



TÍTULO

**ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA DEL SINIESTRO EN LA
LEY DE CONTRATO DE SEGUROS. VISIÓN DEL
ASEGURADO. PROPUESTAS ANTE LA LEY MERCANTIL**

AUTOR

Arturo Sanz Luengo

Director	Esta edición electrónica ha sido realizada en 2015
Tutor:	Gregorio Martínez Tello
Curso	Cristóbal Carnero Varo
ISBN	<i>Máster Oficial en Derecho de Daños (2013/14)</i>
©	978-84-7993-833-8
©	Arturo Sanz Luengo
Fecha documento	De esta edición: Universidad Internacional de Andalucía
	2014



Reconocimiento-No comercial-Sin obras derivadas

Usted es libre de:

- Copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra.

Bajo las condiciones siguientes:

- **Reconocimiento.** Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciadador (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o apoyan el uso que hace de su obra).
 - **No comercial.** No puede utilizar esta obra para fines comerciales.
 - **Sin obras derivadas.** No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.
-
- *Al reutilizar o distribuir la obra, tiene que dejar bien claro los términos de la licencia de esta obra.*
 - *Alguna de estas condiciones puede no aplicarse si se obtiene el permiso del titular de los derechos de autor.*
 - *Nada en esta licencia menoscaba o restringe los derechos morales del autor.*

**ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA DEL
SINIESTRO EN LA LEY DE CONTRATO DE
SEGUROS. VISIÓN DEL ASEGURADO.
PROPUESTAS ANTE LA LEY MERCANTIL.**

ARTURO SANZ LUENGO

ÍNDICE

I.- INTRODUCCIÓN

II. TÍTULO I DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGUROS: SECCIÓN 1º. PRELIMINAR.

II A.- La importancia del contrato de seguros. Artículos 1º, 2º y 3º de la LCS.

II B.- Caso práctico sobre la interpretación del IVA

II C.-Las definiciones como parte del contrato

III. TÍTULO II DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGUROS: SEGURO CONTRA DAÑOS.

III A.- Descabalamiento

III B.- Riesgos con más de un seguro

IV. INFRASEGURO Y REGLA DE EQUIDAD

V. SINIESTROS

V A.- Actuación en caso de siniestro

V B. – Daños continuados

VI. ARTICULO 73 Y 76

VII. CONCLUSIONES

VIII. BIBLIOGRAFÍA

I.- INTRODUCCIÓN

Vaya por delante, y sin que se pueda considerar “justificación”, que dejo en evidencia mi dificultad a la hora de expresarme en lenguaje jurídico ya que no es mi formación y por ello me ha resultado difícil entender a la hora del estudio, los giros, expresiones y articulados propios del presente ámbito; pero sobre todo al momento de plasmar la idea ya que se utiliza una nomenclatura desconocida para mí.

La vocación del presente trabajo es la de resaltar el que, a mi entender, supone un evidente desequilibrio que se produce en el acaecer de la aplicación de la Ley de Contrato de Seguros (LCS) entre el asegurador y el asegurado, pese a la llamada a favor de éste que el mismo texto realiza en su articulado; y ello desde el prisma de aquél que sirve de mediador entre uno y otro. No cuestiono que el desconocimiento de la Ley exima del cumplimiento de la misma sino que el conocimiento y posterior cumplimiento de la Ley, en este contrato entre partes, se descompensa a favor del asegurador que tiene capacidad jurídica, técnica y comercial para que, a la hora de contratar y, en caso de siniestro, actuar de forma ventajosa. Sobre todo por tratarse, en la mayoría de los casos, de contratos de adhesión en los que una de las partes impone de forma unilateral las condiciones del contrato; condiciones que no se negocian: se imponen. Si bien, tanto la Ley de Condiciones Generales de Contrato (LCGC) como la Ley de Consumidores y Usuarios (LDCU) tratan de evitar las cláusulas lesivas consideradas abusivas que aunque sean nulas de pleno derecho no suponen la anulación del contrato; con condicionados largos y prolijos donde dicen y se desdican, en los que te remiten a artículos anteriores o posteriores.

De hecho, el anteproyecto de la Ley del Código Mercantil (que vendrá a derogar la actual Ley de Contrato de Seguro) establece en su artículo 581-3 sobre condiciones generales y particulares del contrato de seguro que deberán cumplir los siguientes requisitos: “...concreción, claridad y sencillez en la redacción y con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos o cláusulas y pactos no contenidos en la póliza.....”

Los asegurados, en general, son profanos en la materia; el asegurador, sin embargo, tiene asesores jurídicos, actuarios y técnicos. Pese a las llamadas que el legislador realiza para que el clausulado sea claro, la verdad es que se hace cada vez más enrevesado; traigo a colación el recuerdo de una aseguradora cuyos condicionados tenían el formato de dos columnas por página. Paralelas éstas donde figuraba: “lo que se incluye” en la columna de la izquierda y “lo que se excluye” en la columna de la derecha. De tal forma, que a la izquierda se podía leer lo que incluía la garantía y a la misma altura lo que se excluía, sin mezclarse los artículos, resultando que se podía visualizar lo que realmente se contrataba y a aquel que servía de mediador le resultaba más legible y, sobre todo, alcanzaba a explicitar mejor el objeto y la cobertura del contrato. Aquel formato desapareció. Hoy son prácticamente un punto y seguido, aunque sin llegar a los contratos de las cuentas corrientes o tarjetas de crédito, dificultando su lectura por tediosa. A diferencia de los condicionados de aseguradoras norteamericanas donde hay menos páginas y suelen ser más explícitos y concretos. Centrándose en lo que se asegura más que en divagar

sobre puntos que no tienen que ver con el riesgo. El anteproyecto de Ley considera que: *“Las cláusulas de los condicionados han sido uno de los aspectos de mayor controversia durante la vida de la Ley 50/1980. El intenso debate doctrinal y la jurisprudencia sobre cláusulas lesivas, limitativas y delimitadoras del riesgo ha orientado la solución legal de buscar la mayor claridad posible para estas cláusulas”*. Sin embargo no introduce nada relevante en este aspecto.

Entendemos que la interpretación jurídica corresponden a los operadores jurídicos y, en definitiva, a los tribunales, si bien, D. Mariano Medina suele decir: *“Los jueces que impartan justicia y no interpreten la Ley”*. Aunque hay regímenes donde impartir justicia es delinquir con impunidad. ¿Quién cree en la justicia hoy? Porque a lo largo de los años vemos que las doctrinas cambian y el “creyente” no entiende el porqué. Se debería crear la doctrina desde abajo, desde lo que espera el consumidor. Primero el creyente luego la doctrina. *“En el ámbito jurídico, doctrina jurídica es la idea de derecho que sustentan los juristas. Si bien no originan derecho directamente, es innegable que en mayor o menor medida influyen en la creación del ordenamiento jurídico. También se utiliza la palabra doctrina para referirse a un principio legislativo.”* Da la impresión que no es el fin lo que se legisla y sí legislar para llegar al fin. Por eso resulta al consumidor tan difícil entender la Ley y los contratos. Se piensa en lo que quiso decir el legislador no en lo que espera el asegurado cuando contrata. *Platón en Las Leyes: “La Ley contempla las cosas en general y no alcanza en particular a cada una”*.

Las aseguradoras se escudan en que normalmente los jueces son benévolo con el asegurado, como consumidor final, atendiendo a que confían su patrimonio, su salud, su vida y el futuro de los suyos a un contrato, pero no pedimos benevolencia y sí comprensión ante alguien que pone en riesgo todo lo anterior con la creencia de que ha hecho lo correcto esperando que la otra parte responda a sus expectativas con la mirada puesta en el asegurado y actuando con la ética exigible a toda persona y a todo profesional. Por encima de las doctrinas y del “espíritu de las pólizas “está la ética:

Según Ulpiano el término “alterum non laedere” es quién se abstiene de la conducta prohibida por las leyes, obedece al precepto de no hacer daño a nadie, siendo justo. La alteración del justo equilibrio que lesiona los afectos, la persona y sus bienes, es decir, importa una lesión en sus derechos, obliga al restablecimiento del orden agredido.

La comprensión del asegurado no puede sobreentenderse o desentenderse. Por ello, hubiera sido oportuno, que en los artículos de la L.C.S. se remitiera a aquellos artículos del C.C., al que estén vinculados (por ej. el artículo 15 de la L.C.S. y el 1124 del C.C o del 1281 al 1289 de la interpretación de los contratos), y con los artículos del C.CO, y siendo cierto que son supletorios para los profanos esos conceptos civiles que sirvan para la interpretación de las otras normas se nos sustrae. En algunos siniestros de comercio, cuando el perito le pide la contabilidad al comerciante, éste le dice que está acogido al sistema de módulos y por tanto no tiene que tener contabilidad. Confundiendo las obligaciones fiscales con las legales. Algo que considera el anteproyecto en el artículo 2º respecto a la LDCU cuando dice: *“A los contratos de seguro en los que el tomador o asegurado tengan la condición de*

consumidor o usuario les será de aplicación la normativa de defensa de los consumidores y usuarios, en lo no expresamente regulado en esta ley o en la normativa de supervisión de seguros privados”.

En ocasiones, la única respuesta a la pregunta de si es la póliza que necesitan les contesto que tienen que tener fe. Si no creen no hay nada que hacer, porque entender una póliza es muy difícil.

Como nos dice Javier Cabo Salvador¹:

“En cualquier caso, merece destacar que la Ley de Contrato de Seguro (LCS) descansa fundamentalmente en la protección de los consumidores y usuarios de seguros.

Respecto de los usos como fuente de Derecho de Seguros, decir que la LCS no los cita de manera expresa, aunque ello no impide tenerlos presentes en la medida en que el contrato de seguro es un acto de comercio y, en consecuencia, según la definición contenida en el artículo 2 del Código de Comercio, nada impide reservarles esa función. En cualquier caso, sí debe ponerse de manifiesto que las condiciones generales de los contratos vienen a cubrir la función que realizaban los usos y, en consecuencia, las normas inveteradas que por el largo uso tienen escasa aplicación en el campo del contrato de seguro en la práctica.

La Ley 50/1980 ha sido modificada desde su aparición, fundamentalmente para adecuar su contenido a las normas comunitarias en aquellos aspectos en que se hacía preciso”.

Como nos dice el mismo autor, la LCS se redactó para proteger a consumidores y usuarios, legos en la materia la mayoría. Obligados en muchos casos a firmar pólizas que no entienden. A pesar de que como dice: *“...las condiciones generales de los contratos vienen a cubrir la función que realizaban los usos,...”*, Por tanto, lo usual debe ser legible y entendible por el profano por ser lo que espera. Ni siquiera dos profesionales del seguro se pondrían de acuerdo en muchos puntos²: *“Porque hay una plaza que retumba con el griterío de los sicofantes. En ella los jueces disputan con los demandantes, éstos con los demandados, los demandados con sus defensores y los abogados de unos con los otros; y cada uno de ellos por una sola cosa: el dinero”.* Es cierto que ha desaparecido la letra pequeña pero los redactados son incomprensibles en algunos casos o llevan a la duda interpretativa. Son farragosos invitando a no leerlos. Y como menciona sobre la importancia de los condicionados generales Abel B. Veiga³: *“Sin condicionados no puede haber seguros”.* De la importancia de las condiciones generales también nos habla la STS Sala 1ª del 11 de abril de 1991 (Malpica González-Elipe) refiriéndose al artículo 1285 del C.C. cuando menciona que *“...las condiciones generales no están expresamente derogadas en las condiciones particulares...”* y nos remite a los artº.

¹ *El contrato de seguro y su regulación en el derecho español. Aspectos particulares de los seguros de salud en la ley de contrato de seguro.*

² *Extracto del artº. de D. Mariano Medina en el nº 10 de noviembre de 2014 en la revista de Responsabilidad Civil, circulación y seguro*

³ *Tratado del Contrato de Seguros, Editorial Civitas 2009 p 60.*

8.2⁴ de la LCGC: “...serán nulas las condiciones generales que sean abusivas...” y el artº 10⁵ bis de la LDCU sobre los “...actos realizados en fraude de Ley...”. Artículos relacionados con otras leyes. Encontrándonos, por tanto, ante una sentencia relacionada con un contrato de seguros donde se mencionan artículos de la LCGC y la LDCU. Por esto mencionaba al principio el desequilibrio entre las partes actuantes en un contrato de seguros. Hay que saber de: contratos, de LCS, de CC, C.CO, LCGC y LDCU. Y sin referencias en la LCS ni en los condicionados de las pólizas a la relación de los artículos de los distintos códigos que intervienen o puedan interpretarse en las pólizas de seguros.

Los abogados ante una situación de conflicto o controversia miran hacia el desenlace jurídico, los mediadores tratamos de evitar que se produzca el conflicto, o si se ha producido, evitar que vuelva a ocurrir. Por eso no nos gusta que se firmen las pólizas “masa” de adhesión como la mejor forma de proteger al asegurado del contrato que va a firmar. Y luchamos en los seguros de pequeña y mediana empresa por clausulados particulares donde reflejar la auténtica problemática y necesidad de cada sector y de cada empresa. El abogado trabaja sobre la disparidad de criterios para buscar profundizar en las posibles soluciones. Los mediadores tratamos de unificar criterios para saber qué ofrecemos al consumidor final del seguro, tratando de evitar el conflicto y la libre interpretación.

Voy a tratar de reflejar la problemática diaria del asegurado, como consumidor final, y la del mediador. Considerando que gran parte de los problemas que se suscitan podrían tener solución si existiera la buena fe que se presupone en un contrato.

En sus primeras palabras en el Congreso de los Diputados, José María Campabadal decía: “No hemos sabido explicar y trasladar las necesidades del seguro al mundo político. Es una asignatura pendiente”⁶. Y añadió una impresión común que se da entre la mediación, en ocasiones existe la “sensación de que el poder legislativo no defiende al seguro y su labor de previsión social”. Añadió: “los valores del seguro son el mejor antídoto contra la incertidumbre, y vale la pena hacer este esfuerzo”.

Menciona dos aspectos que trataré en este trabajo, como son: explicar qué espera el asegurado cuando contrata una póliza y nuestra lucha por la incertidumbre que motivan las interpretaciones de las pólizas por culpa de la falta de claridad de los condicionados y de la falta de definición o rotundidad, en ocasiones, de la Ley. Y esto a pesar que las entidades, según UNESPA, entienden por Transparencia: “La mejora constante de la comunicación entre aseguradora y cliente, con el objeto de facilitar la mejor comprensión por parte del cliente de los derechos y obligaciones

⁴ **Artículo 8.2:** “En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”

⁵ **Artículo 10:** Irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuario. La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil”.

⁶ *Presidente del Consejo General de los Colegios de Mediadores de Seguros, en el ‘III Encuentro Parlamentario del seguro 2014’ celebrado en el Congreso de los Diputados.*

derivados del contrato de seguro”. Guía de buenas prácticas de transparencia en la comercialización del seguro. UNESPA.

Trazaré una secuencia de lo que ocurre desde que el tomador contrata la póliza hasta que tiene el siniestro con relación a una serie de artículos que participan en el contrato que firma el tomador, aunque no sea consciente o conocedor de algunos o de todos los artículos de la LCS.

Ello, entiendo, me sirve de plataforma, para elevar mi voz ante la nueva ley que va a regular el contrato de seguro. Los mediadores no somos escuchados nunca pero sí escuchamos a su vez a los tomadores y aseguradores por ello pretendo ser vocero para que los operadores jurídicos escuchéis esas voces, porque la doctrina es una premisa esencial de la norma.

II. TÍTULO I DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGUROS

II A.- La importancia del contrato de seguros. Artículos 1º, 2º y 3º de la LCS.

En el título I nos vamos a fijar en los artículos 1º, 2º y 3º.⁷ En estos artículos encontramos la definición de contrato de seguros y lo referente a cláusulas y condicionados generales. Artículos básicos que deberían servir para entender en qué consiste una póliza de seguros y que deberían ser fácilmente legibles por su concisión: pocas palabras y muy claras. Buscando la ausencia de dudas.

Veamos qué ocurre, cuando el asegurado es además tomador, pero que se cree solo asegurado y no es consciente de los derechos que como consumidor final tiene con arreglo al CC.

Una lectura generosa, y no restrictiva, del artículo primero nos llevaría a la interpretación que el pago de la prima por parte del tomador no sólo transfiere el riesgo al asegurador sino los problemas que el siniestro supone para el asegurado y que debería asumir el asegurador en su totalidad (como “*otras prestaciones convenidas*”). No hablamos solo de indemnizar, hablamos de transferir los problemas que surgen a raíz del daño sufrido para que el asegurador los hagan suyos en la medida de lo posible. Entendemos que el daño propio como el dolor es de uno, del que lo sufre, pero con el contrato de seguro se busca que las soluciones que ofrece el asegurador minimicen las consecuencias del mismo y no se acrecienten con la búsqueda, por parte del asegurado, de dichas soluciones. Y todo ello atendiendo a la buena fe que debe presidir cualquier relación y cualquier contrato.

Es curioso que la “buena fe” del asegurador no aparece en la LCS con la misma rotundidad que la “mala fe” del asegurado que señala el artº. 19 cuando libera al asegurador si hay mala fe del asegurado. La “*uberrimae bonae fidei*”, la buena fe aparece en los tratados de los Contratos de Seguros y ni tan siquiera en su artículo primero. No aparece en los contratos de seguros, quizás, porque se sobreentienda, aunque para ello hay que conocer el CC en su artículo 1258: ”...sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley”. Pero “*La buena fe constituye un principio general del derecho conforme al cual toda persona ha de obrar conforme a las reglas normales*

⁷ **Artículo primero:** “*El contrato de seguro es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas*”.

Artículo segundo: “*Las distintas modalidades del contrato de seguro, en defecto de Ley que les sea aplicable, se regirán por la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo, a no ser que en ellos se disponga otra cosa. No obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado*”.

Artículo tercero: “*Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito. Las condiciones generales del contrato estarán sometidas a la vigilancia de la Administración Pública en los términos previstos por la Ley. Declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración Pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas*”.

y comúnmente recibidas de la honestidad y rectitud”. Aparece por fin en la reforma de la ley en el nuevo redactado del artículo 3:”b) *Estar ajustadas a la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes*”.

“En cuanto al concepto de mala fe, en contraposición al de buena fe, se ha entendido como toda conducta de uno respecto de otro, con el que se halle en relación, que no se acomoda a los imperativos éticos que la conciencia social y jurídica exige en un momento histórico determinado. En definitiva, supone un ataque frontal a los valores éticos de la honradez y lealtad, SSTS 11-5- 88, 29-2-00 y 1-3-01, entre otras. SAP Sevilla 3 julio de 2014. Teniendo en cuenta el principio de que se presume la buena fe y ha de probarse la mala fe, es necesario recordar que es unánime la jurisprudencia al definir la buena fe”.

La Sentencia de 24 de septiembre de 2.002 nos dice que, *“la culpa no solo consiste en la omisión de normas aconsejadas por la más elemental experiencia, sino que abarca el actuar no ajustado a la diligencia exigible en cada caso concreto en atención a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, determinando la producción de un resultado socialmente reprochable”*. Menciona esta sentencia: *“elemental experiencia”*; *“diligencia exigible”*. Debemos interpretarlo a la hora de evitar el siniestro, pero también a la hora de tratarlo e indemnizarlo. Cuando ocurre el siniestro es cuando se es consciente del valor del seguro contratado, por ello, las exigencias a la hora de contratar deben reflejarse a la hora de responder atendiendo a la repetida experiencia y a los mecanismos de respuesta que deben ser enfocados para indemnizar con la celeridad que marca la Ley y el sentido común.

Se hace mención expresa en los artículos 2 y 3 que las cláusulas consideradas limitativas, *“se destacarán de modo especial”* y *“deberán ser específicamente aceptadas por escrito”*. Algo, sobre todo en lo que se refiere a la firma, que no ocurre habitualmente. ¿Qué sentido tiene celebrar contratos cuya mejor protección para el que lo contrata es no firmarlos? ¿Para qué necesitamos tanta cláusula y tanto papel? Y no hablo solo de los seguros de adhesión. Solo se firman, en general, los de salud y vida. ¿Dónde está la confianza mutua? Como dice D. Javier Sádaba⁸: *“Debe haber Responsabilidad y confianza mutua. Confianza humana. Informando y comunicando bien”*.

Sin embargo como veíamos en la introducción y nos dice Javier Cabo respecto a la importancia del condiciones generales: *“La importancia de estas condiciones generales de contratación es absoluta en el campo del seguro privado, realizando una labor integradora de las lagunas legales existentes, habida cuenta de la finalidad de la LCS anteriormente citada”*. Pero no se firman generalmente por la razón ya expuesta: no hay quien las entienda, son farragosas y mejor no firmarlas. Y aunque se firmen, se tratarían de contratos de adhesión y posiblemente la LDCU consideraría abusivas muchas de ellas. Y sin embargo, se siguen redactando y acompañando a las condiciones particulares que tampoco se firman. El profano no entiende por qué donde aparece un documento para firmar mejor no hacerlo. De hecho, el mediador, guarda la copia firmada, cuando la tiene, no porque piense que le

⁸ Catedrático de Ética de la UAM en el III Encuentro Parlamentario del Seguro 2014 celebrado en el Congreso de los Diputados.

va a proteger ante una reclamación del cliente, sino, como confirmación que le explicó a su cliente las garantías más importantes que figuran en el contrato.

En las pólizas hablamos de la obligación de resaltar las cláusulas limitativas ya que el artículo 3 habla de la imposibilidad de que pueda haber cláusulas lesivas. Si no se resaltan siempre supongo que se debe a la dificultad a la hora de distinguir si una cláusula es delimitativa: define el riesgo que se trata de garantizar. Lo que se cubre y lo que no se cubre. Los derechos y obligaciones del tomador. Y las cláusulas limitativas: restringen los derechos del asegurado. *“La delimitación del riesgo (que comprende la doble tarea de la individualización y la determinación de la base objetiva del riesgo) entendida como finalidad del seguro, precede al nacimiento de los derechos y obligaciones del contrato”*.⁹ Debemos pensar que una limitación no es gratuita, se trata, sin duda, de la posibilidad de que ocurra el hecho que se quiere excluir o, en cierta medida limitar. Lo que nos lleva a pensar en la verdadera intención del asegurador y, por tanto, el asegurado debe ser conocedor, de aquello que pudiendo ocurrir no va a tener cobertura. Si existe la posibilidad existe el riesgo que debe ser valorado por el asegurado a la hora de contratar. Posibilidad e Incertidumbre dos de los elementos fundamentales del riesgo junto al Azar o Aleatoriedad y la Necesidad Patrimonial. Como leemos en la Teoría General del Seguro de ICEA, Ancares, Artes Gráficas S.L., 1997, p 11:

a) *Posibilidad: Es lógico pensar que nadie asegura contra acontecimientos imposible. La posibilidad se traduce en un estado o situación, el de la exposición al riesgo.*

b) *Incertidumbre: Es el reverso de la posibilidad. Puede versar sobre el si (no se sabe si ocurrirá), sobre el cuanto (se ignora la cuantía del daño que producirá), o sobre el cuándo (se desconoce el momento de la ocurrencia).*

Debemos distinguir entre cláusulas delimitadoras del riesgo y aquellas otras que restringen los derechos de los asegurados. *“.....por el principio de especialidad solo estarán amparados por la cobertura del seguro aquellos riesgos que aparezcan expresamente individualizados y destinados en la póliza o, por mejor decir, en el condicionado a través de las cláusulas delimitativas del riesgo. Todo lo que no esté incluida en esa delimitación o lo esté por exclusión, no podrá considerarse a efectos del contrato de seguro como riesgo.*

STS 8 nov 2007 - También STS 11 sep 2006 y STS 1 mar 2007 "... y la dificultad que en la práctica presenta la distinción entre una y otras cláusulas, ha establecido doctrina de aplicación en torno a la distinción entre cláusulas delimitadoras del riesgo y aquellas otras que restringen los derechos de los asegurados, doctrina reiterada, entre otras por la Sentencia de 1 de marzo de 2007. Señala la Sentencia de Pleno que "Esta Sala, en la jurisprudencia más reciente, que recoge la sentencia de 30 de diciembre de 2005, viene distinguiendo las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado -las cuales están sujetas al requisito de la específica aceptación por escrito por parte del asegurado que impone el artículo 3 LCS-, de aquellas otras que tienen por objeto delimitar el riesgo,

⁹ Font Ribas. *“El estudio introductorio”, en Contrato de Seguro: Exclusión de coberturas y cláusulas limitativas”*. Pp. 13-60

susceptibles de ser incluidas en las condiciones generales y respecto de las cuales basta con que conste su aceptación por parte de dicho asegurado. Según la STS de 16 octubre de 2000, "la cláusula limitativa opera para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido, y la cláusula de exclusión de riesgo es la que especifica qué clase de ellos se ha constituido en objeto del contrato. Esta distinción ha sido aceptada por la jurisprudencia de esta Sala (sentencia de 16 de mayo de 2000 y las que cita)".

Las cláusulas delimitadoras del riesgo son, pues, aquéllas mediante las cuales se concreta el objeto del contrato, fijando qué riesgos, en caso de producirse, por constituir el objeto del seguro, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación, y en la aseguradora el recíproco deber de atenderla. La jurisprudencia mayoritaria declara que son cláusulas delimitativas aquellas que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial¹⁰. Ello permite distinguir lo que es la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada o contratada, de las cláusulas del contrato que limitan los derechos de los asegurados, una vez ya se ha concretado el objeto del seguro, por cuanto nada tienen que ver con estas, sino con las delimitativas, en cuanto pertenecen al ámbito de la autonomía de la voluntad, constituyen la causa del contrato y el régimen de los derechos y obligaciones del asegurador, y no están sujetas a los requisitos impuestos por la Ley a las limitativas, conforme el art. 3, puesto que la exigencia de este precepto no se refiere a una condición general o a sus cláusulas excluyentes de responsabilidad de la aseguradora, sino a aquéllas que son limitativas de los derechos del asegurado (STS 5 de marzo 2003 , y las que en ella se citan)". (FJ2)¹¹

Entendiendo que es difícil marcar la línea que separa una de otra, por esto no se comprende que si la Ley dice que las cláusulas limitativas deben ir firmadas y, por tanto, expresamente aceptadas, no se cumpla por parte de las aseguradoras que, además, no aceptan de buen grado este argumento como obligación a la hora de atender un siniestro. Incidimos de nuevo en la capacidad del asegurador frente al asegurado. Es una lástima que se haya dejado pasar la oportunidad en el Anteproyecto de Ley de clarificar la diferencia entre cláusula limitativa y delimitativa.

Ya comentábamos que sin condicionado general no hay seguro. “No es una parte accesorio ni sustituible, es más, el contrato solo puede entenderse en un sentido holístico, es decir, en su totalidad”¹². A partir de que “delimitamos” el riesgo se puede “limitar”. Pero esta limitación no puede ser entendida por el asegurador de forma unilateral. El asegurado, en una lectura de su condicionado puede no advertir la diferencia entre caja fuerte “enclavada” o “empotrada”. Lo usual en un hogar es enclavada sin embargo hay aseguradoras que no atienden a lo usual complicando la situación en caso de siniestro. Las cláusulas deben basarse en el sentido común. En las interpretaciones “usuales”. En lo que se considera común. En los hábitos del consumidor final. Como cualquier producto que se ofrece en cualquier sector. Se

¹⁰ SSTS 2 feb 2001; 14 may 2004; 17 mayo 2006

¹¹ Fuente: Bufete FFS NOOMAN

¹² Veiga Copo Tratado del Contrato de Seguros pág. 60 editorial Civitas 2009.

debe pensar en lo que busca el cliente más que en lo que ofrece el asegurador con carácter restrictivo y por tanto limitativo. Hace tiempo un anuncio de una aseguradora se mofaba de los que aseguraban la caída de vacas sobre un balcón. Fue anterior a una película titulada, “Un cuento chino”, desde un avión que transporta vacas caen algunas de ellas matando a la novia de uno de los protagonistas cuando se encontraban en una pequeña barca en un lago; el hombre cree en lo imposible, no en lo improbable. Lo que no es improbable debe poder asegurarse. El CCS cubre la caída de aerolitos. Sin embargo dicha garantía se ha utilizado para pagar bloques de hielo caídos, seguramente, por condensaciones de vapor de agua en algún avión. Eso sí es una lectura generosa de una garantía.

En ocasiones son los propios asegurados o colectivos los que buscan solución a las limitaciones que imponen las pólizas a través de colectivos que pueden conocer y explicar las consecuencias y riesgos de forma que el asegurador pueda contemplar en el contrato lo que era una exclusión en el mismo. Como por ej.: *La Federación Estatal de Lesbianas, Gais, Transexuales y Bisexuales (Felgtb) ha colaborado con el Grupo Concentra para lanzar la 1ª línea integral de seguros, ‘Seguros Positivos’, que no discrimina a las personas con VIH, dándoles acceso a los seguros de Salud, Vida, Decesos y Defensa Jurídica*¹³. *La Felgtb explica que “hasta ahora, en España, la práctica totalidad de los seguros contenían una clausula que dejaba fuera a las personas en el momento en el que fueran diagnosticadas por VIH, imposibilitándolas a acceder a los mismos servicios que el resto de la ciudadanía por parte de las aseguradora”*.

*La federación también destaca que “a nivel europeo la exclusión vinculada al VIH a la hora de acceder a los seguros se ha ido superando en países como Francia, Alemania, Holanda o Noruega, donde el propio Gobierno tuvo la iniciativa de introducir cambios en las leyes para evitar la discriminación” pero que “en España ha sido el trabajo de las ONG con las aseguradoras la que ha ido salvando la diferenciación, 1º con el convenio entre Gais Positivus y la aseguradora Atlántida para un seguro médico circunscrito a Catalunya, y ahora con el trabajo realizado entre Felgtb y el Grupo Concentra a nivel estatal para la línea integral de seguros”. La Federación Estatal de Lesbianas, Gais, Transexuales y Bisexuales (Felgtb) ha colaborado con el Grupo Concentra para lanzar la 1ª línea integral de seguros, ‘Seguros Positivos’, que no discrimina a las personas con VIH, dándoles acceso a los seguros de Salud, Vida, Decesos y Defensa Jurídica*¹⁴. *La Felgtb explica que “hasta ahora, en España, la práctica totalidad de los seguros contenían una clausula que dejaba fuera a las personas en el momento en el que fueran diagnosticadas por VIH, imposibilitándolas a acceder a los mismos servicios que el resto de la ciudadanía por parte de las aseguradora”*.

Las cláusulas limitativas no siempre son entendidas como tales, no solo por no estar destacadas sino porque el asegurado no entiende, no conoce ni contempla la posibilidad que recoge dicha cláusula. Así nos podemos encontrar una cláusula que defina o considere la “unidad de siniestro” como cláusula delimitativa, si bien, podríamos llegar a considerarla como una auténtica cláusula limitativa bien por

¹³ Fuente: www.elboletin.com

¹⁴ Fuente: www.elboletin.com

inclusión o por exclusión¹⁵. Pensemos en un camión sobre una carretera en obras que provoca siete hundimientos en un trayecto de 50 ó 100 m. ¿Un solo siniestro una sola franquicia? Es lo que desea el asegurado. Siete siniestros y siete franquicias es lo que defiende el asegurador. Cuando un automovilista circula por la carretera y en un trayecto considerado único le sancionan con más de una multa por exceso de velocidad, tras la consiguiente reclamación quedará en una. Debería ser definida siempre la “unidad de siniestro” y dada la relevancia que puede tener, considerarla limitativa. Definir el riesgo es fundamental pero también lo es limitar las consecuencias

No hay unanimidad tampoco con las cláusulas “claim made” a la hora de considerarlas como limitativas. A veces se interpreta de forma errónea como ausencia de la “claim made” la indisputabilidad de la póliza de un año habitualmente en las pólizas de salud para valorar la posibilidad de aceptar un siniestro de enfermedad preexistente pero desconocido. Ni se debe confundir con las consideradas cláusulas inconstitucionales o lesivas, como ocurre con la edad, hay demandas en las que se reclama como inconstitucional y el TC considera que la edad a la hora de establecer la prima no es inconstitucional: “... *discriminar por razón de sexo. La norma dio lugar a ciertas dudas, en el seguro de enfermedad, sobre la legalidad del periodo de carencia que establecen las pólizas...*”. STS de 9 de febrero de 1994, RJ 1994,840 considera cláusula delimitativa la que excluye los daños a los consanguíneos. O la STS de 28 de julio de 1994, RJ 1994, 55281 que la considera limitativa.

II.B- Caso práctico sobre la interpretación del IVA

En este apartado vamos a ver qué interpretación realizan las aseguradoras con respecto al IVA cuando un asegurado lleva su vehículo a reparar a un taller concertado, o no, por una aseguradora. O cuando una empresa de asistencia acude a una oficina de una empresa a realizar un trabajo de reparación. O cuando se indemniza a un tercero que es empresa y deduce IVA. No es lógico pensar que una indemnización o una reparación cubierta en póliza pueda provocar un problema a un asegurado hasta el punto de considerar que la indemnización no es por el total y pueda plantearse no aceptar la reparación ante la necesidad de pagar una cantidad por el IVA que no tiene. La LCS no regula este aspecto y, desgraciadamente, el Anteproyecto de Ley tampoco. Nos preguntamos: ¿si es origen de tanta controversia por qué el legislador no ha querido aclararlo? ¿A quién favorece la ausencia de una norma reguladora del IVA a la hora de indemnizar un daño? Está claro que al que debe recibir la indemnización, que es el que ha sufrido el daño, algo que parece olvidar el legislador, no le favorece.

1º.- Supongamos que se trata de un vehículo comercial o de empresa. No necesariamente debe interpretarse que un vehículo considerado comercial es destinado para uso de empresa, sin embargo, hay aseguradores que cuando se repara un vehículo cuya ficha técnica indica que es para transporte o uso profesional exigen al asegurado que pague el IVA; o bien, demuestre que: su uso es particular o que por

¹⁵ Cláusulas limitativas por inclusión y exclusión, Abel B. Veiga en su Tratado de Seguros Editorial Civitas 2009 pág. 125.

la actividad de su empresa no deduce IVA. Es algo que el asegurado (empresario) desconoce habitualmente ya que no figura en contrato ni en la LCS y depende del asegurador. Debemos interpretar que al tener el seguro un carácter indemnizatorio el asegurador debe pagar la totalidad de la factura. ¿O el IVA no es parte de la factura? Se trata de una relación contractual entre asegurado y asegurador donde el taller es el que debe recibir el pago por su trabajo. Sin embargo no es así. El asegurador paga la parte del trabajo y el asegurado el impuesto.

2º.- La empresa reparadora enviada por la aseguradora que realiza la reparación en una oficina no exige el IVA habitualmente y factura el total al asegurador. ¿Por qué la diferencia con el caso anterior?

3º.-La factura es pagada por el asegurado y recibe la indemnización sin el IVA. Imaginemos una empresa con exceso de IVA a compensar que no puede deducir por escasez de ventas,.. ; la obligaría a una petición de devolución de IVA al trimestre siguiente lo que podría provocarle perjuicios económicos. El temor a que el asegurado defraude ¿es lo que motiva que el asegurador se transforme en “garante” del buen fin de las facturas y se niegue a abonar el IVA? ¿O es la imposibilidad de deducirse el IVA lo que motiva que el asegurador transfiera el IVA al asegurado? Esta actuación no figura en el apartado del pago de la indemnización. ¿Es el asegurador el responsable del buen uso de la factura? ¿Debe sospechar de la mala fe del asegurado?

4º.- Paga el asegurador sin el IVA. El asegurado debe contabilizar una factura que no ha pagado y de la que sólo va a pagar el IVA. No solo hablamos de grandes facturas. Actualmente sucede con vehículos de empresa que van a reponer un cristal a un taller concertado. Cuando va a recoger el vehículo está obligado a pagar el IVA o no le dejan retirarlo. ¿Y si el asegurado o su empleado no llevan o no tienen dinero para pagar el IVA? Además del problema contable del caso anterior. ¿Se hacen bien las facturas? Se debe contemplar la totalidad con el IVA pero una será para el asegurador por la totalidad sin que tenga que pagar el IVA, y, en la otra, solo figurará el concepto a pagar de IVA, aunque figure la cantidad total. ¿Qué ocurre si el IVA generado es de unos 3.000 euros y la empresa no tiene dinero o no puede esperar a poder deducirlo para recuperarlo? Estamos en crisis y numerosas empresas pasan enormes dificultades para que el seguro en lugar de una solución sea un problema más. Y nos lleva a la contradicción de si el causante no tuviese seguro y debiera pagar a la empresa perjudicada la factura: ¿lo haría con IVA o sin IVA? O si la empresa perjudicada es indemnizada por la aseguradora del culpable: ¿la deja sin pagar el IVA?

Pero las aseguradoras no deducen IVA o lo hacen en pequeña cuantía, lo que significa un gasto. No mayor. Sino real. Si se tratara de un particular la pagarían toda vaya a nombre del asegurado o del asegurador; pero cuando se trata de una empresa tratan de cargar el IVA al asegurado sin importarles crearles un problema económico no esperado o un trabajo contable añadido. El seguro es indemnizatorio, pero no diferencia si indemniza con IVA o sin IVA. Por ello el asegurador debería indemnizar en su totalidad Y si es conocedor de malas prácticas que las denuncie y no se erija en celador de Hacienda. No estamos en un régimen persecutorio donde la mínima sospecha o duda te convierte en reo.

Cuando se redactó el artículo 26 que nos habla de que *“el seguro no puede ser objeto de enriquecimiento injusto para el asegurado”*, no existía el IVA (2 de agosto de 1985), por lo que la interpretación que hacen los aseguradores del IVA es interesada y la Ley debería ser clara en este punto. Me comentaba un empleado de una aseguradora que no es que el asegurado trate de defraudar conscientemente a Hacienda *“es que se le olvida”*. Su sonrisa al comentarlo daba a entender en qué casuística se basaba. Más bien seguirá instrucciones de su dirección por los motivos expuestos anteriormente.

El artículo 18 nos dice que: *“cuando la naturaleza del seguro lo permita y el asegurado lo consienta, el asegurador podrá sustituir el pago de la indemnización por la reparación o la reposición del objeto siniestrado”*. No dice qué parte del coste de la reparación, léase el IVA, debe ser soportado por el asegurado. Habla el artículo de: *“reposición del objeto siniestrado”*. Lo que no debe conllevar gasto alguno para el asegurado. Ni enriquecimiento. Por lo que el pago efectuado por el asegurador debería ser por el total. Porque no puede ser *“socio”* o *“cómplice”* de una reparación en la que no ha sido requerida su opinión. Es un perito contratado por la aseguradora. En muchas ocasiones: un taller o empresa reparadora concertada por la aseguradora. Y un finiquito aceptado sin que el asegurado haya intervenido. Solo en el pago de la factura el asegurador pide la colaboración, la compartición del asegurado. La opinión de éste no ha sido tenida en cuenta en ningún momento desde la ocurrencia del siniestro, pero a la hora de pagar sí quiere su participación. No estamos ante una concurrencia de seguros ni ante un coaseguro, por tanto, si el asegurador dice donde reparar, o acepta reparar, es su perito el que interviene y acuerda el finiquito con el taller sin contar con el asegurado debe pagar la totalidad.

Si hacemos un repaso sobre los diferentes artículos que podrían intervenir en un caso como el que comentamos, veríamos que ninguno menciona nada sobre la indemnización con o sin el IVA.

- Artículo 2: *“... No obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado”*. No es de uso corriente (no conozco caso alguno) que en las Cláusulas Particulares de las Pólizas contratadas, se haga constar que el I.V.A. no forma parte de la factura a la hora de abonar el importe del alcance de los daños a reparadores y por tanto ello ha de ir a cargo del Asegurado/perjudicado.

- Artículo 3: dice que *“...Las Condiciones Generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados...”Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa”*.

- Artículo 18: *“...El asegurador está obligado a satisfacer la indemnización al término de las investigaciones y peritaciones necesarias el importe de los daños que resulten del siniestro”*. También recoge en la Ley que: *“... cuando la naturaleza del seguro lo permita y el asegurado lo consienta, el asegurador podrá sustituir el pago de la indemnización por la reparación o la reposición del objeto siniestrado ...”*

- Artículo 19: dice que... *“...el asegurador estará obligado al pago de la prestación...”*

- Artículo 26: *“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”*.

- Artículo 38: *“Si las partes que intervienen en el siniestro (asegurado/perjudicado-asegurador), se pusiesen de acuerdo en cualquier momento sobre el importe y la forma de la indemnización, el asegurador deberá pagar la suma convenida”*.

- Artículo 45: *“... el asegurador se obliga dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a indemnizar los daños producidos...”*

- Artículo 49: *“El asegurador indemnizará todos los daños...”*

- Artículo 73: *“...por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado, de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato...”*

- Artículo 77: *“Por el contrato de reaseguro, el reasegurador se obliga a reparar y dentro de los límites establecidos en el contrato, la deuda que nace en el patrimonio del reasegurado, a consecuencia de la obligación por éste asumida como Asegurador....no afectará al asegurado, que podrá, en todo caso, exigir la totalidad de la indemnización a*

Veamos diferentes sentencias:

Sentencia del 28/2011 del 4 de febrero: *“.....al tratarse de un asegurado a todo riesgo lo único que ha hecho es abonar directamente la factura al taller reparador, previa autorización del asegurador, añadiendo que la factura está a nombre de la asegurada. Por tanto, si el IVA está incluido en la factura debe ser indemnizado”*.

Y añade: *“.....perjuicios sufridos por un comportamiento descuidado de un tercero, y tiene derecho a ser reembolsado de la totalidad del importe satisfecho, sin asumir la carga complementaria de consumir tiempo y esfuerzos en lograr (con resultado impredecible) la deducción o devolución del importe de aquel tributo..... Todo ello, por supuesto, sin perjuicio de que pesen sobre él los deberes de lealtad fiscal derivados de ese reembolso”*.

Comenta la sentencia que *“tendría un carácter restrictivo el no incluir el IVA en la reparación”*. Hace mención que la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Málaga en sus sentencias del 6 de julio de 2006 y 15 de marzo de 2007 *“...se muestra partidaria de incluir el IVA en la indemnización..... ya que no es su función realizar un perjuicio sobre la posible deducción final...”* *“...y al no poder saberse si se llegará a producir el enriquecimiento injusto alegado....”*.

“Además, la correcta aplicación de las normas reguladoras del Impuesto sobre el Valor Añadido es una cuestión ajena a la jurisdicción civil (STS 26 junio 1995). ...Y el importe del IVA ha de ser abonado por quien paga finalmente el concepto principal sujeto a tributación, ... (STS 30 diciembre 1986)....”.

La SAP de Segovia, sección 1ª del 16 de abril de 2009: *“...sin que conste en autos la situación fiscal del actor ni la forma que tributa”*

La SAP de Córdoba, sección 3ª, de 26 de mayo de 2009, 30 de marzo de 2004 y 6 de marzo de 2007, aun reconociendo: “Que la deducción de dicho tributo no es automática...”, tiene una opinión contraria.

Sorprendente puede resultar la SAP de Asturias en su sección sexta de 10 de julio de 2006 cuando opta por un tercer criterio señalando: “la obligatoriedad del abono del IVA a fin de lograr la indemnidad del perjudicado cuando no se acredite la deducción correspondiente por parte de éste, extremo que incumbiría a la demandada”¹⁶.

No hay unanimidad como vemos en la sentencia de la AP de Huelva de fecha 4 de junio dice: “... En lo referente a daños materiales se reitera que el actor puede deducir la cantidad correspondiente al IVA...”. O en la SAP M 1460/2009 alegando que “el sujeto pasivo puede deducirse el IVA”.

“...no se observa que se produzca enriquecimiento injusto ya que la deducción fiscal posterior del importe del IVA por el asegurado, es una hipotética posibilidad, que no puede constituir dato suficiente y probatorio para afirmar que se ha producido un beneficio patrimonial para el asegurado y un paralelo empobrecimiento de la aseguradora”¹⁷.

Considero que los argumentos deben ir destinados a favorecer al perjudicado sea o no asegurado. Imaginemos que un asegurado recibe el impacto de otro vehículo asegurado en una aseguradora que está fuera de los convenios amistosos. Puede optar por reparar por la garantía de “daños propios” o “todo riesgo” o por responsabilidad civil del culpable. En el primer caso, si se tratara del vehículo de una empresa: ¿debería abonar el IVA? Si opta por esperar que la respuesta de la aseguradora contraria confirme la culpa, no menos de una semana: no pagará IVA por ser indemnizado por un tercero pero tendrá paralizado su vehículo y deberá demostrar la pérdida económica por los días de paralización, la necesidad de alquilar otro vehículo o ambas. ¡Problemas por tener un buen seguro! La relación contractual no debe ser perjudicial respecto a la extracontractual. Recordemos que el seguro es: “el mejor antídoto contra la incertidumbre...”.

Ante la falta de un único criterio, una posible solución, como he comentado durante el máster en algunas ocasiones, es objetivar los daños y sus consecuencias. Y, sobre todo, las coberturas. No dejando a la libre interpretación de cada cual. Porque el asegurado, cuando contrata un seguro, quiere seguridad no solo como cobertura del daño, sino, como garantía de lo que contrata y paga. Las aseguradoras deberían hacer figurar en sus contratos el pago o no del IVA, lo que sería un motivo de elección entre los asegurados. La mayoría solo discuten o se niegan a abonar el IVA cuando la factura ya ha sido abonada por el asegurado y está a nombre del mismo, solicitando el asegurador una simple fotocopia de la factura. Al asegurado y al mediador de seguros, les resulta difícil entender que no haya unanimidad después

¹⁶ (1), (2) y (3) figuran en la SAP de Oviedo, sección 5ª de 27 de junio de 2012. Esta información aparece en las Notas de Jurisprudencia y Doctrina Civil, Mercantil, Penal y Procesal.

¹⁷ STS 347/2014, Sala Civil, de 26 de junio de 2014.

de tantas sentencias y, sobre todo, de tanta controversia. Pero como diría mi querido tutor: “lo bueno es que haya varios criterios” supongo que para profundizar en los hechos. Pero volviendo al inicio de mi tesina: el desequilibrio a favor del asegurador que tiene: medios, tiempo, dinero, no ha sufrido el daño y, añadido, no sufre la sensación de indefensión del asegurado que no entiende por qué no se le paga. (No ve la buena fe en el contrato). El asegurado quiere tener claro lo que contrata, y que la Ley sea clara también. Hay hechos, que por inesperados, no están legislados y hay que interpretarlos, pero, en asuntos como el IVA debería tener claro las aseguradoras qué proponen en las cláusulas de un contrato y la LCS exigirlo.

II C.-Las definiciones como parte del contrato

Sirva como preámbulo un ejemplo real ocurrido en una industria. Normalmente como garantía básica se cubre el incendio, rayo y explosión. De los dos primeros puntos creemos conocer su significado pero del tercero habría que ver si distinguen el concepto de explosión e implosión. Algunas aseguradoras lo consideran otros no.

- Explosión: *Una explosión es la liberación simultánea de energía calórica, lumínica y sonora (y posiblemente de otros tipos) en un intervalo temporal ínfimo. De esta forma, la potencia de la explosión es proporcional al tiempo requerido y su orden de magnitud ronda los gigavatios.*

Una explosión causa ondas de presión en los alrededores donde se produce. Las explosiones se pueden categorizar como deflagración según si las ondas son subsónicas y detonaciones si son supersónicas (ondas de choque). Estas velocidades deben considerarse respecto del medio de propagación (el explosivo).

- Implosión: *Implosión es la compresión de una masa fisionable subcrítica esférica, o cilíndrica. La implosión funciona detonando los explosivos en la superficie externa del objeto, por lo que la onda expansiva se mueve hacia adentro. La onda se transmite al núcleo fisionable, comprimiendo y aumentando su densidad hasta alcanzar el estado crítico. Otra definición más concisa quizás: “Daños producidos por la acción súbita y violenta de la depresión de un gas o vapor en el interior de una máquina o un depósito”.*

Resumiendo: la explosión es hacia fuera; la implosión hacia dentro. El efecto de la implosión es como cuando presionamos una lata hasta deformarla. Cómo explicarle al asegurado que ha sufrido una implosión en su máquina que no tiene cobertura por no ser una explosión cuando él entiende que es una explosión y nunca ha oído hablar o se ha cuestionado la implosión.

A veces es la misma LCS la que entra en conflicto cuando por un lado define, por ejemplo, incendio: *“la combustión y el abrasamiento con llama, capaz de propagarse,…”*. Artº. 45. Cuando la propia Ley cuando dice: *“...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”*.

Artº. 73. “...será el régimen convencional el que ordene, por lo común, el establecimiento de ciertas exclusiones y limitaciones de la cobertura natural dispensada por el seguro...”¹⁸. Sugieren la buena fe y el sentido común.

Pero si se quiere evitar el conflicto, si hay voluntad de claridad y transparencia se puede conseguir clarificar. Hace años cuando se hablaba de acontecimientos extraordinarios cubiertos por el Consorcio de Compensación de Seguros en lo referente a fenómenos de la naturaleza, se hablaba de tempestad ciclónica atípica, lo que creaba problemas cuando ocurrían tornados y no ciclones, como es lo habitual en nuestro país. Esto motivaba situaciones incomprensibles para el asegurado ya que lo que ocurría con cierta frecuencia en nuestra zona no tenía cobertura y lo que ocurría en otros lugares del mundo sí. Esta situación la zanjó posteriormente el CCS pasando a incluir expresamente las borrascas frías, los tornados y los vientos extraordinarios. Es decir, aquellos fenómenos usuales en nuestro ámbito. ¿Qué entiende el ciudadano, usuario, consumidor por incendio o explosión? La RAE incluye palabras nuevas por el uso cotidiano, habitual o usual que se hace de ellas. Lo mismo debería hacerse con las definiciones de los contratos de seguro.

II D.- Duración del contrato.

Un elemento esencial en el contrato es el pago de la prima, si bien veremos cuando hablemos del artículo 73 y 76 L.C.S. que, incluso con la primera prima impagada habrá situaciones en las que el asegurador deberá pagar cuando se trata de indemnizar a terceros. Pero como digo, la prima es un elemento fundamental del contrato y por eso no se entiende que el asegurador desprece al asegurado cuando se renueva el contrato y modifica la prima unilateralmente sin comunicarle la nueva prima. Algo que resulta más abyecto aún cuando numerosas sentencias confirman que el aumento de prima supone una modificación de contrato. Incluso, cuando como ocurre habitualmente en las pólizas de hogar y comunidad, contemplan un índice revalorizable en el contrato. “Con la prima no se juega” podríamos decir. Porque aunque algunos sostengan que un aumento mínimo de la prima, tipo IPC o algún otro índice de revalorización, no debe suponer una novación, es doctrina pacífica que sí se considere, como afirma el profesor Sánchez Calero¹⁹ “*Diversas sentencias declaran que si se ha modificado la cláusula de la prima, la extinción del contrato proviene de haberse producido una novación unilateral del mismo no consentida por el asegurado*”. Podemos considerar que el atropello es mayor si tenemos en cuenta que en automóviles no es posible conocer la prima del año siguiente al no seguir ningún índice de revalorización. En ocasiones, el aumento o disminución de la prima se refleja en una escala bonus / malus que al asegurado no llega a entender siempre, más, si como ocurre en otras ocasiones, hay que añadir los cambios que obedecen a necesidades del asegurador para corregir desviaciones, imposibles de conocer antes de que terminen el año. Pero, como digo, las aseguradoras con su abuso de posición mandan escritos amenazantes al asegurado si no atiende el recibo emitido, aprovechando que el cliente es desconocedor de la Ley y teniendo que acudir en estos casos a contratar a un abogado para evitar pagar cantidades que, pudiendo no

¹⁸ Abel B. Veiga Copo *Tratado del Contrato de Seguros* Editorial Civitas 2009 Pág. 125

¹⁹ *Tratado del Seguro de la editorial Thompson-Aranzadi, de 2005, p434*

ser significativas en muchos casos para el bolsillo del consumidor no deja de ser una práctica inaceptable, como podemos ver en una noticia reciente de la revista Asseguranza del 16 de diciembre 2014: *MGS, condenada por cobrar a un cliente una renovación automática de la póliza:*

*El juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Alcalá de Henares (Madrid) ha desestimado íntegramente la demanda interpuesta por MGS contra un automovilista y ha condenado a la compañía a pagar las **costas del juicio** por exigir el pago de un recibo que el cliente había devuelto. La causa de la devolución del recibo por parte del cliente fue que la compañía le cobró la **renovación automática** de la póliza **sin previo aviso**.*

*La aseguradora reclamaba el impago de un recibo de la renovación del seguro de **475 euros**, cuya póliza se prorrogó "tácitamente", según la empresa, ya que el asegurado no había comunicado con 2 meses de antelación al vencimiento la intención de no prorrogar la póliza. El cliente, miembro de **Automovilistas Europeos Asociados (AEA)**, se opuso a la reclamación por entender que la prórroga automática de la póliza no se produjo, ya que se modificó sustancialmente uno de los elementos del contrato, la **prima**, sin que el asegurado lo consintiera.*

*La AEA considera que esta sentencia supone "un **importante avance**" en la protección de los **derechos de los automovilistas** y que "va a obligar a modificar la actuación de determinadas aseguradoras que pretenden forzar la renovación anual de las pólizas del seguro de Autos mediante la interposición injustificada de reclamaciones judiciales". "Todavía son demasiado frecuentes en el ramo del Automóvil los casos en que nuestros servicios jurídicos tienen que intervenir en defensa de los legítimos derechos de nuestros socios para evitar que les suban indebidamente el precio de sus seguros", afirmó el presidente de la AEA, **Mario Arnaldo**.*

En esta noticia podemos ver reflejados dos aspectos comentados al principio de este epígrafe, como son: la subida de primas unilateral por parte del asegurador y la necesidad de defenderse del asegurado contratando un seguro de asistencia jurídica. En el primer caso podríamos considerar que hay mala fe por parte del asegurador que debe ser conocedor de sentencias como la que a continuación relatamos y que obliga al cliente a asegurarse contra su propia aseguradora. Resulta cuanto menos curioso, que discutamos el importe de la prima con un asegurado que a su vez nos solicita contratar un seguro para protegerse de decisiones como la comentada y que son fácilmente rebatidas con sentencias como la que sigue²⁰ " ...la falta de notificación de la nueva prima por parte de la compañía al asegurado impide la aplicación del artículo 22.... Para que pueda operarse la prórroga del contrato, es esencial que se mantengan las condiciones inicialmente pactadas y, especialmente, el importe de la prima,....., modificación que debe ser aceptada de forma expresa por las partes".

²⁰ SAP de Barcelona, sección 17ª, de 21 de mayo de 2014, 214/2014

En otras ocasiones hacen valer la existencia de una cláusula de revalorización en el contrato ignorando la obligación de preavisar al asegurado en relación a la cuantía exacta de la prima futura, olvidando, que la otra parte del contrato desconoce la pretensión del proponente, como refleja la siguiente sentencia ²¹: *“El plazo de preaviso legal y contractualmente establecido no resulta exigible al tomador-asegurado cuando éste no conoce, con certidumbre suficiente y por escrito, las pretensiones de la otra parte...”*.

Todo ello nos lleva a que el legislador debe amparar a la parte contratante débil, en el sentido de considerar cláusulas abusivas las revaloraciones, al menos las que no se ajusten al IPC –si estuviese pactado- , sin la comunicación previa fehaciente al tomador de la póliza y con posibilidad de considerarlo una novación modificativa del contrato que permita al tomador rescindir el contrato; al igual que ocurre con los contratos de telefonías aunque se hubiese pactado permanencia.

²¹ SAP de La Palmas, sección 3ª, del 31 de enero de 2014, 43/2014

III. TITULO II DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGUROS: SEGUROS CONTRA DAÑOS

En este epígrafe trataremos de explicar las dificultades que un asegurado encontrará a la hora de valorar sus bienes por sí mismo y atendiendo a las condiciones que aparecen en la LCS en su Título II, siendo un obstáculo más habitual de lo que parece pues en materia de seguro de hogar es constante la problemática de infraseguro o sobreseguro con los resultados adversos y frustrantes para el asegurado en el momento del siniestro y que derivan de un valor mal dado, siendo un ejemplo valorar el inmueble por lo que le costó excediendo el valor real ya que caso de pérdida total el suelo se mantiene y, por el contrario, al contenido se le suele dar un valor inferior. En definitiva, consideran ciertos aspectos del coste de manera muy distinta a los aparecidos en póliza que van más allá de su conocimiento: Valores venales, de reposición, de mercado, a primer riesgo. Por ello, esa exigencia que se le hace (recordemos que muchas contrataciones están fuera de la órbita de la mediación) al tomador de la póliza para que valore su patrimonio atendiendo, no a lo que le ha costado conseguirlo, sino a la valoración atendiendo a los requisitos que marca la Ley o el contrato, son dificultades añadidas, si además, las partidas a asegurar no están claramente diferenciadas en póliza. Como todas las leyes, la LCS tiene su complejidad, pero a la que debemos añadir, las “incursiones” del Código Civil que superan o complementan a los artículos de la LCS como ya hemos comentado. Por tanto, debemos tener en cuenta la LCS y el CC lo que se agrava en el supuesto que el asegurado se dirija directamente al asegurador para contratar la póliza, o sea la entidad financiera la que le obliga a la contratación de determinadas pólizas bajo criterios interesados.

El artº. 25²² LCS nos habla de la necesidad de que exista el interés en el momento de la contratación, si bien, ante el desconocimiento de que haya desaparecido el bien (un incendio en la casa del campo la noche anterior), nos encontraríamos ante un riesgo putativo.

Atendiendo al artº. 26²³ L.C.S. : ¿a qué llamamos enriquecimiento injusto? Acaso el mismo objeto cuesta siempre lo mismo. ¿Vale lo mismo? Decía Antonio Machado que solo los estúpidos confundían valor y precio. Intentemos entender las distintas formas de explicar estos conceptos para comprender al asegurado sobre cómo valora la preexistencia y cómo espera ser indemnizado atendiendo al valor que para él tiene el objeto.

- Coste: *“En economía el coste o costo es el valor monetario de los consumos de factores que supone el ejercicio de una actividad económica destinada a la producción de un bien o servicio. Todo proceso de producción de un bien supone el consumo o desgaste de una serie de factores productivos, el concepto de coste está*

²² **Artículo veinticinco:** “Sin perjuicio de lo establecido en el artículo cuarto, el contrato de seguro contra daños es nulo si en el momento de su conclusión no existe un interés del asegurado a la indemnización del daño”.

²³ **Artículo veintiséis:** “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”.

íntimamente ligado al sacrificio incurrido para producir ese bien. Todo coste conlleva un componente de subjetividad que toda valoración supone”.

Detengámonos en la última frase: “Todo coste conlleva un componente de subjetividad que toda valoración supone”. Subjetividad es un término que horroriza al sector asegurador. Y sin embargo, forma parte de la definición, que no del contrato, donde se le trata de dar un precio, algo simplemente crematístico. Por ello, cuando el objeto es imposible de reponer o sustituir, siendo además un objeto de primera necesidad para el cliente, se produce uno de los puntos a resolver en caso de siniestro. Debemos atender que el concepto de coste debe ser diferenciado de otros conceptos cercanos como el de gasto, inversión o valor y, por ello, tenido en cuenta.

Valor económico: “*Valor, en economía, es un concepto diferente para cada una de las diversas teorías denominadas teorías del valor, que a lo largo de la historia de la economía han pretendido definirlo y medirlo. Es una magnitud con la que medir los distintos bienes económicos comparando su utilidad. La diferenciación entre utilidad total o valor de uso y valor de cambio o precio de mercado permite distinguir ambos conceptos (valor y precio)*”. Nos introduce esta definición el término utilidad y precio. Siendo así, que un objeto útil no pudiera ser reemplazado ¿qué valor tendría? Es fácil conocer el precio de las cosas pero no su valor. Si definimos valor del interés, que es un concepto utilizado en los contratos de seguros podríamos leer:

*Valor del interés: su determinación: El interés puede definirse como “la relación, susceptible de valoración económica, entre un sujeto y una cosa u objeto apto para satisfacer una necesidad o prestar una utilidad”.*²⁴ Al igual que en las definiciones anteriores, detengámonos en lo que no es lo puramente material, como cuando nos habla de prestar una utilidad ya que en caso de siniestro el objeto deja de ser útil pudiendo ser insustituible con lo que no se repararía el daño asignándole el simple valor real.

Para la teoría neoclásica, el valor es una magnitud subjetiva que se mide por la estima en que el público valore un objeto. Por ello, supone que los precios no tienen por qué tener ninguna cercanía con los costos de producción. Nos habla de magnitud subjetiva. De nuevo el término subjetivo: “*Utilidad o aptitud que tienen los bienes para satisfacer necesidades humanas. Cualidad de las cosas que sirven para algo. En sentido económico se utiliza generalmente para referirse al precio de las cosas. A lo largo de la historia del pensamiento económico el término valor se ha venido utilizando con dos acepciones distintas: la utilidad total proporcionada por un determinado producto (valor de uso).*

La noción de valor se aplica a dos tipos de producción; la que se limita a satisfacer las necesidades del producto (valor de uso) y la dirigida al intercambio de mercancías (valor de cambio) se acepta que el valor de las mercancías es proporcional a las necesidades que están destinadas a cubrir. Por ello Aristóteles abordó la vía de una teoría psicológica del valor, que mucho más tarde harían suya los economistas modernos”.

²⁴ ICEA. *Teoría General del Seguro*. Editorial Ancares. 1997

En este caso se nos menciona la necesidad como elemento a valorar. Valor (axiología): *“Un valor es una cualidad de un sujeto u objeto. Los valores son agregados a las características físicas o psicológicas, tangibles del objeto; es decir, son atribuidos al objeto por un individuo o un grupo social, modificando -a partir de esa atribución- su comportamiento y actitudes hacia el objeto en cuestión. El valor es una cualidad que confiere a las cosas, hechos o personas una estimación, ya sea negativa o positiva.*

Se puede decir que la existencia de un valor es el resultado de la interpretación que hace el sujeto de la utilidad, deseo, importancia, interés, belleza del objeto. Es decir, la valía del objeto es en cierta medida, atribuida por el sujeto, en acuerdo a sus propios criterios e interpretación, producto de un aprendizaje, de una experiencia, la existencia de un ideal incluso de la noción de un orden natural que trasciende al sujeto en todo su ámbito”.

Subyace la idea de que la misma cosa no tiene el mismo valor dependiendo de la utilidad e importancia que para cada uno tenga, por ello en ocasiones el perjudicado tiene la “sensación de ser injustamente tratado” al ser indemnizado. Porque solo se valora, en muchos caso, el valor de la “cosa” y no sus consecuencias que por ser intangibles ni tan siquiera se entra a valorar salvo demandas que motivan costes y tiempo. No ven más allá de la “cosa”, como si al reponer una cama garantizáramos el sueño. La pérdida de una pierna es mucho más que la sustitución por una prótesis y dinero. Vamos a ilustrarlo con un siniestro real:

Pensemos en un vehículo con el que se desplaza un minusválido. Es como una mini moto. Sufre el impacto de un vehículo cuando cruzaba un paso de peatones y le aplican una depreciación por uso si bien le incrementan un valor de afección hasta del 70% por las características y uso del vehículo. Pero ¿y si el minusválido no tiene medios para comprarse una nueva ni para reparar la dañada? No existe un mercado de segunda mano en este tipo de vehículos. ¿Se debe permitir que pierda la opción de desplazarse? No es pacífica la jurisprudencia en estos casos. Si el perjudicado por un tercero repara y reclama, podrá ser indemnizado, pero si es por daños propios es más difícil. La pregunta sigue siendo: ¿y si no tiene reparación ni dinero para una nueva? Realmente el asegurador tiene en consideración las obligaciones que nacen de culpa o negligencia según el Artículo 1902²⁵. ¿Realmente se ha reparado el daño causado por el hecho de haberle aplicado un valor de afección del 70%? (siendo lo normal entre un 30 y un 50 % en los vehículos) ¿Se ha tenido en cuenta la utilidad e importancia del vehículo para una persona minusválida? ¿La dificultad para sustituir o reponer el bien? ¿Acaso sería imposible la restitución “ad integrum” pudiendo tener en cuenta estos factores? A diferencia del mundo empresarial en el que la amortización de una máquina es un concepto contable obligatorio que puede actuar en beneficio, o no, de la empresa, en la vida particular no ocurre así. En el ámbito particular pocas veces damos por amortizado algo, salvo

²⁵ **Artículo 1902:** “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

deje de ser útil. ¿Acaso se amortiza un vehículo para desplazarse en la vida personal como si fuera un vehículo industrial? ¿Tiene alguna ventaja o desventaja fiscal comparable a la de una empresa? Cuando un particular necesita cambiar su vehículo: ¿acaso le vale pensar que está “amortizado” por los años de uso si no tiene dinero para comprar uno nuevo? Porque la realidad podría ser que no tuviese dinero para uno nuevo y ni siquiera de segunda mano. En el caso comentado del minsválido nos preguntamos: ¿qué valor tiene el medio que utiliza para desplazarse. La dificultad para sustituir el bien ¿no debería tenerse en cuenta? La necesidad de adaptarse al nuevo medio con la inseguridad que puede conllevar: ¿no debería valorarse con algo más que un insuficiente valor de afección? ¿Tendría posibilidad de pleitear sin medios económicos?

Es diferente el seguro marítimo donde el mercado de segunda mano es limitado. El tomador y asegurador pactan o convienen un valor para el buque ya que no sólo atienden a la antigüedad del mismo sino al valor de mercado ante la posibilidad de que se hunda el barco y haya dificultad para sustituirlo. Se trataría de un valor estimado o convenido, como ocurre con ciertos objetos de valor donde las partes atribuyen un valor derogando la regla proporcional. No pactado, en el que se tendría en cuenta una valoración atendiendo no solo a la antigüedad y al estado del barco. Veamos estos términos según Deloitte²⁶, sin duda, más pragmático que las definiciones anteriores:

- *Coste: Precio pagado o solicitado para la adquisición de bienes o servicios. Precio o gasto de elaboración de un producto.*

¿Puede el tomador saber qué precio le van a solicitar por un objeto en el momento de reponerlo? ¿O si los gastos de elaboración han aumentado o disminuido?

- *Coste de adquisición: Resultado de la suma del precio de compra de una mercancía más los costes necesarios para poner dicha mercancía a disposición de la empresa (los gastos de transporte, instalación, ...).*

Supongamos que se trata de una empresa: ¿puede conocer el día de contratación de la póliza los costes de transporte, instalación, ..., además del objeto a reponer? Qué decir si de un particular se tratara cuando hasta los peritos tienen dificultad si se trata de objetos que ya no se fabrican o tienen difícil instalación en cuyo caso buscan una estimación del valor. Pensemos, por ejemplo, en un mueble antiguo perteneciente a un antepasado familiar, que fue restaurado y no es considerado un bien de valor especial que algunas aseguradoras cifran a partir de 3.000 ó 6.000 euros. Al envejecer puede aumentar su valor, pero cuánto.

- *Valor según Deloitte²⁷: “término que puede definirse desde dos puntos de vista: como grado de utilidad proporcionada por un bien o servicio para la satisfacción de las necesidades (valor de uso), y como cantidad de otro bien (como puede ser el*

²⁶ *Economía y negocios (de la A a la Z). Deloitte*

²⁷ *Economía y negocios (de la A a la Z). Deloitte*

dinero) que hay que entregar para poder disfrutar de dicho bien o servicio (valor de cambio)”.

Siguiendo una terminología más actual y economicista se vuelve a hablar de utilidad, necesidad y no solo de dinero. Lo que nos sugiere la importancia de estimar el valor de las cosas en función de su utilidad, dificultad de sustitución, imposibilidad económica de reparar el daño con la simple indemnización respecto al valor de la cosa por sí misma, lo que nos llevaría de nuevo a un término parecido al de afección pero que yo preferiría de estimación.

III A.- Descabalamiento

Es la pérdida de un objeto o de una parte que conforma un todo. Algunos economistas como Carl Menger, perteneciente a la escuela austríaca, mantuvieron que el valor de los factores no es la contribución individual de cada uno de ellos en el producto final; sino que su valor es el valor del último que contribuyó al producto final (la utilidad marginal).

El seguro anglosajón habla de demérito del bien. Aunque se repare la parte dañada al perder uniformidad con el todo se produce una pérdida de valor. Pensemos en un vehículo que tras sufrir un grave siniestro es reparado. Si se acude a Ganvam²⁸ o algún otro comparador de precios del mercado en función de su antigüedad nos daría un precio basado en las estadísticas de las transacciones realizadas. Pero si el comprador tiene el celo de comprobar si ha tenido algún accidente grave el coche perdería valor o interés para el comprador. Con lo que estaríamos en la situación de haber sido reparado el daño pero no restituida la pérdida. Por tanto, el perjuicio ocasionado por un tercero no ha sido indemnizado satisfactoriamente. El demérito que sufre el bien debe ser valorado e indemnizado. Sin duda hay medios para calcular la pérdida de valor de un bien dañado y posteriormente reparado o sustituido.

Pensemos en el siniestro real ocurrido en el hogar de D^a Amelia. Un hogar con el suelo del mismo parquet en toda la casa. A raíz de la rotura de una tubería del vecino inunda la casa y daña gran parte del parquet. La aseguradora de D^a Amelia solo paga la parte dañada y la suma contratada de “daños estéticos” y repite contra el vecino causante. D^a Amelia considera que su perjuicio va más allá del cambio de las tablas dañadas ya que su casa ha perdido la homogeneidad que ella había buscado cuando sobre el suelo que había puso el parquet. En una futura venta el piso podría no valer lo mismo si la casa tiene dos parquetes diferentes. La misma empresa que se lo instaló años antes le pone uno nuevo de similares características. Incluso algo más barato ya que no se fabrica el que tenía y debía optar por uno de una calidad algo inferior y más barato, o uno de mayor calidad y mucho más caro. En palabras del profesor Martínez Tello:

“La restitutio in integrum supone en este caso que el perjudicado quede en situación análoga a la que tenía en el momento inmediatamente anterior al siniestro. Una reclamación articulada sobre la base de una pericial que determine tanto la

²⁸ Grupo Autónomo Nacional de Vendedores de automóviles, camiones y motocicletas

inexistencia de parquet análogo al que estaba puesto como la antiesteticidad por elevado contraste derivada de la convivencia de los dos parquet, nuevo y antiguo, podría ser viable. Yo también creo que no es daño moral, es un perjuicio de naturaleza patrimonial”.

¿Y si en lugar de un hogar es el suelo de un restaurante o el hall de un hotel? ¿Se valorarían igual que en la caso de D^a Amelia? ¿Se tendría en cuenta el perjuicio ocasionado por la pérdida de esteticidad? Posiblemente sí pero al tratarse de un particular no. Lo cual no debería parecer correcto.

En el siniestro de D^a Amelia pedimos al asegurador que indemnizara la totalidad y repita contra el vecino y su asegurador. ¿Qué hubiera pasado si D^a Amelia no hubiese tenido seguro y hubiese reclamado al vecino la totalidad del parquet? ¿Puede sentirse perjudicada una persona por estar asegurada frente a la posibilidad de no estarlo?

La forma de compensar contractualmente sería elevando los daños estéticos y que no se circunscriban a una estancia, como es habitual. Pero: ¿qué capital sería suficiente? Si el parquet fue instalado a instancias del actual propietario podrá recordar su coste, conservar la factura, preguntar a la empresa que realizó el trabajo,.... Pero si es un nuevo propietario que ignora los precios del mercado qué debe hacer. ¿Pedir presupuesto?

Las pólizas actuales no suelen contemplar los “daños patrimoniales puros”. Aquellos que no son consecuencia de un daño directo pero son debidos a éste. Deberíamos considerar la pérdida de valor del inmueble de D^a Amelia al tener dos parquet diferentes en la casa. Y considerar la pérdida de valor de un vehículo tras ser reparado después de un grave accidente del que no era culpable. ¿O sí lo era y hablamos de reponer el bien a su estado anterior al siniestro si es una póliza con daños propios? Y, a pesar de la pérdida de valor del vehículo reparado, el asegurador sigue cobrando la misma prima o más. Es lo que ocurre cuando los vehículos, a pesar de que por el valor venal bajan su precio, no tienen una mejora en su prima. Al contrario, suben escudándose en que una reparación parcial obligaría a reponer con una pieza nueva, pero si el siniestro es total podría darse el caso de que estuviera pagando más prima que valor tiene el vehículo. Sería algo parecido a la “pérdida de oportunidad” de venta cuando se trata de resarcir otro tipo de responsabilidades, como ocurre en los errores de los abogados. Que haya indemnización no supone que la responsabilidad haya cesado si la reparación total no se ha producido y, por tanto, el perjudicado ha perdido algo tras el siniestro que no podrá recuperar. ¿Cómo pedirle comprensión a la víctima de un siniestro si no entiende por qué ha salido perdiendo tras la ocurrencia del mismo? ¿Por qué soportar un daño provocado por un tercero?

Veamos la siguiente sentencia:

Por lo que podemos leer en revistamotera.com, la sede en Vigo de la Audiencia Provincial de Pontevedra acaba de sentar un precedente en nuestro país, obligando a una aseguradora, concretamente Mapfre, a abonar casi la totalidad del importe de la reparación de un vehículo siniestrado.

Hasta ahora, las aseguradoras se amparaban en un supuesto enriquecimiento del asegurado por, como decimos, supuestamente, recibir una contraprestación superior a la que le correspondería en casos de siniestros. Las aseguradoras se defendían alegando que “si el valor de reparación del vehículo siniestrado es muy superior al valor que tenía en el mercado en el momento del accidente, pagarla íntegramente resultaría en una operación antieconómica para la aseguradora e injustamente beneficiosa para el asegurado”.

Sin embargo, la Audiencia de Pontevedra, ha sentenciado en sentido opuesto en el caso concreto de un usuario que sufrió una colisión teniendo contratado un seguro que le cubría los daños propios con franquicia de 600€. Los daños del vehículo reparado tuvieron un coste de 6.913€, por lo que el usuario reclamó a la aseguradora los 6.913€ restantes. No obstante, el informe del perito estableció el valor de mercado del vehículo en el momento del accidente en 2.500€.

A través de una denuncia tramitada a través de Eurosiniestro, y tras el fallo a favor del asegurado, Mapfre resultó condenada a pagar casi el total de la reparación (5.682,82€). Recurrieron amparándose en la mencionada teoría del enriquecimiento injusto, pero el recurso fue desestimado por el juez en base a que: “habría enriquecimiento indebido (...) si por el lógico progresivo desgaste del vehículo, el asegurado gozase de una paulatina reducción de la prima ordinaria (...) Pero si el tomador está pagando la misma prima de seguro, de limitarse la y indemnización al valor de mercado del vehículo asegurado, habría una evidente falta de correspondencia entre el interés asegurado y aquella prima, y a la postre, un palmario enriquecimiento de la compañía de seguros”.

De hecho, comparando el importe de las primas que abonaba el asegurado, 905,94€ anuales, con el importe que la aseguradora estableció como valor del vehículo en el momento del accidente, 1.500€, el importe de la prima que le estaba cobrando a su cliente era, cada año, más del 50% del valor de su vehículo.

La Audiencia de Pontevedra refrenda esta tesis cuando dice: “*es falso que se produzca un enriquecimiento injusto a costa de la aseguradora cuando el cliente solicita que se le abone la reparación del daño de su vehículo. Al contrario, lo que viene produciéndose es un injusto y antisocial enriquecimiento de las aseguradoras a costa de los asegurados*”, afirmaba Carlos Rial, director jurídico de EuroSiniestro, quien añadió: “*Esperamos que esta resolución de la Audiencia de Pontevedra sienta un precedente, hasta el punto de que desaparezca de una vez esta doctrina, de la que han venido abusando las compañías de seguros en España para privar de justas indemnizaciones a los ciudadanos*”.

En los seguros de autos cuando un menor de la edad por la que está penalizado (25 años por ejemplo) alcanza dicha edad, el asegurador, de forma automática, adapta la prima a su nueva condición (aunque esta dinámica de gravar a los menores ha quedado en entredicho a por STS Sala 1ª de 20 Noviembre 2014. Salas Carceller). Lo mismo ocurre en los seguros de salud cuando el asegurado pasa de uno a otro tramo de edad. ¿Porqué no adaptar la prima a la antigüedad de la moto si se conoce? Es cuestión de crear otra “ventana” en el programa informático. Aducen que los daños parciales se indemnizan a valor de reposición pero se llega al absurdo, en el caso de siniestro total, de estar pagando una prima por encima del valor venal del vehículo. O de estar pagando por una máquina a la que con el paso de los años y por

antigüedad se le da un valor residual. Si cuando se contrata, y acudiendo al artículo 29, se pacta un valor de la maquinaria en el momento de la contratación, en los años venideros se adaptaría capital y prima, evitándose estos desequilibrios.

Los talleres denuncian a Competencia por no investigar pactos entre aseguradoras.

El Gremio de Talleres de Barcelona ha presentado un recurso contencioso en la Audiencia Nacional contra la decisión de la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia (CNMC) de archivar la denuncia que se presentó con la Unión de Consumidores de Cataluña (UCC), contra la práctica de las aseguradoras de Autos de calificar como “siniestro total” los daños de indemnización a los conductores perjudicados en un accidente de circulación sufridos por culpa de otro, publica posventa.com.

Argumenta que “sus propias compañías les ofrecen a esos perjudicados una indemnización por el importe del valor venal, cuando, según la ley y las propias recomendaciones de la DGSFP y de los tribunales, el perjudicado tiene derecho a cobrar, no sólo el valor venal, sino toda la reparación o, al menos, el importe de la compra de otro vehículo igual, como valor de mercado más un valor de afección”.

El Gremio y la UCC han detectado la generalización de esta práctica abusiva que, sólo en Barcelona, genera cada año más de 7.000 casos, con más de 10 millones de euros que, según los denunciantes, los perjudicados no reciben de la debida reparación de su automóvil con cargo al seguro obligatorio que todos los titulares pagan. “La propia compañía que le ha de defender le da una información incierta, confundiendo el valor venal con el valor de mercado que indica la DGSFP”, insisten²⁹.

Se debería acudir a valores estimados y pactados ya que la Ley evita los abusos en sus artículos 27 y 28³⁰.

Cuando el tomador desea contratar una póliza es habitual que el asegurador le someta a un cuestionario que además de permitirle conocer las características del riesgo lo cuantifique. Pero dichos cuestionarios no tienen en cuenta la posible depreciación cuando se trata de maquinaria. La vida media en función de: los años, revoluciones, horas de trabajo,.... Y la amortización fiscal según las necesidades o intereses económicos o es paralela a la vida útil de la máquina. Hay máquinas que por su singularidad tienen una vida media que no puede estandarizarse. Máquinas

²⁹ Fuente: Redacción Grupo Aseguranza- 01/12/2014

³⁰ **Artículo veintisiete:** “La suma asegurada representa el límite máximo de la indemnización a pagar por el asegurador en cada siniestro”.

Artículo veintiocho: “No obstante lo dispuesto en el artículo veintiséis, las partes, de común acuerdo, podrán fijar en la póliza o con posterioridad a la celebración del contrato el valor del interés asegurado que habrá de tenerse en cuenta para el cálculo de la indemnización. Se entenderá que la póliza es estimada cuando el asegurador y el asegurado hayan aceptado expresamente en ella el valor asignado al interés asegurado. El asegurador únicamente podrá impugnar el valor estimado cuando su aceptación haya sido prestada por violencia, intimidación o dolo, o cuando por error la estimación sea notablemente superior al valor real, correspondiente al momento del acaecimiento del siniestro, fijado pericialmente”

hechas “ex profeso” para una actividad. Que necesitan de la pericia del constructor y que a veces se construyen con un único fin y para un determinado tiempo. Por ej.: las tuneladoras del metro. Se construyen para su uso durante los años que dura la obra. Para el metro de otra ciudad ya no sirven o pueden no servir. Un siniestro el segundo año cuando la obra está programada para cuatro años ¿supone una amortización del 25% anual? ¿Dependerá de los kms. sin tener en cuenta la dificultad de cada tramo? ¿Y si la obra se retrasa? Hablamos de una máquina única. Su sustitución sería imposible a corto plazo. No se trataría sólo de acudir a la pérdida de beneficios o a un seguro de caución que traten de paliar las consecuencias de la interrupción de las obras. Hablamos del objeto en sí mismo. De su importancia y utilidad en el momento del siniestro. ¿Sería lo mismo si ocurriera el primer año que el cuarto?

Por otro lado, cuando en el cuestionario nos preguntan por la valoración del continente y contenido, incluso, determinando las partidas de mobiliario, maquinaria y existencias, no hay unanimidad a la hora de asegurar algo como continente o contenido, como ya hemos visto.

La dificultad aumenta atendiendo si se contrata: “a valor real”, “a valor de nuevo”, “a valor de reposición”. O, como ocurre en los seguros de industrias que, aunque asegures “a valor de reposición”, en el caso de la maquinaria y equipos electrónicos se cubrirá dependiendo si la antigüedad supera los 10, 15 ó 20 años según la póliza. El “valor de nuevo” que mejora el valor real en un porcentaje no es mismo porcentaje en todas las pólizas. ¿Estaríamos ante una cláusula limitativa? Las distintas formas de valoración conllevan a una mayor confusión. La depreciación para ¿calcular el valor real en función de la vida útil? ¿Distinguimos útil y utilidad?

Distingamos valor asegurado y valor asegurable:

- *“El valor asegurado indica la suma asegurada por la cual se ha realizado el contrato de seguro”³¹.*

- *“El valor asegurable es el valor del interés en el momento de la conclusión del seguro y supone el valor máximo por el cual se asegura este bien”³².*

El valor asegurable, en el campo de los seguros: *“Valor por el que se suscribe el seguro de un bien después de que éste ha sido evaluado objetivamente”³³.*

Formas de valoración:

- Valor estimado o Valor convenido: *Estipulación que se inserta en una póliza, mediante la cual se atribuye al objeto asegurado un determinado valor cuyo importe será el que deba satisfacer el asegurador en caso de siniestro, sin aplicación de la regla proporcional. Un ejemplo de valor convenido es el seguro a primer riesgo.³⁴*

- Valor pactado (Seguros de Hogar): *Es el sistema de valoración a través del cual el asegurador, si el cliente declara correctamente los metros cuadrados de su vivienda establecerá en base a sus criterios de valoración, las sumas aseguradas. Si*

³¹ Veiga Copo. *Tratado del Contrato de Seguros Seguros*. Editorial Civitas 2009. p. 148.

³² Gasperoni, *Le Assicurazioni*, cit.,pág. 98

³³ Fuente: *Diccionario de Deloitte*

³⁴ *Diccionario Mapfre de Seguros*

*el cliente acepta estas sumas aseguradas, el asegurador se compromete a no aplicar la Regla Proporcional.*³⁵

Se trataría de valorar el interés asegurable en el momento previo a la ocurrencia del siniestro, algo que obligaría a un dinamismo en las comunicaciones entre tomador o asegurado y asegurador. Actualizar las cuantías en función de las modificaciones sin esperar a la renovación. La revalorización de capitales es insuficiente a menudo y cuando han pasado varios años es claramente deficiente. Pero difícil resulta para el mediador y el asegurador obtener una respuesta de actualización por parte del tomador o asegurado cuando le somete a la pregunta, especialmente en particulares.

En los seguros de hogar, a diferencia de los industriales, no existe una contabilidad ni un cuadro de amortización, que ya hemos dicho no es paralelo a la vida útil del objeto asegurado. Es difícil para un particular valorar correctamente el contenido de su hogar. No se suelen guardar facturas ni recordar lo que se pagó por cada objeto y, más, si la compra se realizó aprovechando una oferta. Qué hacer si el siniestro es parcial y el objeto está descatalogado. Si pensamos en un posible siniestro total la pregunta es obvia: ¿cuánto dinero haría falta para reponer el contenido? Solo en el caso del continente hay aseguradoras que recomiendan un precio por metro cuadrado o se puede acudir a los precios orientativos de los colegios de arquitectos o de aparejadores. Sin embargo, estos criterios, no son tenidos en cuenta cuando interviene una entidad financiera que valora el inmueble en función del valor de la hipoteca dando lugar en numerosos casos a situaciones de sobreseguro o infraseguro. Algunas hipotecas recogen tres valores: “valor tasación hipotecario”, “valor coste de reemplazamiento bruto” (equivalente al valor de la vivienda sin suelo pero teniendo en cuenta las características de la vivienda, situación, calidades, elementos subjetivos, etc.) y “valor mínimo del seguro de daños”. Este conjunto de valores ayuda a la concesión del crédito hipotecario. ¿Porqué no contemplarlos en general a la hora de asegurar?

En el seguro marítimo se asegura el bien por su valor actual o de mercado influyendo el flete, permisos, gastos de los transitarios,...., algo no tenido en cuenta al asegurar un inmueble. No considerando, en general, si los gastos de desescombros (recordamos el siniestro del edificio Windsor), los permisos, planos de reconstrucción,...., son suficientes a la hora de valorar la reconstrucción del inmueble. En estos casos podríamos incluir un valor pactado siguiendo unos criterios técnicos. No un valor estimado.

Pero porqué no tener en cuenta el artículo 28 y que las partes pacten el valor estimado ante la imposibilidad de que la reconstrucción y los gastos previos que conlleven puedan conocerse con exactitud. Cuántas veces el asegurador propone una empresa de desescombros con la que tiene pactadas unas tarifas y que el tomador prefiera otra empresa que le de más garantías o pueda formar mejor equipo con el constructor.

Discutíamos precisamente este hecho en un incendio hace unos dos años en Ojén. Ardieron miles de hectáreas. El 100% del contenido ardió quedando a salvo la

³⁵ *Diccionario de Seguros*

piscina y el muro que delimitaba la parcela. Se discutía el grado de afectación de los cimientos y pilares. Se propuso derribar el chalet. El asegurado prefería una empresa. La aseguradora otra. Más barata. El asegurado quería reconstruir exactamente la casa pero al aprovechamiento o no de los cimientos modificaba el coste final. Como mediadores propusimos restar al capital asegurado para continente el valor de la piscina y el muro perimetral a la espera de que tras el desescombro se evaluara la posible demolición. Se propuso valorar los dos escenarios posibles pero el perito de la aseguradora y ésta discutían el posible valor de reconstrucción tras siete años pagando por un capital que aseguraba el continente.

Lo que nos llevaría a replantearnos si el valor del inmueble debe ceñirse exclusivamente a su valor de reconstrucción y gastos complementarios necesarios. ¿Porqué dos pisos en la misma zona tienen el mismo valor por metro cuadrado? ¿O en el mismo edificio? ¿Usan los mismos materiales? ¿El mismo constructor? ¿Las mismas tarifas? El anteproyecto recoge una modificación que puede ser interesante según se interprete en lo que era el artículo 8 que pasa a ser el 10 e) en la nueva Ley: *“Suma asegurada o alcance de la cobertura, los criterios para la actualización de la suma asegurada, así como, en su caso, una estimación de la evolución de la suma asegurada”*.

En el caso del contenido no existe una relación de objetos del hogar, salvo aquellos de especial cuantía. Si se produce la desaparición de uno de ellos puede resultar imposible demostrar su preexistencia. No hay fotos. Ni factura,... deberemos acudir a uno de los principios sobre el que se sustenta el contrato de seguro: la *“Buena Fe”*. *“Uberrimae bonae Fidei”*. *Es un contrato de buena fe en el que el asegurador y tomador han de ser leales y honestos el uno para con el otro*”³⁶

Esta buena fe no la saben transmitir las aseguradoras, por eso hay asegurados que le da lo mismo asegurar en una u otra: *“nunca te pagan todo”*. A través de un mediador o de internet. Sin duda, es labor de la mediación explicar el contrato y, sobre todo, contribuir a que el riesgo quede perfectamente definido y cuantificado. Evitar infraseguros. Pero cómo esperar que te entiendan cuando le hablas de los sobreseguros en que incurren cuando intervienen las entidades financieras ya comentados. Las garantías y sus límites bien entendidos cuando los condicionados son complejos incluso para los empleados de las mismas aseguradoras. Pero la aseguradora, cuando propone una indemnización, debe hacerlo con la profesionalidad, lealtad, sencillez y claridad que le obliga la *uberrimae bonae fidei*. Sobre el deber de concreción sencillez y claridad nos habla Veiga Copo.³⁷

Pero en el siniestro que referí antes, en el que el mismo perito del asegurador a pesar de que reconocía que había ardiendo el 100% del contenido, que la causa fue un incendio originado a más de 20 km. y que los bomberos no dejaron entrar a nadie en la casa, exigía, para demostrar la preexistencia, un listado del contenido. La póliza se había contratado con un capital para contenido de 140.000 euros. Siete años después y con las revalorizaciones automáticas estaba en cerca de 160.000 euros. No había fotos, habían ardiendo. El asegurado de 78 años había enviudado meses antes. Cómo iba a valorar las pertenencias de su mujer y menos después de siete años. El

³⁶ Macdonald Eggers/Picken/Foss, *Buena Fe y Contratos de Seguros*, 2ªed., pág. 7.

³⁷ *El deber de concreción, claridad y sencillez en la redacción del condicionado en un contrato de seguros*”. *La Ley*, 1 de julio de 2005, pp.1 y ss.

perito se ofrecía a reconstruir el mobiliario y objetos de manera virtual para ver si llegaban a la cantidad que figuraba en contrato. El tramitador nos remitía al artº. 38 sin entender que se trataba de un siniestro total y, ante la sospecha de dolo, incumbe a la entidad aseguradora la carga de la prueba. Y si hay dolo no hay seguro. O sí, como veremos cuando hablemos del artº. 73.

Se olvida con frecuencia el artículo 29³⁸ y su importancia cuando un seguro tiene continuidad en el tiempo con la misma aseguradora. Algo que en los seguros de hogar ocurre con frecuencia.

Volvamos al siniestro del chalet de Ojén de D. Pedro. Se estipuló un precio cuando se contrató siete años antes. Los índices de revalorización (IPC;...) pueden ser insuficientes para adecuar el valor de la reconstrucción del inmueble. Lo que nos lleva a pensar que no debería aplicarse un índice general y sí uno particular. Qué tiene que ver que la vida suba porque lo hace la sanidad, los alimentos, el petróleo o tabaco con la revalorización de la construcción. El índice de revalorización es elegido por las aseguradoras y deben velar porque sea el adecuado para cada riesgo. Como ocurre con las tablas de mortalidad en los seguros de vida que tienen en cuenta aquellos factores relevantes en la salud o vida humana. En cambio el IPC, como otros índices, valoran otros parámetros que no tienen que ver con el riesgo a asegurar.

Por tanto, y volviendo al artículo 29, mientras la póliza esté en vigor, la revalorización de capitales que indica la póliza debería ser suficiente, al menos para el continente que a lo largo de los años puede no sufrir cambios en su naturaleza, salvo los arreglos propios del mantenimiento.

Leemos en el blog.génesis.es:

“¿Qué es la revalorización automática de un seguro de hogar?”

Con el paso del tiempo el valor de los objetos varía en dependencia de una serie de factores como el coste de la vida, la relación entre la oferta y la demanda, la antigüedad o el estado de conservación. Estos detalles pueden aumentar el valor de los inmuebles o disminuirlo y, en consecuencia, también varían los precios de los seguros de hogar”

Indica que influye el valor entre otros parámetros: “la oferta y la demanda”. ¡Cómo ceñirnos entonces a un valor “objetivo” por metro cuadrado! Veíamos en que en el valor hipotecado influye la localización,...

³⁸ **Artículo veintinueve:** “Si por pacto expreso las partes convienen que la suma asegurada cubra plenamente el valor del interés durante la vigencia del contrato, la póliza deberá contener necesariamente los criterios y el procedimiento para adecuar la suma asegurada y las primas a las oscilaciones del valor de interés”.

El mecanismo de la revalorización automática:

“La revalorización automática sigue un principio bastante sencillo: las primas del seguro y, por ende las indemnizaciones del mismo, se adecuarán a las variaciones de valor del objeto asegurado, ya se refiera al contenido o el continente”. Hablamos de cantidades ya aseguradas no de nuevas incorporaciones al contenido o ampliaciones o mejoras del continente. Se aplica algún índice de revalorización como el Índice General de Precios al Consumo. Estos índices publicados por el Instituto Nacional de Estadística permiten conocer las variaciones de los precios de una serie de productos considerados básicos para conocer cómo ha subido el costo de la vida y *“la relación entre la oferta de los productos y la demanda de los mismos”*. *“A partir de este índice, se recalcula el seguro de hogar, ajustando el valor del inmueble a las características reales del mercado”*.

Sabemos que no es cierto. Que los índices de revalorización no son suficientes ya que utilizan distintos parámetros que no tienen que ver con los muebles e inmuebles. Estos años de crisis el IPC general ha subido, pero las viviendas no han subido. Pero sí han podido subir partidas del contenido valoradas como joyas u objetos de valor. Por ello, el índice de revalorización debería tener en cuenta aquellas partidas que exclusivamente afectan al riesgo y están relacionadas con los elementos constructivos o del contenido con especial atención de aquellos cuyos precios fluctúan como el oro.

El índice de revalorización debe ser el adecuado en caso de que sea variable, como es habitual en los contratos de seguros; o un índice pactado, menos habitual pero que podría ser el ideal a la hora de valorar una maquinaria. Un índice pactado de depreciación o de revalorización negativo. Si bien, debería tenerse en cuenta la inversión en bienes nuevos. En el siniestro del incendio referido, no debió discutirse después de siete años el valor asegurado habiendo aplicado el índice de revalorización que el asegurador consideró en póliza. Asegurado y asegurador deben ir de la mano sobre todo cuando se trata de contratos por un año con sus renovaciones. Han podido haber siniestros parciales que faciliten, con la presencia del perito, el conocimiento del riesgo. O bien, si se trata de cantidades elevadas, el asegurador puede mandar técnicos que evalúen el riesgo, como hacen de forma habitual en comercio y pymes. Se trataría, además, como ya hemos comentado, de objetivar el valor teniendo en cuenta los factores ya mencionados de: necesidad, importancia o utilidad. O de carácter único e irremplazable.

Hemos leído que en los índices de revalorización se contempla el valor de mercado. Algo que no se tiene en cuenta en la objetividad del valor del bien. Se discute con las aseguradoras el “descabalamiento”. No cabe duda que incide en el valor del mercado. El ejemplo del hogar que pierde la uniformidad del parqué. El del vehículo que ha sufrido un siniestro de importancia y cuando quiere venderlo no alcanza el precio de mercado que indica Ganvam, por ej. Sin embargo el asegurador entiende que una vez pagada la reparación del vehículo ha restituido el bien a su estado anterior al siniestro.

Por eso debemos defender no sólo la generalización del valor estimado en seguros de hogar y valor pactado en el caso de comercios y pymes, sino también,

exigir que el descabalamiento se considere en los contratos de seguros como práctica habitual y no sólo cuando se trata de colecciones que quedan huérfanas de alguna pieza. No hablo solo de un descabalamiento objetivo, también subjetivo, donde se tenga en cuenta la necesidad e importancia del bien para satisfacer las necesidades para las que fue adquirido el objeto dañado o perdido, como en el caso de vehículo del minusválido.

III B.- RIESGOS CON MÁS DE UN SEGURO

Cuando abordamos la problemática de la existencia de más de un seguro sobre el mismo interés, el primer problema que nos encontramos es en la interpretación de seguro múltiple y del coaseguro a los que se refieren los Artículos 32 y 33³⁹. Si leemos detenidamente el Artículo 32 vemos que habla de: “dos o más contratos”, “distintos aseguradores”, “mismo riesgo”, “mismo tomador”, “mismo interés” e “idéntico período”. Si analizamos lo que sucede en la realidad veríamos que no es lo común lo cual motivaría que no se pagara ningún siniestro ya que en el caso de la concurrencia de seguros suele haber distinta identidad en el caso de los tomadores.

Pero de nuevo interviene el CC cuando dice en su artículo 4.1 del Código Civil EDL 1889/1 que *“procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”*, y dice la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1995 que es *“doctrina pacífica de esta Sala”* la exigencia a diferencia del coaseguro donde nos habla de: “uno o varios contratos”, “mismo interés, riesgo y tiempo” pero sobre todo: “previo acuerdo” entre los aseguradores respecto a su “cuota de participación”. Antes de seguir quisiera hacer mención del término analogía que comentaré más adelante. Simplemente incido una vez más en las dificultades del asegurado cuando asegura algo que se interpreta por analogía cuya casuística desconoce. Como indica la SAP de Valencia, sección 11^a, de 28 de marzo de 2012, 199/2012 cuando habla que en una comunidad de propietarios hay “responsabilidad solidaria” aunque los tomadores sean distintos: *“...ha de significarse que excepcionalmente, se admite por la doctrina que también exista un seguro múltiple concertado por varios tomadores cuando exista una pluralidad de intereses subjetivos objeto de un mismo aseguramiento, como sucede con los copropietarios de una Comunidad de Propiedad Horizontal sobre las cosas comunes...”*. Y me pregunto: ¿no ha podido modificarse el artículo 32 en todos estos años como para tener que acudir a juzgar o interpretar por analogía? En el

³⁹ **Artículo treinta y dos:** “Cuando en dos o más contratos estipulados por el mismo tomador con distintos aseguradores se cubran los efectos que un mismo riesgo puede producir sobre el mismo interés y durante idéntico período de tiempo el tomador del seguro o el asegurado deberán, salvo pacto en contrario, comunicar a cada asegurador los demás seguros que estipule. Si por dolo se omitiera esta comunicación, y en caso de sobreseguro se produjera el siniestro, los aseguradores no están obligados a pagar la indemnización. Una vez producido el siniestro, el tomador del seguro o el asegurado deberá comunicarlo, de acuerdo con lo previsto en el artículo dieciséis, a cada asegurador, con indicación del nombre de los demás. Los aseguradores contribuirán al abono de la indemnización en proporción a la propia suma asegurada, sin que pueda superarse la cuantía del daño. Dentro de este límite el asegurado puede pedir a cada asegurador la indemnización debida, según el respectivo contrato. El asegurador que ha pagado una cantidad superior a la que proporcionalmente le corresponda podrá repetir contra el resto de los aseguradores. Si el importe total de las sumas aseguradas superase notablemente el valor del interés, será de aplicación lo previsto en el artículo treinta y uno”

Artículo treinta y tres: “Cuando mediante uno o varios contratos de seguros, referentes al mismo interés, riesgo y tiempo, se produce un reparto de cuotas determinadas entre varios aseguradores, previo acuerdo entre ellos y el tomador, cada asegurador está obligado, salvo pacto en contrario, al pago de la indemnización solamente en proporción a la cuota respectiva. No obstante lo previsto en el párrafo anterior, si en el pacto de coaseguro existe un encargo a favor de uno o varios aseguradores para suscribir los documentos contractuales o para pedir el cumplimiento del contrato o contratos al asegurado en nombre del resto de los aseguradores, se entenderá que durante toda la vigencia de la relación aseguradora los aseguradores delegados están legitimados para ejercitar todos los derechos y para recibir cuantas declaraciones y reclamaciones correspondan al asegurado. El asegurador que ha pagado una cantidad superior a la que le corresponda podrá repetir contra el resto de los aseguradores”..

Anteproyecto no aparece modificación alguna sin llegar a comprender que si los aseguradores pleitean con frecuencia ante la disparidad de criterio y el asegurado se sorprende que habiendo contratado dos seguros sobre el mismo interés esto suscite una controversia que no existe cuando hay un solo seguro. ¿A quién puede interesar la redacción actual del artículo 32? No digo que al asegurador, pero volvemos a que es el que tiene: medios jurídicos, técnicos, económicos y tiempo. Además de no ser el que ha sufrido el siniestro. Este punto, en el que insisto una y otra vez, debe ser la mayor motivación a la hora de indemnizar ya que el daño que uno sufre, al igual que su dolor, es del que lo sufre y no puede ser relegado en relación a la indemnización. Por ello reclamamos celeridad a la hora de indemnizar y para ello es fundamental que las partes intervinientes del contrato tengan claro sus obligaciones y derechos resultando curioso para el consumidor, que el que redacta el contrato no sepa bien a qué atenerse ni parece urgir al legislador a que clarifique el alcance de la cobertura.

Veamos como Nuria García Palacios⁴⁰ define, los condicionantes que deben coincidir para que la ley entienda que se trata de una concurrencia de seguros:

1.- Que un mismo tomador, a iniciativa propia, celebre dos o más contratos de seguro con distintas aseguradoras y por lo tanto, sin conocimiento previo y consiguientemente, sin previo reparto de cuotas entre las mismas.

2.- Que dichas pólizas cubran los efectos que un mismo riesgo puede producir sobre el mismo interés asegurado, entendiendo por tal interés asegurado, según lo define la doctrina actual, la relación entre un sujeto (el asegurado) y un objeto (el bien asegurado) susceptible de valoración económica.

3.- Que las diferentes pólizas, cubran dichos efectos durante el mismo periodo de tiempo.

4.- Que la obligación de indemnizar sea simultánea, no sucesiva (en caso contrario no habría concurrencia de seguros).

Es inevitable cuando hablamos de concurrencia de seguros, relacionar el seguro múltiple, también llamado coaseguro impropio, con el coaseguro, regulado en el artículo 33 de la Ley de Contrato de Seguro, que dice “*cuando mediante uno o varios contratos de seguros, referentes al mismo interés, riesgo y tiempo, se produce un reparto de cuotas determinadas entre varios aseguradores, previo acuerdo entre ellos y el tomador, cada asegurador está obligado, salvo pacto en contrario, al pago de la indemnización solamente en proporción a la cuota respectiva.*”

No obstante lo previsto en el párrafo anterior, si en el pacto de coaseguro existe un encargo a favor de uno o varios aseguradores para suscribir los documentos contractuales o para pedir el cumplimiento del contrato o contratos al asegurado en nombre del resto de los aseguradores, se entenderá que durante toda la vigencia de la relación aseguradora los aseguradores delegados están

⁴⁰ Abogada Responsable Unidad de Trámite Judicial y Lesiones del Área de Diversos-Particulares de Generali Seguros

legitimados para ejercitar todos los derechos y para recibir cuantas declaraciones y reclamaciones correspondan al asegurado. El asegurador que ha pagado una cantidad superior a la que le corresponda podrá repetir contra el resto de los aseguradores”.

En primer lugar, nos encontramos como elemento fundamental en el caso del coaseguro que hay un único contrato de seguro, con independencia de que se pueda formalizar en una o varias pólizas, siendo las distintas partes conocedores de su existencia. Distinto es el caso del seguro múltiple, en el que por definición existen varios contratos de seguro, con los problemas que ello conlleva en cuanto a la obligación de la indemnización por parte de cada compañía, siendo habitual el desconocimiento por parte de la aseguradora que ha hecho frente al pago en primer lugar de la existencia de otras pólizas y de sus capitales, que permitan conocer el sobreseguro existente y repetir contra las demás aseguradoras siendo legítimo su derecho a resarcirse de la parte que corresponda a las demás, evitando el enriquecimiento injusto de aquellas que teniendo la obligación de responder del daño quedan indemnes por desconocimiento de la primera sobre la que ha recaído la responsabilidad de cubrir e daño.

En segundo lugar, en el coaseguro, las cuotas de las que responderá cada aseguradora están pactadas previamente, mientras que en el caso del coaseguro impropio, una vez producido el siniestro, las aseguradoras concurrentes abonarán el siniestro en base a la suma asegurada por cada una de ellas, pudiendo variar la cuota de participación en función de cada suma asegurada y de esta forma conocer su porcentaje en el riesgo.

Habitualmente no hablamos del mismo tomador cuando hablamos de coaseguro impropio, seguro múltiple o concurrencia de seguros. El más habitual la concurrencia entre el seguro del hogar y la comunidad: dos tomadores diferentes. Es común que haya un seguro por parte del propietario y otro por parte del inquilino. Podemos encontrar un solo tomador en los casos de hipotecas en el que contrata un seguro para la entidad hipotecaria conforme a sus exigencias (únicamente continente o solo incendio) y otro multiriesgo para continente y contenido para cubrir el riesgo de la forma que considere necesaria. En los dos primeros casos ocurre frecuentemente porque no hay confianza o seguridad entre los tomadores. En el primer caso se desconoce la existencia o alcance de la póliza de la comunidad. Qué cubre o debe cubrir. Y, sobre todo, en lo referente a las partes comunes por lo que una vez más entramos en conflicto con otras leyes. Veamos:

El C.C.⁴¹ dice *"los diferentes pisos o locales de un edificio o las partes de ello susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública podrán ser objeto de propiedad separada"*.

La L.P.H⁴² dice que en el régimen de propiedad establecido en el artículo 396 C.C. corresponde al dueño de cada piso o local *"el derecho singular y exclusivo de*

⁴¹ Artículo 396

⁴² Artículo 3

propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, con los elementos arquitectónicos e instalaciones de todas clases, aparentes o no, que estén comprendidos dentro de sus límites y sirvan exclusivamente al propietario". Por piso debemos entender aquella parte del inmueble constitutivo de una vivienda, y por local la que sirve para desplegar en ella una actividad comercial o industrial.

Sin embargo en el estudio de PONS GONZÁLEZ y DEL ARCO TORRES⁴³, se señala la distinción entre elementos comunes esenciales o por naturaleza y elementos comunes accidentales o por destino.

1. *Elementos comunes esenciales: Son aquellos indivisibles por la ley física y por tanto, su inclusión en la copropiedad es imperativa (ej. el suelo, los muros, los fosos, las escaleras, los ascensores y las canalizaciones) y su negociabilidad separada está también excluida en forma imperativa.*

2. *Elementos comunes accidentales: Son aquellos que se establecen como elementos comunes para la común utilidad de los vecinos, sin que ello sea necesario por ley física (ej. los garajes). Cabe que se dividan, enajenen, etc. Pero como ello supone una modificación del título constitutivo, requiere unanimidad. Este tipo de elementos comunes pueden perder, por tanto, su cualidad de tal, para convertirse en privativos.*

Podemos tener problemas a la hora de asegurar y, sobre todo, los anejos si el cuestionario no recoge preguntas sobre garajes reconvertidos en trasteros o zonas comunes reconvertidas en trasteros Y más si se encuentran en un edificio aledaño. Artículo 3 de la L.P.H., *"Debe entenderse por anejo aquella parte, situada fuera del perímetro de la vivienda o local, sobre la que, por previsión expresa del título constitutivo, se extiende también la propiedad exclusiva del dueño de la parte privativa, de la que es accesoria".* Cabe decir que la doctrina no es pacífica respecto del carácter de los anejos. Parte de la doctrina los califican como elementos comunes y otra parte como elementos privativos. Art. 396 *"Las partes en copropiedad no son en ningún caso susceptibles de división y sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte determinada privativa de la que son **anejo inseparable**".*

Antonio Climent Gallart nos comenta las características de estos elementos comunes:

- Indivisibilidad: Conforme el ya citado artículo 396 C.C. *"las partes en copropiedad no son en ningún caso susceptibles de división".*
- Inseparables de la parte privativa: *"Sólo podrán ser enajenados, gravados o embargados juntamente con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable" (art. 396 C.C.)*

⁴³ Régimen jurídico de la Propiedad Horizontal, Comares, Granada, 2000, páginas 66 y 67.

- Presunción de elemento común: Si pertenecen a la entidad registral y no están atribuidos a pisos o locales determinados y no existiendo título en contra, se presumen como elemento⁴⁴

Nos encontramos con la dificultad de qué asegurar a través del seguro de la comunidad o a través del seguro de hogar. Una solución sería mencionarlos en las pólizas y evitar, no solo el infraseguro, si no, las exclusiones. O tenerlo en cuenta en caso de siniestro. Pero ¿y si no hay uno de los dos seguros? ¿Cómo asegurar correctamente si las definiciones de la póliza no son claras?

El siguiente problema ya mencionado es el desconocimiento, en muchos casos, de la existencia de un seguro comunitario, sobre todo en aquellas comunidades con gran número de vecinos. En estos casos los peritos suelen preguntar al administrador de la finca. No obstante, en numerosas ocasiones, el asegurado de la vivienda desconfía de que el seguro de la comunidad pueda estar pagado o actualizado en sus capitales o garantías, por lo que asegura independientemente de que haya un seguro comunitario, no habiendo intención de sobreasegurarse. Como dice la SAP de Barcelona, sección 16ª de 30 de marzo de 2009: “... *lo trascendental en la regulación del artículo 32 LCS es la realidad del sobreseguro y no la figura del contratante, de manera que cabe admitir la situación de seguro múltiple cuando, a pesar de ser distintos los tomadores, existe una pluralidad de intereses subjetivos objeto de un aseguramiento....*”. Pero en ocasiones, el propio asegurado recela de la conveniencia de comunicar la existencia de un seguro comunitario ante los dos problemas que se le crean:

1º.- Intervención de un perito por cada seguro. Lo que supone sendas visitas y preguntas. Que intervenga la empresa reparadora de uno de ellos en contra del criterio del otro. No hay referencias en el Contrato de Seguro, ni en la interpretación en la lectura de la Ley 50/1980 se hace referencia en el caso de un siniestro, que existiendo concurrencia de seguros (por ejemplo de hogar y comunidad) qué perito debe atender el siniestro. Es muy común que cuando un perito designado por la aseguradora de la comunidad interviene en primer lugar remita al perjudicado a su póliza de hogar, para que su asegurador le atienda y posteriormente reclame al causante. Con lo que ya tenemos al asegurado incómodo, molesto y preocupado.

2º.- Interpretación de la póliza: valor a nuevo; valor de reposición a nuevo; incluso valor real en el seguro de comunidad en algunos casos.

En el seguro marítimo ocurre con frecuencia que la mercancía es asegurada por: el armador, el propietario de la mercancía y el consignatario. Perita y paga el que se considere principal o primera en la contratación repitiendo frente a los demás.

Se desconoce que ciertas entidades financieras tienen asegurados sus bienes, al menos en un porcentaje, por si incumple el propietario del inmueble en el pago de su seguro. Igual que llevan a reservas un porcentaje de posibles fallidos, aseguran una partida innominada para cubrir el riesgo. Algo que al ser desconocido no puede

⁴⁴ Noticias jurídicas junio 2001.

ser utilizado para compartir el siniestro. Por lo que debería haber un registro de seguros de hogar que facilite la intervención de todas las aseguradoras.

La principal preocupación del asegurador y del legislador es que se produzca enriquecimiento injusto por parte del asegurado al cobrar de dos aseguradores o evitando situaciones de sobreseguro como indica la SAP de Barcelona 324/2011 de 7 de junio de 2011 que *“motiven un enriquecimiento injusto, pero que en caso contrario en el que solo interviene un asegurador el otro se lucraría”*. No hablaríamos solo de la posibilidad de enriquecimiento injusto por parte del asegurado también del asegurador que no participara con su proporción correspondiente.

3º.- Otro conflicto como bien apunta Nuria García Palacios, ya mencionada, es el conflicto en el caso que uno de los aseguradores repita contra uno de los asegurados causante del siniestro. Por ej.: un comunero con su seguro de hogar en caso de incendio que afecte a la comunidad. El seguro de la comunidad repita contra el vecino y su seguro. O más allá, que el vecino no tuviese seguro en relación con el artº 43 de la LCS⁴⁵.

En este mismo artículo vemos que uno no puede ir contra sí mismo. El asegurador no puede subrogarse. *“Obligación del asegurador de reparar los daños producidos” “sin que haya acreditado la hoy actora, haya pagado cantidad superior a la que proporcionalmente le corresponda que es lo que únicamente puede repetir contra los demás aseguradores”*. Sin embargo, no parece clara la capacidad de ejercitar la acción de subrogación en los casos de responsabilidad de un comunero, con respecto a la comunidad o a otros comuneros, a través de la póliza de responsabilidad civil de la comunidad.

En este sentido la sentencia 557/2011 dictada por la AP Salamanca, sección 1ª, de 30-2-2011, recurso n.º 209/2011 (Ponente Sr, JOSÉ ANTONIO VEGA BRAVO), hace referencia a la posibilidad de aplicación analógica del artículo 32 de la LCS en su fundamento de derecho Tercero, que dice: “De este criterio es exponente la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 7ª) de 8 de mayo de 2001, que se recoge en el recurso de apelación, ... ”En primer lugar, cabe efectuar una interpretación teleológica o finalista de la norma en discusión. Sistemática que obliga a considerar el ordenamiento jurídico como un todo orgánico

⁴⁵ **Artículo cuarenta y tres:** *“El asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente las personas responsables, del mismo, hasta el límite de la indemnización. El asegurador no podrá ejercitar en perjuicio del asegurado los derechos en que se haya subrogado. El asegurado será responsable de los perjuicios que, con sus actos u omisiones, pueda causar al asegurador en su derecho a subrogarse. 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. Pero esta norma no tendrá efecto si la responsabilidad proviene de dolo o si la responsabilidad está amparada mediante un contrato de seguro. En este último supuesto, la subrogación estará limitada en su alcance de acuerdo con los términos de dicho contrato.*

En caso de concurrencia de asegurador y asegurado frente a tercero responsable, el recobro obtenido se repartirá entre ambos en proporción a su respectivo interés.

–como también dijo esta Sala en las SS de 14 junio 1944, 25 enero 1945 y 22 noviembre 1956, entre otras”.

Resulta decepcionante que a pesar de los problemas que suscita este artículo, el anteproyecto de la nueva Ley no recoja modificación alguna que ayude a aclarar mejor en qué caso hay concurrencia de seguros sin acudir a la analogía. Así como, el alcance de la responsabilidad civil de un comunero frente a la comunidad o a otros comuneros ya que podría darse el caso que el comunero responsable del daño pudiese ampararse en la póliza de responsabilidad civil de la comunidad.

IV. INFRASEGURO Y REGLA DE EQUIDAD

Cuando buscamos referencias a la regla proporcional en la LCS acudimos al artículo 30⁴⁶, pero no ocurre lo mismo cuando queremos conocer la forma de aplicar la regla de equidad, la cual se aplica cuando hay insuficiencia de primas a diferencia de la regla proporcional que se emplea cuando hay insuficiencia de capitales. Los artículos 10 y 11 refieren la obligación del tomador de declarar sobre el cuestionario o sobre agravaciones del riesgo, respectivamente. El problema surge cuando se aplican una regla de equidad y el asegurado desconoce por qué le aplican un porcentaje determinado quedando una vez más en situación de desventaja frente al asegurador que es quien la aplica sin saber el asegurado el porqué de la aplicación de un determinado porcentaje.

*“...la adecuada determinación del alcance de la reducción de la indemnización se encuentra completamente subordinada al correcto cálculo de la nueva prima que tendría que ser abonada en función de la entidad real del riesgo no declarado.... No basta con aportar el resultado que arrojen las operaciones del cálculo de la nueva prima, sino que es necesario demostrar que dicho cálculo se adecúa a la entidad real del riesgo...”*⁴⁷. Javier García de la Serrana⁴⁸ extrae varias conclusiones de esta sentencia:

- Para disminuir la cuantía indemnizatoria por una falta de comunicación del riesgo asegurado,....., no es necesario la concurrencia de mala fe del tomador o asegurado.

- En los casos que no coincidan la figura del tomador, del asegurado y del conductor, en modo alguno servirán para liberar al tomador de seguro o asegurado de su obligación de comunicar...

- El hecho de que transcurra un leve lapso de tiempo desde que se produce el cambio del riesgo asegurado y el siniestro, no exonera al tomador o asegurado de su obligación de comunicación.

Obligación probatoria que se exige a las aseguradoras en estos casos para determinar el porcentaje de reducción,....., bastará que la compañía aporte otras pólizas en vigor contratadas a otras personas con situaciones similares de riesgo, para comprobar la prima estipulada”.⁴⁹ Insisto en este último punto ya que las aseguradoras se resisten a ello. Actualmente las tarifas de las aseguradoras son, en la mayoría de los casos, orientativas ya que están sujetas a variaciones continuas en función de descuentos, campañas promocionales, de fidelización o, simplemente, la

⁴⁶ **Artículo 30:** “Si en el momento de la producción del siniestro la suma asegurada es inferior al valor del interés, el asegurador indemnizará el daño causado en la misma proporción en la que aquella cubre el interés asegurado. Las partes de común acuerdo, podrán excluir en la póliza, o con posterioridad a la celebración del contrato, la aplicación de la regla proporcional prevista en el párrafo anterior”.

⁴⁷ SAP de A Coruña de 8 de octubre de 2013 (Sección 5ª).

⁴⁸ García de la Serrana, Javier. 2013. “Aspectos a tener en cuenta para aplicar la denominada “Regla de Equidad” del artículo 11 de la LCS”. *Revista de Responsabilidad civil, circulación y seguro*. 11: 38

⁴⁹ Artículo aparecido en la revista RC en su nº 11 de diciembre de 2013.

necesidad de cubrir presupuestos. Pero una vez más volvemos a comentar situaciones que se resuelven en los juzgados con criterios semejantes.

El caso que vamos a comentar a continuación está basado en un siniestro real en casa de D. Guillermo el cual sufrió un incendio en la cocina de su casa y se encontró con estas tres situaciones adversas por parte del asegurador:

❖ La tasación. No contemplaron los gastos de ejecución, proyecto, dirección de obra, permisos, tasas e impuestos. D. Guillermo pensó que por esa cuantía lo haría una empresa contratada por el asegurador.

❖ Le aplicaron una regla de equidad del 60% porque tenía vigas de madera. Pidieron las tasas aplicadas y que debieron aplicar, pero no se las dieron (faltaron a la buena fe). Sin embargo, cuando pidieron un nuevo seguro que contemplara la existencia de vigas de madera la prima subió tan solo un 8%.

❖ El pago. Incumplieron los plazos del pago de cuantía mínima a los cuarenta días y de pago del total del siniestro antes de los tres meses. Y como es costumbre en numerosas aseguradoras, mandan un talón unido al finiquito indefectiblemente. En otras ocasiones mandan el finiquito aludiendo a que ya ha recibido el pago, cuando no se ha realizado pago alguno.

Se da la circunstancia, además, que en un siniestro anterior del techo acudió un perito de la misma aseguradora y en su informe hacía mención a la necesidad de reparar algunas vigas de madera, por lo que el riesgo era conocido. Aquél siniestro se pagó y el asegurador no acudió a los artículos 11 y 12 de la LCS⁵⁰ para proponer una modificación que hubiese evitado este conflicto. El abuso de posición del asegurador se da en las tres acciones:

1. El asegurador solo tiene en cuenta el valor de lo ardidado no el coste de su reposición con la instalación (no habla de infraseguro alguno).
2. El asegurado desconoce las tasas que aplican por incendio con o sin recargos.
3. No se hace un pago mínimo conocido, sino, que le mandan el finiquito para la firma sin el cual no hay posibilidad de cobrarlo.

⁵⁰ **Artículo 11:** “El tomador del seguro o el asegurado deberán durante el curso del contrato comunicar al asegurador, tan pronto como le sea posible, todas las circunstancias que agraven el riesgo y sean de tal naturaleza que si hubieran sido conocidas por éste en el momento de la perfección del contrato no lo habría celebrado o lo habría concluido en condiciones más gravosas.

Artículo 12: “El asegurador puede, en un plazo de dos meses a contar del día en que la agravación le ha sido declarada, proponer una modificación del contrato. En tal caso, el tomador dispone de quince días a contar desde la recepción de esta proposición para aceptarla o rechazarla. En caso de rechazo o de silencio por parte del tomador, el asegurador puede, transcurrido dicho plazo, rescindir el contrato previa advertencia al tomador, dándole para que conteste un nuevo plazo de quince días, transcurridos los cuales y dentro de los ocho siguientes comunicará al tomador la rescisión definitiva. El asegurador igualmente podrá rescindir el contrato comunicándolo por escrito al asegurado dentro de un mes, a partir del día en que tuvo conocimiento de la agravación del riesgo. En el caso de que el tomador del seguro o el asegurado no haya efectuado su declaración y sobreviniere un siniestro, el asegurador queda liberado de su prestación si el tomador o el asegurado ha actuado con mala fe. En otro caso, la prestación del asegurador se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiera aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo”.

4. No proponen en función del artículo 12 de la LCS modificación alguna al contrato en vigor, a pesar de ser conocedores de la agravación del riesgo.

En el incendio que referí de D. Pedro en Mijas, casi tres meses después mandaron un cheque de 120.000 euros en forma de finiquito. ¿Realmente era el mínimo conocido? Se cerró casi nueve meses después con la intervención de un segundo perito en más de 700.000 euros. Habiendo sido declarado el siniestro en un 90% de continente y un 100% de contenido. Casualmente, es la misma aseguradora que la de D. Guillermo aunque los riesgos se encuentran en distintas autonomías y sean de distintos clientes y mediadores.

En otras ocasiones hay una dificultad añadida cuando se aplica la regla de equidad sobre una parte del continente considerada contenido o viceversa. Con el agravante de que no hay acuerdo entre aseguradores, ni con el CC. No hay unanimidad al considerar ciertas partidas como continente o dentro del contenido. Pongo el ejemplo real de un transformador. Hay aseguradoras que lo consideran parte de la edificación. Otras, como ajuar industrial o, simplemente, formando parte del contenido. Ante un siniestro de robo tendría cobertura por contenido o ajuar industrial pero en caso de que formara parte del continente tendríamos que ver si la póliza contempla los “daños por robo” al continente o el “robo” de elementos del continente, o ambos. Si acudimos al C.C. y leemos los puntos que nos interesan respecto a la consideración de continente o inmueble: 3º *“Todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto”*

¿Qué puede entenderse por inmuebles?, se consideran inmuebles todos aquellos bienes considerados bienes raíces, por tener de común la circunstancia de estar íntimamente ligados al suelo, unidos de modo inseparable, física o jurídicamente, al terreno, tales como las parcelas, urbanizadas o no, casas, naves industriales, o sea, las llamadas fincas, en definitiva, que son bienes imposibles de trasladar o separar del suelo sin ocasionar daños a los mismos, porque forman parte del terreno o están anclados a él. Etimológicamente su denominación proviene de la palabra inmóvil. A efectos jurídicos registrales, en algunas legislaciones los buques y las aeronaves tienen consideración semejante a la de los bienes inmuebles.

Los Bienes Muebles son aquellos elementos de la naturaleza, materiales o inmateriales, que pueden desplazarse de forma inmediata y trasladarse fácilmente de un lugar a otro, ya sea por sus propios medios o por una fuerza interna o por una fuerza extraña y manteniendo su integridad.

Los Bienes Inmuebles son aquellos elementos de la naturaleza, que no pueden trasladarse de forma inmediata de un lugar a otro sin su destrucción o deterioro porque responde al concepto de fijeza”.

Según Endesa: ⁵¹“Un transformador es una máquina estática de corriente alterno, que permite variar alguna función de la corriente como el voltaje o la intensidad, manteniendo la frecuencia y la potencia, en el caso de un transformador ideal.

La importancia de los transformadores, se debe a que, gracias a ellos, ha sido posible el desarrollo de la industria eléctrica. Su utilización hizo posible la realización práctica y económica del transporte de energía eléctrica a grandes distancias”.

Según la RAE: “Un transformador es una máquina estática de corriente alterno, que permite variar alguna función de la corriente como el voltaje o la intensidad, manteniendo la frecuencia y la potencia, en el caso de un transformador ideal. Para lograrlo, transforma la electricidad que le llega al devanado de entrada en magnetismo para volver a transformarla en electricidad, en las condiciones deseadas, en el devanado secundario.

Consultado manuales al efecto se da otra definición: “Se denomina transformador a un dispositivo eléctrico que permite aumentar o disminuir la tensión en un circuito eléctrico de corriente alterna, manteniendo la potencia. La potencia que ingresa al equipo, en el caso de un transformador ideal (esto es, sin pérdidas), es igual a la que se obtiene a la salida. Las máquinas reales presentan un pequeño porcentaje de pérdidas, dependiendo de su diseño y tamaño, entre otros factores.

El transformador es un dispositivo que convierte la energía eléctrica alterna de un cierto nivel de tensión, en energía alterna de otro nivel de tensión, basándose en el fenómeno de la inducción electromagnética. Está constituido por dos bobinas de material conductor, devanadas sobre un núcleo cerrado de material ferromagnético, pero aisladas entre sí eléctricamente. El diccionario nos dice que un dispositivo es un: “componente, adaptador, alargador,...”.

Como vemos no encontramos unanimidad a la hora de definirlo, con lo es difícil asegurarlo correctamente. Un ingeniero industrial definía máquina como: algo que produce y, aparato: algo que consume.

Endesa habla de máquina, y el diccionario de dispositivo o aparato. Pensemos en las garantías en un seguro de pyme que habla de “daños eléctricos a aparatos” o “fenómenos eléctricos” cuando afecta a instalaciones fijas. Cuál sería la forma más adecuada de asegurar un transformador: como elemento fijo, como máquina, aparato, dispositivo,... Las coberturas son diferentes. ¿Se le puede exigir a un asegurado que valore correctamente dentro de continente o contenido en función de la aseguradora, del CC,... Tampoco entre los abogados, concedores del C.C., hay unidad de interpretación. ¿Cómo pedirle a un asegurado que haga “lo correcto”? Son diversas interpretaciones y todas pueden ser buenas. Si bien deberíamos distinguir si es un transformador del teléfono móvil o el transformador de una vivienda o máquina. Está en un poste o adosado a una construcción. Y como dice una de las definiciones:

⁵¹ Fuente: http://www.endesaeduca.com/Endesa_educa/recursos-interactivos/conceptos-basicos/funcionamiento-de-los-transformadores.

“transporte de energía eléctrica a grandes distancias”. Sin embargo, los contratos limitan la distancia del transformador “a 100 m. de la vivienda principal”. “A 300 m. de una construcción”,... ¿Esta distancia es “delimitativa” del riesgo o “limitativa” de los derechos del asegurado? ¿Dependerá de las características del transformador? ¿Puede entenderse que el transformador de una finca agraria esté a una determinada distancia de una vivienda o construcción cuando a veces no la hay? Normalmente están en los perímetros de la finca donde llega la corriente de la acometida principal. Pero también pueden estar junto a un motor de riego o en una casa.

Puede resultar sorprendente que despierte tanta polémica y se pueda escribir tanto de algo tan usual y necesario como un transformador y siga siendo difícil acertar cómo debe considerarse. Si tenemos en cuenta la “*uberrimae bonae fidei*” la duda debería favorecer al asegurado no solo por consideración al que sufre el daño, sino porque quien redacta el contrato debe ser muy claro respecto a lo que cubre y no cubre. Teniendo en cuenta que la mayoría de las pólizas tiene compensación de capitales no debería ser un grave perjuicio para ninguna de las partes considerarlo continente o contenido a salvo de las garantías de cada uno. Si consideramos que la obligación del asegurado es contestar al cuestionario que le propone el asegurador y no la obligación de declarar, tendríamos que esperar que el cuestionario sea claro cuando pregunta sobre el transformador y sus características. Puntualizar si es fijo o adosado a un inmueble. Si es aéreo. Si es un transformador de un aparato eléctrico. Y de esta forma: ¿estaríamos delimitando el riesgo o limitándolo? Entendemos que definimos lo que se quiere asegurar o ¿estaríamos ante una exclusión? Y no deberíamos olvidar el CC que no se menciona en estos casos ni en otros. Volveremos a hablar de este punto cuando mencionemos los artículos: 26, 27 y 28.

Una posible solución sería pactar la cláusula de derogación de la regla proporcional en siniestros pequeños, especificando los términos o porcentajes, dada la buena fe que debe presidir los contratos de seguros. Y respecto a la regla de equidad, hay alguna aseguradora que especifica que en caso de que no se cumpla alguna de las exigencias en materia de seguridad (alarma,...) descrita en póliza se le aplicará un tanto % determinado. Con lo cual, el asegurado, sabe a qué se atiene en caso de que el riesgo no reúna las condiciones especificadas en póliza, pero la mayoría no lo contempla quedando a la libre decisión del asegurador. “*En el presente supuesto, el comportamiento inadecuado que se reprocha a la actora es que no funcionó la alarma durante la sustracción. Lo cual exigiría bien una conducta dolosa o, al menos, culposa. Por culpa se entiende cuando se actúa obviando o careciendo de las habituales diligencias ante un suceso plenamente previsible o evitable. En todo caso, a tenor de la anterior jurisprudencia bastaría una conducta de mala fe, para que se produjeran las consecuencias que establece el artículo 12, aunque la entidad demandada ni siquiera lo alega*”. Como vemos se atiende solo a la consecuencia del hecho, no a los motivos que concurrieron para que sucediera y así lo comenta la misma sentencia cuando dice: “*Si valoramos los hechos probados, a tenor de las anteriores consideraciones, no se ha acreditado que la actora haya actuado de mala fe. Según el informe de la entidad de seguridad, demandada,.... , la alarma se conectó el día cinco a las 21,51 horas, pero que no transmitió la señal,*

*cuando se produjeron los hechos por un fallo puntual. Por tanto, no estamos ante una inexistencia de alarma,.....”*⁵²

Es cierto que las aseguradoras son más escrupulosas a la hora de contratar un seguro de vida o salud que uno de daños, pero la responsabilidad del cuestionario corresponde al asegurador y no puede excusarse en su redactado para actuar en contra del asegurado que debe limitarse a contestar fielmente a lo que le propone el asegurador: *“No basta con contar con el cuestionario cumplimentado y firmado por el asegurado,....., dado de que de no ser así no podrá oponer la aseguradora las consecuencias....”*. *“.....no podrán oponer en caso de siniestro, la inexactitud de la declaración del riesgo....., cuando la misma ha tenido conocimiento del verdadero riesgo asegurado con anterioridad a la producción del siniestro y no ha instado a la resolución del contrato en el plazo de un mes, en virtud de lo perceptuado en el artículo 10 de la LCS.”*⁵³

En otras ocasiones se desestima la pretensión del asegurador porque se puede entender que la exigencia de poseer la alarma es delimitadora y no limitadora al no “integrar el contenido esencial del contrato”. Otro aspecto que debería mencionarse con claridad en los contratos para evitar que un elemento susceptible de causar una importante penalización en el asegurado no tenga la debida relevancia: *“....desestima la demanda por considerar que la exigencia de que la alarma estuviera conectada a una central de alarmas es una cláusula delimitativa ...”*. *“Error al entender que estamos ante una condición delimitadora del riesgo y no ante una cláusula limitativa del derecho del asegurado”.....”El asegurado cumplió estrictamente las disposiciones de la póliza al tener una alarma electrónica con unos sensores/detectores que dan aviso a una central de seguridad que tiene instalada en el interior de la nave, que a su vez da aviso a los móviles del asegurado”*⁵⁴

El problema, a veces, se reduce a analizar el nexo causal para comprobar qué habría pasado en el caso de que se hubiesen cumplido las medidas reflejadas en póliza. Volvemos a lo comentado cuando se limita a analizar el hecho de forma aislada y no querer ver más allá. Si el siniestro hubiese ocurrido tanto si tenía las medidas de protección exigidas como si no, no debe dar lugar a aplicar regla de equidad alguna y siendo algo que parece de sentido común necesita los comentarios de una sentencia como la que sigue en la que no se tuvo en cuenta si se incumplió el deber de responder verazmente y sí el nexo causal entre la falta de medidas y la ocurrencia del siniestro. *“ No puede eximirse del cumplimiento de su obligación por la falta de detectores sísmicos en las paredes sobre los que, ya que eran tan esenciales para descubrir un butrón, debió preguntar en cuestionario al asegurado y no lo hizo por aplicación de lo establecido en el art 10 LCS “... no consta que la falta de esta medida de seguridad realmente haya influido en la causación del concreto riesgo...”*⁵⁵

⁵² SAP de Sevilla, sec. 5ª, S 3-7-2014, nº 397/2014

⁵³ SAP de Pontevedra, Sec. 1ª de 11 de septiembre de 2014

⁵⁴ SAP de Barcelona, sección 1ª, del 10 de febrero de 2014, nº 44/2014

⁵⁵ SAP de Toledo, sección 1ª del 14 de noviembre de 2013, nº 252/2013

Independientemente de que la sentencia resulte desfavorable para los intereses de la aseguradora llama la atención, una vez más, que conocidas las causas del siniestro y entendiendo que el riesgo no se corresponde a lo declarado por el tomador, aquella no haga uso de la facultad que le otorga la LCS en su artículo 10 para anular el contrato. Es poco habitual que ejerza este derecho, lo que produce cierta perplejidad dada la importancia que le dan a la hora de excluir el siniestro: “..... *El asegurador podrá rescindir el contrato mediante declaración dirigida al tomador del seguro en el plazo de un mes, a contar del conocimiento de la reserva o inexactitud del tomador del seguro. Corresponderán al asegurador, salvo que concurra dolo o culpa grave por su parte, las primas relativas al período en curso en el momento que haga esta declaración....*”. Si tan importante resulta la falta de medidas de protección, una vez conocida la insuficiencia de las mismas, debería proponer modificar o anular el contrato. Y no lo hacen. “... *se trató de una estimación de la aseguradora una vez concluido el contrato, entonces debió haber requerido formalmente a la actora – lo que no consta hiciera – para que reforzara las protecciones, y de no cumplirse tal requerimiento, debió, bien comunicar la rescisión del contrato, bien aumentar la prima, no constando tampoco que adoptara ninguno de estos comportamientos*”. “...*no concurren los presupuestos que habilitarían a la demandada para aplicar la regla de equidad....*”.⁵⁶

Como vemos una y otra vez, se aplica la regla de equidad erróneamente porque no aclara el contrato cuándo estamos ante una cláusula limitativa o delimitativa. Y tampoco resulta de fácil comprensión, por qué motivo, si el asegurador considera que estamos ante un incumplimiento por parte del asegurado de su deber de contestar fiel y verazmente al cuestionario propuesto, no anula ni propone un aumento de prima una vez conoce el verdadero riesgo. Son situaciones que se repiten una y otra vez. Siendo necesario reclamar y volver a reclamar a la aseguradora. Tratando de que dicha reclamación llegue a su asesoría jurídica para que sea vista desde una perspectiva más amplia que la del tramitador que muchas veces no ve más allá que la literalidad de los hechos. El Anteproyecto de Ley ha dejado pasar la oportunidad de que siga siendo un problema la correcta aplicación de la regla de equidad. Si se busca la transparencia no se entiende que el legislador no haya aclarado las exigencias que debe cumplir un asegurador a la hora de la correcta aplicación. Algo fácil de solucionar si se obliga a que los porcentajes a aplicar aparezcan en las pólizas en función del grado de incumplimiento por parte del asegurado.

⁵⁶ SAP de Barcelona, sección 17ª, del 13 de febrero de 2014, nº 51/2014

V. SINIESTROS

V. A.- Actuación en caso de siniestro

Cuando ocurre un siniestro, dependiendo de la cuantía o complejidad puede provocar en el asegurado una cierta desazón que puede llegar a la angustia y, cuando piensa que tiene un seguro no puede evitar una cierta desconfianza. Lo fácil para un cliente es acudir a su mediador. Lo mejor para el mediador es que el cliente acuda a él. Un siniestro bien tramitado evita problemas añadidos a los propios de la situación. La LCS en sus artículos 38 y 18, entre otros, nos dicen qué hacer en caso de siniestro. Sin embargo, en el siniestro del incendio del chalet y de la cocina la aseguradora no sirvieron⁵⁷. El asegurador no tuvo en cuenta que era imposible demostrar la preexistencia ni pagaron el mínimo conocido en los plazos previstos por la Ley. Es decir: dos artículos básicos fueron incumplidos por el asegurador. El cliente se resistía a demandar para evitar que la solución se alargara y nombró

⁵⁷ **Artículo treinta y ocho:** “Una vez producido el siniestro, y en el plazo de cinco días a partir de la notificación prevista en el artículo dieciséis, el asegurado o el tomador deberán comunicar por escrito al asegurador la relación de los objetos existentes al tiempo del siniestro, la de los salvados y la estimación de los daños. Incumbe al asegurado la prueba de la preexistencia de los objetos. No obstante, el contenido de la póliza constituirá una presunción a favor del asegurado cuando razonablemente no puedan aportarse pruebas más eficaces.

Si las partes se pusiesen de acuerdo en cualquier momento sobre el importe y la forma de la indemnización, el asegurador deberá pagar la suma convenida o realizar las operaciones necesarias para reemplazar el objeto asegurado, si su naturaleza así lo permitiera. Si no se lograra el acuerdo dentro del plazo previsto en el artículo dieciocho, cada parte designará un Perito, debiendo constar por escrito la aceptación de éstos. Si una de las partes no hubiera hecho la designación, estará obligada a realizarla en los ocho días siguientes a la fecha en que sea requerida por la que hubiere designado el suyo, y de no hacerlo en este último plazo se entenderá que acepta el dictamen que emita el Perito de la otra parte, quedando vinculado por el mismo.

En caso de que los Peritos lleguen a un acuerdo, se reflejará en un acta conjunta, en la que se harán constar las causas del siniestro, la valoración de los daños, las demás circunstancias que influyan en la determinación de la indemnización, según la naturaleza del seguro de que se trate y la propuesta del importe líquido de la indemnización. Cuando no haya acuerdo entre los Peritos, ambas partes designarán un tercer Perito de conformidad; y de no existir ésta, la designación se hará por el Juez de Primera Instancia del lugar en que se hallaren los bienes, en acto de jurisdicción voluntaria y por los trámites previstos para la insaculación de Peritos en la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este caso el dictamen pericial se emitirá en el plazo señalado por las partes o, en su defecto, en el de treinta días, a partir de la aceptación de su nombramiento por el Perito tercero.

El dictamen de los Peritos, por unanimidad o por mayoría, se notificará a las partes de manera inmediata y en forma indubitada, siendo vinculante para éstos, salvo que se impugne judicialmente por alguna de las partes, dentro del plazo de treinta días, en el caso del asegurador y ciento ochenta en el del asegurado, computados ambos desde la fecha de su notificación. Si no se interpusiere en dichos plazos la correspondiente acción, el dictamen pericial devendrá inatacable. Si el dictamen de los Peritos fuera impugnado, el asegurador deberá abonar el importe mínimo a que se refiere el artículo dieciocho, y si no lo fuera abonará el importe de la indemnización señalado por los Peritos en un plazo de cinco días.

En el supuesto de que por demora del asegurador en el pago del importe de la indemnización devenida inatacable el asegurado se viere obligado a reclamarlo judicialmente, la indemnización correspondiente se verá incrementada con el interés previsto en el artículo veinte, que, en este caso, empezará a devengarse desde que la valoración devino inatacable para el asegurador y, en todo caso, con el importe de los gastos originados al asegurado por el proceso, a cuya indemnización hará expresa condena la sentencia, cualquiera que fuere el procedimiento judicial aplicable”.

Artículo dieciocho: “El asegurador está obligado a satisfacer la indemnización al término de las investigaciones y peritaciones necesarias para establecer la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que resulten del mismo. En cualquier supuesto, el asegurador deberá efectuar, dentro de los cuarenta días, a partir de la recepción de la declaración del siniestro, el pago del importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber, según las circunstancias por él conocidas. Cuando la naturaleza del seguro lo permita y el asegurado lo consienta, el asegurador podrá sustituir el pago de la indemnización por la reparación”.

segundo perito en los dos casos, lo que motivó, en el primer caso, incurrir en unos gastos que de haber habido buena fe se los podría haber ahorrado.

Voy a relatar, a título de ejemplo, lo que ocurrió en el siniestro en Marbella de D. Pedro, al que me he referido, donde ardió el 100% del continente y el 90% del contenido. Unos 300 m² construidos. D. Pedro llevaba siete años asegurados en la misma aseguradora. 78 años de edad tenía y había enviudado hacía tres meses. El perito obligaba a D. Pedro a hacer un listado y valoración de sus pertenencias. Mientras no hubo siniestro y pagó la prima todo era correcto. Cuando le tocó pagar al asegurador por un incendio que se inició a 20 km. del chalet del asegurado, se dudaba del mismo. Pero si el asegurador duda debe actuar de forma activa y no retrasar la tramitación del siniestro obligando al asegurado a contratar y pagar un perito porque el tiempo, hasta transcurridos dos años, favorece al asegurador que puede presionar retrasando su respuesta. El interés legal del dinero en estos tiempos es muy bajo se debería elevar ya que la mora la podría justificar el asegurador si es provocada por el asegurado. Y esto ocurre, entre otras razones, porque el artículo 20 de la L.C.S. está desfasado. El artículo 20 en caso de mora la indemnización del asegurador: *“consistirá en el pago de un interés anual igual al interés legal del dinero vigente en el momento que se devengue, incrementado en el 50%; estos intereses se considerarán producidos por días.....”*. Hasta transcurridos dos años, como el mismo artículo refiere: *“el interés del dinero no podrá ser inferior al 20%”*. Esto permite que hasta los dos años al asegurador no le suponga un perjuicio económico alargar la resolución que además le sirve como elemento de presión al asegurado. Lejos de mejorar la situación para el asegurado, para el damnificado por un siniestro, el Anteproyecto de Ley le supone un grave perjuicio ya que el 20% pasará a ser el doble del interés legal más el 50%. Actualmente un 12% y posiblemente el próximo año el 10.5%. ¿Realmente la Ley favorece al asegurado cuando baja la penalización al asegurador?. Trataremos de nuevo este punto en las conclusiones.

Artículo 581-19. *Intereses moratorios.*

1. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la declaración del siniestro el asegurador no hubiese realizado la reparación del daño o indemnizado su importe por causa no justificada o que le fuera imputable, o no hubiera procedido al pago o consignación del importe mínimo del siniestro, la indemnización devengará, desde dicha fecha hasta el momento del pago, el interés legal del dinero incrementado en un cincuenta por ciento.

2. No obstante, transcurridos dos años desde la declaración del siniestro, el interés a aplicar desde dicha fecha será el doble del interés indicado en el apartado anterior.

En el año 1985 el interés legal del dinero regulado por el C.C. estaba fijado en el 11%. En 1995 era del 9%. Desde el 1 de abril de 2004 es del 4%. Se prevé que para el 2015 sea del 3.5%. Deberíamos plantear, como sucede en el ámbito mercantil, en las pólizas de crédito o descubiertos bancarios como limitación a las entidades crediticias que los intereses de demora se correspondan a dos veces y media el interés legal del dinero. Ni se tuvo en cuenta el artº. 29 sobre las revalorizaciones del

continente con el índice que establece el asegurador en la póliza después de siete años.

Otra práctica desleal de las aseguradoras es enviar el finiquito antes que el talón, en el que el perjudicado debe firmar que ha recibido una cantidad, que no ha recibido, y que renuncia a cualquier otra acción. De hecho, en el siniestro comentado de D. Pedro, pretendían que firmara un documento como el comentado, habiendo recibido 120.000 euros de los aproximadamente 720.000 en que se cerró el siniestro. La aseguradora decía que al emitir el talón salía automáticamente el finiquito, “que no tenía importancia”, sin embargo no le dieron el talón (alguna importancia tendría) y tuvo que esperar que el dtor. de la oficina hiciera una gestión que no tuvo respuesta inmediata. ¿Podíamos entenderlo como una forma de presionar al asegurado?.

V B.- SINIESTRO DAÑOS CONTINUADOS

Pero pensemos, no en un siniestro individualizado y perfectamente delimitado en el tiempo y lugar, sino, en un siniestro con “Daños continuados” y por Responsabilidad Civil.

Daño continuado: *“Aquel que es producto de un proceso dilatado en el tiempo y, por lo tanto, su desarrollo no es consecuencia de una acción localizable en el tiempo, sino que es obra de un conjunto o sucesión de actos, de un mismo o varios autores, en épocas diversas”*.

Para complicar más la fijación del siniestro en el tiempo, se cuestionan algunos autores si el siniestro comienza cuando:

- a) Sucede o empieza a sufrir el perjuicio.
- b) Se reclama el daño. Si no hay reclamación no hay siniestro. No es suficiente con declararse culpable del hecho, debe existir una reclamación.
- c) Se calcula el “quantum” (nace la deuda). A efectos aseguradores pueden existir franquicias que motivan que habiendo siniestro no corresponda al asegurador indemnizar cantidad alguna por ser el siniestro inferior a la franquicia existente en póliza.
- d) Se paga, momento en que se produce la lesión patrimonial. Algunos autores sostienen que hasta este momento no se ha producido realmente un quebranto económico para el causante del daño. No obstante, la posibilidad de que el asegurador indemnice sin necesidad de que previamente lo haga el culpable del daño es una práctica habitual. Sobre todo, si la cuantía es elevada.
- e) Se produce la sentencia condenatoria.

Garrigues: *...”No basta la realización de un hecho dañoso para que se entienda producido el siniestro, porque éste, en el seguro de responsabilidad civil, está integrado por varias fases que se extienden desde el hecho dañoso hasta la declaración judicial o el reconocimiento privado de responsabilidad, ya que sólo hay verdadero siniestro cuando se afirma la obligación de reparar el daño.”* En el transcurso del tiempo el asegurado ha contratado con más de un asegurador.

Podemos aludir al artº. 1.902 del C.C. y al 73⁵⁸ de la L.C.S. para entender que hay obligación a indemnizar pero que la dificultad estará en fijar la responsabilidad de cada asegurador en el tiempo. No aclara este artículo, una vez más, cuando se considera que nace el “hecho generador”. Acudimos de nuevo al CC en sus artículos 1968 y 1969⁵⁹

Es el Tribunal Supremo el que establece el nacimiento de la deuda a cargo del asegurado como el momento en que se produce el hecho generador, el “diez aquo”. Por tanto, a efectos de prescripción y de mora no habrá acuerdo entre las partes con el perjuicio para el que debe ser indemnizado. No siempre los intereses compensan el retraso. De hecho, hay empresas que quiebran por no cobrar a tiempo.

En el seguro de autos la Transposición de la 5ª Directiva en su artº 7.2 de la Ley 21/2007: *por el que en el plazo de 3 meses el asegurador deberá presentar una oferta motivada difiere del 20.3 de la L.C.S. en el que el asegurador incurre en mora cuando no ha indemnizado en 3 meses.* Transposición de la Quinta Directiva al Derecho Español. El art. 7 de la Ley 21/2007, de 11 de julio, de reforma de la LRCSCVM⁶⁰. Aquí si hay que considerar la modificación que aparece en el Anteproyecto de Ley:

Debemos tener en cuenta los plazos de prescripción en el caso de responsabilidad contractual Artículo 1968. “...en relación con la determinación del comienzo del cómputo de la prescripción, es que el mismo solo puede comenzar a correr desde la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie perseguida”⁶¹.

⁵⁸ **Artículo 73:** “Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho. Serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquellas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados ajustadas al artículo 3 de la presente Ley que circunscriban la cobertura de la aseguradora a los supuestos en que la reclamación del perjudicado haya tenido lugar dentro de un período de tiempo, no inferior a un año, desde la terminación de la última de las prórrogas del contrato o, en su defecto, de su período de duración. Asimismo, y con el mismo carácter de cláusulas limitativas conforme a dicho artículo 3 serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquéllas que circunscriban la cobertura del asegurador a los supuestos en que la reclamación del perjudicado tenga lugar durante el período de vigencia de la póliza siempre que, en este caso, tal cobertura se extienda a los supuestos en los que el nacimiento de la obligación de indemnizar a cargo del asegurado haya podido tener lugar con anterioridad, al menos, de un año desde el comienzo de efectos del contrato, y ello aunque dicho contrato sea prorrogado”.

⁵⁹ **Artículo 1968:** Prescriben por el transcurso de un año: 1.º La acción para recobrar o retener la posesión. 2.º La acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia, y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902, desde que lo supo el agraviado.

Artículo 1969: El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse.

⁶⁰ **Artículo 7.2:** “En el plazo de tres meses desde la recepción de la reclamación del perjudicado, el asegurador deberá presentar una oferta motivada de indemnización si entendiera acreditada la responsabilidad y cuantificado el daño, que cumpla los requisitos del aptdo. 3; en caso contrario, o si la reclamación hubiera sido rechazada, dará una respuesta motivada que cumpla los requisitos del aptdo. 4 de este artículo”

⁶¹ SAP de Pontevedra sección 6ª de 28 de noviembre de 2011 (D: Jaime Carrera Ibarzábal)

Una lectura de los distintos condicionados dependiendo del ramo al que corresponde, nos llevan a comprobar las diferencias entre el sentido que le dan las pólizas de RC al condicionado, entre otros aspectos, los que se refieren a la cobertura temporal del siniestro:

- Hogar: *“Queda cubierta la RC derivada de daños que ocurran durante la vigencia de la póliza cuyas consecuencias sean reclamadas durante la vigencia de la misma o en el plazo de doce meses a contar desde la terminación o cancelación de aquella”*.
- D&O: *“Reclamaciones que se presenten por primera vez contra el asegurado durante el periodo de seguro, respecto de actuaciones negligentes cometidas tanto con anterioridad a la fecha de efecto de la póliza como durante el período de seguro, salvo que se acuerde una fecha retroactiva diferente y quede reflejada en las condiciones particulares”*.
- Siniestros en serie: *Se supedita la cobertura de una serie de hechos dañosos a que el primer hecho dañoso se produzca durante la vigencia del contrato de seguro.*

Cláusulas “claim made”: *evitan las consecuencias que puede suponer que el hecho generador del siniestro aflore pasado el tiempo suficiente para eximir a la aseguradora de la obligación de indemnizar.* Podemos hablar de su nacimiento en 1.995 y, sin duda, es el futuro en las pólizas de RC. De hecho, ya hay pólizas que contemplan un período de retroactividad de cinco o siete años de siniestros que conocidos por primera vez durante la vigencia de la póliza hayan ocurrido en un período anterior. De gran importancia sobre todo en el ámbito médico cuando los daños aparecen años después de haberse originado.

Tipos de límites:

- Coberturas “post contratum”: posterior a la finalización del contrato.
- Coberturas retroactivas”: conocidas durante la vigencia del contrato y ocurridas con anterioridad. Ya que en el caso de ser conocida con anterioridad el contrato sería nulo como establece la L.C.S.⁶²

“El reconocimiento legal del elemento retroactivo permite asimismo la eventual formulación de una cláusula “claims made” de carácter puro, en la que el elemento de la reclamación adquiere “de facto” la condición de siniestro, en detrimento del hecho generador”. López Cobo

“La Ley no exige la ignorancia del hecho causante al contratar por lo que habría que ir a lo pactado en póliza”. (AUDATEX).

“La responsabilidad civil que es objeto de un seguro contratado por una persona, tiene su origen en un hecho imputable a ella que sea dañoso para un tercero, pero a condición de que ese hecho esté incluido en alguno de los riesgos previstos en el contrato; y que no se trate de un hecho fortuito, es decir, no culposo,

⁶² **Artº 4:** *El contrato de seguro será nulo, salvo en los casos previstos en la Ley, si en el momento de su conclusión no existía el riesgo o había ocurrido el siniestro.*

*salvo en el caso que se trate de un hecho en que la ley asigne al asegurado una responsabilidad objetiva”.*⁶³

Pongamos por ejemplo un seguro de construcción de un edificio de viviendas: se realizan estudios del terreno; proyecto; la compra de materiales; intervención del constructor,... Se entrega la obra, se contrata un seguro de comunidad u hogar o ambos. Tiempo después se descubren unas grietas. En cualquier fase puede haberse producido el error que, de haberse conocido, podría haber sido corregido en alguna etapa ulterior: modificar el proyecto, cambiar los materiales, variar la finalización,... Dependiendo de cuando se determine el momento podrían estar cumplidos los plazos de prescripción. Más, si se acuerda su demolición.

Veamos esta sentencia, que aunque se refería a una cláusula delimitativa el siniestro podía considerarse como producido por un daño continuo. *“... Frente a la tesis del recurrente, de que la causa del siniestro fue un corrimiento de tierras provocado por la acción continuada de flujos de humedad y sequía que dieron lugar a la aparición de grietas en el terreno,....., y de que tal causa no está contemplada en el condicionado general de la póliza como garantía contratada, y sí por el contrario, aparece como expresamente excluida del aseguramiento Que la causa esencial de los hechos fueron las lluvias especialmente fuertes y persistentes que se produjeron en la zona durante el invierno, acude al contenido de las condiciones particulares y de las condiciones generales de la póliza y concluye que se producen los requisitos recogidos en la misma, para que el hecho esté cubierto, sin que ello obste lo dispuesto en el artículo 4.3 de las condiciones generales de la póliza, por cuanto la culpa directa, aunque no fuera inmediata, fueron las fuertes lluvias....., y por otro el hecho de que no estamos ante una cláusula delimitadora del riesgo, sino ante una cláusula limitativa de los derechos del asegurado”” ...la sala entiende,...., que los daños habidos tienen su causa esencial en la acción de las lluvias sobre el terreno circundante a la edificación, y que hallándose cubierto en el condicionado general de la póliza, que exigiría una mayor precisión dada la casuística que puede presentar el tema,...., en relación con la finalidad pretendida por el contrato de seguro... ”*⁶⁴

Quisiera subrayar la parte de la sentencia que hace mención a “la finalidad pretendida por el contrato de seguro”. Algo que debería presidir la contratación de la póliza. Da la impresión de que algunos contratos buscan cómo no indemnizar en lugar de buscar la finalidad de todo contrato que es el fin para el que se concibieron.

Adquiere más complejidad el siniestro si se reclaman los Daños Patrimoniales Primarios: *“Se entiende por Daño Patrimonial el menoscabo o perjuicio patrimonial, directa o indirectamente derivado de la privación del goce de un derecho, de la interrupción de los servicios prestados o de la pérdida de un*

⁶³ (Oswaldo Contreras Strauch. Profesor de Derecho Comercial de UDP; Vicepresidente de AIDA Internacional; Presidente del Grupo de Trabajo sobre Seguro de Responsabilidad Civil de AIDA). “Determinación del momento en que ha ocurrido el siniestro en el seguro de RC”. *When Liability Insurance the covered is triggered*).

⁶⁴ SAP de Zamora, sección 1ª del 30 de diciembre de 2013, nº 235/2013.

beneficio, en tanto no sea reducible a un daño personal o material, o no sea consecuencia de éstos”.

Sobre esto traigo a colación SAP de Málaga Ponente Sr. Alcalá Navarro respecto a una grúa que amenazaba caer sobre un barco. Mapfre alegó, para no pagar los gastos de sacar el mayor barco de mercancías llegado a nuestro puerto, que no había habido daños directos y que se trataba de Daños Patrimoniales Primarios (excluidos). El abogado del consignatario alegó que se trataba de “gastos de salvamento”, que evitaban un daño mayor,..., en 1ª y en AP condenaron a Mapfre al pago de 120.000 euros por los gastos de sacar el barco, días de estancia y volver a meterlo en puerto.

Un buen ejemplo son los daños provocados por los retrasos en la presentación de una reclamación en los abogados. Y de la RC Profesional en general donde la cobertura de los daños consecuenciales es fundamental. Las pólizas deberían ser más explícitas a la hora de excluir dichos daños, salvo excepciones, ya que la posibilidad de que el indemnizado reclame al asegurado los dichos daños es elevada. No debiendo confundir dichos daños con el “Descabalamiento”: pérdida de valor de un objeto tras un siniestro, que ya hemos comentado. No debemos confundir el demérito con los daños patrimoniales primarios.

VI. ARTÍCULOS 73 Y 76

Como mediadores y asegurados lo primero que nos preguntamos es qué ocurre si la prima no está pagada. Y lo segundo si hay dolo. Y especialmente en los seguros de D&O cada vez más habituales en España y cada vez más populares por su irrupción en las noticias. Sobre todo, a raíz de Bankia. Llama la atención José Antonio Badillo⁶⁵ sobre la postura de la Sala 2ª del Tribunal Supremo: “*el dolo no es oponible al tercero perjudicado, en virtud de la acción directa que le reconoce el artº 76 de la Ley de Contrato de Seguros*”. Si bien, entraría en controversia con el artº 19 que libera al asegurador si ha habido mala fe. Ni el artº 15 cuando dice: “... la cobertura del asegurador queda suspendida un mes después del día de su vencimiento...”

¿Y en los seguros de Defensa Jurídica? Según la STS 209/2014, Sección 1ª de 23 de abril 2014 no tendría cobertura el dolo. Es curioso o coincidente con la polémica tan actual sobre la indemnización a un tercero en caso de dolo, no así al propio asegurado, que los artículos donde se mencionaba la mala fe ha sido sustituido el término por dolo. ¿Podemos ofrecer un seguro de responsabilidad civil donde no se asegura el dolo y sin embargo se le da cobertura? Cuando nuestros clientes de seguros de D&O nos preguntan por el seguro de los consejeros de Bankia en los que pudiendo interpretar que hay dolo, aunque no sentencia firme, como argumento para que el asegurador pague o no, nos encontramos con que el dolo no exime al asegurador de pagar cuando se trata de indemnizar a un tercero. Si bien, se le faculta a repetir contra el culpable doloso, teniendo en cuenta lo que entiende por conducta culposa la sentencia del 5 de mayo de 1.998: “*Esta diligencia no se elimina ni siquiera con el puntual cumplimiento de las precauciones y prevenciones legales y reglamentarias aconsejadas por la técnica, si todas ellas se revelan insuficientes para la evitación del riesgo, erigiéndose como canon la exigencia de agotar la diligencia*”. Debemos tener en cuenta que la culpa “no solo consiste en la omisión de las normas aconsejadas por la más elemental experiencia, sino que abarca el actuar no ajustado a la diligencia... de un resultado socialmente reprochable...” como dice la *Sentencia de 24 de septiembre de 2.002*.

Una vez más nos encontramos con una situación que no sabemos si responderá el asegurador (hay algún asegurador que ya lo venía haciendo) y cómo, en mi papel de mediador, ofrecer algo cuando no se conoce la respuesta. O esta no puede ser: “lo que diga el juez que te toque”. Sin embargo el artículo 73⁶⁶ no ha sido motivo de

⁶⁵ Revista RC nº 10 de noviembre 2014. Carta del director

⁶⁶ **Artículo 73:** “Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho. Serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquellas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados ajustadas al artículo 3 de la presente Ley que circunscriban la cobertura de la aseguradora a los supuestos en que la reclamación del perjudicado haya tenido lugar dentro de un período de tiempo, no inferior a un año, desde la terminación de la última de las prórrogas del contrato o, en su defecto, de su período de duración. Asimismo, y con el mismo carácter de cláusulas limitativas conforme a dicho artículo 3 serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquellas que circunscriban la cobertura del asegurador a los supuestos en que la reclamación del perjudicado tenga lugar durante el período de vigencia de la póliza siempre que, en este caso, tal cobertura se extienda a los supuestos en los que el nacimiento de la obligación de indemnizar a cargo del asegurado haya podido tener lugar con anterioridad, al menos, de un año desde el comienzo de efectos del contrato, y ello aunque dicho contrato sea prorrogado”.

modificación en el Anteproyecto de Ley dejando de nuevo a la interpretación del juez la decisión de si se indemniza a un tercero habiendo dolo.

José Antonio Badillo⁶⁷: *“Referente a la inasegurabilidad del dolo por parte de las entidades aseguradoras (se refiere al D&O de Bankia) y, en consecuencia, su oponibilidad a los perjudicados, no parece que sea la postura de la Sala 2º del TS quien sostiene que el dolo no es oponible al tercero perjudicado, en virtud de la acción directa que le reconoce el artº. 76 de la LCS”. STS de 20 de marzo de 2013 y 25 de julio de 2014. La Sala 2ª indica que: “En el ámbito profesional, el seguro de responsabilidad civil ofrece no solo una garantía sino un reforzamiento de la profesión ejercida, que aparece ante el público como segura y fiable, en la medida en que los daños que puedan derivarse de la mala praxis profesional, negligente o voluntaria, están cubiertas por el seguro, y su cobertura indemnizatoria no va a depender de la eventual solvencia del responsable”.*

Deseo finalizar esta parte de la tesina con una situación que se da con frecuencia, motivo de controversia entre asegurador y CCS que es la conjugación de los artículos 76 y 15. En mi crítica al Anteproyecto y mi planteamiento de desequilibrio entre asegurado y asegurador el artículo 15 será modificado de forma que la póliza quedará en suspenso tres meses y no seis. Las sentencias, en caso de que el asegurado haya incumplido su obligación de pago al asegurador, obligaba a éste mientras estaba en suspenso la póliza a indemnizar a un tercero. Con la modificación pasará el período de suspensión de seis a tres meses. Sin entrar a discutir si es justo o no, le traslada al CCS la obligación de indemnizar tres meses antes. Hay sentencias que alargaban hasta el año la obligación de atender un siniestro amparado por el artículo 76 si era culpa exclusiva del asegurador el que no se haya pagado el recibo, pero lo habitual era ceñirse al plazo que marca el artículo 15.

“Es sobradamente conocida la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales sobre esta cuestión, estableciendo el artículo 15 de la Ley de Contrato de Seguro..... distingue entre el impago de la primera prima y la falta de pago de una de las primas siguientes.....no ha acreditado de forma alguna que el impago de la primera prima haya sido por culpa del tomador....”⁶⁸

“Cabe destacar asimismo que el impago de la primera prima genera un efecto suspensivo, pero no un efecto extintivo del contrato; en tal supuesto, la aseguradora

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

⁶⁷ Revista RC nº 10 de noviembre 2014. Carta del director

⁶⁸ SAP de Málaga, sección 5ª del 25 de junio de 2014, nº 282/2014.Pte. Hipólito Hernández Barea.

puede optar entre resolver el vínculo o exigir el abono de la prima, pero mientras no ejercite la facultad de resolución, el contrato subsiste”⁶⁹.

⁶⁹ SAP de Barcelona, sec. 19ª, S 28-5-2014, nº 212/2014

VII. CONCLUSIONES

Decía un antiguo Director General de Seguros sobre el significado histórico de la LCS: *“Cualquier aproximación a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante, LCS), debe partir de la adecuada consideración de su significado en la evolución histórica del derecho español de seguro y, en general, en el derecho mercantil español. La LCS fue la respuesta normativa, algo tardía quizá, a la demanda que la doctrina mercantilista y los profesionales del seguro habían hecho reiteradamente en los treinta años anteriores para sustituir la regulación del contrato de seguro contenida en el Código de Comercio y en el Código Civil; una regulación anticuada, parca e insuficiente en su extensión y en su contenido”*.

En este trabajo reflejo mi opinión respecto a que la Ley está alejada del consumidor o usuario al que debía ir destinada y esto a pesar de que en el Anteproyecto se habla de que: *“La nueva ley afronta el reto de mantener la calidad técnica de la Ley de 1980, aprovechar la experiencia y la jurisprudencia recaída en su aplicación, así como reforzar la seguridad jurídica, adaptada a un mercado que no es el mismo que hace 30 años”*.

Sigue resultando una Ley muy compleja no solo por tratar de contratos sino, por su relación con el C.C., el C.CO, la LCGC y la LDCU. Por lo que deberían mencionarse en los contratos de seguros aquellos artículos que interesan de una y otro. Algo que solo aparece en el artículo 3 del Anteproyecto refiriéndose a los contratos de adhesión: *“A los contratos de seguro en los que el tomador o asegurado tengan la condición de consumidor o usuario les será de aplicación la normativa de defensa de los consumidores y usuarios, en lo no expresamente regulado en esta ley o en la normativa de supervisión de seguros privados”*.

Por ello:

PRIMERO: Es imprescindible que las leyes sean más claras cuando se trata de contrato entre partes para que no se produzcan los desequilibrios comentados y evitar tener que acudir a la justicia ordinaria, que tampoco es clara ni rotunda en aspectos referidos a dicha Ley. Esto produce una situación ventajosa para una de las partes que, como hemos comentado, está en mejor disposición a la hora de la discusión de un siniestro: personal cualificado, tiempo para alargar las resoluciones, dinero para indemnizar y no ser el perjudicado necesitado de ser indemnizado.

Los condicionados deberían ser más explícitos, claros y sencillos. Como decía al principio: ¿qué sentido tiene celebrar contratos cuya mayor protección para el que contrata es no firmarlos? Se trata, como dice José María Campabadal: *“del mejor antídoto contra la incertidumbre”*. Hablamos de remediar situaciones adversas del presente y futuro. De evitar la incertidumbre ante el revés que supone el siniestro y, sin embargo, seguimos pensando que lo mejor es no firmar lo que contratamos, lo que compramos.

Considero, que la Dirección General de Seguros antes de aprobar el condicionado de una póliza habrá realizado un **estudio real de entendimiento** de la

misma; no es válida la mera proclamación de que el condicionado ha de ser legible y con mentalidad comercial. Si fuere digamos un productor de seguro que el marketing reuniría a posibles tomadores/asegurados, mediadores, agentes etc..., y les pondrían un texto por delante con el resultado de sus respuestas se sabría la “realidad de la comprensión” del mismo.

¿Cuántas veces hemos escuchado a los abogados indefinir el texto de una póliza?, con una palabra que nos deja perplejo al resto de operadores: “SEGÚN”, es necesario pues una mayor seguridad jurídica por lo que, muy humildemente, propongo que la DGS obligue a las aseguradoras a que los condicionados vengan respaldados por consultorías que hayan realizado las pruebas de entendimiento.

SEGUNDO: Las cláusulas limitativas y delimitativas: deberían hacerse constar en póliza de forma expresa. Claro, que para esto, deberían ponerse de acuerdo de qué es la una o la otra. Hay que tener en cuenta que la mayoría de los contratos de seguros de particulares son de adhesión, por lo que entraría controversia con el CC y la LCGC. En el caso de los seguros de empresas, es más habitual que se pacten las cláusulas con lo que se evitan las cláusulas lesivas o al menos se conocen y aceptan o negocian. El Anteproyecto no mejora este aspecto. Sigue con el mismo redactado sin exigir que el asegurador mencione expresamente las que considera cláusulas limitativas. Puede que influya que dude a la hora de proponer en contrato una cláusula limitativa pero cuando acaece el siniestro no duda en considerar excluyente y delimitadora para el pago de un siniestro.

Se ha incluido la buena fe en la LCS y se ha cambiado la mala fe por el dolo. Sin duda es más fácil hablar de buena fe que de mala fe. Por eso, introducir el dolo enfatiza la situación que debe producirse como condición excluyente a la hora de contratar y no tanto a la de pagar, como hemos visto cuando hablábamos del artículo 73.

Por ello las condiciones particulares han de definir perfectamente el objeto del seguro, **OBVIÁNDOSE**, los apartados que como conceptos estancos establecen e imponen las aseguradoras. Las condiciones particulares no pueden ser generales que ya vienen estampilladas.

Conclusión: Que al igual que se el asegurador somete al tomador a un cuestionario (art. 10 L.C.S.) el mismo **incluya supuestos específicos de delimitación del riesgo de cláusulas limitativas** así dará cumplimiento al art. 1288 CC.

TERCERO: Respecto al IVA, un impuesto que no existía cuando se redactó la Ley por primera vez, cuesta creer que el legislador no haya atendido a la necesidad de aclarar quién debe asumir el IVA cuando es algo motivo de discusión a diario y crea indefensión e indignación en el asegurado.

CUARTO: Definir convenientemente lo que es continente y contenido cuando se trata de elementos donde no hay unanimidad ni entre los aseguradores. El caso del transformador es un ejemplo de lo difícil que es adecuar el interés a las exigencias de las aseguradoras. Nos obliga a preguntar a cada asegurador si un

elemento del seguro forma parte del continente o contenido. Ni siquiera acudiendo al CC resulta clarificador dependiendo de sus particularidades. En estos caso de conflicto debería arbitrarse mecanismos basados en la buena fe del que contrata y paga y del que asume el riesgo en condiciones claras que no ventajosas ya que el asegurador tiene más fácil pleitear. Defender su postura. Tiene tiempo y dinero. Podemos considerar una cláusula lesiva cuando el condicionado incumple el C.C. Pero la justicia es muy lenta y el asegurado necesita reponer el bien. Las definiciones de ciertos conceptos deberían de ser muy claros. El asegurador propone los condicionados de las pólizas de seguros y no deben repetirse las situaciones de conflicto en la interpretación de una cláusula. Es algo que debería objetivarse más para que resulte fácil de comprender y rápido de resolver.

QUINTO: El Consorcio de Compensación de Seguros derogó el recargo por cercanía al mar o a los ríos porque era insignificante en la mayoría de los casos el importe económico de dicho recargo y, sin embargo, las consecuencias eran muy graves. Por no pagar el recargo del 20% que a lo mejor eran 10 ptas. podía suponer una regla de equidad del 20%. Se pensó que la prima debía ser suficiente sin necesidad de recargo y evitar que un error en el cálculo de la distancia pudiese perjudicar al asegurado. Me comentaba en aquella época un corredor su discusión sobre si la distancia entre el riesgo y el mar era considerando la pleamar o la bajamar. La actitud del CCS sí puede reconocerse como de buena fe. Cobrando, como comento, prima suficiente por todos los conceptos.

SEXTO: Se sigue dejando la carga de la prueba de las preexistencias en manos del asegurado, sobre todo, cuando se trata de siniestros masa. El problema en muchos casos, más que demostrar la preexistencia, es probar su valor. Viendo, no solo la dificultad de valorar un bien, sino que además los parámetros habituales lo dificultan aún más al no tener en cuenta la dificultad de reponer el bien en muchos casos. A los objetos no considerados de especial valor u obras de arte, se les da un simple valor monetario sin tener en cuenta la necesidad, importancia o utilidad del mismo. El perito se conforma con buscar el bien más parecido posible sin valorar que son distintos y, como en el caso del vehículo del minusválido, lo necesario e indispensable que le resulta para el desplazamiento de una persona minusválido, que puede conllevar la imposibilidad de sustituirlo por otro parecido y con las mismas prestaciones al menos a corto plazo. No teniendo en cuenta, tampoco, el tiempo en que el perjudicado obtiene la restitución y por tanto la normalidad en su desplazamiento. En su vida. La impresión es, que tras el siniestro, el perjudicado no ha perdido parte de lo que tenía sino todo.

Generalizar los valores estimados o pactados en los seguros de hogar y, los pactados, en los seguros de pymes. En el primer caso, está el artículo 28 para evitar un error notable en la estimación. Y en el caso de las pymes, valorar de común acuerdo, la parte correspondiente a la maquinaria y su depreciación ayudaría a una mayor fidelización del cliente sabiéndose bien asegurado. Pensemos en los conceptos de utilidad, importancia, necesidad,... del bien para cada asegurado. Lo contemplan las entidades hipotecarias a la hora de conceder un préstamo atendiendo no solo a las calidades, también a la localización,...

Se podrían evitar muchos conflictos si a la hora de asegurar se generalizaran los valores estimados o pactados en los seguros de hogar y, los pactados, en los seguros de pymes. Que el asegurado conozca en cada momento la valoración que hace el asegurador de sus bienes: con revalorizaciones y, también, depreciaciones. Los recibos de los vehículos, al igual que en el hogar, refleje el valor venal o el capital por el que será indemnizado en caso de siniestro total. El asegurado desconoce el valor de lo asegurado. Debe acudir a un experto, pagando, y sin la certeza de que el informe del experto sea tenido en cuenta en caso de siniestro.

Conclusión: La obligación de cuestionarios de valoración por las aseguradoras pasados 3 ó 5 años de la formalización del contrato de seguro, con obligaciones periódicas por iguales períodos.

SEPTIMO: Ha sido y es motivo de controversia la redacción del artículo 32 y sin embargo no se ha tenido en cuenta. Parece que al legislador le guste perpetuar redactados que no “clarifican” cuando es uno de los elementos que debe distinguir un contrato de seguros. Y otra solución sería un fichero sobre los seguros de hogar y comunidad. Igual que existe el FIVA (Fichero Informativo de Vehículos Asegurados) y el fichero que recoge los seguros de vida de una persona, aún con errores, sería más positivo ya que evitaría enriquecimiento injusto por parte del asegurado y del asegurador, pero también evitaría infraseguros que perjudiquen al consumidor.

Conclusión: La necesidad de un seguro de hogar con responsabilidad civil a terceros, al igual de cualquier actividad sea profesional o no pero que pueda provocar perjuicio a terceros. Entiendo que poseer un inmueble por ejemplo, no es en sí una actividad de riesgo pero sí lo pueden ser diversas actividades del hogar como el uso indebido o imprudente del gas. En un sistema de protección del daño como el que nos encontramos el propietario puede o no garantizarse el daño propio pero si debe ser obligatorio garantizar el daño a tercero.

Y creada la obligación la necesidad de un registro. En esta provincia son innumerables los inmuebles propiedad de personas no residentes habitualmente en el mismo con la dificultad de su localización y emplazamiento.

OCTAVO: Ha merecido un capítulo la regla de equidad. Otro punto donde el legislador ha mostrado poca sensibilidad siendo una regla que se aplica con frecuencia y donde la mayoría de las sentencias dan la razón al asegurado. Bien por considerar limitativa el motivo aducido por el asegurador, bien por la aplicación incorrecta. Ya que no legisla el contenido de la misma, podía, al menos, obligar a que constara en póliza el porcentaje a aplicar en cada caso. Pensemos que lo habitual en seguros de daños es que se aplique por insuficiencia de medidas de protección contra incendio y robo. Y en menor medida por defectos de descripción del riesgo. En contradicción a lo anterior, rara vez las aseguradoras hacen uso del artículo 12 para proponer una modificación de la póliza con lo que se perpetua el error. Y una vez ocurrido un siniestro que ha requerido la actuación de un perito sigue

“desconociendo” si el riesgo se corresponde a lo asegurado. Ocurrió con un asegurador que trabaja sin mediadores, contrató una póliza con la intervención de un comercial que obvió que el condicionado general excluía las piscinas. Algo que no aparecía en el cuestionario que tuvo que contestar. A raíz de una inundación, y al ser excluido el daño por el CCS, pagó reconociendo su error tras la reclamación del asegurado. Y no propuso, posteriormente modificación alguna donde se recogiera la existencia de piscina ni una subida de prima.

Las pólizas deben traer tablas de amortización

NOVENO: Se debería considerar en las pólizas de daños algo equivalente al valor de afección del seguro de automóviles para aquellas situaciones creadas después de un siniestro y de difícil valoración en el caso de descabalamiento donde las consecuencias del daños pueden ser cuantificados aunque no se trate de un daño directo. Una vivienda puede no quedar inhabitable tras el incendio causado por un tercero, pero sí resulta molesto para sus moradores el tiempo que dure la reparación. O como en el caso de descabalamiento donde las consecuencias del daños pueden ser cuantificados aunque no se trate de un daño directo. Otro elemento que no incluyen los aseguradores en sus pólizas de daños materiales

DECIMO: Con relación a los siniestros sí ha habido dos modificaciones importantes, una en sentido positivo y otra en sentido negativo. Respecto al aspecto positivo: la obligación del asegurador de presentar una oferta motivada acompañada de cuantos documentos e informes le hayan servido para el cálculo de la indemnización. O por el contrario, una respuesta motivada cuando así lo considere. Todo ello con plazos definidos. El aspecto negativo: los intereses de demora, tanto del mínimo conocido como hasta los dos años deberían ser más elevados para que el asegurador se sienta más obligado a indemnizar en el tiempo que marca la Ley. Pero el consumidor-asegurado piensa que le resulta barato incumplir la ley y obviar la buena fe. Como figura en el Anteproyecto al cabo de dos años pasaría del recargo del 20% actual a prácticamente la mitad, lo que le haría perder el carácter disuasorio. No parece proteger al asegurado este cambio. Obedece sin duda a un motivo económico pero del asegurador.

Pero es que puede ocurrir que, a su vez, se haga insoportable. Lo que motivó que el tipo del art. 20 LCS fuese el 20 % fue que en el año 1980 (cuando vio la luz aquella) eran los intereses de mercado; hoy es impensable pero ¿por qué no pueden ser en unos años el 7 el 8 ó el 9?; pasaría al contrario y las aseguradoras lo repercutirían en las primas.

Al igual que si fuese una póliza de crédito o una hipoteca propongo: **Un interés por mora fijo.**

UNDECIMO: Hay seguros de pymes que contemplan el segundo perito a cargo del asegurador aunque por Ley corresponda al asegurado. La entidad Agroseguros cuando el asegurado está disconforme con la peritación suele enviar a otro perito a su cargo demostrando buena fe y confianza en su voluntad de llegar a un acuerdo. Es claro que el envío de un perito para un asegurador tiene un coste bajo,

los peritos dirán que muy bajos, en relación al que tendría para un particular. Sería una partida aunque limitada para evitar actuaciones de abuso e indefensión del asegurado.

DUODECIMO: La aseguradoras deberían comunicar con dos meses de antelación la nueva prima al asegurado, de esa forma se evitarían demandas innecesarias que prosperan a favor del asegurado por lo que la actitud de las aseguradoras no se corresponde a la ética y buena fe que debe presidir los contratos. Ocasionando situaciones desagradables que no ayudan a la buena sintonía entre las partes.

CONCLUSION FINAL:

Sin duda el mediador juega un importante papel: La intervención del mediador, no siempre bien comprendida o entendida como comisionista y no como diría Javier Sádaba⁷⁰: “negocio y solidaridad”.

“No debemos ser un socio receptor únicamente”, también tenemos que trasladar conocimiento y experiencia” dice César López de Itsemap, de Mapfre Global Risk. Pero las relaciones entre la mediación y las aseguradoras no son de confianza mutua. O lo son hasta que ocurre un siniestro importante. En ese caso, marginan a los técnicos de la sucursal. Prescinden de los peritos habituales de la zona alegando la envergadura o complejidad del siniestro. Ningunea al mediador y convierten al cliente-asegurado-consumidor en sospechoso-enemigo. Olvidan lo importante: la ética.

Primum non nocere: La expresión latina primum nil nocere o primum non nocere se traduce en castellano por “lo primero es no hacer daño”. Se trata de una máxima aplicada en el campo de la medicina, fisioterapia y ciencias en salud, frecuentemente atribuida al médico griego Hipócrates.

El ser humano confía su salud a los médicos, su patrimonio al asegurador (sin la intervención del mediador en muchos casos) y la esperanza en la justicia. ¡Y cuantas veces no entiende a ninguno! Las aseguradoras intervienen, en muchos casos, en las dos primeras actividades, por eso siempre digo que la relación entre mediación y asegurador debe estar unida con hilos de seda. Sólo yendo en paralelo no se romperá.

La Ley no es justa si no es clara. Y más en estos tiempos donde se desconfiaba de todos. Objetivar en lo posible los contratos ayudará a que el consumidor sea consciente de lo que contrata y paga. Por eso decía al principio que si sabemos lo que queremos que se legisle para que se consiga. Comentaba en clase que los hechos se repiten y las aseguradoras no cambian sus posturas amparados en unos condicionados que no entienden ni ellos. Me decía un director en cierta ocasión que los condicionados, a veces, eran traducidos del idioma de la empresa matriz y el traductor no entendía bien qué se pretendía. Recientemente leíamos en prensa: “*La Sala Segunda del Supremo ha reprochado al legislador que persista en mantener un*

⁷⁰ “ III Encuentro Parlamentario del Seguro 2014 “ celebrado en el Congreso de los Diputados

<<confuso marco normativo>> sobre los aforamientos penales.... “: No es fácil de entender por qué el legislador se muestra “perezoso” a la hora de aclarar puntos de la Ley alejados de la transparencia, claridad y sencillez.

Si partimos del riesgo, lo delimitamos con pocas y claras limitaciones. Si se actúa confiando en la responsabilidad y formación de los profesionales y en la ética de todos, un contrato de seguro cumplirá con el motivo por el que fue adquirido.

Este máster me permitido ver más allá de lo que dice un artículo de la Ley. No hay que interpretar solo lo que afirma sino lo que no menciona y que dicha ausencia sirva como inclusión o exclusión.

Según reza en el Anteproyecto de la LCS: “*La institución del seguro cumple un papel fundamental en nuestra sociedad, como es la de asegurar la estabilidad patrimonial de los ciudadanos frente a ciertos riesgos que amenazan con su merma o, incluso, su desaparición. De esta forma, el seguro desarrolla tanto una función de prevención frente a riesgos como de ahorro*”.

Que la Ley pueda dejarnos insatisfechos me recuerda las palabras de José María Campabadal⁷¹: “*No hemos sabido explicar y trasmitir el seguro al mundo político*” y añadía en la misma reunión Dolors Montserrat: “*os tenemos que mimar y cuidar mucho porque suponéis el 5,5% del PIB*”. Recordó la importancia de la colaboración público privada y también la apuesta por la ética y la transparencia “*para que el cliente pueda confiar*”.⁷² ¿No es la confianza lo que tratan de recuperar los políticos? Y para recuperar la confianza hay que confiar en las Leyes y en los profesionales que velan por su justo cumplimiento. Es la buena fe y la ética lo que debe motivar la formalización el contrato.

⁷¹ “ III Encuentro Parlamentario del Seguro 2014 “ celebrado en el Congreso de los Diputados

⁷² III Encuentro Parlamentario del seguro 2014 celebrado en el Congreso de los Diputados. Vicepresidenta tercera del Congreso

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ❖ BADILLO ARIAS, JOSE ANTONIO. Revista RC nº 10 de noviembre 2014. Carta del director
- ❖ CABO SALVADOR, JAVIER. El contrato de seguro y su regulación en el derecho español. Aspectos particulares de los seguros de salud en la ley de contrato de seguro
- ❖ CENTRO DE ESTUDIOS DEL CONSEJO GENERAL DE LOS COLEGIOS DE MEDIADORES DE SEGUROS
- ❖ CONTRERAS STRAUCH, OSVALDO. Profesor de Derecho Comercial de UDP; Vicepresidente de AIDA Internacional; Presidente del Grupo de Trabajo sobre Seguro de Responsabilidad Civil de AIDA). “Determinación del momento en que ha ocurrido el siniestro en el seguro de RC”. When Liability Insurance the covered is triggered
- ❖ DELOITTE. Economía y Negocios (de la A a la Z)
- ❖ DICCIONARIO DE SEGUROS
- ❖ DICCIONARIO MAPFRE DE SEGUROS
- ❖ EL BOLETIN: www.elboletin.com
- ❖ EL DEBER DE CONCRECIÓN, CLARIDAD Y SENCILLEZ EN LA REDACCIÓN DEL CONDICIONADO EN UN CONTRATO DE SEGUROS. La Ley, 1 de julio de 2005
- ❖ ENDESA: http://www.endesaeduca.com/Endesa_educa/recursos-interactivos/conceptos-basicos/funcionamiento-de-los-transformadores
- ❖ FONT RIBAS. “El estudio introductorio”, en Contrato de Seguro: Exclusión de coberturas y cláusulas limitativas”
- ❖ FUENTE: Bufete FFS NOOMAN
- ❖ LÓPEZ GARCIA DE LA SERRANA, JAVIER. Aspectos a tener en cuenta para aplicar la denominada “Regla de Equidad” del Art. 11 de la LCS
- ❖ GRUPO ASEGURANZA: Redacción
- ❖ ICEA. Teoría General del Seguro. Editorial Ancares. 1997
- ❖ MACDONALS EGGERS/PICKEN/FOSS. Buena Fe y Contratos de Seguros, 2ªed.
- ❖ MEDINA CRESPO, MARIANO. Nº 10 de noviembre de 2014 en la Revista de Responsabilidad Civil, circulación y seguro
- ❖ NOTICIAS JURÍDICAS
- ❖ PONS GONZÁLEZ y DEL ARCO TORRES, Régimen jurídico de la Propiedad Horizontal, Comares, Granada, 2000
- ❖ REVISTA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN R.C. Y SEGURO
- ❖ REVISTA DE RESPONSABILIDAD CIVIL, CIRCULACIÓN Y SEGURO
- ❖ RUIZ SOROA-ZABALETA-GONZALEZ. Manual del Derecho del Transporte Marítimo
- ❖ SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO. Ley de Contrato de Seguro. Aranzadi. Edición 2005
- ❖ TRATADO DEL CONTRATO DE SEGUROS, Editorial Civitas 2009 p 60
- ❖ VEIGA COPO, ABEL B. Cizur Menor (Navarra) Editorial Civitas 2009. Tratado del Contrato de Seguros

- ❖ III Encuentro Parlamentario del seguro 2014' celebrado en el Congreso de los Diputados