

## Hacia la reforma de la Ley de contrato de seguro, tras más de XXV años de vigencia

**Luis de Angulo Rodríguez**

*Abogado. Ex-decano del Ilustre Colegio de Abogados de Granada  
Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Granada  
Presidente de la Mutualidad de la Abogacía*



**E**n el campo del Derecho de Seguros, siempre me ha parecido que la Ley de Contrato de Seguro, Ley 50/1980, de 8 de octubre, (LCS), merecía especial atención. Y la merecía, no solo por ser una importante aportación de aquel periodo en el que desempeñé el puesto de Director General de Seguros, sino porque a mi juicio ya debe acometerse una seria revisión, para acomodarla a las realidades actuales. Así lo ha entendido la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, que desde hace un par de años ha emprendido esa tarea revisora, incluso pidiendo informe a la Junta

Consultiva de Seguros, aunque con trabajos más lentos de lo deseable.

Ciertamente las leyes humanas no son eternas ni inmutables, por buenas que sean, y la LCS fue una buena Ley, basada en sólidos principios jurídicos y técnicos. Antes podía aspirarse a que llegaran a ser centenarias, pero hoy los periodos de vigencia son menores y requieren más frecuentes revisiones.

A pesar de que en su tiempo la LCS supuso un importante avance, algunos de sus extremos deben adecuarse a las actuales exigencias del mercado. Y, como indica **Fernando Sánchez Calero**, la nueva reforma ha de ir precedida del estudio y meditación que han faltado en las diversas modificaciones de que ha sido objeto. En tal sentido resultaría indispensable un sosegado examen por la propia Comisión General de Codificación de la que naciera.

### La Ley del contrato de seguro

La LCS vino a superar el régimen dualista existente en nuestro ordenamiento jurídico, que seguía ocupándose del contrato de seguros, tanto en el Código de comercio de 1885, como en el Código civil de 1889, consciente de que ya no era posible concebir el seguro sin la presencia de la industria y la empresa aseguradora.

Ya en 1926 se encomendó a la Comisión General de Codificación redactar un nuevo Código de Comercio, abordado por partes y sometido a información pública, en el que se mejoraba el tratamiento que se daba al contrato de seguro, pero que no llegó a buen fin.

Más tarde el Ministerio de Hacienda tomó la iniciativa en la reforma de la regulación del contrato de seguro: Comenzaron por los trabajos de **Ernesto Caballero Sanchez, Hernando De Larra-**

**mendi y Garrido Comas**, presentados al “Premio Marín Lázaro”. Después en 1968 con el encargo a los profesores **Menéndez, Sánchez Calero, Olivencia, Broseta y Duque** de la redacción de un Anteproyecto de LCS, cuyo borrador de 1969 tenía 139 artículos y que, tras observaciones de la Administración, en 1970 quedó reducido a 88 artículos. Luego, en 1972, mediante la elaboración de otro Anteproyecto de Ley General sobre el Seguro Privado, que integraba en un solo cuerpo legislativo la regulación del control, la mediación y el contrato, y en el que se dedicaban a la contratación solamente 38 artículos, con frecuentes remisiones a la facultad reglamentaria para regular el contrato de seguro. Sin embargo tales Anteproyectos realizados desde el Ministerio de Hacienda fracasaron, al no darse entrada a la Comisión General de Codificación, cuando se trataba de una reforma de los Códigos de Comercio y Civil.

A fines de 1976, por iniciativa del profesor GARRIGUES, que presidía la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, se acometió allí la redacción de un Anteproyecto de LCS. En junio de 1978 pudo concluirse, al encomendarse la ponencia, entre otros, a quienes integraron la comisión designada en 1968 por el Ministerio de Hacienda, y se elaboró pronto un texto, que el Gobierno aprobó y remitió al Parlamento.

El Proyecto de LCS, tras un rico debate parlamentario, en el que tanto el Congreso como el Senado introdujeron bastantes enmiendas, fue finalmente aprobado inicialmente con 106 artículos y fue promulgado como Ley 50/1980, de 8 de octubre (BOE del 17 de octubre de 1980).

Desde entonces la LCS ha experimentado diferentes modificaciones en algunos de sus preceptos y se le han añadido otros, sea como consecuencia de las Directivas Comunitarias, sea por propia decisión interna. Ocurre así en las siguientes leyes:



1ª) La Ley 21/1990, de 19 de diciembre, adaptó el Derecho español a la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de prestación de servicios en seguros distintos al de vida y actualizó la legislación de seguros privados (artículos tercero y sexto). Esta modificación afectó a los artículos 10, 28, 44, 48 y 52; además introdujo una sección 9ª en el título 2º, para regular el seguro de defensa, sin cambiar la numeración de los artículos, sino bajo la numeración 76.a) al 76.g); y se añadió un título 4º sobre normas de derecho internacional, como artículos 107 a 109.

2ª) La Ley 9/1992, de 30 de abril, la anterior Ley de Mediación en los Seguros Privados, cuyo apartado 3º de la disposición derogatoria, dejó sin efecto el párrafo 1º del artículo 21.

La Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, cuya disposición adicional 6ª efectuó una importante modificación, no siempre afortunada, que afecta a los artículos 8, 20, 33.a), 44, 73, 83.a) y 107 a 109.

4ª) La Ley 18/1997, de 13 de marzo, que dio nueva redacción al primer párrafo del artículo 8.

5ª) La Ley 44/2002, de 22 de noviembre, cuyo artículo 12 modificó la redacción del artículo 83.

6ª) La Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, cuya disposición final 28ª, modificó la redacción del artículo 37 de la LCS.

7ª) La Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de los seguros privados, cuyo artículo 2 introdujo el artículo 6-bis), modificó el artículo 83.a) e incorporó las tres disposiciones adicionales, para trasponer la Directiva 2002/65/CE, de 25 de septiembre.

8ª) Y la Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados, cuya disposición adicional 10ª, modifica el artículo 8.9 y el artículo 21.dos.

Una armonización de la normativa europea sobre el contrato de seguro, que arrancó del Anteproyecto de 1962, fue intentada sin éxito en 1979 y en el Proyecto de Directiva de 30 de diciembre de 1980; y nuevamente se ha reanudado en el marco del “Plan de acción de la Comisión Europea para un derecho contractual europeo más coherente” de 2003. El Comité Económico y Social Europeo, en su dictamen “El contrato de seguro europeo”, publicado en el DOUE del 28 de junio de 2005, ha reiterado la necesidad de una armonización de la normativa imperativa para la parte general del derecho de seguros, a fin de superar obstáculos a las operaciones transfronterizas, recomendando como técnica jurídica el Reglamento, para garantizar que la armonización sea plena. De todos modos en la Unión Europea sigue faltando voluntad política para llevar a buen fin estos proyectos.

### Hacia una revisión del ámbito de la LCS

Voy a limitarme a apuntar algunos extremos de la vigente LCS, que entiendo deberían ser objeto de replanteamiento de cara a su reforma, algunos de los cuales los indiqué ya, a los veinte años, en el nº 104 de la Revista Española de Seguros. Mi pretensión, al ponerlos sobre la mesa, es esbozar cuestiones sobre las que reflexionar y abrir inquietudes para que, desde puntos de vista diferentes, se formulen sugerencias al respecto. No quiero entrar aquí en planteamientos sobre los principios jurídicos y técnicos, ni profundizar sobre la estructura que debiera tener una nueva ley, pues a mi juicio debe desecharse la tentación de sustituir la actual, bastando la modificación puntual y la nueva ordenación numérica de los artículos.

En relación con la revisión de la LCS, la reforma debería comenzar por un planteamiento ambicioso de su ámbito de aplicación. A mi juicio podría haberse integrado en la nueva LCS la regulación de los seguros marítimos (derogando los artículos 735 al 805 del Código de Comercio), así como los aéreos (con derogación de los artículos 126 al 129 de la Ley de 21.7.1960). Me parece preferible esta solución, como quiso efectuar en 1991 la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, en lugar de incluir la materia en la Ley General de Navegación Marítima (artículos 436 al 497), como hace el Proyecto que actualmente tramita el Parlamento.

Pero es que, además, la LCS debería incorporar la regulación, hoy silenciada, de diferentes ramos o modalidades y de diversas formas de contratación que son de frecuente utilización en la práctica, desde el seguro de asistencia en viaje, decesos, natalidad, nupcialidad o dependencia, hasta los seguros combinados o multirriesgos, o los seguros del automóvil. Aunque sólo se les dedique un único precepto, como hace el texto actual con el seguro de caución, se les brindaría carta de naturaleza legal y se mejoraría la sistemática de una Ley, que debe tener el propósito de agotar la generalidad del tratamiento de todo lo que constituye un contrato de seguro.

### Sobre las disposiciones preliminares

Refiriéndome ya a las disposiciones preliminares y concretamente al artículo 2, debería explicitarse en ese precepto el carácter supletorio de la LCS respecto de cualquier clase de seguro privado, a falta de norma legal específica, como suele señalar la mayoría de la jurisprudencia.

Y, desde estos primeros preceptos, ubicándolo mejor aquí, al sentar el carácter imperativo de la LCS, convendría expresar las dos excepciones que la propia Ley reconoce: los grandes riesgos,

como establece el artículo 44.2, y los contratos de reaseguro, como determina el artículo 79.

En estos dos casos, no solamente deja de ser imperativa la LCS, sino que, según el artículo 107, las partes tienen libertad para elegir la ley aplicable al contrato, salvo que traten de eludir normas de orden público o, como señalan OLIVENCIA y SÁNCHEZ CALERO, que se desnaturalice el contrato de seguro o afecte a un tercero que no sea parte en dicho contrato.

Además, la determinación de qué ha de entenderse por grandes riesgos, que hoy se efectúa en el artículo 107.2, en los mismos términos de la Directiva 88/357/CEE sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida y que comprenden los seguros marítimos y aéreos, debería trasladarse a otro lugar, bien a un artículo específico de la LCS dentro de las disposiciones generales de los seguros contra daños, bien a un artículo también específico del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, TRLOSSP).

En cuanto al artículo 3, sería positivo coordinarlo con las disposiciones de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios 26/1984, de 19 de julio, (LGDCU), y de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación 7/1998, de 13 de abril, (LCGC), que regulan ya con carácter general análogas materias y que, en tal sentido, hacen que el sector asegurador no tenga por qué requerir una reglamentación especial de mayor rigor que la de otros sectores económicos y financieros, bastando la simple acomodación del régimen general al mismo. Así, no siempre resultará aplicable la LGDCU, en cuanto que no en todos los casos los tomadores de seguros o los asegurados tienen la condición de consumidores o usuarios. Desde luego, en los grandes riesgos y en el reaseguro, la relación se produce entre profesionales y no entre empresa y consumidor; pero también sucede igual en otros



contratos de seguro, en los que no cabe calificar al tomador del seguro o al asegurado de consumidor o de parte más débil. De todo ello resultaría preferible modificar el artículo 3º de la LCS, para someter el contrato de seguro sin más a la LGDCU y a la LCGC, en los casos en que resulten aplicables, y para suprimir de la LCS lo que ya queda regulado con carácter general en esas otras leyes.

Al menos, en esa labor de adecuación del artículo 3 de la LCS a la LGDCU y a la LCGC, convendrá adecuar la terminología para calificar a las llamadas condiciones lesivas como “abusivas”, según propone SÁNCHEZ CALERO; y diferenciarlas nitidamente de las condiciones “limitativas” de los derechos del asegurado y de las condiciones delimitadoras del riesgo cubierto. En todo caso se debería establecer expresamente la inaplicación de este artículo a las cláusulas de exclusión de riesgos.

### **Sobre la conclusión y documentación del contrato**

Pasando a la conclusión y documentación del contrato, en el artículo 5, como en el artículo 3, se contempla un sistema de emisión de las pólizas y demás documentación contractual, que ignora las modernas técnicas de contratación a distancia, telefónica, telemática o de emisión informatizada, que aparecen ya contempladas en el artículo 5 de la LCGC.

La competencia y la conveniencia de reducir costos de gestión y de distribución ha generado nuevos canales de comercialización y de atribución de funciones, a los que hay que atender sin generar dificultades contractuales a esos nuevos procedimientos y a la posibilidad de seguir utilizando con economía los canales tradicionales que brindan a los asegurados auténtico asesoramiento y asistencia personalizada.

Sería bueno, pues, traer aquí, como artículos 5.a), 5.b) y 5.c), las actuales tres disposiciones adi-

cionales, sobre el soporte duradero, la contratación a distancia y la contratación electrónica, que fueron introducidas por el artículo 2.3 de la Ley 34/2003, de 4 de noviembre. E incluso, como indica ALARCON FIDALGO, debería derogarse la regulación de la contratación a distancia, común a la contratación mercantil y regida por la nueva redacción del artículo 54 del Código de comercio.

Por otra parte, en el artículo 7 habría que cuidar la terminología para sustituir la expresión “tercer asegurado” introducida en el Parlamento, por “tercero asegurado” que figuraba en el Proyecto. El tercer asegurado en una póliza con tomador diferente del asegurado, parece decir relación al número de asegurados, mientras que la expresión “tercero asegurado” se corresponde a un concepto jurídico acuñado, que viene a subrayar que el asegurado es distinto del tomador.

En el artículo 8, tras establecer el contenido de las pólizas y referirse al caso de las pólizas flotantes, también debería hacer referencia a los supuestos de pólizas en las que se combina la cobertura de diferentes riesgos (multirisgos), como forma frecuente de contratación en el mercado, silenciada sin embargo en la LCS.

### **Sobre las obligaciones y deberes de las partes**

Sobre las obligaciones y deberes de las partes, en el artículo 15, párrafo 1º, convendría aclarar que, la reclamación del pago de la primera prima o de la prima única, puede hacerse con base en la póliza, sea en vía ejecutiva o en vía declarativa ordinaria, en la que tal vez el nuevo procedimiento monitorio de la LEC pueda resultar interesante.

Y en el párrafo 2º, debería concretarse que, también las primas sucesivas por el periodo en curso, pueden ser reclamadas en vía ejecutiva o declarativa ordinaria, y que solo la reclamación judicial

de la prima impide la extinción del contrato, no la reclamación extrajudicial sin éxito.

Por otra parte, en este punto, como en tanto otros en los que se olvida que los desequilibrios en favor de unos asegurados repercuten en los demás asegurados a través de las primas, debería replantearse la conveniencia de mantener un mes de cobertura gratuita después de vencidas e impagadas las primas posteriores a la primera. Esa ventaja económica beneficia a los asegurados morosos pero la pagan todos los demás asegurados a través del mayor importe de sus primas.

Respecto de los gastos de salvamento, el artículo 17 debería precisar que se trata de un reembolso de gastos, independiente de la indemnización que proceda con arreglo a la suma asegurada y los daños producidos; y que siempre que el asegurado o el tomador del seguro se hayan limitado a actuar siguiendo las instrucciones del asegurador, y no solamente cuando se den situaciones de infraseguro, el asegurador deberá reembolsárselos íntegramente. No debe haber limitación cuantitativa alguna, ni siquiera la suma asegurada, modificando así el artículo 49.I. Y es que en tales casos, el asegurado o el tomador estará obrando como mandatario del asegurador, sin que la suma asegurada limite la libertad del asegurador de impartir instrucciones con la esperanza de disminuir las consecuencias del siniestro, ni la obligación que como mandante le incumbe de reembolsar al mandatario los gastos realizados, “aunque el negocio no haya salido bien” como dice el artículo 1.728 del Código Civil.

Al establecer el artículo 18, párrafo 1º, la obligación del asegurador de satisfacer la indemnización al término de las investigaciones y peritaciones, debería aclararse que son las necesarias, no solamente para establecer la existencia del siniestro y en su caso el importe de los daños que resulten del mismo, sino también los precisos para de-

terminar si ese siniestro se encuentra cubierto por el contrato de seguro concertado. En ocasiones el problema no radica en la existencia del siniestro o la cuantificación de los daños, sino en el alcance de la cobertura a ese concreto siniestro, extremo previo que naturalmente ha de dilucidarse para que nazca la obligación de indemnizar. Aunque en un concepto estricto de siniestro, habría que entender exclusivamente el acaecimiento del evento dañoso, cuyo riesgo es objeto de cobertura en ese concreto contrato de seguro, no es ese el sentido general que se atribuye a la expresión siniestro, por lo que se hace conveniente la expresada clarificación de la que, como veremos, derivarán otras consecuencias. Así el propio artículo 18 señala que “en todo caso” el asegurador deberá pagar el importe mínimo de lo que pueda deber, dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración de siniestro –y es claro que aquí el término siniestro se utiliza en sentido genérico, pues se hace equivar a la comunicación del acaecimiento del evento dañoso–. Sin embargo debería concretarse que ese pago no procederá en todo caso, sino solamente cuando la aseguradora acepte que el evento dañoso queda cubierto por el contrato y solo quede por determinar la cuantía de la indemnización, a cuyo fin se seguirá el procedimiento pericial contradictorio del actual artículo 38.

Y en el artículo 18, párrafo 2º, que merecería precepto independiente, además de contemplar la posibilidad de sustituir la indemnización por la reparación o reposición del objeto cuando la naturaleza del seguro lo permita y el asegurado lo consienta, también debería preverse los supuestos en los que la propia póliza establezca esa forma de indemnización. Precisamente lo que en algunos seguros pretende el asegurado no es la indemnización mediante la entrega de una suma de dinero, sino que, ocurrido el siniestro, se le preste inmediatamente el servicio de reposición o reparación del bien siniestrado, los servicios funerarios o la asistencia sanitaria específica.



De este modo se deberían distinguir plenamente: Aquellos casos en los que el seguro se ordena a obtener la indemnización dineraria en caso de siniestro, y en los que la sustitución por una reposición, reparación o asistencia mediante los oportunos servicios de la aseguradora o contratados por ésta constituye una oferta que el asegurado podrá aceptar o rechazar cuando se produzca el siniestro. Y aquellos otros supuestos en los que el seguro se ordena a obtener esa reposición, reparación o asistencia, en los que, ocurrido el siniestro, la aseguradora queda obligada a prestarlos y el asegurado a recibirlos sin que quepa su sustitución por dinero. Ambos casos tienen plena cabida en el concepto de contrato de seguro que expresa el artículo 1, en cuanto que se refiere a la obligación de indemnizar el daño, pero también a satisfacer "otras prestaciones convenidas". Pero si el seguro concertado no es de asistencia, no cabe imponer ésta para reponer o reparar los bienes, aun cuando al asegurador pueda resultar más económica por los conciertos que tenga establecidos con la empresa de servicios que los preste; y si el seguro es de asistencia, no cabe rechazarla con la pretensión del asegurado de que tiene quien se la presta a su satisfacción.

Respecto al artículo 19, convendrían mejorar técnicamente la fórmula utilizada, para el caso de que el asegurado haya ocasionado dolosamente el siniestro, estableciendo directamente la ausencia de la obligación del asegurador de indemnizar.

En cuanto al artículo 20, que fue objeto de nueva y prolija redacción en 1995, continúa partiendo de un prejuicio anti-asegurador y sigue siendo confuso y desequilibrador. Además, en los países de nuestro entorno (Francia, Italia, Suiza, Portugal, Bélgica o Luxemburgo) no suele aplicarse al sector asegurador, un sistema diferenciado del establecido con carácter general, para la mora en el cumplimiento de las obligaciones.

Así no parece razonable mantener en la regla 3ª un concepto de mora diferente del que rige en nuestro ordenamiento para todos los demás deudores, incluso cuando se trata de empresas. ¿Porqué un asegurador incurre automáticamente en mora, si no cumple su prestación en el plazo de tres meses desde que ocurre el siniestro, o no ha procedido al pago del importe mínimo de lo que pueda deber dentro de los cuarenta días desde la recepción de la declaración del siniestro? Ese mismo tratamiento de la mora no se da respecto de un banco avalista de cualquier obligación o respecto de un promotor que se retrasa en la entrega de la vivienda.

Del mismo modo, no parece ponderado mantener, como hace la regla 4ª finis, los hoy desmesurados intereses penalizadores del 20%, frente a los que se aplican judicialmente. Como señala ESPERANZA MEDRANO, debería servir de referencia el previsto en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, de Medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, la "suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más siete puntos porcentuales", interés moratorio que en España se fija para el segundo semestre del 2006 en el 9'83%.

Y, desde luego, debería acabarse con la discrepancia de interpretación de las Audiencias Provinciales al aplicar los intereses penalizadores: Unas aplican el interés legal incrementado en el 50%, durante dos años desde el siniestro, y el 20% a partir del primer día del tercer año; y otras aplican directamente el 20% desde la ocurrencia del siniestro, si no se liquida en dos años. Entre las primeras se cuentan la Sección 5ª de la A.P. de Sevilla, en Auto 31.1.2005; o la Sección 4ª de la de Málaga, en Sentencia de 20.9.2000. Entre las segundas, se cuentan la A.P. de Madrid, que lo acordó en las Reuniones para la unificación de criterios de 29.5 y 23.9.2004 de las Secciones Civiles y Penales, con-

clusión 14ª, y en ese sentido se pronuncian los Autos de la Sección 19ª de 29.10.2004 y de la Sección 14ª de 31.3.2005; la A.P. de Granada, que lo acordó en la Reunión de las Salas de lo Civil para la unificación de criterios de 16.2.2006; o la Sección 16ª de la de Barcelona, en Auto de 31.3.2004,

Tampoco parece lógico que en las reglas 5ª y 6ª se rompa con el tradicional brocardo, aplicable en los demás casos de obligaciones no líquidas, de que “in illiquidis non fit mora”, para retroactivamente considerar como base inicial del cálculo de los intereses moratorios el importe que a posteriori se liquide. Especial relieve tiene esta cuestión en seguros de responsabilidad civil en los que no es previsible el periodo de curación, ni las secuelas de los perjudicados, ni mucho menos las habituales dilaciones judiciales, como señalan las SSTS de 10.12.2004 y 20.7.2005. En todo caso el inicio del cómputo del plazo para la mora debería ser siempre la fecha de comunicación del siniestro.

Y aunque la regla 8ª establece, que no habrá lugar a indemnización por mora, cuando la falta de pago de la indemnización o del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no fuese imputable al asegurador, la escasa precisión de esta excepción lleva a interpretaciones restrictivas que podrían obviarse con una mejor redacción de esta norma. En todo caso sería preferible acoger un texto mucho más simple, como el que propiciara el Consejo de Estado al informar el Anteproyecto de la que luego sería la Ley 30/1995, con una simple reducción del primitivo tipo y una aclaración de los posibles perceptores de tales intereses. La consolidada jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo haría innecesario el confuso casuismo que se ha dado al precepto.

### **Sobre la duración del contrato y el arbitraje**

En el artículo 22 no resulta necesario fijar un plazo tan dilatado como el de dos meses, para

oponerse por escrito a la prórroga del contrato, cuando los conflictos entre las partes suelen surgir, como señala VEIGA COPO, precisamente en los momentos inmediatos al término del contrato.

Y a propósito del artículo 24, aunque no respecto de su contenido, frente al que nada hay que objetar, sería bueno explicitar en la LCS, como hace el artículo 61 del TRLOSSP, la posibilidad de resolver los conflictos mediante el arbitraje impropio de consumo previsto en el artículo 31 de la LGDCU, o mediante el arbitraje común regulado en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, aunque respecto de este último no cabe imponerlo a los consumidores en las condiciones generales, por considerarse un caso de condición abusiva prohibida en todo caso conforme al artículo 10bis de la LGDCU, en relación con el nº 26 de su disposición adicional 1ª añadida por la LCGC.

### **Sobre las disposiciones generales en los seguros contra daños**

En cuanto al artículo 33.a), debería suprimirse, pese a que haya sido incorporado a la LCS en 1995 por la LOSSP. Realmente carece de utilidad, pues se limita a calificar como coaseguro comunitario, un coaseguro referido siempre a grandes riesgos, para determinar que se regirá por las disposiciones aplicables al contrato de seguro para grandes riesgos. La finalidad del precepto fue incorporar lo establecido en la Directiva 78/473, de 30 de mayo, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en materia de seguro comunitario, pero en 1995 ya resultaba innecesario para el seguro no de vida relativo a grandes riesgos, al haberse pasado a la libre prestación de servicios a través de la segunda directiva 88/357, de 22 de junio, que liberalizó ampliamente la actividad aseguradora para los grandes riesgos, y de la tercera directiva 92/49, de 18 de junio, que estableció la autorización administrativa única. En todo caso, el contenido de este precepto, ya inne-



cesario, sería más propio del Texto Refundido de la LOSSP que de la LCS.

En cuanto al artículo 38, pese a ser, hoy junto con los artículos 20 y 107, uno de los más largos de la LCS y de haber sido calificado de prolijo por las SSTS de 17.7.1992 y 5.6.1999, esas mismas sentencias señalan que resulta incompleto. De todos modos en Brasil, he tenido ocasión de ser invitado por el Instituto Brasileiro de Direito do Seguro (IBDS) para exponer y publicar recientemente el tratamiento de O Sinistro, sua regulação y liquidação, para incorporarlo al proyecto de Ley de Contrato de Seguro que preparan. En nuestra LCS debería mantenerse este precepto y perfeccionarse, por la extraordinaria operatividad que brinda de cara a la pronta liquidación de los siniestros, completando y clarificando algunos extremos:

a) En primer lugar debería aclararse que el procedimiento pericial contradictorio del artículo 38 no resulta imperativo en aquellos casos en los que la aseguradora rechaza, no el “quantum” del siniestro, sino la existencia misma del siniestro o su cobertura por el contrato. Estas materias deberían ser dilucidadas por los Tribunales de Justicia o, en su caso mediante arbitraje, pero sin imponer previamente la tasación pericial contradictoria, que supone dilaciones y costos y solamente resultaría útil cuando una sentencia o un laudo arbitral declarasen la existencia misma del siniestro y su cobertura por el seguro.

De este modo se superarían las contradicciones jurisprudenciales y la polémica doctrinal, sobre el carácter imperativo o no de agotar el procedimiento pericial del art. 38 antes de acudir a los Tribunales de Justicia. **Del Caño Escudero y Battaller Grau** sostienen esa imperatividad, asentada en las SSTS de 14.7.1992 y 17.7.1992, aun cuando BATALLER destaque que, a tenor de las SSTS de 23.1.1986 y 10 y 17.5.1990, no constituye requisito de procedibilidad por lo que cabe la ac-

tuación judicial si el demandado no alega la omisión del procedimiento de tasación pericial imperativo. Sin embargo coincido con **De la Oliva y De la Cuesta, Tirado Suárez y Reglero Campos** en que, cuando el debate se plantea sobre el “an de-beatur” (si se debe) y no sobre el “quantum” (cuanto se debe), cabe acudir a los tribunales sin pasar imperativamente por el procedimiento del artículo 38, como reconocieron las SSTS de 30.11.1990, 31.1.1992 y 4.9.1995.

Para agilizar el sistema, tal vez sería bueno que, durante el periodo previsto para el eventual arreglo amistoso, la aseguradora tenga que manifestar si acepta la existencia del siniestro y su cobertura por el seguro. En caso de rechazarlo en ese plazo, el asegurado o el beneficiario podrán acudir directamente a los Tribunales o, en su caso, al arbitraje.

b) También convendría precisar que en el procedimiento pericial, cuando una de las partes no designa su perito pese a ser requerida por la otra, bien sea por renunciar expresamente a hacerlo o por renunciar tácitamente al dejar transcurrir el plazo de ocho días concedido para la designación, el perito único que actúe, aunque sea el designado por la otra parte, lo hará como perito de ambas, con el deber de informar a ambas y de notificar a ambas el dictamen que emita.

La redacción actual, en cuanto que el artículo 38, párrafo 4º, señala que la omisión de la designación del perito propio, determina la aceptación del dictamen que emita el perito de la otra parte, quedando vinculado por el mismo, si se entiende radicalmente como hizo la STS de 4.6.1994, excluiría la posibilidad de impugnación judicial prevista en el artículo 38, párrafo 7º, lo que parece excesivo.

Y, por otra parte, la redacción actual, en cuanto que se refiere al perito como de la otra parte, olvida que los peritos, cualquiera que sea el origen

de su designación, son profesionales independientes, designados por una u otra parte, por ambas o por el juez, pero nunca “de una” ni “de otra” parte. De tal modo que no existe relación de dependencia ni de mandato con quien los designa, quien no puede imponerle sus instrucciones, ni revocarlos. Se trata de una relación de arrendamiento de servicios que se produce conjuntamente entre el conjunto de los peritos y las partes en conjunto, lo que explica que una vez aceptado el encargo por los peritos, sea irrenunciable e irrevocable. En ese sentido la STS de 17.7.1992 declaró que cuando una de las partes no designa perito, con su conducta se somete al designado por la otra, pero no pasa a ser un tercero ajeno, sino que ambas partes son las destinatarias del dictamen encargado y con ambas queda vinculado el perito en el cumplimiento del encargo recibido; y que la vinculación del dictamen del perito designado para quien no lo designó no significa ni más ni menos que equiparar este dictamen al emitido con participación de un perito designado por cada parte.

c) También sería conveniente concretar el concepto de partes, a las que el artículo 38, párrafo 4º, atribuye la designación de los peritos. Desde el punto de vista del asegurado, debería especificarse que, en los seguros por cuenta ajena, la designación corresponde al asegurado y no al tomador del seguro; y ello pese al supuesto especial de los Seguros Agrarios Combinados (Ley 87/1978, de 28 de diciembre), en que el artículo 24 del Reglamento (RD 2329/1979, de 14 de septiembre) atribuye esa designación al tomador de las pólizas colectivas. Y, además, habría que precisar que la designación nunca corresponde ni al beneficiario, como cesionario del derecho a la indemnización, ni a los acreedores hipotecarios, pignoratícios o privilegiados, en cuanto meros titulares de especiales protecciones en el momento del pago. Y desde la perspectiva de la aseguradora, habría que señalar que, en los supuestos de seguro cumulativo o de coasegu-

ro sin designación de coasegurador delegado o abridor, todas las aseguradoras, como proponen De la Oliva y De la Cuesta y en contra de lo que sostiene Bataller, tendrían que designar un Perito común para que, con el Perito designado por el asegurado y, en su caso, con el perito tercero, puedan aprobar por unanimidad o por mayoría un único dictamen; de no hacerse así, habría que extender tantos dictámenes como aseguradoras, en los que pueda alcanzarse la unanimidad o la mayoría con la composición de Peritos equilibrada que la Ley contempla, pero con el peligro al menos teórico de que no todos los dictámenes fuesen coincidentes; y de ese modo, este peligro se uniría a las dificultades que ya generan estas situaciones respecto de la necesidad de que el asegurado reclame a cada asegurador su indemnización, sin disponer de un interlocutor único que le pague por todos.

d) Del mismo modo sería conveniente, evitar la confusión sobre el procedimiento de insaculación de peritos de la antigua LEC a que se refiere el artículo 38, párrafo 6º, para el supuesto de falta de acuerdo en la designación del perito tercero, sea el de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio establecido en el artículo 2.117, que remite al artículo 616 (De la Oliva y De la Cuesta), sea el de los artículos 2.175 y ss. que se encuadra bajo la rúbrica “del nombramiento de árbitros y del de peritos de seguros” (Ramos Méndez). Debería acomodarse y remitirse expresamente, a las previsiones sobre nombramiento de peritos de los artículos 339 y ss. de la nueva LEC.

e) Igualmente debería concretarse el plazo y la forma en que los Peritos han de notificar a las partes su dictamen, sea unánime o mayoritario. El artículo 38, párrafo 7º, se limita a señalar que ha de hacerse de manera inmediata y en forma indubitada, pero debería precisarse quien haya de notificarlo, por ejemplo cada perito a la parte que lo designó, y un plazo para efectuarlo.



f) Y asimismo habría que concordar el artículo 38, párrafo 9º, que dispone, en caso de que el asegurado tenga que reclamar judicialmente la indemnización convertida en inatacable, el pago de los intereses del artículo 20 desde que la valoración devino inatacable para el asegurador. Sería preferible acomodar de devengo de los intereses, fijando como término inicial del cómputo la fecha del siniestro, conforme establece el propio artículo 20, regla 6ª.

Pasando al artículo 44, sus dos párrafos deberían independizarse, pues el primero, sobre los riesgos extraordinarios, nada tiene que ver con los grandes riesgos mencionados en el segundo. En esa línea, el párrafo 2º debería constituir un nuevo precepto, en el que se determinasen cuales son los seguros de grandes riesgos, según los delimita la Directiva 88/357/CEE sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida, en lugar de hacerlo en el artículo 107.2 con motivo de las normas de Derecho Internacional Privado. Y es que, las consecuencias de tal calificación y de la no imperatividad de la LCS, van más allá de los problemas propios del Derecho Internacional Privado, en cuanto que pueden darse en situaciones en las que no exista ningún punto de conexión con elementos extranjeros.

### **Sobre el seguro de incendios**

A su vez, el artículo 48, debería eliminar la referencia a la culpa grave, de la exclusión contenida en el párrafo segundo, pues la culpa grave no es dolo.

Y el artículo 49, extremos 1º y 2º, sobre el seguro de incendios, debería recibir el mismo tratamiento de los gastos de salvamento dado por el artículo 17 con carácter general, tanto excluyéndolo del concepto de indemnización dimanante de la suma asegurada, para alcanzar al reembolso de los gastos efectuados en ese salvamento, cuanto para eliminar la exclusión, salvo pacto en

contrario, de los gastos que ocasione la aplicación de las medidas adoptadas por la autoridad o el asegurado para impedir, cortar o extinguir el incendio. La cobertura de los gastos de extinción del incendio, en lugar de tener carácter adicional, debería quedar comprendida siempre en el seguro contra incendios, como un gasto más de salvamento.

### **Sobre el seguro de caución**

El artículo 68 sobre el seguro de caución, debería establecer ya con carácter general, como sugiere Camacho de los Ríos y contemplan las leyes especiales para determinados supuestos de obligatoria contratación (por ejemplo el seguro de caución a favor de la Administración pública), que el impago de la prima por el tomador del seguro no sea oponible al asegurado, en cuyo beneficio está contratado este seguro. Ello propiciará que las aseguradoras cobren la prima mediante un pago único o recaben las garantías necesarias para hacer efectivas las primas periódicas.

### **Sobre el seguro de responsabilidad civil**

En el artículo 73, párrafo 1, convendría definir el seguro de responsabilidad civil, en consonancia con la realidad de las pólizas, y establecer a qué queda obligado el asegurador.

En el artículo 73, párrafo 2, se debería eliminar la referencia a las cláusulas de delimitación temporal de la cobertura, como “cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados ajustadas al artículo 3”, pues no se trata de una limitación de los derechos del asegurado, sino de una delimitación de la cobertura del seguro.

Y el artículo 76 sería bueno que distinguiera los seguros de responsabilidad civil obligatorios de los voluntarios. En los obligatorios, estableciendo la inoponibilidad total de las excepciones que

el asegurador pueda tener contra el asegurado; mientras que en los voluntarios, no tiene sentido otorgar al tercero un derecho más amplio que al propio asegurado.

### Sobre el reaseguro

El artículo 77, párrafo 2º, sobre el llamado pacto de reaseguro interno, debería suprimirse, ya que en sentido estricto todo reaseguro es interno y ajeno a los asegurados. Precisamente si el reaseguro es externo, en el sentido de que sea contratado por la aseguradora con intervención del asegurado, dejaremos de estar ante una figura de reaseguro y se convertiría en un supuesto más próximo al coaseguro o al seguro subsidiario, según los casos. Si se quiere mantener este párrafo 2º con una finalidad más útil, podría establecerse expresamente aquí que el pacto de coaseguro interno, concertado entre las coaseguradoras sin intervención del asegurado, tendrá tratamiento de reaseguro y por tanto el asegurado solo podrá reclamar a su aseguradora y por la totalidad de la indemnización que proceda, sin perjuicio de las relaciones internas que tengan entre sí las llamadas coaseguradoras internas.

Y, también respecto del reaseguro, en el artículo 78, párrafo 1º, debería subsanarse la omisión en que incurre la LCS, al no indicar que el sujeto del privilegio especial que tienen los asegurados, sobre el saldo acreedor que arroje la cuenta del asegurador con el reasegurador, es el conjunto de los asegurados y no cada asegurado o grupo específico de asegurados.

### Sobre el seguro de vida

En el artículo 90, se debería utilizar una terminología más correcta e indicar que, en caso de inexactitud en la edad del asegurado de vida, cuando la verdadera edad exceda de los límites establecidos por el asegurador, la facultad de éste no es la de impugnar el contrato, sino la de rescindirlo.

Y en el artículo 93, respecto del tratamiento general del suicidio en el seguro de vida, debería diferenciarse el supuesto de los seguros sobre la vida de un tercero, en los que, como señala TIRADO SUÁREZ, el tercero, más que asegurado, es un mero “portador del riesgo”, cuya conducta en orden al suicidio no debe ser relevante, sino que, en tales casos, siempre quede cubierto el riesgo de suicidio, al que por naturaleza es ajeno el tomador-beneficiario. Piénsese en el seguro de vida de sus futbolistas que concierte un Club, para caso de muerte de los mismos, en el que debería quedar cubierto el riesgo de suicidio de los mismos, aunque ocurriera antes del año.

### Sobre el seguro de accidentes

En el artículo 100, párrafo 2º, relativo al régimen jurídico de los seguros de accidentes, que establece la aplicación de los artículos 83 al 86 y 87, párrafo 1 sobre los elementos personales de los seguros sobre la vida, debería completarse con que también son aplicables algunos otros preceptos, como los artículos 89 y 90 sobre las reticencias e inexactitudes, o el artículo 99 sobre la cesión de la póliza.

Por el contrario resulta absolutamente innecesario el artículo 102, que determina que si el asegurado provoca intencionadamente el accidente, el asegurador se libera del cumplimiento de su obligación, ya que en ese caso no habría accidente en los términos del artículo 100, párrafo.1, al no tratarse de una causa externa y ajena.

El artículo 103 debería concordarse mejor con el artículo 17, relativo a los gastos de salvamento. Este precepto determina que los gastos de asistencia sanitaria únicamente quedan incluidos en el seguro de accidentes, como de cuenta de la aseguradora, cuando expresamente se haya establecido su cobertura en la póliza y siempre que la asistencia se acomode a las condiciones



previstas en la misma, sin que tales condiciones puedan excluir la asistencia necesaria de carácter urgente. Con ello se limita, por ministerio de la ley y naturalmente salvo pacto en contrario, la aplicación al seguro de accidentes de los principios generales del artículo 17 sobre los gastos de salvamento, que imponen al asegurador atender los gastos necesarios para aminorar las consecuencias del siniestro, es decir los originados al tomador o al asegurado por el cumplimiento del llamado deber de salvamento.

Pero en todo caso debe aclararse que, como indica Pérez Torres, las previsiones del artículo 17 se seguirán aplicando respecto de otros gastos de salvamento diferentes de la asistencia sanitaria, que pueden ser a veces muy costosos, como la búsqueda del asegurado accidentado en el mar o en la montaña.

### **Sobre las normas de Derecho internacional privado**

Finalmente, en relación con los artículos 107 y 108, que trasponen las Directivas Europeas en materia de Derecho Internacional Privado, además de eliminar del primero de ellos el concepto de seguros de grandes riesgos, para llevarlo a otro precepto específico dentro de las disposiciones generales sobre los seguros contra daños o al TRLOSSP, debería cuidarse de acomodar mejor la redacción de estos artículos a las referidas Directivas.

Y es que, en la transposición española, se han omitido el inciso final del apartado letra a) y el apartado letra d) del artículo 7.1 de la Segunda Directiva de 1988 sobre los Seguros No de Vida, y el inciso final del párrafo 1º del artículo 4 de la Segunda Directiva sobre los Seguros de Vida de 1990. Con ello se recorta la autonomía de la voluntad y se merma la seguridad jurídica, ya que, con arreglo a la jurisprudencia del TJCE, los Tribunales españoles habrán de interpretar las normas espa-

ñolas del modo más acorde a las Directivas, para buscar su efecto útil.

### **Conclusion**

Termino. Hay que pensar que el ideal es mirar siempre más lejos. Por ello es de esperar que efectivamente se lleve a cabo la revisión de la LCS, con las consideraciones que he expuesto u otras parecidas, sin caer en tentaciones de anquilosarla.

Huir de ese y de cualquier otro anquilosamiento, será siempre una buena enseñanza que aprender y, desde luego que difundir entre nuestros Alumnos, partiendo de que el Derecho es el sentido común institucionalizado y, cuando no sucede así, habremos de preguntarnos la causa.