



El derecho de subrogación de las aseguradoras en el seguro de daños

Juan Manuel Paniagua Manchado
Abogado

Sumario

- I.- Introducción
- II.- Naturaleza del derecho de subrogación derivado del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro
- III.- Finalidad de la acción subrogatoria
- IV.- Presupuestos del derecho de subrogación
- V.- Exclusiones del ejercicio del derecho de subrogación cuando se acciona en perjuicio del asegurado
- VI.- Otras consideraciones del derecho de subrogación: derecho de subrogación vs derecho de repetición
- VII.- La acción de subrogación en el proyecto de Código Mercantil

I.- Introducción

Se podría afirmar que la figura de la subrogación en el ámbito del seguro de daños constituye un instrumento fundamental que permite a las aseguradoras recobrar del tercero causante el perjuicio producido en el patrimonio de su asegurado el cual, previamente y en virtud del contrato de seguro, ha sido indemnizado o reparado por la compañía que pretende ejercitar la acción subrogatoria.

Ahora bien, debido a la creciente complejidad del tráfico mercantil, el ejercicio de este derecho plantea en la práctica ciertas cuestiones que conviene plantearse en voz alta y que afectan fundamentalmente tanto a la legitimación activa y/o pasiva de las compañías, como al propio contenido del derecho, considerando que la solución para resolver estas cuestiones, debe partir del análisis previo de la naturaleza jurídica de la acción subrogatoria y de la finalidad de la misma ya que, en definitiva, la regulación de cualquier figura jurídica obedece a un finalidad concreta.

II.- Naturaleza del derecho de subrogación derivado del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro

Aunque no es objeto de este artículo hacer un análisis pormenorizado de las acciones que pudiera ejercitar el que paga en nombre de otro, sí creo conveniente, tal y como acabamos de indicar, hacer una breve referencia a la naturaleza del derecho que la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, en su artículo 43 confiere a las aseguradoras, a efectos de tratar de clarificar un poco más el asunto que nos ocupa.

El pago efectuado por tercero y las consecuencias derivadas de dicho desembolso, ha sido objeto de interesantes debates doctrinales, así como de criterios jurisprudenciales diversos debido, en gran medida, a la redacción un tanto genérica de los preceptos que lo regulan.

El artículo 43 LCS concede una acción muy concreta a las aseguradoras que no deja de tener su fundamento en la novación modificativa por cambio de acreedor que contempla el artículo 1.203.3 del Código Civil en relación con los artículos 1.209 párrafo segundo, 1.210.3 y 1.212 del mismo Cuerpo Legal, con las particularidades que analizaremos más adelante.

Efectivamente el artículo 1.210 CC dice: Se presumirá que hay subrogación:

1º Cuando un acreedor pague a otro acreedor preferente.

2º Cuando un tercero, no interesado en la obligación, pague con aprobación expresa o tácita del deudor.

3º Cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda.

De la lectura del citado precepto podemos distinguir dos supuestos:

- a) Cuando quien paga es un tercero interesado en la obligación (artículo 1.210.1º y 3º CC). En este caso la Ley nada dice sobre la necesidad de que medie el consentimiento del deudor, ni siquiera que éste tuviera conocimiento del pago, si bien algunos autores, entre los que podemos citar a Manuel Albaladejo¹, opinan que es requisito para que este tipo de subrogación pueda darse que el deudor no se oponga al pago.
- b) Cuando paga un tercero no interesado en la obligación, con la necesaria aprobación, expresa o tácita, del deudor (artículo 1.210.2º CC).

Si tuviéramos que encuadrar la subrogación de las aseguradoras en uno de estos dos supuestos, parece claro que encajaría en el primeramente enumerado y más concretamente en el párrafo tercero del artículo 1210 CC, toda vez que las compañías de seguros, por un lado tienen un interés en el pago, interés derivado del cumplimiento del contrato que le vincula con su asegurado y en segundo lugar por no ser necesario el consentimiento de dicho pago por parte del deudor, pues, en bastantes ocasiones, se indemnizan o reparan a los asegurados siniestros que no tienen su origen en el propio riesgo asegurado, sino que el causante del daño es un tercero. En todos estos casos y sin necesidad de que el deudor apruebe el pago e incluso sin que tenga constancia de la existencia del siniestro, el asegurador del perjudicado-acreedor, asume o puede asumir las consecuencias económicas en virtud de la cobertura que otorga la póliza para, una vez resarcida la merma patrimonial a su cliente, subrogarse en su posición frente al causante del evento dañoso.

¹ MANUEL ALBALADEJO, *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones* Vol. Primero. Interpretado a sensu contrario al establecer los requisitos de la subrogación legal, en la que exige en todo caso consentimiento previo o coetáneo del pago, bien expreso bien tácito por parte del deudor, lo que implica necesariamente conocimiento del mismo.

Otro elemento que define la naturaleza del derecho que estamos tratando es que, a diferencia de la subrogación convencional, que es aquella que nace del mero acuerdo entre el antiguo acreedor y el tercero que le paga (nuevo acreedor), la subrogación enmarcada en el artículo 43 LCS se trata de una subrogación legal, es decir, se produce *ope legis*, una vez efectuado el pago.

Para finalizar con este apartado, me gustaría poner de relieve la diferencia entre la subrogación y la cesión de créditos y ello porque en ocasiones se ha entendido que la subrogación constituye una cesión de créditos frente al causante del daño, pero lo cierto es que existen algunas diferencias que impiden equiparar ambas figuras, pudiendo destacar entre las más relevantes las siguientes: 1) La cesión de derechos se formaliza necesariamente mediante contrato, mientras que la subrogación, salvo la convencional, no. 2) Para poder subrogarse en la posición del acreedor es necesario que con carácter previo se haya pagado, en cambio la cesión de créditos no conlleva necesariamente un pago, tal es el caso de la cesión gratuita. 3) Por la vía de la subrogación únicamente se puede recobrar lo que se haya abonado, a diferencia de lo que ocurre con la cesión, que permite cobrar el total del crédito, incluso si el cesionario hubiese pagado una cantidad menor.

Como bien apunta la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 19 de noviembre de 2.013, cuyo ponente fue el Excmo. Sr. D. **SEBASTIÁN SASTRE PAPIOL**, en su Fundamento de Derecho Cuarto, apartado II, que trata precisamente de la naturaleza jurídica de la subrogación: *“Aunque se sostiene por algunos que la subrogación constituye una cesión de créditos, o un supuesto atípico de sucesión en el crédito del asegurado frente al tercero responsable, o un supuesto particular de subrogación por pago, es lo cierto que el art. 43 LCS establece una subrogación legal -aunque no se produzca automáticamente-. Como destaca la doctrina, mientras la cesión es el cauce para realizar el interés de la circulación del crédito, la subrogación atiende a la satisfacción de un interés subrogado para recuperar, por vía de regreso, un desembolso patrimonial efectuado por el asegurador”*.

III.- Finalidad de la acción subrogatoria

La doctrina coincide en señalar que la subrogación del asegurador en la posición de su asegurado descansa en un triple objetivo:

- I. Evitar que el tercero responsable quede exento de su obligación de resarcir el daño causado, gracias a la existencia de un seguro (no propio, sino del perjudicado) que ampare las consecuencias económicas derivadas del siniestro.
- II. Evitar el enriquecimiento injusto del asegurado. Este segundo objetivo está directamente relacionado con el artículo 26 LCS: *“El seguro no puede ser objeto de enriquecimiento injusto para el asegurado. Para la determinación del daño se atenderá al valor del interés asegurado en el momento inmediatamente anterior a la realización del siniestro”*. La subrogación impide que el asegurado, 'a costa del siniestro', pueda obtener un doble beneficio económico mediante el ejercicio de dos acciones: La que puede ejercitar frente a su aseguradora en virtud de la cobertura que le otorga su propia póliza y la que le confiere el artículo 1.902 CC frente al tercero causante del siniestro o frente a su aseguradora, en su caso.
- III. Evitar el incremento de las primas. Este tercer motivo opera en beneficio de los propios asegurados, pues si bien es verdad que la subrogación es el instrumento del que se valen las aseguradoras para recobrar del causante la indemnización satisfecha a su cliente, precisamente ese recobro hace que el coste del siniestro sea 'cero', permitiendo así que la prima a abonar por el asegurado no se vea incrementada.

La exposición de motivos del Código de Comercio de 1885 ya hacía referencia a estas tres razones en el último párrafo del seguro contra incendios:

“Satisfecho el asegurado de cualquiera de los modos indicados, es de estricta justicia que, como consecuencia de este acto, quede subrogado 'ipso' jure el asegurador en todos los derechos del asegurado, contra los terceros que sean responsables del incendio, por cualquier título o concepto; pues ni el asegurado, una vez percibida la indemnización, puede exigir de éstos otra, lo cual constituiría un lucro o beneficio, en oposición con la naturaleza fundamental del mismo contrato, ni los terceros quedan libres de su responsabilidad en virtud del seguro, como acto ajeno a ellos, siendo, por el contrario, muy ventajosa esta subrogación al mismo asegurado, que obtendrá por ella alguna rebaja en la cuantía del premio del seguro”.

IV.- Presupuestos del derecho de subrogación

La regulación de la acción subrogatoria que la Ley confiere a las compañías de seguros la encontramos en el Título II, Seguros contra daños, Sección 1ª, artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguros, siendo el tenor literal de este precepto el siguiente:

“El asegurador, una vez pagada la indemnización podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización.

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 recibo obtenido se repartirá entre ambos en proporción a su respectivo interés”.

De la lectura de este artículo y de conformidad con la reiterada y abundante doctrina jurisprudencial al respecto (SSTS de 1 de octubre de 2008, 12 de junio de 2013, 19 de noviembre de 2013, entre otras) podemos establecer tres requisitos imprescindibles que se deben de dar para que una aseguradora pueda ejercitar las acciones correspondientes a su asegurado:

1.- Cumplimiento por el asegurador de su obligación de indemnizar (o reparar) a su asegurado en virtud del contrato suscrito entre ambos y dentro de los límites establecidos en el mismo.

Es por tanto condición *sine qua non* que el asegurador acredite:

A.- En primer lugar la existencia de un contrato de seguro vigente a fecha de ocurrencia del siniestro. Si la aseguradora pretende accionar vía subrogación frente al tercero causante, deberá acreditar su legitimación activa mediante la aportación de la póliza que le vincula con su asegurado. En este sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, de 29 de enero de 2008: *“Efectivamente, resulta harto sorprendente que la entidad actora se haya limitado a presentar una certificación de aseguramiento creada unilateralmente y no haya acompañado la póliza suscrita con D. 0000 en punto al vehículo... -GVY, no sólo con el escrito instaurador de las actuaciones, cual correspondía por basar en el mismo la acción que ejercita, sino en el acto de la audiencia previa, una vez esgrimida la excepción de falta de legitimación activa, siendo así que la póliza, en tanto que entidad aseguradora, tiene que obrar en su poder, y, consiguientemente, debió haberla aportado para comprobar el alcance del aseguramiento –es llano que no hasta acreditar cualquier aseguramiento, sino que ha de justificarse el tipo de cobertura concertada-, e incluso por razones de transparencia procesal para que el debate jurídico pudiese plantearse sin cortapisas. No menos sorprendente es que se haya presentado la factura, donde no se encuentra firmada en el lugar reservado al cliente, ni se haya adjuntado documento justificativo de la forma de pago con que se hizo efectivo el importe de la reparación, por lo que siendo así es paladino que no se colmen los presupuestos a que se subordina la prosperabilidad de la acción subrogatoria, al estar desprovisto de todo refrendo heurístico que el pago de la factura fuese hecho efectivo por la demandante; razonamientos que, unidos a los expresados en la fundamentación jurídica de la sentencia debatida, apareja la claudicación del recurso”.*

B.- En segundo lugar, el pago y con ello su legitimación activa, debiendo acreditarse el mismo mediante la aportación de toda la documentación que obre en su poder (finiquitos, copia de cheque, justificantes de transferencias, facturas, certificados bancarios...). La experiencia nos permite poner de manifiesto en este punto que es aconsejable para los intereses de las aseguradoras, acreditar el pago mediante documentación que no merezca la calificación de unilateral. A este respecto podemos citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19ª, de 24 de octubre de 2013, en relación al recurso interpuesto por la Compañía demandante al no estimarse sus pretensiones en primera instancia: *“Y en el presente caso no se aprecia error en la valoración de la prueba, a*

los efectos de la legitimación cuestionada, por cuanto resulta que el requisito legitimador, a los efectos de que la aseguradora pueda ejercitar la reclamación por subrogación prevista en el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, viene constituido porque previamente haya desembolsado la correspondiente indemnización a su asegurado y precisamente es lo que no se ha acreditado fehacientemente cuando los documentos en que pretende fundar esa realidad (n.º 5 y 6 de los presentados con la demanda) han sido objeto de impugnación expresa y no dejan de ser documentos de creación unilateral de la aseguradora, por más que se pretenda solventar de forma insuficiente esa falta de acreditación con la propia existencia de la póliza o la coincidencia en el número de cuenta en el que se abona la prima, ya que la demandante podría perfectamente haber probado la realidad de la indemnización a su asegurado a través del correspondiente recibo, oficiando a la entidad bancaria o por el propio testimonio del asegurado, teniendo en cuenta los principios de disponibilidad y facilidad probatoria establecidos en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que nada de ello haya verificado”.

C.- Que el pago se realice de conformidad con la cobertura otorgada por la póliza y dentro de los límites indemnizatorios contenidos en la misma.

Efectivamente ese pago debe realizarse en virtud del contrato pactado con su asegurado y dentro de los límites cuantitativos establecidos en el mismo, de lo que se desprende nuevamente la necesidad de que la aseguradora aporte la póliza y cuanta documentación sea necesaria para acreditar, además de la existencia de contrato de seguro y el pago, que la indemnización se ha satisfecho en cumplimiento del contrato, por tratarse de un siniestro con cobertura.

A este respecto, se pronuncia la AP de Lleida de fecha 26 de junio de 2.013, al desestimar una demanda por no acreditar que el pago al asegurado se realizó dentro de las coberturas de la póliza, o la de la AP de Salamanca de fecha 18 de marzo de 2.013 en cuyo Fundamento de Derecho Segundo recoge a su vez la doctrina de la Sentencia de TS de 24 de marzo de 2011, en la que siendo ponente el Excmo. Sr. D. **JUAN ANTONIO XIOL RÍOS** dice que: “... el 43 LCS limita el ejercicio de la acción subrogatoria a la cantidad efectivamente satisfecha, pues la concede «una vez pagada la indemnización» y precisa que comprende los derechos y acciones que por razón del siniestro correspondieron al asegurado frente a las personas responsables

del mismo «hasta el límite de la indemnización». Así lo ha admitido la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 15 de junio de 1988 y 7 de mayo de 1993), precisando que el reembolso únicamente puede referirse a dicha indemnización cuando se halla dentro de la cobertura del contrato de seguro (STS de 5 de marzo de 2007, RC n.º 382/2000)”.

En este mismo sentido se pronuncia el Excmo. Sr. D. **JUAN ANTONIO XIOL RÍOS** en la STS de 5 de marzo de 2007: “Resulta asimismo admitido por las partes (en línea con la doctrina seguida especialmente en materia de seguro marítimo por varias sentencias de esta Sala, como las SSTS de 30 de marzo de 1985, 31 de marzo de 1997, 3 de octubre de 1997 y 20 de noviembre de 2001) que la acción por subrogación de la aseguradora únicamente puede ejercitarse en relación con aquellas indemnizaciones que hayan sido satisfechas al perjudicado por hechos comprendidos en la cobertura del seguro de responsabilidad civil, puesto que en otro caso la subrogación que se configura en el artículo 43 LCS, fundada en el abono de la indemnización correspondiente al daño producido por el siniestro objeto de cobertura, carece de base por no responder a un pago con efectos subrogatorios. Esta acción, en efecto, se confiere a la aseguradora contra las personas responsables del siniestro por razón de la indemnización abonada en función de éste, y sólo puede calificarse como tal aquél que comporta la realización del riesgo objeto de cobertura en merma del patrimonio del asegurado”.

A pesar de considerar necesario acreditar las coberturas de la póliza, la jurisprudencia no es unánime, encontrándonos sentencias en contra, como la más reciente del Juzgado de Primera Instancia 5 de Orense de 27 de junio de 2014, que sin tener en cuenta la Jurisprudencia de Tribunal Supremo que acabamos de ver y a pesar de haberse alegado por la parte demandada que no ha quedado acreditado que el pago se ha realizado al amparo de la cobertura que otorga la póliza, el Juez no entra siquiera a valorar este aspecto y estima la demanda al interpretar los presupuestos del derecho de subrogación de una forma muy general, apoyando su resolución judicial en la Jurisprudencia contradictoria de diferentes Audiencias Provinciales: “Acorde con la SAP Castellón de fecha 7 de noviembre de 2000 «el derecho que ejercita la aseguradora tiene su origen legal en el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, que en su primer párrafo establece que el asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón

del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización. Se trata, por lo tanto, de una subrogación que se produce «ope legis» cuando se hayan cumplido las siguientes condiciones: 1. a) que el asegurador haya hecho pago de la indemnización al asegurado como consecuencia de un contrato de seguro; y 2.a) que haya nacido a favor del perjudicado una acción de responsabilidad contra el tercero, contra quien no sea ni el tomador del seguro, ni el asegurado ni el asegurador, lo que presupone, naturalmente, una culpa en dicho tercero». En el mismo sentido las sentencias de la Audiencia Provincial de Baleares de 5 y 10 de febrero de 2012.

Sobre dicha base no cabe apreciar la falta de legitimación activa a la parte actora porque se ha demostrado la relación de aseguramiento y la realización del pago en cumplimiento del mismo, tal como se desprende del recibo de abono de la prima del contrato de seguro suscrito por la Sra. 0000, de las manifestaciones vertidas por la asegurada en el acto del plenario, reconociendo que la compañía actora abonó los daños causados en su vivienda, y de la lectura del propio documento número 3 adjunto a la demanda”.

La importancia práctica que tiene para el sector la necesidad de acreditar que el pago se ha realizado dentro de las coberturas de la póliza en virtud del contrato de seguro, o no ser necesaria su acreditación, radica en dos supuestos frecuentes en la práctica que analizaremos a continuación; debemos tener en cuenta que de lo que estamos hablando es de la acción que puede ejercitar una Compañía cuando realiza un pago al asegurado ante la existencia de un tercero causante, y no es lo mismo que se accione por subrogación, a que se haga por repetición, en consecuencia, la acción que la aseguradora podrá ejercitar, dependerá del hecho de considerar necesario acreditar, o no, este requisito que estamos analizando.

El primero de los supuestos lo encontramos en los casos en los que una Compañía realiza un pago a su asegurado por razones no técnicas. Existe un contrato en vigor pero en la póliza no se ha contratado una determinada cobertura, puede que por causas imputables al asegurado o por causas ajenas al mismo, pero aun así se realiza un pago; o puede que, por motivos igualmente no técnicos, se abone una indemnización por un siniestro con cobertura, pero que excede del límite pactado.





En este caso, consideramos, haciéndonos eco además de la doctrina del Tribunal Supremo, que no se puede ejercitar la acción del artículo 43 de la ley de contrato de seguro al no cumplirse todos los requisitos exigidos por el mismo.

La acción que se debería poder ejercitar en estos supuestos, es la de repetición derivada del artículo 1158 del Código Civil, desde el momento en el que el asegurador ha realizado un pago por cuenta de otro, otro que no deja de ser el causante del siniestro y que debe responder por ese daño causado a quien ha sufrido la pérdida económica por su actuación negligente. Sorprende ver como numerosas sentencias analizadas al respecto, fundamentan la desestimación de las demandas planteadas a la luz de este precepto, al entender, como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 26 de junio de 2013, que la Aseguradora no ha abonado una deuda ajena sino propia, sin embargo, entendemos que la acción derivada del artículo 1158 del código Civil, no deja de ser una manifestación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto.

En cualquier caso, siempre se podría ejercitar una acción personal general precisamente basada en este principio general del Derecho, que a pesar de no estar regulado en dicho Cuerpo Legal, los requisitos de su ejercicio han sido elaborados por la Jurisprudencia constituyéndose este principio en una de fuente de obligaciones. Los presupuestos son: 1) que el demandado haya visto incrementado su patrimonio, bien por la incorporación de bienes al mismo, bien evitando su disminución, 2) que dicho enriquecimiento carezca de fundamentación, 3) que exista el correlativo detrimento del patrimonio del demandante y 4) que exista un nexo causal entre el incremento del patrimonio del causante y el detrimento del patrimonio del perjudicado. Entendemos que los cuatro requisitos se dan cuando se abona una indemnización basada en motivos sin cobertura técnica.

El segundo de los supuestos es aún más complicado de analizar desde el punto de vista jurídico que el primero y su solución más compleja.

Es hartamente conocida por todos los agentes que de una forma u otra intervenimos en los procedimientos judiciales derivados del seguro de daños, la teoría de las cláusulas limitativas de derechos de los contratos de seguro, lo que plantea un serio problema a la hora de tramitar

los expedientes en los que el asegurado ha resultado perjudicado por un siniestro en el que existe un claro causante, pero existe una cláusula que para la Aseguradora es delimitadora del riesgo si bien por el principio *in dubio pro asegurado* en caso de acudir a los tribunales, irremediablemente dicha cláusula se va a convertir en limitativa de derechos obligando al pago del principal más los intereses y las costas. Qué pasa en estos casos cuando las Aseguradoras, conectoras de las resoluciones judiciales adoptadas por los tribunales en defensa de los intereses de los asegurados, se ven 'obligadas' a realizar pagos en evitación de un procedimiento judicial, ¿el asegurador puede subrogarse en los derechos de su asegurado o debería ejercitar una acción de repetición o, en su caso, de enriquecimiento injusto?, y de ejercitarse la acción por subrogación del artículo 43 de la LCS ¿se puede oponer la excepción de falta de cobertura por el causante del daño?, ¿los Tribunales en estos casos deberían entrar a conocer si se ha abonado a pesar de existir una exclusión en la póliza al entender que la cláusula era limitativa de derechos?

2.- Existencia de un crédito de resarcimiento del asegurado frente al tercero responsable, como consecuencia del mismo daño que motivó la indemnización (SSTS 18 diciembre 1989, 29 diciembre 1993, 9 julio 1994, 18 julio 1997, 5 de febrero de 1998; 14 julio 2004, entre otras). Es decir, requiere un derecho de crédito a favor del asegurado contra el causante, lo que hace que este requisito sea quizás el más problemático, toda vez que obliga a las aseguradoras a probar la responsabilidad del deudor, a ellas les corresponde la carga de la prueba.

Buen ejemplo de esta problemática lo encontramos en los siniestros de incendio pues, en gran número de casos, todas las pruebas desaparecen y a pesar de que los peritos puedan establecer y localizar más o menos exactamente el origen o foco, no es posible determinar una causa exacta que permita fijar el nexo causal entre el daño y la acción u omisión negligente del causante. En este tipo de siniestros, la jurisprudencia ha tendido a objetivizar en ciertos momentos la responsabilidad aplicando una presunción de causalidad, en el sentido de sólo exigir al actor la prueba del incendio originador del daño y no en cambio la causa concreta que provocó el mismo, cuya acreditación, por otra parte, normalmente resulta imposible. En esta línea podemos citar la STS de 24 de enero de 2002, cuyo ponente fue el Excmo. Sr. D. **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**, al respecto de la demanda interpuesta por una aseguradora vía subrogación frente al Consejero Delegado de una so-

ciudad en cuyo local, destinado a almacén, se originó el incendio: *“En el tema de incendio, la doctrina jurisprudencial, siguiendo las pautas expuestas, las aplica en el sentido de que exige la prueba del incendio causante del daño, no la prueba -normalmente imposible- de la causa concreta que causó el incendio; el nexo causal es, pues, entre el incendio y el daño, no respecto a la causa eficiente (ni mucho menos, la culpa) del incendio causante del daño. Así, la sentencia de 22 de mayo de 1999 expresa: «aquellos trabajos se desarrollaban en el ámbito empresarial de la recurrente (que era la empresa donde se produjo el incendio) por lo que a ella, y no obviamente a la actora, le hubiera correspondido la prueba de un suceso extraño a su empresa como causa del siniestro». Y la de 31 de enero de 2000 dice: «ha ocurrido (el incendio) dentro del círculo de su actividad empresarial sometido a su control y vigilancia y ajeno por supuesto al dañado y por ello debe responder» y añade, para el caso concreto, luego aplicable a todo caso: «los actores, en suma, han de probar, y eso lo han hecho, que su chalet se ha incendiado por la propagación del fuego iniciado dentro del centro de transformación, no lo que ha ocurrido en él para que se produzca”.*

El mismo criterio se aplica en la STS de 20 de mayo de 2005, siendo ponente el Excmo. Sr. D. **JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ** en relación a otro incendio ocurrido en una nave industrial, al afirmar que: *“Aparte de resultar inconcusa la existencia del daño, y de que en la perspectiva del nexo causal no se requiere la certeza absoluta, sino que habida cuenta las circunstancias puede ser bastante un juicio de probabilidad cualificada (SS. 30 noviembre 2001 y 29 abril 2002, entre otras), procede reiterar que en los casos de incendio no cabe exigir al actor que pruebe la causa del mismo imputable al demandado, sino que, habiéndose acreditado que el evento se produjo en el ámbito de su actividad empresarial, es dicho demandado el que debe acreditar hechos o circunstancias que exoneran su responsabilidad, siendo tal solución la que mejor se ajusta al normal discurrir de los acontecimientos (quod plerumque accidit), y responde a las reglas especiales de la carga de la prueba de la facilidad probatoria y proximidad a la fuente de prueba, porque es dicha persona quién tenía el control y conocía la ubicación y disposición de las cosas, además de actuar como refuerzo la regla de derecho de quién se beneficia de una actividad debe correr con las incomodidades o perjuicios que comporta (‘secundum naturam est, commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda’, Paulo I. III, ad Sabinum, Digesto Lib. L, Tit. XVII, 10).*

Y en el mismo sentido la Sentencia nº 979/2011 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, de 27 de Diciembre de 2011 cuyo ponente fue el Excmo. Sr. Don **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**, que añadimos por el valor que tiene al tratar el tema concreto de la determinación del régimen de responsabilidad en supuestos de incendios en el local arrendado. Ha establecido esta Sala que *“cuando se produce un incendio en un inmueble, al perjudicado le corresponde probar su existencia y que se produjo en el ámbito de operatividad del demandado (SS 11 de febrero 2000, 16 julio 2003). A la persona que tiene la disponibilidad -contacto, control o vigilancia- de la cosa en que se produjo el incendio le corresponde acreditar la existencia de la actuación intencionada de terceros (SS 2 junio 2004, 22 marzo 2005) o de serios y fundados indicios de que la causa haya podido provenir de agentes exteriores -incidencia extraña- (SS 9 diciembre 1986, 4 junio 1987, 18 diciembre 1989, 2 junio 2004, 3 febrero 2005); admitiendo -incluso- alguna Sentencia (S 24 octubre 1987), la posibilidad de exoneración cuando se pruebe que en el lugar no había nada que representase un especial riesgo de incendio. Esta Sala tiene declarado repetidamente que no todo incendio es debido a caso fortuito, sin que baste para atribuir tal carácter al siniestro producido por causas desconocidas (SS 29 enero 1996, 13 junio 1998, 11 febrero 2000, 12 febrero 2001, 23 noviembre 2004, 3 febrero 2005), y «que no resulta suficiente que no esté probada la causa concreta del incendio» (SS 24 enero, 14 marzo y 29 abril 2002, 27 febrero y 26 junio 2003, 23 noviembre 2004 y 3 febrero 2005); habiendo aplicado dicha doctrina de la responsabilidad del dueño o del que tiene el control de la casa a los casos en que el incendio se produjo en el ámbito empresarial (S 22 mayo 1999), círculo de la actividad empresarial (S 31 enero 2000), o nave en la que se desarrolla tal actividad (S 23 noviembre 2004) del demandado. Con arreglo a esta doctrina no es preciso acudir a la responsabilidad por riesgo, ni se requiere discurrir acerca de la inversión de la carga de la prueba, pues es suficiente haberse declarado probado el almacenamiento de los materiales de combustión sin haber adoptado las medidas de seguridad adecuadas, respecto de cuyos materiales se beneficiaba la demandada con su actividad (S 29 abril 2002).*

La aplicación de la doctrina expuesta resulta además corroborada, en cuanto a la responsabilidad del empresario, en los casos en que el incendio se produce en un inmueble arrendado, pues el art. 1563 CC dispone que «el arrendatario es responsable del deterioro o pérdida que

tuviere la cosa arrendada, a no ser que prueba haberse ocasionado sin culpa suya», lo que supone establecer una presunción iuris tantum de culpabilidad (SS 13 junio 1998, 11 febrero 2000, 12 febrero 2001), o si se prefiere, en puridad técnica, una regla especial de carga de la prueba (en la actualidad con reconocimiento legal genérico en el art. 217.5 LEC 2000)”.

La razón de ser de este principio de inversión de la carga de la prueba la encontramos en que es mucho más gravoso para el demandante acreditar la responsabilidad del demandado, a que éste pruebe que ha actuado con la diligencia exigible.

No obstante lo anterior, también hay que indicar que existen sentencias en sentido contrario, exigiendo al actor probar la conducta negligente del demandado. Así encontramos la STS de 27 de junio de 2.005, siendo ponente de la misma el Excmo. Sr. D. **JOSÉ RAMÓN FERRÁNDIZ GABRIEL**, a raíz del recurso de casación interpuesto por la aseguradora de un local, siendo finalmente desestimado el mismo: *“Ha de tenerse en cuenta que, en el plano de la lógica, la relación de causalidad entre una acción y un resultado se afirma, a posteriori, conforme a la regla conocida como de la equivalencia de condiciones, según la que es causa todo aquello que no pueda suprimirse imaginariamente sin que desaparezca también el efecto (condicio sin qua non). Conforme a ese planteamiento no cabe establecer distinciones entre condiciones esenciales y no esenciales del resultado.*

Sin embargo, para una imputación objetiva, a los fines de declarar la responsabilidad civil del autor, es necesario que la causalidad no sólo exista lógicamente, sino que, además, sea adecuada, en el sentido de que la conducta tienda a producir el resultado según las reglas de experiencia general.

Esa matización jurídica de la causalidad lógica se traduce en la posibilidad de que entre causas concomitantes o cooperantes a la producción de un resultado se pueda establecer una graduación de eficacia, por razón, por ejemplo, de la inadecuación de cualquiera o de la inevitabilidad de sus consecuencias inmediatas. E, incluso, en que se entienda que alguna de ellas, por su mayor relevancia o significación, absorbe y elimina la influencia causal de las demás”.

Lógicamente, el hecho de que la carga de la prueba recaiga sobre las aseguradoras dificulta y, en muchos casos, imposibilita recobrar la

indemnización abonada a sus asegurados. Si a esto le sumamos la importante transcendencia económica que este tipo de siniestros conlleva por los cuantiosos daños que, con carácter general suelen generar, las consecuencias pueden repercutir de manera negativa en los intereses de la masa de asegurados al producirse un incremento en el pago de primas.

3.- Voluntad del asegurador de subrogarse en los derechos y acciones de su asegurado. Se trataría por tanto de un derecho potestativo que pueden o no ejercitar las aseguradoras y que no operaría *ipso iure*, en contra de lo que se establecía en la ya citada exposición de motivos del Código de Comercio de 1885.

V.- Exclusiones del ejercicio del derecho de subrogación cuando se acciona en perjuicio del asegurado

Una vez examinados los presupuestos, entramos ahora en el análisis de un punto clave del artículo y no es otro que el estudio de la regulación de las exclusiones legales al ejercicio del derecho de subrogación y las excepciones a la propia exclusión. Efectivamente, el ejercicio de este derecho está limitado en el propio artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguros aun cuando se den los presupuestos previamente analizados.

El párrafo 2º del artículo 43 dice que *“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”*. Y el párrafo 3º añade que *“El asegurador no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado, de acuerdo con la Ley, ni contra el causante del siniestro que sea, respecto del asegurado, pariente en línea directa o colateral dentro del tercer grado civil de consanguinidad, padre adoptante o hijo adoptivo que convivan con el asegurado. 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”*.

Ambos párrafos están íntimamente vinculados ya que los supuestos que recoge el párrafo tercero tienen su razón de ser en la prohibición de perjudicar los intereses del asegurado establecido en el párrafo segundo.

Antes de entrar en el análisis de cada uno de los apartados, queremos poner de manifiesto que la prohibición de accionar contra los derechos del asegurado, también tiene su contrapartida en este precepto desde el momento en el que el párrafo segundo también determina la responsabilidad del asegurado que perjudica los derechos de subrogación de la Aseguradora, obligándole a responder de los perjuicios que se le ocasionen.

Desde nuestro punto de vista, si la renuncia a la acciones frente al causante se produce antes del pago realizado por la aseguradora, esta se verá perjudicada por la actuación de su asegurado, en cuyo caso podría reclamarle los daños y perjuicios que se le hayan irrogado si una vez abonada la indemnización, descubre que carece de acción frente al causante por dicha renuncia previa.

Ahora bien, si el asegurado renuncia a las acciones o exime de responsabilidad al causante una vez recibida la indemnización en virtud de su contrato de seguro, se podría discutir si la aseguradora se puede ver perjudicada por dicha actuación, toda vez que como hemos visto, dado que la subrogación opera *ope legis*, una vez se ha realizado el pago, el derecho a reclamar al verdadero causante le corresponde al asegurador y por tanto, difícilmente el asegurado tendrá derecho de disposición sobre derechos que no le corresponden, por lo que tendremos que considerar que dicha posible renuncia de derechos es nula al carecer de objeto.

A este respecto podemos mencionar la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de fecha 15 de abril de 2010 que dice *“en el caso enjuiciado, al haberse suscrito el convenio transaccional en el mes de junio de 2007, con posterioridad a producirse la subrogación, en virtud de la cual la actora pasó a ser, ‘ex lege’ (art. 43 LCS), titular de los derechos que su asegurado ostentaba por razón del siniestro acaecido en el mes de diciembre de 2006, aquél ya no podía transigir sobre dichos derechos”*.

Dicho esto y entrando en el examen de las excepciones del artículo 43 de la Ley, ya mencionábamos al principio del artículo que la complejidad del tráfico mercantil generaba en la práctica diferentes cuestiones que merecen ser tratadas y una situación que cada vez se da con más frecuencia, es la siguiente:

Una persona es propietaria de un vehículo, asegurado en la compañía 'A', el cual estaciona en el garaje de su vivienda unifamiliar, asegu-

rada en la compañía 'B' y como consecuencia de un incendio cubierto por el seguro obligatorio, se ocasionan daños en la vivienda, o viceversa, como consecuencia de la negligencia del propietario se produce un incendio en la vivienda que calcina el vehículo. La compañía 'B', en virtud de la cobertura que otorga la póliza de hogar y de conformidad con los límites indemnizatorios en ella establecidos, procede a abonar a su asegurado los daños ocasionados en la vivienda ¿Podría la compañía 'B' ejercitar la acción subrogatoria al amparo del artículo 43 LCS frente a la compañía 'A'?. O al contrario, ¿podría la compañía 'A' que asegura el vehículo accionar contra la Compañía 'B' aseguradora de la vivienda?

En este caso, si bien es verdad que existen dos aseguradoras, el responsable del siniestro es el propietario del vehículo quien, a su vez, lo es de la vivienda. Como ya hemos indicado, una vez la aseguradora paga de conformidad con la cobertura y límites estipulados en la póliza, se subroga en los derechos de su asegurado para reclamar al causante, pero parece obvio, (a pesar de que hay una compañía que recibe una prima por asegurar la responsabilidad civil que no va a hacer frente al pago de ninguna indemnización), que en el ejemplo expuesto falta el requisito de la existencia de un *tercero responsable*, pues causante y perjudicado coinciden en la misma persona, lo que supondría accionar contra él mismo.

Ahora bien, ¿qué pasa si no se trata del mismo asegurado persona física sino que por seguir con el mismo ejemplo, el vehículo pertenece a una sociedad de la que es socio único el propietario de la vivienda tomador de la póliza de hogar? En este caso a pesar de que se trata de dos personas distintas, por un lado una persona física y por otro lado una persona jurídica, y por lo tanto con patrimonios económicos distintos, la jurisprudencia se ha pronunciado en contra del ejercicio del derecho de subrogación, al entender que la acción se ejercita en perjuicio del propio asegurado. En el caso analizado por la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4ª), de 24 de abril de 2014, se produce un incendio en un local asegurado en una compañía cuyo tomador era una persona jurídica y dicho incendio causa daños en una vivienda cuyos propietarios eran los socios únicos de dicha sociedad que explotaba el local. Al ejercitar la aseguradora de la vivienda perjudicada el derecho de subrogación frente a la aseguradora de la causante, la Audiencia desestima el recurso interpuesto frente a la sentencia de instancia que desestimaba igualmente la demanda en

base a lo dispuesto en el Fundamento de Derecho Cuarto *"En definitiva, la acción objeto de este proceso perjudica a los asegurados en la compañía demandante, en tanto en cuanto supondría devolver la indemnización percibida por el siniestro sufrido, dejando indemne a la actora y afectando negativamente el patrimonio de los asegurados, los cuales estarían transmitiendo a la recurrente una acción que únicamente les está causando un manifiesto perjuicio económico, con lo que se burlaría el mandato imperativo del art. 43 II de la LCS, que veda a las compañías ejercitar la acción subrogatoria en perjuicio de sus asegurados"*.

El párrafo tercero del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, por su parte y con fundamento en el anterior, establece que el asegurador no puede ejercitar el derecho de subrogación frente:

1º. A las personas de las que el asegurado deba responder civilmente.

2º. A los parientes enumerados en el precepto que convivan con el asegurado. Llama la atención el requisito de la convivencia a los efectos de determinar el derecho de subrogación del Asegurador, y ello porque desde un punto de vista objetivo, si lo que se pretende evitar es que se produzca un perjuicio en los intereses del asegurado, el hecho de que el causante no conviva con asegurado no implica que la repercusión económica no pueda recaer sobre el mismo, hecho este prohibido por el párrafo 2º, o viceversa, el hecho de que se conviva en el mismo domicilio no implica per se, que el ejercicio de la acción subrogatoria pueda perjudicar los intereses del asegurado.

Ahora bien, esta prohibición no opera y en consecuencia la aseguradora sí podrá subrogarse en los derechos del asegurado frente a las personas enumeradas anteriormente en el caso de que el siniestro se haya producido por dolo de alguna de ellas o en el caso de que la responsabilidad civil esté amparada por un contrato de seguro.

Los requisitos para poder accionar vía subrogación en estos casos, por lo tanto, son los siguientes:

1. En primer lugar que la aseguradora que pretenda ejercitar el derecho de subrogación haya abonado una indemnización en virtud de un seguro de responsabilidad civil siempre que su asegurado sea responsable por un hecho ajeno y no propio. Los preceptos legales que dan

origen a la responsabilidad por hechos ajenos en nuestro derecho positivo relacionados con el seguro de daños, son los siguientes:

Por un lado el artículo 1903 del código civil que dice *“La obligación que impone el artículo anterior (1902) es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.*

Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.

Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.

Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias. La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.

Por su parte el artículo 1904 de mismo código dice que *“El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho.*

Cuando se trate de Centros docentes de enseñanza no superior, sus titulares podrán exigir de los profesores las cantidades satisfechas, si hubiesen incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones que fuesen causa del daño”.

En tercer lugar, el artículo 117 del código penal, que dice: *“Los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencio-*



nalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda”.

Y finalmente el artículo 120 Código penal que determina que son civilmente responsables *“Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios”.*

2. Y en segundo lugar que estas personas de las que el asegurado debe responder hayan actuado dolosamente o la responsabilidad esté amparada por un seguro y en este caso, siempre dentro de los límites pactados en el contrato que tenga concertado el causante.



En este sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª), Sentencia núm. 37/2013 de 29 enero, en su Fundamento de Derecho Sexto: “La entidad aseguradora indemnizó por haber sido condenada solidariamente junto al codemandado, contratado por la constructora condenada como responsable civil subsidiaria, accionando conforme a lo dispuesto en el artículo 43 LCS, subrogándose en su asegurado, 0000, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 LCS”.

La razón de la subrogación legal a favor del asegurador se justifica para evitar que el asegurado pueda enriquecerse, para impedir que el tercero responsable quede libre de su obligación de resarcir el daño a consecuencia de la protección del perjudicado-asegurado por

medio del contrato de seguro; el asegurador al indemnizar sufre un perjuicio patrimonial por lo que surge un interés que encuentra su amparo con la titularidad del crédito en el que se subroga, crédito que en este caso es lo abonado por su asegurada atendiendo la condena en la sentencia a favor de quienes fueron perjudicados, condena fundada en lo dispuesto en los artículos 117 Código Penal (...) y artículo 120 Código penal (...).

La subrogación queda excluida cuando el causante del daño sea una persona cuyos actos u omisiones den lugar a la responsabilidad del asegurado, lo que es consecuencia de interpretar los artículos 1903 y 1904 CC (LEG 1889, 27), porque no cabe que tenga el asegurado un crédito contra él mismo; ahora bien la exclusión de esta subrogación no tiene lugar cuando la responsabilidad civil «del causante del daño proviene de dolo» y cuando la responsabilidad civil del causante del daño esté amparada mediante un contrato de seguro. De conformidad con dicha norma el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 7 de diciembre de 2006.

El supuesto típico y normal de aplicación del referido precepto es la existencia de un seguro de daños propios en el que es indemnizado el asegurado por su asegurador, supuesto que no es el aquí planteado, sino aquél en el que el seguro no es de daños propios sino un seguro de responsabilidad civil; en este caso el siniestro no es un daño causado a la persona del asegurado o en sus bienes, sino un daño producido a un tercero del que se deriva una responsabilidad civil del asegurado. El asegurado tiene que ser responsable civil del daño causado al tercero perjudicado; solo esta responsabilidad es la que da lugar a la obligación de indemnizar del asegurador, en base a la esencia y naturaleza de esta clase de seguros [arts. 1 y 73 LCS (RCL 1980, 2295)] y le permite subrogarse en la posición del asegurado”.

VI.- Otras consideraciones del derecho de subrogación: derecho de subrogación vs derecho de repetición

Derecho subrogación vs derecho repetición: consideraciones generales

Sin ánimo de hacer un análisis exhaustivo y sin perjuicio de lo que hemos ido apuntando a lo largo del artículo, no queremos dejar de hacer una breve referencia a las diferencias entre el derecho de subrogación y el derecho de repetición a los efectos de perfilar el contenido del primero por su contraposición con el segundo.

.- Acciones a ejercitar y régimen de excepciones:

En primer lugar el artículo 43 LCS permite al asegurador que ha pagado a su asegurado, en base al contrato, ejercitar todos los derechos y acciones que por razón del siniestro le correspondieran a su asegurado (acreedor) frente a los causantes del daño. La subrogación, a diferencia de lo que ocurre con la acción de regreso o la acción de repetición del 1.158 CC, no concede a la aseguradora un nuevo crédito contra el deudor, sino que transmite a la aseguradora los mismos derechos y privilegios de su asegurado, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.212 CC.

El Diccionario de la lengua española define 'subrogar' como "sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona". Según la STS de 19 de noviembre de 2013 de la que es ponente el Excmo. Sr. D. **SEBASTIÁN SASTRE PAPIOL**: *"Del concepto de subrogación surge la natural consecuencia de que las acciones que el asegurador puede ejercitar son las mismas que las que podía ejercitar el asegurado-perjudicado. Por tanto, presupone un crédito del asegurado contra un tercero responsable del daño. Ha de tratarse de un crédito del asegurado dirigido a la obtención de un resarcimiento de daños que ha dado lugar, por vía subrogatoria, a la indemnización por el asegurador al asegurado en virtud de la existencia de un contrato válido y vigente. Así lo establece expresamente el art. 43 LCS, cuando afirma que el objeto de la subrogación, una vez pagada la indemnización, son los derechos y acciones "que correspondieran al asegurado"*.

Por esta razón, el demandado puede oponer al asegurador las mismas excepciones que hubiera podido oponer frente al asegurado, preexistentes a la subrogación. Ningún obstáculo habrá para poder admitir también las excepciones procesales por ser de orden público".

Podemos afirmar por tanto que a través de la subrogación la Aseguradora adquiere todos los derechos y garantías del crédito (artículo 1.212 CC) mientras que esto no ocurre cuando ejercitamos un derecho de repetición.

.- La antigüedad del crédito:

Íntimamente relacionado con lo anterior, se diferencian ambas acciones en la antigüedad del crédito que se ejercita en cada una de ellas, ya que mientras en la acción de subrogación el crédito continúa siendo el mismo que

el del asegurado, produciéndose únicamente una sustitución en la persona del acreedor, en el derecho de repetición, nace un nuevo crédito a favor de la aseguradora, extinguiéndose el anterior.

En este sentido se pronuncia la STS de 11 de octubre de 2007, de la que fue ponente el Excmo. Sr. D. **IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA**: *"La subrogación, diferencia de la acción de reembolso o regreso del artículo 1158 del Código Civil, que supone el nacimiento de un nuevo crédito contra el deudor en virtud del pago realizado, el cual extingue la primera obligación, transmite al tercero que paga el mismo crédito inicial, con todos sus derechos accesorios, privilegios y garantías de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1212 del Código Civil"*.

.- La naturaleza de la deuda que da origen al nacimiento del derecho de subrogación o de repetición:

La tercera diferencia está en que la acción de subrogación ejercitada por las aseguradoras encuentra su fundamento en el pago de una deuda que no le es ajena, sino propia, en virtud de la obligación contractual que tiene con su asegurado, mientras que el pago que realiza un tercero que posteriormente repite según el derecho que le confiere el artículo 1.158 CC, lo es de deuda ajena, (SSTS de 29 de diciembre de 1979 y de 29 de octubre de 1997).

.- El *dies a quo* para computar el plazo de prescripción de la acción subrogatoria frente a la acción de repetición:

Cuestión en su día no poco controvertida ante la disparidad de criterios, toda vez que para algunos el comienzo del cómputo del plazo prescriptivo de la acción subrogatoria debía iniciarse en el momento del pago por la aseguradora (SSAP de Castellón de 7 de noviembre de 2000, de Huelva de 11 de enero de 2000), otros consideraban que la acción que la Ley confiere a las aseguradoras está sujeta al plazo de prescripción de un año desde que lo supo el agraviado (artículo 1.968.2º CC) y ello sin perjuicio de su posible interrupción.

Actualmente esta cuestión es doctrina pacífica al haberse inclinado por la postura más acertada atendiendo a la naturaleza de ambas acciones:

A) Por un lado el *dies a quo* para computar el plazo de prescripción de la acción de subrogación, es el del día en el que el asegurado tuvo

conocimiento del siniestro. Esta postura parece más adecuada si tenemos en cuenta el espíritu de la subrogación, que supone un cambio subjetivo en la relación obligatoria únicamente, pero el crédito originario subsiste en toda su extensión. La aseguradora por tanto 'sustituye' u 'ocupa' la posición de su asegurado frente a los responsables del daño, con todos los derechos, limitaciones y condicionantes del acreedor originario.

B) El plazo de prescripción para el ejercicio de la acción de repetición, comienza el día en el que el asegurador efectúa el pago, ya que ese es el día en el que nace el nuevo crédito.

.- Breve referencia al derecho de repetición de las aseguradoras.

Si en el seguro de daños la subrogación es la herramienta de la que se valen las compañías de seguros para recobrar del tercero causante los daños que previamente ha indemnizado a su asegurado en virtud del contrato que les une, en el seguro de automóviles esta herramienta nos la facilita el Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (TRLRCSCVM) en su artículo 10, regulador del derecho de repetición conferido a las aseguradoras:

“El asegurador, una vez efectuado el pago de la indemnización, podrá repetir:

1. *Contra el conductor, el propietario del vehículo causante y el asegurado, si el daño causado fuera debido a la conducta dolosa de cualquiera de ellos o a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.*
2. *Contra el tercero responsable de los daños.*
3. *Contra el tomador del seguro o asegurado, por las causas previstas en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, y, conforme a lo previsto en el contrato, en el caso de conducción del vehículo por quien carezca del permiso de conducir.*
4. *En cualquier otro supuesto en que también pudiera proceder tal repetición con arreglo a las leyes.*

La acción de repetición del asegurador prescribe por el transcurso del plazo de un año, contado a partir de la fecha en que hizo el pago al perjudicado”.

De la lectura del citado precepto y de su comparación con la lectura del artículo 43 de la LCS, podemos establecer varias conclusiones que nos permiten distinguir la naturaleza de una y otra acción, de las cuales vamos a mencionar solo las dos siguientes, ya que no se pretende entrar en el análisis del derecho de repetición, sino resaltar aquellas diferencias que hemos analizado previamente y contraponerlas al seguro de automóviles:

- En primer lugar, mientras que la subrogación del artículo 43 LCS encuentra su fundamento en el contrato en base al cual la aseguradora indemniza o repara el daño cuyo riesgo es objeto de cobertura, la acción de repetición del artículo 10 TRLRCSCVM no se apoya en contrato alguno, más bien al contrario, es una acción de la que dispone el asegurador en casos en los que paga a pesar de que el hecho esté excluido en póliza o incluso sin que exista contrato, y todo ello con el objetivo de dar la máxima protección al perjudicado.

- Y en segundo lugar, ponemos de relieve la diferencia en materia de prescripción de una y otra acción.

Por un lado, el plazo de prescripción conferido al asegurador para iniciar la acción de repetición es un año desde el pago, mientras que en el derecho de subrogación, dependerá del plazo que tuviera el asegurado en cuya posición se subroga la Compañía, frente al causante, ya que ésta puede variar en función de si se ejercita una acción por responsabilidad civil extracontractual, en cuyo caso el plazo será de un año en derecho común o tres años en el ámbito del derecho civil catalán, o si se ejercita una acción por responsabilidad civil contractual, en cuyo caso serán 15 años, o cualquier otro que venga expresamente establecido en contrato o en la Ley.

Por otro lado, en el *dies a quo*, como ya hemos dicho en las consideraciones generales, ya que en la acción de repetición el cómputo se inicia en el momento en el que la aseguradora paga, en cambio en la acción subrogatoria el plazo comienza en el momento en el que el agraviado tuvo conocimiento del daño.

Ya para finalizar, y al igual que hemos hecho referencia al artículo 10 del TRLRCSCVM queremos hacer una breve mención al artículo 76 de la LCS que contempla la acción de repetición de la aseguradora, en este caso frente a su propio asegurado al decir: *“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”.

Al igual que el artículo 43.3 de la LCS permite a las aseguradoras subrogarse en la posición del asegurado frente al causante del daño cuando aquel deba responder civilmente por un hecho ajeno en caso de existencia de dolo, el artículo 76 de la LCS concede a la Aseguradora derecho de repetición, frente a su propio asegurado, cuando el daño traiga causa de una actuación dolosa del propio asegurado.

Es aquí también requisito imprescindible que el perjudicado haya ejercitado la acción directa frente a la aseguradora del causante, y ésta se haya visto obligada a abonar la indemnización, pese a que las pólizas excluyen con carácter general la cobertura de hechos dolosos.

En contra de la consideración de que los daños causados por la conducta dolosa del asegurado son objeto de cobertura por la póliza, debiendo la compañía hacer frente a la indemnización al tercero perjudicado, sin perjuicio del derecho de repetición que le asiste frente a su asegurado, algunos autores consideran que el dolo no tiene la consideración de exclusión que por la actual regulación del artículo 76, no puede oponerse frente al tercero, sino que los hechos dolosos no pueden tener la consideración de hechos asegurables.

A este respecto nos gustaría mencionar la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2014 que condena a una aseguradora por el delito cometido por su asegurada y le concede el derecho de repetición, pero cuenta con un voto particular que considera que el delito no puede ser objeto de cobertura.

Autores como **SÁNCHEZ CALERO**, entienden que el derecho de repetición del artículo 76 de la LCS, debe extenderse no sólo a los supuestos de dolo, sino a aquellos en los que se ha realiza-

do un pago indebido por no ajustarse al contrato suscrito con su cliente.

VII.- La acción de subrogación en el proyecto de Código Mercantil

Para terminar, queremos hacer una breve referencia a la regulación de esta materia en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, aprobado por el Consejo de Ministros en su sesión de 30 de mayo.

Según Artículo 582-18. Subrogación del asegurador.

1. *El asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y acciones que, por razón del siniestro, le correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización.*
2. *El asegurador no podrá ejercitar en perjuicio del asegurado los derechos que se haya subrogado. El asegurado será responsable de los perjuicios que, con sus actos u omisiones, pueda causar al asegurador en su derecho de a subrogarse.*
3. *El asegurador no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a la 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 de consanguinidad. Se exceptúan los casos en los que la responsabilidad provenga de dolo de esas personas o estuviera amparada por un contrato de seguro, supuesto en el que la subrogación estará limitada en su alcance a los términos del contrato.*

A la vista de esta regulación, vemos que la única diferencia con relación la actual, es que se ha hecho desaparecer el párrafo 4 del actual artículo 43 que recordemos dice “*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*”.

En consecuencia, salvo que en el trámite legislativo se modifique su regulación, todas las dudas que se plantean a día de hoy que hemos dejado apuntadas en el presente artículo, deberán continuar resolviéndose en sede judicial, dando origen a teorías diversas sobre los derechos que les corresponden a las compañías de seguros.