, 2010, pp. 197-199.
- SOTGIA S., «Surroga dell'assicuratore ed atti pregiudizievoli dell'assicurato», en *Assicurazioni*, II, 1948, pp. 65-70.
- SOTGIA, S., «Soggetto passivo dell'azione di surroga assicurativa», en *Assicurazioni*, II, 1952, pp. 171-175.
- SOTGIA, S., «Valore ed effetti della notificazione dell'assicuratore al responsabile del danno di voler esercitare a suo tempo il diritto di surroga secondo l'art. 1916 cod. civ.», en *Assicurazioni*, I, 1960, pp. 205-225.
- TATO PLAZA, A., *La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- TATO PLAZA, A., «Artículo 43. La subrogación del asegurador», en *RES*, n.º 143-144 (Monográfico: “Comentario al Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro, de junio de 2010”), 2010, pp. 715-721.

- TIRADO SUÁREZ, F.J., «Comentario Art. 7 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*, 4.^a ed., Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 213-230.
- TIRADO SUÁREZ, F. J., «Comentario Art. 54 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*, 4.^a ed., Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 1189-1220.
- TIRADO SUÁREZ, F. J., «Comentario Art. 56 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*, 4.^a ed., Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 1242-1271.
- TIRADO SUÁREZ, F. J., «Comentario Art. 57 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*, 4.^a ed., Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 1272-1293.
- TIRADO SUÁREZ, F. J., «Comentario Art. 62 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*, 4.^a ed., Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 1348-1358.
- TIRADO SUÁREZ, F. J., «Comentario Art. 72 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*, 4.^a ed., Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 1570-1588.
- TOBÍO RIVAS, A. M.^a, *Los transitarios en el transporte nacional e internacional. Régimen jurídico privado*, Comares, Granada, 2007.
- TORRENTE, A., «Ancora in tema di surrogazione dell'assicuratore», en *Assicurazioni*, II, 1958, pp. 4-15.
- TRAVIESAS, M. M., *Sobre contrato de seguro*, Madrid, s.f. [pero, 1934].
- TURCI, S., «L'assicurazione per conto di chi spetta stipulata dal vettore ne copre anche la responsabilità?», en *Il Diritto Marittimo*, I, 1982, pp. 182-187.
- VAQUER ALOY, A., «Suspensió de la prescripció», en VAQUER ALOY, A.; LAMARCA I MARQUÈS, A. (Coords.), *Comentari a la nova regulació de la prescripció i la caducitat en el Dret civil de Catalunya*, Atelier, Barcelona, 2005, pp. 191-197.
- VEIGA COPO, A. B., *El seguro de dependencia*, Comares, Granada, 2008.
- VEIGA COPO, A. B., *Tratado del Contrato de Seguro*, Civitas, Pamplona, 2009.
- VINICIO, G., «Ancora intorno alla natura della surroga assicuratoria e delle eccezioni opponibili dal terzo responsabile», en *Assicurazioni*, II, 1968, pp. 113-122.

VIVANTE, C, *Il contratto di Assicurazione. Le Assicurazioni Terrestri*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1885.

VIVANTE, C., *Trattato di Diritto Commerciale*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1926.

ZURIMENDI ISLA, A., «Régimen jurídico de la pluralidad de portadores en el CMR», en *RDT*, nº 1, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2008, pp. 99-143.

WEENS, C., *L'assurance de choses. Contrat d'indemnité*, París, 1927.

JURISPRUDENCIA

STS (Sala de lo Civil), de 2 de junio de 1984, Ponente Antonio Sánchez Jáuregui (RJ 1984/3209).

STS (Sala de lo Civil), de 17 de noviembre de 1984, Ponente Antonio Fernández Rodríguez, F.J. 4.º (RJ 1984/5560).

STS (Sala de lo Civil), de 28 de enero de 1985, Ponente José Luis Albácar López, F.J. 2.º (RJ 1985/202).

STS (Sala de lo Civil), de 30 de marzo de 1985, Ponente Antonio Sánchez Jáuregui, F.J. 6.º (RJ 1985/1258).

STS (Sala de lo Civil), de 10 de junio de 1985, Ponente Jaime Santos Briz, FF. JJ. 2.º y 3.º (RJ 1985/3103).

STS (Sala de lo Civil), de 25 de abril de 1986, Ponente Adolfo Carretero Pérez, F.J. 5.º (RJ 1986/2002).

STS (Sala de lo Civil), de 2 de marzo de 1988, Ponente Ramón López Vilas, F.J. 1.º (RJ 1988/1542).

STS (Sala de lo Civil), de 30 de abril de 1988, Ponente Gumersindo Burgos Pérez de Andrade, F.J. 4.º (RJ 1988/3330).

STS (Sala de lo Civil), de 5 de mayo de 1989, Ponente Mariano Martín-Granizo Fernández, FF.JJ. 3.º y 4.º (RJ 1989/3588).

STS (Sala de lo Civil), de 7 de junio de 1991, Ponente Rafael Casares Córdoba, F.J. 2.º (RJ 1991/4426).

STS (Sala de lo Civil), de 20 de noviembre de 1991, Ponente Teófilo Ortega Torres (RJ 1991/7974).

STS (Sala de lo Civil), de 7 de mayo de 1993, Ponente Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, F.J. 3.º (RJ 1993/3448).

STS (Sala de lo Civil), de 29 de diciembre de 1993, Ponente Jesús Marina Martínez-Pardo, F.J. 1.º (RJ 1993/10159).

STS (Sala de lo Civil), de 13 de octubre de 1994, Ponente Antonio Gullón Ballesteros, F.J. 2.º (RJ 1994/7483).

STS (Sala de lo Civil), de 24 de febrero de 1995, Ponente Jaime Santos Briz, F.J. 4.º (RJ 1995/1111).

STS (Sala de lo Civil), de 4 de diciembre de 1995, Ponente José Almagro Nosete, F.J. 2.º (RJ 1995/9157).

STS (Sala de lo Civil), de 31 de marzo de 1997, Ponente José Almagro Nosete (RJ 1997/2481).

STS (Sala de lo Civil), de 5 de febrero de 1998, Ponente José Luis Albácar López, F.J. 2.º (RJ 1998/403).

STS (Sala de lo Civil), de 29 de junio de 1998, Ponente José Almagro Nosete, FF.JJ. 2.º, 3.º, 5.º y 7.º (RJ 1998/5282).

STS (Sala de lo Civil), de 26 de julio de 2000, Ponente Jesús Corbal Fernández, F.J. 1.º (RJ 2000/9178).

STS (Sala de lo Civil), de 7 de marzo de 2001, Ponente José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, F.J. 4.º (RJ 2001/2729).

STS (Sala de lo Civil), de 19 de abril de 2001, Ponente Antonio Romero Lorenzo, FF.JJ. 4.º, 5.º y 6.º (RJ 2001/6884).

STS (Sala de lo Civil), de 31 de mayo de 2001, Ponente José de Asís Garrote, F.J. 3.º (RJ 2001/3877).

STS (Sala de lo Civil), de 20 de 11 de octubre de 2001, Ponente Alfonso Villagómez Rodil, F.J. 1.º (RJ 2001/8796).

STS (Sala de lo Civil), de 25 de abril de 2002, Ponente Xavier O'Callaghan Muñoz, FF.JJ. 2.º y 3.º (RJ 2002/6418).

STS (Sala de lo Penal), de 22 de noviembre de 2002, Ponente Joaquín Delgado García, F.J. 4.º, (RJ 2003/76).

STS (Sala de lo Civil, Sección Única), de 14 de marzo de 2003, Ponente José Almagro Nosete, F.J. 1.º (RJ 2003/3645).

STS (Sala de lo Civil, Sección Única), de 5 de junio de 2003, Ponente Francisco Marín Castán, F.J. 2.º (RJ 2003/4124).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 31 de marzo de 2004, Ponente Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, F.J. 1.º (RJ 2004/2071).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 8 de marzo de 2006, Ponente Román García Varela, F.J. 2.º (RJ 2006/1074).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 16 de marzo de 2006, Ponente Xavier O'Callaghan Muñoz, F.J. 2.º (RJ 2006/5430).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 23 de marzo de 2006, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos, F.J. 5.º (RJ 2006/6292).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 7 de diciembre de 2006, Ponente Román García Varela, F.J. 2.º (RJ 2006/8161).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 7 de marzo de 2007, Ponente José Ramón Ferrándiz Gabriel, F.J. 5.º (RJ 2007/225).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 7 de marzo de 2007, Ponente José Ramón Ferrándiz Gabriel, F.J. 4.º (RJ 2007/1825).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 11 de octubre de 2007, Ponente Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, F.J. 2.º (RJ 2007/6489).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 25 de enero de 2008, Ponente Clemente Auger Liñán, F.J. 2.º (RJ 2008/221).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 12 de febrero de 2008, Ponente José Ramón Ferrándiz Gabriel, F. J. 2.º (RJ 2008/5492).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 13 de mayo de 2008, Ponente Jesús Corbal Fernández, F.J. 2.º y 4.º (RJ 2008/3066).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 17 de julio de 2008, Ponente Francisco Marín Castán, F.J. 3.º (RJ 2008/4384).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 5 de febrero de 2009, Ponente Juan Antonio Xiol Ríos, F.J. 4.º (RJ 209/1368).

Acuerdo TS (Sala de lo Penal), de 30 de enero de 2007, (JUR 2007/51313).

SAP de Málaga (Sección 6.^a), de 22 de diciembre de 1993, Ponente Antonio Alcalá Navarro, F.J. 2.^o (AC 1993/2402).

SAP de Pontevedra (Sección 3.^a), de 2 de mayo de 2000, Ponente Antonio Gutiérrez Rodríguez-Moles, F.J. 1.^o (AC 2000/3580).

SAP de Pontevedra (Sección 3.^a), de 22 de mayo de 2000, Ponente Francisco Javier Valdés Garrido, FF.JJ. 1.^o y 2.^o (AC 2000/1586).

SAP de Sevilla (Sección 5.^a), de 21 de septiembre de 2000, Ponente Fernando Sanz Talayero, F.J. 2.^o (JUR 2001/18113).

SAP de Castellón (Sección 3.^a), de 18 de septiembre de 2000, Ponente José Manuel Marco Cos, F. J. 2.^o (AC 2000/5119).

SAP de Castellón (Sección 1.^a), de 7 de marzo de 2001, Ponente Fernando Martínez Sanz, FF.JJ. 5.^o, 6.^o y 7.^o (JUR 2001/129673).

SAP de Asturias (Sección 6.^a), de 2 de abril de 2001, Ponente José Manuel Barral Díaz, FF.JJ. 3.^o, 4.^o y 5.^o (JUR 2001/171284).

SAP de Asturias (Sección 5.^a), de 11 de marzo de 2002, Ponente M.^a José Pueyo Mateo, F.J. 3.^o (JUR 2002/128225).

SAP de Asturias (Sección 4.^a), de 21 de junio de 2002, Ponente José Ignacio Álvarez Sánchez, F.J. 2.^o (AC 2002/1281).

SAP de Madrid (Sección 10.^a), de 13 de julio de 2002, Ponente Ángel Vicente Illescas Rus, FF.JJ. 3.^o y 7.^o (AC 2003/880).

SAP de Málaga (Sección 5.^a), de 10 de octubre de 2002, Ponente Fernando de la Torre Deza, F.J. 2.^o (JUR 2003/70581).

SAP de Valencia (Sección 6.^a), de 11 de octubre de 2002, Ponente Carmen Tamayo Muñoz, F.J. 2.^o (JUR 2003/10574).

SAP de Alicante (Sección 6.^a), de 5 de noviembre de 2002, Ponente José M.^a Rives Seva, F.J. 2.^o (JUR 2003/53136).

SAP de Zaragoza (Sección 5.^a), de 12 de diciembre de 2002, Ponente María Esther Lacosta Musgo, F.J. 7.^o (AC 2003/249).

SAP de Barcelona (Sección 15.^a), de 27 de febrero de 2003, Ponente Luis Garrido Espá, F.J. 2.^o. (JUR 2004/14199).

SAP de Murcia (Sección 3.^a), de 15 de mayo de 2003, Ponente Cayetano Blasco Ramón, F.J. 2.^o (JUR 2003/240119).

SAP de Madrid (Sección 12.^a), de 4 de febrero de 2004, Ponente Fernando Herrero de Egaña y Octavio de Toledo, FF.JJ. 4.^o y 5.^o (JUR 2004/250800).

SAP de Madrid (Sección 25.^a), de 25 de mayo de 2004, Ponente Francisco Moya Hurtado, F.J. 2.^o (JUR 2004/1600).

SAP de Barcelona (Sección 15.^a), de 22 de noviembre de 2004, Ponente Jordi Lluís Forgas Folch, F.J. 3.^o (AC 2004/2162).

SAP de Barcelona (Sección 15.^a), de 20 de diciembre de 2004, Ponente José Luis Concepción Rodríguez, F.J. 3.^o (JUR 2009/412181).

SAP de Girona (Sección 2.^a), de 18 de enero de 2005, Ponente Joaquim Miquel Fernández Font, F.J. 4.^o (JUR 2005/83717).

SAP de Navarra (Sección 2.^a), de 15 de marzo de 2005, Ponente Ricardo González González, F.J. 4.^o (JUR 2005/105284).

SAP de Pontevedra (Sección 1.^a), de 12 de septiembre de 2005, Ponente desconocido, F.J. 2.^o (AC 2006/135).

SAP de Albacete (Sección 1.^a), de 21 de noviembre de 2005, Ponente Manuel Mateos Rodríguez, F.J. 4.^o (JUR 2006/28565).

SAP de Murcia (Sección 1.^a), de 28 de febrero de 2006, Ponente Álvaro Castaño Penalva, F.J.3.^o (JUR 2006/160907).

SAP de Granada (Sección 3.^a), de 10 de marzo de 2006, Ponente Antonio Gallo Erena, F.J. 3.^o (JUR 2006/185197).

SAP de Barcelona (Sección 16.^a), de 2 de junio de 2006, Ponente Jordi Seguí Puntas, F.J. 4.^o (AC 2007/19433).

SAP de Guadalajara (Sección 1.^a), de 21 de diciembre de 2006, Ponente Concepción Espejel Jonquera, F.J. 2.^o (AC 2007/599).

SAP de Valencia (Sección 9.^a), de 3 de enero de 2007, Ponente Purificación Martorell Zulueta, F.J. 3.^o (AC 2007/1039).

SAP de Madrid (Sección 13.^a), de 23 de marzo de 2007, Ponente José González Olleros, F.J. 5.^o (JUR 2007/213837).

SAP de Tarragona (Sección 1.^a), de 18 de septiembre de 2007, Ponente Antonio Carril Pan, F.J. 2.^o (JUR 2008/15486).

SAP de A Coruña (Sección 4.^a), de 30 de noviembre de 2007, Ponente Antonio Miguel Fernández-Montells Fernández, FF.JJ. 2.^o y 3.^o (JUR 2008/73608).

SAP de Murcia (Sección 4.^a), de 18 de febrero de 2008, Ponente Juan Marínez Pérez, FF.JJ. 3.^o y 4.^o (JUR 2008/217682).

SAP de Barcelona (Sección 15.^a), de 19 de mayo de 2008, Ponente Ignacio Sancho Gargallo, F.J. 2.^o (JUR 2008/267233).

SAP de Valencia (Sección 9.^a), de 19 de enero de 2009, Ponente M^a Antonia Gaitón Redondo, F.J. 2.^o (JUR 2009/199620).

SAP de Valencia (Sección 9.^a), de 21 de enero de 2009, Ponente Gonzalo Caruana Font de Mora, F.J. 3.^o (JUR 2009/199431).

SAP de Sevilla (Sección 5.^a), de 16 de febrero de 2009, Ponente José Herrera Tagua, F.J. 2.^o (AC 2009/1197).

SAP de León (Sección 2.^a), de 18 de febrero de 2009, Ponente Alberto Francisco Álvarez Rodríguez, F.J. 3.^o (JUR 2009/189259).

SAP de Valencia (Sección 8.^a), de 9 de marzo de 2009, Ponente Eugenio Sánchez Alcaraz, F.J. 4.^o (JUR 2009/249872).

SAP de las Islas Baleares (Sección 3.^a), de 12 de mayo de 2009, Ponente Catalina M.^a Moragues Vidal, F.J. 2.^o (AC 2009/1071).

SAP de Barcelona (Sección 15.^a), de 7 de julio de 2009, Ponente Jordi Lluís Forgas Folch, F.J. 4.^o (JUR 2009/464785).

SAP de Madrid (Sección 11.^a), de 24 de julio de 2009, Ponente Cesáreo Duro Ventura, F.J. 5.^o (JUR 2009/361239).

SAP de Barcelona (Sección 15.^a), de 25 de septiembre de 2009, Ponente Daniel Irigoyen Fujiwara, F.J. 2.^o (JUR 2009/491717).

SAP de Barcelona (Sección 15.^a), de 17 de febrero de 2010, Ponente Marta Rallo Ayezuren, F.J. 3.^o (JUR 2010/179171).

SAP de Madrid (Sección 28.^a), de 21 de mayo de 2010, Ponente José Zarzuelo Descalzo, F.J. 2.^o (JUR 2010/305582).

SAP de Murcia (Sección 4.^a), de 7 de octubre de 2010, Ponente Juan Martínez Pérez, F.J. 2.^o (AC 2010/1749).

SAP de valencia (Sección 9.^a), de 19 de octubre de 2011, Ponente Purificación Martorell Zulueta, F.J. 3.^o (JUR 2011/417866).