



Universidad
Carlos III de Madrid

 **e-Archivo**

Repositorio Institucional



Morillas Jarillo, María José. Las normas sobre el contrato del seguro como ley general imperativa... En: Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1556-1590. ISBN 978-84-89315-79-2. <http://hdl.handle.net/10016/20940>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

LAS NORMAS SOBRE EL CONTRATO DEL SEGURO COMO LEY GENERAL IMPERATIVA: LÍMITES Y EXCEPCIONES, EN PARTICULAR, LA REFERIDA A LOS SEGUROS DE GRANDES RIESGOS. UNA APROXIMACIÓN AL ART. 581-2 DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

MARÍA JOSÉ MORILLAS JARILLO*

Resumen

La aplicación del Título VIII del Libro Cuarto del Anteproyecto de Código Mercantil gravita sobre las reglas que contiene el art. 581-2, que configura la regulación del contrato de seguro como ley general y como ley supletoria. El mismo precepto dispone, a la vez, la naturaleza imperativa de este régimen legal, aunque no de forma absoluta o sin fisuras, sino sometida al límite de la admisión de cláusulas más beneficiosas para el asegurado, y con excepciones, ya puntuales, como la previsión legal de posibles pactos en contrario en ciertos preceptos, ya absolutas, en el caso del reaseguro y los contratos de seguros de grandes riesgos. Constituyen estos últimos una realidad presente de forma transversal en el Derecho de seguros, español y europeo, a la que el Anteproyecto presta muy escasa atención, por lo que deja sin resolver los problemas de interpretación que se han suscitado en la práctica y sobre los que se han pronunciado en diversas ocasiones los Tribunales.

Contenido

1. Introducción. – 2. La naturaleza de las normas sobre el contrato de seguro del Anteproyecto de Código Mercantil. – 2.1. La regulación del contrato de seguro como ley general y como ley supletoria. – 2.2. El juego de la supletoriedad en el interior del propio Título VIII del Anteproyecto de Código Mercantil. – 2.3. El Título VIII del Libro Cuarto del Anteproyecto de Código Mercantil como la ley aplicable al contrato de seguro. – 3. La imperatividad de la regulación sobre el contrato de seguro. Sus excepciones y límites. – 3.1. Las disposiciones sobre contrato de seguro del Anteproyecto de Código Mercantil como normas imperativas – 3.2. Las excepciones y los límites a la imperatividad. – 3.2.1. La admisión expresa de pactos o de la posibilidad de decisión unilateral. – 3.2.2. El límite del beneficio del asegurado. – 3.2.3. La excepción de los contratos de seguro de grandes riesgos. – 3.2.3.1. Su formulación. El “concepto” de seguro de grandes riesgos. – 3.2.3.2. Consecuencias de la calificación de un contrato de seguro como gran riesgo. – 3.2.4. La excepción del contrato de reaseguro.

* Catedrática de Derecho Mercantil. Universidad Carlos III de Madrid.

1. INTRODUCCIÓN

El Anteproyecto de Código Mercantil (ACM) mantiene en gran medida la estructura y sistemática de la vigente LCS. El Título VIII de su Libro Cuarto se articula en cuatro capítulos que llevan por rúbrica “Disposiciones generales”, “De los seguros contra daños”, “Del seguro de personas” y al que, es la novedad, se añade un Capítulo IV, “De la mediación en la contratación de seguros”.

Según la Exposición de Motivos del ACM (VI-112), el Título VIII se ocupa “del régimen jurídico de los contratos de seguro y de mediación en seguros, ambos de naturaleza inequívocamente mercantil, con el fin de evitar la dispersión normativa vigente de dos contratos mercantiles que, por su naturaleza, está (*rectius*, están) íntimamente vinculados; eso sí, tratando en esta sede únicamente los aspectos jurídico-privados, distinguiéndolos claramente de las normas de ordenación y supervisión de carácter administrativo”.

Contrasta la insistencia en la naturaleza mercantil del contrato de seguro (que desde siempre hemos tenido clara, por su condición de contrato de empresa) con el olvido del prelegislador de que, en el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre (LOSSP) y en su Reglamento de desarrollo, el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre (ROSSP), se contienen también normas de Derecho privado, algunas de las cuales no se ha considerado oportuno traspasar a este texto, como ocurre con el especial régimen de nulidad con el que se sanciona la celebración de contratos de seguro realizados con entidades no autorizadas de forma debida, que se contiene en el art. 4 LOSSP¹; las indicaciones sobre la información precontractual -ley aplicable, autoridad de supervisión y procedimientos de reclamación extrajudicial- que se encuentran actualmente en los arts. 60.1 LOSSP y 104 ROSSP y que sí integraba en su articulado la Propuesta de Código Mercantil de 2013 [art. 591-8.2, a) e i)]; o la referencia al boletín de adhesión en los seguros colectivos de vida al que alude la legislación vigente, concretamente los arts. 106 y 107 ROSSP, y cuyo empleo junto con la póliza impone el art. 76.4 ROSSP. Ninguna de esas tres materias puede considerarse, desde luego, normas de ordenación de carácter administrativo, sino que son, bien al contrario, puras normas de Derecho privado que deberían tener su sitio el Código Mercantil. Sí que se incardina en él (art. 581-5.3 ACM) una materia que se contempla en la actualidad en el art. 76.2 ROSSP, la referencia a las copias y duplicados de la póliza: en ambos preceptos, vigente y proyectado, se establece la obligación del asegurador de expedirlas “en caso de extravío de la póliza”, sin que, sin embargo, y es criticable, se haya contemplado en el ACM de forma más amplia y flexible el derecho a obtenerlos, puesto que en otros casos (destrucción y sustracción) pueden estar igualmente justificadas la solicitud del tomador o, en su defecto, del asegurado o beneficiario, y la correlativa obligación del asegurador.

¹ Esta regulación se mantiene en los arts. 117 del Anteproyecto de Ley de Supervisión de los Seguros Privados de 22 de diciembre de 2010 y 97.1 de la versión de la Junta Consultiva de Seguros y Fondos de Pensiones de 8 de mayo de 2012.

2. LA NATURALEZA DE LAS NORMAS SOBRE EL CONTRATO DE SEGURO DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

2.1. La regulación del contrato de seguro como ley general y como ley supletoria

Dentro del Capítulo I, el art. 581-2 ACM se ocupa de regular el “régimen aplicable a las distintas modalidades del contrato de seguro” y dispone que las disposiciones del Título VIII se “aplicarán a las distintas modalidades de contrato de seguro, en defecto de ley especial que les resulte aplicable”.

No hay modificación alguna respecto del contenido del actual art. 2 LCS, en su primera frase: “Las distintas modalidades del contrato de seguro, en defecto de Ley que les sea aplicable, se regirán por la presente Ley (...)”.

Lo dispuesto en el Título VIII ACM será de aplicación, en defecto de Ley especial (mantiene el ACM la mayúscula)², a los contratos que se califiquen como de seguro (los definidos en el art. 581-1 ACM), en todas sus modalidades³, y en todos los ámbitos de aseguramiento. No habría estado de más una específica referencia al carácter supletorio de la regulación sobre seguro (terrestre) del ACM respecto de los seguros marítimo y aéreo, regulado el segundo de ellos de forma tan precaria en la actualidad, cuestión que, después de unos inicios titubeantes y contradictorios, sobre todo en cuanto a la aplicación al seguro marítimo de los intereses de demora del art. 20 LCS, clarifica la jurisprudencia, concretamente la STS (Sala de lo Civil, Pleno) 12 enero 2009 (RJ 2009, 1743) que, en su loable labor de aclaración del régimen de fuentes de los seguros marítimos, aplica la LCS con preferencia sobre los principios generales de Derecho marítimo⁴.

En este sentido que indicamos se pronuncia el art. 406.1 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, que establece la sujeción a dicha Ley de los

² Por lo tanto, debe seguir interpretándose como ley en sentido formal, como disposición con ese rango, como propugnaba SÁNCHEZ CALERO, F., “Artículo 2”, en VV.AA., *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones*, SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.), 4ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 76 y 77. Ello no obstante, como veremos, de forma novedosa, el propio ACM invoca en el art. 582-46.2 la aplicación preferente de las disposiciones específicas reguladoras de los seguros obligatorios (sin precisar el rango de éstas) y determina en este caso la subsidiariedad del ACM.

³ En el sentido de clases o tipos de seguros, como bien indicaba SÁNCHEZ CALERO, “Artículo 2”, op. cit., pp. 72-76.

⁴ Sobre esta Sentencia, de la que destaca la ventaja que supone desde el punto de vista de la seguridad jurídica, por la falta de consenso sobre la existencia y contenido de estos pretendidos principios, MARTÍN OSANTE, J. M., “Seguros marítimos: cuestiones de actualidad”, en VV.AA., *El régimen jurídico de los seguros terrestres y marítimos y su reforma legislativa*, GIRGADO PERANDONES, P. (dir.), Comares, Granada, 2012, pp. 160-164. Por el contrario, se muestran partidarios de agotar con carácter previo las posibilidades de autointegración antes de recurrir a la LCS, GABALDÓN GARCÍA, J. L. y RUIZ SOROA, J. M., *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, p. 796. En general, sobre la aplicabilidad de la LCS al seguro marítimo, RODRÍGUEZ CARRIÓN, J. L., *Los seguros marítimos y aéreos*, en *Tratado de Derecho Mercantil*, OLIVENCIA, M., FERNÁNDEZ NOVOA, C. y JIMÉNEZ DE PARGA, R. (dirs.), vol. 5, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, pp. 40-46. En particular, de las líneas jurisprudenciales en torno a la aplicación del art. 20 LCS al seguro marítimo, trató RODRÍGUEZ CARRIÓN, J. L., “La aplicabilidad de los intereses moratorios del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro al Seguro Marítimo”, *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. XI, 1994, pp. 403-425.

contratos de seguro que tienen por objeto indemnizar los daños producidos por los riesgos propios de la navegación marítima y que aclara que, en lo no previsto en ella, será de aplicación la LCS. Por su parte, el apartado 2 añade: “Los seguros obligatorios de embarcaciones dedicadas al deporte o recreo se regirán por lo dispuesto en la Ley de Contrato de Seguro, sin que valga pacto en contrario”. Olvida la Ley de Navegación Marítima en este apartado que el seguro obligatorio de embarcaciones deportivas y de recreo cuenta con una regulación especial propia: el art. 254 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (antiguo art. 78 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante), desarrollado por el Real Decreto 607/1999, de 16 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria para embarcaciones de recreo o deportivas. Precisamente, la Disposición Adicional Única de este Real Decreto establece que el seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria, “se regirá, además de por las disposiciones de este Reglamento: a) Por las disposiciones de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. b) Por lo preceptuado en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro”. De tal manera que la aplicación de la LCS (y del futuro Título VIII del Código Mercantil que la reemplazará) a esta modalidad, el seguro de responsabilidad civil para embarcaciones de recreo o deportivas, no es directa sino, de nuevo, supletoria. También es objeto de regulación especial el seguro obligatorio de responsabilidad civil de propietarios de buques, contenida, nuevamente, en el art. 254 del Texto Refundido de la Ley de Puertos y en el Real Decreto 1616/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula el seguro de los propietarios de los buques civiles para reclamaciones de Derecho marítimo⁵.

En relación con ambos (y el resto de los obligatorios, entre los que destaca el seguro de responsabilidad civil automovilística) hay que tener en cuenta que, de forma expresa, establece el art. 582-46.2 ACM que las “disposiciones específicas establecidas, en su caso, respecto a la regulación de cada seguro obligatorio, prevalecerán sobre lo dispuesto en este Código que se aplicará con carácter subsidiario”.

De la misma forma, las modalidades de seguros terrestres –no obligatorios- que cuentan con una regulación legal especial (seguro agrario, seguro de crédito a la exportación, etc.) también se regirán de forma supletoria por lo establecido en el Título VIII ACM.

Entre las contenidas en la Propuesta de Bases para la Reforma de la Ley de Contrato de Seguro de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, de febrero 2008, figuraba incluir tras el texto de la Ley, en las disposiciones finales, una tabla de las disposiciones estatales reguladoras de los contratos de seguro específicos que se declarasen expresamente en vigor, iniciativa que no prosperó ni fue recogida en los textos prelegislativos posteriores.

Lo mismo que hemos señalado sobre las modalidades de seguros cabe decir de los especiales tipos de contratación: la contratación de seguros a distancia (telefónica,

⁵ Sobre este seguro, MARTÍN OSANTE, “Seguros marítimos: cuestiones de actualidad”, op. cit., pp. 142-156.

electrónica) se regirá por sus específicas normas (en particular, por la Ley 22/2007, de 11 de julio, de Comercialización a Distancia de Servicios Financieros, cuya aplicación preferente invoca el art. 581-6.4 ACM) y por el Capítulo I del Título II del Libro Cuarto del ACM, arts. 421-1 a 421-13, que se ocupa de la contratación electrónica, en defecto de las cuales regirá el Título VIII ACM.

El ACM sigue la línea del art. 2 de la Propuesta de Bases para la Reforma de la Ley de Contrato de Seguro de 2008. Por el contrario, tanto el Borrador de Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro de los Ministerios de Justicia y de Economía y Hacienda, de junio 2010, como el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro, de los Ministerios de Justicia y de Economía y Hacienda, de 8 de abril de 2011, regulaban además otros aspectos relacionados con la aplicación de la ley contrato de seguro. Así, el art. 2.4 de ambos textos se ocupaba de la relación entre la ley de contrato de seguro y las normas de defensa de los consumidores y usuarios, para establecer la aplicación supletoria de la legislación de consumidores “en lo no expresamente regulado en esta ley o en la normativa de supervisión de seguros privados” a los contratos de seguro en los que el tomador o asegurado tuvieran la condición de consumidor o usuario. Esta específica referencia, adecuada en el marco de una ley especial como era la proyectada, resultaría superflua, al existir en el ACM una norma general a este respecto, la contenida en el art. 001-3.2, que establece que, cuando en los actos y contratos mercantiles intervenga un consumidor, “la aplicación de las normas de este Código se hará sin perjuicio de la legislación protectora de los consumidores”.

En relación con lo anterior, sin embargo, hay que llamar la atención acerca de la diferente redacción de la norma sobre aplicación de la legislación de consumo en el Borrador de Anteproyecto de 2010 y en el Anteproyecto de 2011 en relación con la del art. 001-3.2 ACM: mientras que en los dos primeros textos la aplicación de la legislación protectora de los consumidores era meramente supletoria, el ACM, aunque no es completamente claro, da a entender con la expresión “sin perjuicio de”, que las normas del Código Mercantil no pueden reducir el nivel de protección o interferir en la aplicación de las normas de defensa de los consumidores.

Esta tajante afirmación de principio choca, sin embargo, con una disposición, presente en la vigente LCS y que se perpetúa, aunque algo modificada, en el ACM. El art. 581-8.3 ACM establece: “Si el contenido de la póliza difiere de la proposición de seguro o de las cláusulas acordadas, el tomador del seguro podrá reclamar al asegurador en el plazo de un mes a contar desde la entrega de la póliza para que subsane la divergencia existente. Realizada la reclamación, en el caso de que el asegurador no subsane la divergencia existente, será de aplicación lo establecido en la proposición. Si la reclamación no se efectuase en el plazo señalado, se estará a lo dispuesto en la póliza. Lo establecido en este párrafo se insertará en toda póliza de seguro”. Continúa en buena medida este precepto con el régimen del art. 8 de la vigente LCS y con lo previsto en los textos prelegislativos de reforma (art. 8 de la Propuesta de Bases de 2008; art. 10.3 del Borrador de Anteproyecto de 2010; art. 10.3 del Anteproyecto de 2011; art. 591-8.3 PCM de 2013). La reflexión que cabe realizar al respecto no tiene que ver, por lo tanto, exclusivamente con el ACM, sino con la consideración de que dicha regulación es más perjudicial para tomador y asegurado

que el régimen del art. 61.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (LGDCU), heredero del art. 8 de la Ley de consumidores de 1984, que establece la integración del contrato celebrado con consumidores y usuarios con el contenido de la oferta del empresario y no somete a plazo la facultad del consumidor de invocar el contenido de la oferta en lo que le fuere más favorable que el contrato celebrado. No hay que olvidar tampoco que, como dispone el art. 59.2, párrafo 2º, LGDCU, la regulación sectorial de los contratos con los consumidores, en todo caso, debe respetar el nivel mínimo de protección dispensado en esa Ley. Más tuitiva y adecuada para la necesaria protección de tomador y asegurado, que normalmente se aperciben de la discrepancia en el momento del siniestro, cuando ya puede haber transcurrido con creces el plazo legal, nos parece el art. 2:502 de los Principios del Derecho Europeo de Contrato de Seguro (PDECS), porque obliga al asegurador a resaltar la divergencia y supedita su vigencia y efecto a la falta de rechazo por el tomador en el plazo de un mes, que aquí sí tiene sentido, puesto que previamente se ha alertado al tomador, por medio de su resalte (que se impone de forma expresa que ha de ser “con letra negrita”), sobre la existencia de diferencias, el contenido de éstas y su derecho a rechazarlas.

2.2. El juego de la supletoriedad en el interior del propio Título VIII del Anteproyecto de Código Mercantil

Ni el ACM ni los textos prelegislativos anteriores se ocupan de una cuestión relacionada con la aplicación de las disposiciones, concretamente del problema de la vigencia las disposiciones generales sobre contrato de seguro respecto de las concretas clases de contratos, esto es, de la aplicación del Capítulo I a los seguros de daños y a los de personas, regulados, respectivamente, en los Capítulos II y III. Tanto en la vigente LCS como en el ACM, los seguros de enfermedad (de enfermedad y asistencia sanitaria, en la LCS) se remiten a la regulación de los de accidentes (art. 583-29 ACM; art. 106 LCS) y en la sección sobre seguros de accidentes se declara la aplicación a éstos de determinados artículos sobre los seguros de vida (art. 583-23.2 ACM; art. 100 LCS). Además, en ciertos preceptos de la LCS hay una específica remisión a las disposiciones generales de la Ley, con excepciones también expresas (del art. 89 a las disposiciones generales de la LCS, algo que reproduce el art. 583-12 ACM; del art. 95, al art. 15 LCS, lo que reitera el art. 583-18.1 ACM).

En la actualidad, sólo mediante la analogía con la propiedad transitiva se puede deducir la aplicación al seguro de enfermedad de las disposiciones sobre seguros de vida y se plantean dudas interpretativas sobre la vigencia de alguna norma ubicada en las disposiciones generales de la Ley al seguro de vida. Nos referimos a la posibilidad de reducción proporcional de la prestación del asegurador en caso de incorrecta declaración del riesgo previa a la contratación del seguro de vida pero realizada sin dolo ni culpa grave, esto es, a la aplicación de la previsión general del art. 10, párr. 3º, LCS que admite dicha reducción en ausencia de dolo, cuestión sobre la que se han pronunciado en diversos sentidos, incluso contrapuestos, los Tribunales. Para la STS

(Sala de lo Civil) 30 septiembre 1996 (RJ 1996, 6822), la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 11 junio 2007 (RJ 2007, 3651), la SAP Castellón (Sección 3ª) 11 marzo 2008 (AC 2008, 1639), la SAP Barcelona (Sección 17ª) 14 septiembre 2009 (JUR 2010, 47160), la SAP Asturias (Sección 4ª) 6 noviembre 2009 (AC 2010, 604) y la SAP Barcelona (Sección 4ª) 21 mayo 2013 (JUR 2013, 266089), el artículo 89 LCS, cuando se refiere a la facultad del asegurador de impugnar el contrato, no solamente engloba en su literalidad la facultad de rescindir el contrato a que se refiere el art. 10 LCS, sino también la de reducir proporcionalmente la prestación, ya que por impugnación del contrato debe entenderse no solamente el ejercicio de aquellas facultades encaminadas a dejarlo sin efecto mediante el ejercicio de acciones de nulidad o de rescisión, sino también aquellas que tienen por objeto reducir las prestaciones previstas en el mismo, es decir, aquellas mediante las cuales se persigue dejarlo parcialmente sin efecto en virtud de causas que abren el camino a su nulidad o rescisión parcial; pero, transcurrido el año, sólo es posible la reducción proporcional en caso de haber mediado dolo o culpa grave en la ocultación por parte del tomador del seguro, por lo que estas resoluciones no consideran aplicable en sus términos el art. 10, párrafo 3º LCS, que no supedita la reducción proporcional a la actuación dolosa del tomador, porque en los supuestos enjuiciados no se apreció dolo en su conducta. Por el contrario, a pesar de que no hubo dolo, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 12 abril 2004 (RJ 2004, 2612) aplicó directamente la reducción proporcional del art. 10, párrafo 3º, LCS. Duda ésta que no despeja el art. 583-12 ACM.

Mención aparte en este punto del juego interno de la supletoriedad merece la exclusión expresa de la aplicación del régimen general del seguro de defensa jurídica a la cobertura de esta necesidad en el seno de otros contratos, que encontramos en el art. 582-49 AMC, ya sea de forma absoluta (respecto de la defensa jurídica realizada por el asegurador de la responsabilidad civil y la defensa jurídica que tenga por objeto litigios o riesgos que surjan o tengan relación con el uso de buques o embarcaciones marítimas), ya sea supeditada al cumplimiento de ciertos requisitos (defensa jurídica realizada por el asegurador de la asistencia en viaje).

2.3. El Título VIII del Libro Cuarto del Anteproyecto de Código Mercantil como la ley aplicable al contrato de seguro

No hay en el ACM referencia a la materia regulada en el art. 3 del Borrador de Anteproyecto de 2010 y del Anteproyecto de 2011, que identificaba a la ley de contrato de seguro española como la ley aplicable “sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales, de conformidad con lo establecido en las normas de la Unión Europea sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”.

La determinación de cuándo se aplica la ley española (no sólo el futuro CM, también las leyes de seguros españolas especiales) se efectúa, desde el 17 de diciembre de 2009, por el Reglamento Roma I, el Reglamento (CE) nº 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, que contiene las normas de conflicto, esto es, las reglas para determinar la ley aplicable al contrato de seguro. Hay que tener en cuenta que, conforme al art. 178 de

la Directiva Solvencia II (Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio), los Estados miembros que no estén sujetos a él “aplicarán las disposiciones de ese Reglamento al objeto de determinar la legislación aplicable a los contratos de seguro comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 7 de dicho Reglamento”.

Cuando la aplicable sea la ley española, las disposiciones del Título VIII ACM podrán regir, ya sea con carácter imperativo, ya sea con carácter dispositivo (en el caso de los grandes riesgos, el coaseguro comunitario y el reaseguro, como veremos), de forma directa o de forma supletoria (según sea o no aplicable alguna regulación especial de seguro a la modalidad concernida).

Pero cabe que las partes, en uso de su libertad de elección (absoluta o relativa, según los casos) de la ley aplicable, desdeñen la ley española, supuesto en el que ni ésta ni, en consecuencia, el ACM se aplicarán ni con carácter imperativo, ni dispositivo, salvo en lo relativo a las leyes o disposiciones de policía (vid. 9 Reglamento Roma I), a la regulación de los seguros obligatorios y a las disposiciones destinadas a proteger el interés general (vid. el art. 7.4 Reglamento Roma I y los arts. 179 y 180 Directiva Solvencia II).

Como veremos más adelante, la libertad de elección de la ley aplicable para los seguros de grandes riesgos es independiente de que el riesgo se localice o no en un Estado miembro (art. 7.1 Reglamento Roma I). Para los restantes (los riesgos de masa), siempre que el riesgo cubierto esté localizado en el territorio de un Estado miembro, la libertad de elección está limitada a las leyes especificadas en el art. 7.3 Reglamento Roma I, aunque éste admite la posibilidad, en algunos supuestos, de que los Estados concedan una mayor libertad de elección a las partes, apartado que se completa con una cláusula de cierre, la aplicación de la ley del Estado miembro en el que se localice el riesgo en el momento de la celebración del contrato; si el riesgo de masa no está localizado en el territorio de un Estado miembro, el contrato de seguro no se rige por el art. 7 (como de forma expresa manifiesta el apartado 1, que añade que este artículo tampoco se aplica a los contratos de reaseguro), sino que se regula por las reglas generales del Reglamento Roma I, las de los arts. 3 y 4 y, en su caso, el 6⁶.

Algunas breves referencias más a esta cuestión –cuyo análisis excede el propósito y los límites de nuestro trabajo- efectuaremos al tratar de las consecuencias que conlleva la calificación del contrato como de seguro de gran riesgo (epígrafe 3.2.3.2).

⁶ CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., *Los litigios en materia de seguros en la Unión Europea. Cuestiones de Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2014, pp. 156-190 y 203-216.

3. LA IMPERATIVIDAD DE LA REGULACIÓN SOBRE EL CONTRATO DE SEGURO. SUS EXCEPCIONES Y LÍMITES

3.1. Las disposiciones sobre contrato de seguro del Anteproyecto de Código Mercantil como normas imperativas

No hay cambios en la concepción de la regulación legal del contrato de seguro como semiimperativa, ni en la literalidad del art. 581-2, b) ACM, que reproduce el art. 2 de la vigente LCS, al establecer que las disposiciones del Título VIII tendrán carácter imperativo.

Esta imperatividad es tradicional en el seguro español, desde los inicios del pasado siglo, como mecanismo de protección del asegurado, considerado parte débil del contrato, en sentido técnico-económico⁷. Pero es una excepción a la regla general sobre el carácter dispositivo de las normas del ACM en materia de contratos mercantiles, que expresa en estos términos la Exposición de Motivos (I-37): “En cualquier caso es importante considerar que la regulación contenida en materia contractual en el Código tiene como regla general una eficacia dispositiva, de manera que son normas imperativas solamente aquellas en que expresamente se imponga la imperatividad”, lo que se refleja en la redacción del art. 411-1: “Las normas que regulan los contratos, excepto las relativas a su noción y su mercantilidad, tienen carácter dispositivo salvo que en ellas se establezca otra cosa, y en consecuencia se aplicarán salvo pacto en contrario entre las partes”. Imperatividad que, además de en el contrato de seguro, el ACM establece en otras materias de obligaciones y contratos, concretamente, en los plazos fijados para el ejercicio de las acciones procedentes de las obligaciones mercantiles (art. 711-1) y en la regulación del contrato de agencia (art. 542-3-1).

La imperatividad del régimen legal del contrato de seguro no es, desde luego, una característica absoluta (de ahí que sea más acertado hablar de semiimperatividad o imperatividad relativa), pues las excepciones que formula y las limitaciones que establece el mismo art. 581-2 determinan que, en ciertas materias, la regulación no sea imperativa, como veremos en el siguiente epígrafe. De esta forma, si, en general en materia de contratos, en caso de que no exista pacto entre las partes, se aplica el ACM como legislación dispositiva que es, en el contrato de seguro, en ciertas materias, si hay pacto, no se aplica el ACM.

3.2. Las excepciones y los límites a la imperatividad

El ACM perpetúa la matización de la regla de la imperatividad de la LCS, merced a las excepciones y límites a la misma que contempla y que operan de forma autónoma. Quiere esto decir que, para que se aplique la admisibilidad del pacto en contrario, no es necesario que ese pacto contenga una disposición más beneficiosa para el asegurado que

⁷ SÁNCHEZ CALERO, “Artículo 2”, op. cit., p. 86; SÁNCHEZ CALERO, F., “Sobre la imperatividad de la Ley del Contrato de Seguro”, en VV.AA., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. III, Cívitas, Madrid, 1996, p. 2990.

la norma legal imperativa; tampoco, en lo que a los grandes riesgos respecta, es obligatorio que el régimen que pacten las partes sea más benévolo para el tomador o el asegurado que el configurado legalmente como dispositivo⁸; por último, la admisión de cláusulas más beneficiosas para el asegurado no descansa en un expreso reconocimiento de la admisión de pacto en contrario.

Veamos cada uno de estos límites o excepciones por separado.

3.2.1. La admisión expresa de pactos o de la posibilidad de decisión unilateral

Los preceptos del ACM sobre contrato de seguro tienen carácter imperativo, “a no ser que en ellos se disponga otra cosa”, señala el art. 581-2, b).

Es ésta la primera excepción a la regla de la imperatividad, de la que hay diversos grupos de ejemplos en el Título VIII ACM.

En primer lugar, hay preceptos que admiten la posibilidad de pactar en contra de lo en ellos dispuesto: el art. 581-4.2 (“Salvo pacto en contrario, el contrato de seguro no cubre los siniestros derivados de conflictos armados ni los que sean calificados como catástrofe o calamidad nacional”); el art. 581-7.3 (“Si el tomador del seguro y el asegurado son personas distintas, las obligaciones y los deberes que derivan del contrato corresponden al tomador del seguro, salvo pacto en contrario y sin perjuicio de aquellos deberes que por su naturaleza deban ser cumplidos por el asegurado”); el art. 582-2.2 (“Para la determinación del daño se atenderá, salvo pacto en contrario, al valor del interés asegurado en el momento inmediatamente anterior al acaecimiento del siniestro”); el art. 582-8 (“Cuando en dos o más contratos estipulados por el mismo tomador con distintos aseguradores se cubran los efectos que un mismo riesgo puede producir sobre el mismo interés y durante idéntico período de tiempo el tomador del seguro o el asegurado deberán, salvo pacto en contrario, comunicar a cada asegurador los demás seguros que estipule”); el art. 582-9.1 (“Cuando mediante uno o varios contratos de seguro, referente al mismo interés, riesgo y tiempo, se produce un reparto de cuotas determinadas entre varios aseguradores, previo acuerdo entre ellos y el tomador, cada asegurador está obligado, salvo pacto en contrario, al pago de la indemnización solamente en proporción a la cuota respectiva”); el art. 582-9.2 (“El asegurador que actúe como abridor del coaseguro estará legitimado, salvo pacto en contrario, tanto activa como pasivamente, judicial y extrajudicialmente, para la gestión del contrato y para adoptar cualquier decisión frente al asegurado en orden al siniestro y su liquidación, así como para efectuar las reclamaciones contra terceros responsables del daño o hacer frente a la de los terceros perjudicados en los seguros de responsabilidad civil, sin que tal actuación suponga solidaridad alguna entre los

⁸ En este sentido, TIRADO SUÁREZ, F. J., “Acotaciones a la reforma de la Ley del Contrato de Seguro en la perspectiva del Derecho Comunitario”, en VV.AA., *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en Homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, p. 1090. Por esta razón, SÁNCHEZ CALERO, F., “Artículo 43”, en VV.AA., *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones*, SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.), 4ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 976 y 977, como la autonomía de la voluntad es amplia en este caso, pueden establecerse en materia de derecho de subrogación modificaciones de su régimen que sean más perjudiciales para el asegurado.

coaseguradores”); el art. 582-10.1 (“Salvo pacto en contrario, en caso de transmisión del objeto asegurado, el adquirente se subroga en el momento de la enajenación en los derechos y obligaciones que correspondían en el contrato de seguro al anterior titular”); el art. 582-26 (en el seguro contra el robo, salvo pacto en contrario, el asegurador no estará obligado a reparar los efectos del siniestro que se haya producido por cualquiera de las causas que enumera el precepto); el art. 582-32-1 (salvo pacto expreso en contrario, la cobertura del seguro “comprenderá el depósito transitorio de las mercancías y la inmovilización del vehículo o su cambio durante el viaje cuando se deban a incidencias propias del transporte asegurado y no hayan sido causados por algunos de los acontecimientos excluidos del seguro”); art. 582-36 (en el seguro de lucro cesante, “En defecto de pacto expreso, el asegurador deberá indemnizar...”); art. 583-16 (“Salvo pacto en contrario, el riesgo de suicidio del asegurado quedará cubierto a partir del transcurso de un año del momento de la conclusión del contrato”). Por contra, insiste en la nulidad del pacto en contrario, es decir, reitera la absoluta imperatividad de la norma, el art. 581-23, que atribuye la competencia al Juez del domicilio del asegurado, obligatoriedad de cumplimiento que, como veremos, no afecta a los seguros de grandes riesgos, al coaseguro comunitario, ni al reaseguro.

Otros preceptos del ACM conceden a las partes la posibilidad de pactar en un determinado sentido: en el seguro de transportes terrestres “cuando se pacte expresamente, el seguro puede extenderse a los riesgos que afecten a las mercancías desde que salen del almacén o domicilio del cargador para su entrega al transportista hasta que entran para su entrega en el domicilio o almacén del destinatario” (art. 582-31.2); retrotraer los efectos del seguro al momento en que se presentó la solicitud o se formuló la proposición (art. 581-6.3); establecer el procedimiento de determinación del asegurado (art. 581-7.2); acordar las condiciones del pago de la prima (art. 581-13) y la forma de la reparación del daño (art. 581-17.3); pactar la prórroga del contrato (art. 581-21.1), la determinación del valor del interés (art. 582-4), la adecuación de la suma al valor del interés (art. 582-5), la exclusión de la aplicación de la regla proporcional (art. 582-6.2) o la facultad de abandono (arts. 582-27 y 582-34); determinar cuándo el crédito asegurado resulta incobrable (art. 582-41.1); pactar la asunción por el asegurador de la responsabilidad civil de la dirección jurídica del asegurado (art. 582-45.2), las prestaciones en los seguros de supervivencia (art. 583-21), los derechos de reducción, anticipo y rescate en los seguros de supervivencia y en los seguros temporales para caso de muerte (art. 583-21.4), la cobertura de los gastos de asistencia sanitaria en el seguro de accidentes (art. 583-26) o la forma de la prestación del asegurador en el seguro de enfermedad (art. 583-28).

En ciertas materias, incluso se otorga la capacidad a una sola de ellas: el tomador es quien elige la lengua de redacción del contrato (art. 581-8.1) y puede reclamar la subsanación de las divergencias entre la proposición del seguro y la póliza (art. 581-8.3); cada una de las partes puede pedir la reducción de la suma y la prima en caso de sobreseguro (art. 582-7) y oponerse a la prórroga del contrato (art. 581-21.2), salvo en los seguros de decesos y dependencia, en los que sólo puede hacer esto último el tomador (arts. 583-30.5 y 583-31.3); será necesaria la autorización expresa del asegurado para resolver el contrato de seguro de caución por causas distintas al mero

transcurso del plazo de duración establecido (art. 582-39.2).

En bloque, se elimina la imperatividad de todo el Título VIII ACM, esto es, se niega por completo (lo que no quiere decir que sus preceptos no se apliquen, aunque sea supletoriamente), respecto de ciertas clases y modalidades de seguros, como veremos en los epígrafes 3.2.3 y 3.2.4.

3.2.2. El límite del beneficio del asegurado

La declaración de que serán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado, presente en la letra b) del art. 581-2 ACM, como lo está en el art. 2 LCS, constituye la segunda excepción a la regla de la imperatividad. Ejemplos de ello encontramos dentro del propio ACM: en el art. 582-44.2, que establece que son válidas las cláusulas que amplíen los plazos legales de extensión temporal de la cobertura el asegurador de la responsabilidad civil; y en el art. 583-12, que permite fijar en la póliza un término más breve que el marcado en él para la impugnación por el asegurador del contrato de seguro de personas en caso de reticencia o inexactitud del tomador en la declaración del riesgo.

Esta limitación, en virtud de la cual la norma legal imperativa cede en pro de la cláusula más beneficiosa para el asegurado, no es absoluta, pues tiene, valga la redundancia, sus limitaciones, aunque siguen sin estar mencionadas en el ACM, sustentadas en las normas que configuran el contrato como de seguro (la onerosidad o el interés, por ejemplo) o en las de orden público (así, la inasegurabilidad del dolo)⁹.

Por asegurado hay que entender aquí, en sentido amplio, el sujeto que ejerza sus derechos frente al asegurador: puede ser el asegurado, el tomador, el beneficiario o el tercero perjudicado¹⁰.

3.2.3. La excepción de los contratos de seguro de grandes riesgos

3.2.3.1. Su formulación. El “concepto” de seguro de grandes riesgos

La letra c) del art. 581-2 ACM expresa la tercera excepción a la regla de la imperatividad, pues establece que los preceptos del Título VIII “(T)endrán carácter dispositivo respecto de los contratos de seguro de grandes riesgos (...). A estos efectos, se considerarán contratos de seguro de grandes riesgos los así calificados por la normativa especial aplicable”.

Con esta disposición se pone fin al defecto de sistemática de la vigente LCS, que, en la adaptación del Derecho español al Derecho comunitario, disemina a lo largo de cuatro preceptos la regulación de esta materia, pues, junto al art. 2, hay que leer el art. 44, párr. 2º, el art. 79 y el art. 107 para tener la completa visión del verdadero alcance de la imperatividad de esta Ley.

⁹ SÁNCHEZ CALERO, “Artículo 2”, op. cit., pp. 94, 95 y 103; IDEM, “Artículo 43”, op. cit., pp. 977; IDEM, “Sobre la imperatividad de la Ley del Contrato de Seguro”, op. cit., pp. 2297, 2298, 3003 y 3004.

¹⁰ Así lo entiende SÁNCHEZ CALERO, “Artículo 2”, op. cit., pp. 91 y 92; IDEM, “Sobre la imperatividad de la Ley del Contrato de Seguro”, op. cit., p. 2295.

Ello no obstante, lo criticable del art. 581-2, c) ACM –continuador del 2.3 del Borrador de Anteproyecto de 2010, del art. 2.3 del Anteproyecto de 2011 y del art. 591-2 PCM- es, en este punto de los seguros de grandes riesgos (*large risks*), la tautología en la que incurre, en la falta de definición, que suple con la remisión tan críptica que efectúa “a la normativa especial aplicable” en una cuestión de tanta envergadura, sin que se alcance a entender por qué, pues, aunque se hayan eliminado los preceptos de Derecho internacional privado del Título IV de la LCS, entre los que se encuadra hoy el art. 107.2 que enumera los grandes riesgos, bien podía haberse conservado el listado de seguros que se consideran tales y haber incluido dicha relación en el mismo art. 581-2 ACM.

Para encontrar la lista (y mucho menos, el concepto) tampoco sirve el art. 7.2 Reglamento Roma I que, en lugar de proporcionar un concepto de grandes riesgos o el detalle de los mismos, efectúa una nueva remisión, esta vez al art. 5, d) de la Primera Directiva 73/239/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1973, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida y a su ejercicio¹¹. De momento, por tanto, es en la Directiva 73/239 donde, por fin, encontramos la respuesta, aunque, cuando entre en vigor la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio) (Solvencia II), la definición de los grandes riesgos pasará a estar contenida en su art. 13.27).

De acuerdo con el art. 5, d) de la Directiva 73/239, el art. 13.27) de la Directiva 2009/138, y el art. 107.2 LCS:

“Se consideran grandes riesgos los siguientes:

a) Los de vehículos ferroviarios, vehículos aéreos, vehículos marítimos, lacustres y fluviales, mercancías transportadas (comprendidos los equipajes y demás bienes transportados), la responsabilidad civil en vehículos aéreos (comprendida la responsabilidad del transportista) y la responsabilidad civil de vehículos marítimos, lacustres y fluviales (comprendida la responsabilidad civil del transportista).

b) Los de crédito y de caución cuando el tomador ejerza a título profesional una

¹¹ La letra d) del art. 5 y la categoría que contiene fue introducida en la Primera Directiva 73/239 por el art. 5 de la Segunda Directiva 88/357/CEE del Consejo, de 22 de junio de 1988, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo, distinto del seguro de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios y por la que se modifica la Directiva 73/239/CEE; art. 5, d) reformado luego por el art. 2 de la Directiva 90/618/CEE del Consejo de 8 de noviembre de 1990 que modifica, en particular por lo que se refiere al seguro de responsabilidad civil resultante de la circulación de vehículos automóviles, las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE y, finalmente en este punto, por el art. 27 de la Tercera Directiva 92/49/CEE del Consejo de 18 de junio de 1992 sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE. Las Directivas Primera, Segunda y Tercera sobre seguro directo distinto del seguro de vida, integradas en Solvencia I (la 73/239/, la 88/357 y la 92/49) están llamadas a ser derogadas por la Directiva Solvencia II (Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio), afectada últimamente por la Directiva 2013/58/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2013, que modifica la Directiva Solvencia II por lo que se refiere a sus fechas de transposición y aplicación, así como a la fecha de derogación de las Directivas Solvencia I, que retrasa al 1 de enero de 2016.

actividad industrial, comercial o liberal y el riesgo se refiera a dicha actividad.

c) Los de vehículos terrestres (no ferroviarios), incendio y elementos naturales, otros daños a los bienes, responsabilidad civil en vehículos terrestres automóviles (comprendida la responsabilidad del transportista), responsabilidad civil en general, y pérdidas pecuniarias diversas, siempre que el tomador supere los límites de, al menos, dos de los tres criterios siguientes:

- Total del balance: 6.200.000 euros.
- Importe neto del volumen de negocios: 12.800.000 euros.
- Número medio de empleados durante el ejercicio: 250 empleados.

Si el tomador del seguro formara parte de un conjunto de empresas cuyo balance consolidado se establezca con arreglo a lo dispuesto en los arts. 42 a 49 CCom., los criterios mencionados anteriormente se aplicarán sobre la base del balance consolidado”.

Las Directivas 73/239 y 2009/138 añaden una posibilidad que no fue acogida por el legislador español: “Los Estados miembros podrán añadir a la categoría mencionada en el párrafo primero, letra c), los riesgos asegurados por asociaciones profesionales, empresas en participación o agrupaciones temporales”.

A ello hay que añadir que, de acuerdo con el art. 33, a).2 LCS, las aseguradoras “que participen en España en una operación de coaseguro comunitario en calidad de abridoras, así como sus actividades como tales coaseguradoras, se regirán por las disposiciones aplicables al contrato de seguro por grandes riesgos”. Esta norma no tiene su trasunto en el ACM, porque se deslocaliza y está llamada a ubicarse en la legislación de ordenación: concretamente, la incluyen en idénticos términos el art. 131.1 del Anteproyecto de Ley de Supervisión de los Seguros Privados de 2010 y el art. 110.1 de la versión de la Junta Consultiva de Seguros y Fondos de Pensiones de 8 de mayo de 2012.

Se trata, como se deduce del antes transcrito listado, de modalidades de seguros de daños, aunque desapareció del art. 44, párrafo 2º, LCS la referencia a esta categoría concreta (“seguros contra daños por grandes riesgos”, decía este párrafo, tal y como fue redactado por la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, de adaptación del Derecho español a la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida y actualización de la legislación de seguros privados, que lo incorporó a la LCS) tras la reforma del precepto por el punto 4 de la Disp. Adic. 6ª Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados; supresión que mantiene el art. 581-2, c) ACM. No ha considerado el legislador comunitario conveniente incluir en esta categoría los seguros de vida ni el resto de los que, en las normas españolas reguladoras del contrato (LCS, ACM), se encuadran en los seguros de personas (accidentes y enfermedad).

Si la remisión por un Reglamento comunitario a lo dispuesto en una Directiva no es extraña, sí lo es la remisión implícita de una norma nacional [el futuro art. 581-2, c) del Código Mercantil] a una Directiva comunitaria: las Directivas han de ser transpuestas al Ordenamiento interno, no basta con una remisión a su contenido, máxime cuando ésta no es ni siquiera directa.

Es en la legislación de supervisión española en la que parece que estará contenida la enumeración, si prospera el actual Anteproyecto de Ley de Supervisión de los Seguros Privados de 22 de diciembre de 2010, concretamente en su art. 8, en línea con lo que estableció años atrás el art. 52 de la Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación del Seguro Privado, artículo que fue añadido a esa Ley, de nuevo, por la Ley 21/1990, de 19 de diciembre. La Exposición de Motivos de la Ley 21/1990 señalaba que “(L)a normativa de control ha de introducir igualmente las especialidades propias de los llamados «grandes riesgos», y que justifican los períodos transitorios que a España se reconocen en la Directiva 88/357/CEE. Este tipo de riesgos se sitúa bajo un control administrativo que en algunos aspectos, y por imperativo de dicha norma comunitaria, queda flexibilizado en atención al especial carácter de los tomadores”.

Esta ubicación es algo propugnado también por un sector de la doctrina, partidario de encuadrar esta definición en la legislación de ordenación, no en la legislación del contrato¹². Sin embargo, hay que llamar la atención sobre el hecho de que la versión de este Anteproyecto de Ley de Supervisión de 8 de mayo de 2012, tal y como ha sido revisado por la Junta Consultiva de Seguros y Fondos de Pensiones, omite, acertadamente a nuestro juicio, la definición de este concepto. Por lo que, se mantenerse en estos términos, el reformado Derecho español de seguros presentará una importante laguna y dejará de incorporar y transponer una importante norma del Derecho europeo de seguros. En nuestra opinión, la referencia a los grandes riesgos debe estar en la legislación del contrato, por las importantes consecuencias que tal calificación tiene desde el punto de vista del Derecho privado, al haber desaparecido, además, como veremos, buena parte de las especialidades puramente de índole administrativa y, por consiguiente, de Derecho público.

La enumeración de los grandes riesgos, de procedencia europea, como hemos recordado, es una lista cerrada, *numerus clausus*, que no puede ser ampliada por voluntad de las partes. Por esta razón, nada añade al contrato que éste se “autoproclame” seguro de gran riesgo si no se corresponde con los de esa categoría. Ello no obstante, se recomienda la especificación de tal naturaleza para los en ella incluidos¹³, sobre todo la acreditación del cumplimiento de los requisitos establecidos en las letras b) -condición profesional del tomador e idéntica finalidad del seguro concertado- y c) -parámetros económicos del tomador- para evitar interpretaciones como la que efectúa la SAP Madrid (Sección 12ª) 8 julio 2009 (AC 2010, 635), que, en

¹² SÁNCHEZ CALERO, F., “Artículo 44”, en VV.AA., *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones*, SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.), 4ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 984; BLANCO-MORALES LIMONES, P. y CARBONELL PUIG, J., *La actividad aseguradora en el espacio económico europeo. Aspectos teóricos y prácticos*, Colex, Madrid, 2002, p. 170. Sin mayor precisión, se refiere simplemente a la “posibilidad de eliminar de la LCS los Grandes Riesgos” MAYOR CIVIT, J. M., “La reforma de la Ley del Contrato de Seguro. Una visión general”, en VV.AA., *El régimen jurídico de los seguros terrestres y marítimos y su reforma legislativa*, GIRGADO PERANDONES, P. (dir.), Comares, Granada, 2012, pp. 13 y 15.

¹³ SÁNCHEZ CALERO, F., “Artículo 44”, op. cit., pp. 1005 y 1006; GIRGADO PERANDONES, P., “Límites a la autonomía privada en los seguros de grandes riesgos, con especial atención a los seguros de transporte terrestre”, en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., EMBID IRUJO, J. M. y LEÓN SANZ, F. J. (editores), *Liber amicorum Prof. José María Gondra Romero*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2012, p. 285.

relación con un contrato de seguro de responsabilidad civil profesional celebrado por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, actuando la Junta como tomadora del seguro por cuenta de los notarios en activo y demás personas referidas en la póliza, señala que “lo que no explica el actor es, en concreto, porqué debe deducirse de dicha documentación que la tomadora ofrece un balance que supere los 6.200.000 euros, o que el importe neto del volumen de negocios de la tomadora es de más de 12.800.000 €, ya que de tal documentación a la que alude la actora no se desprende con claridad, a juicio de esta Sala, la concurrencia de tales requisitos, únicamente se desprende que el número de notarios en activo ascendía a 1978 en fecha que por lo demás no queda muy clara, pero que parece deducirse se refiere al tres de junio del año 1992 (...), debiendo concurrir, tal y como establece el artículo 107.2 de la Ley de Contrato de Seguro al menos dos de los tres criterios indicados”; por lo que concluye que “no consta debidamente acreditado que se trate de un seguro de grandes riesgos”. No está de más insistir en este punto en que el legislador español no ha acogido en el art. 107 LCS la posibilidad de ampliación del elenco de los grandes riesgos que admite el legislador europeo, cuando permite a los Estados miembros añadir a la tercera categoría “los riesgos asegurados por asociaciones profesionales, «joint ventures» y asociaciones de carácter temporal”, supuesto en el que cabría incluir este caso del seguro concertado por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales que, en consecuencia, y con independencia de que los notarios asegurados reuniesen en conjunto las cuantías exigidas, creemos que no era calificable como seguro de gran riesgo.

Además, resulta necesario determinar en el contrato el alcance de la exclusión de la aplicación de la LCS o del futuro Título VIII del Código Mercantil, porque, según acabamos de señalar, ésta puede ser total o parcial; a lo que hemos de añadir que, como ya hemos recordado, que no se aplique con carácter imperativo la LCS no quiere decir no pueda serlo como norma dispositiva, y para impedirlo es necesario que el contrato contenga una regulación propia de la materia, o que excluya esa aplicación de forma expresa o invocando otra ley (ejercitando la libertad de elección de la ley aplicable que caracteriza a estos seguros). De nuevo, la SAP Madrid (Sección 12ª) 8 julio 2009 (AC 2010, 635) trata de esta cuestión cuando manifiesta: “aún partiendo a efectos meramente dialécticos de que nos hallásemos ante una póliza de cobertura de grandes riesgos, no existe una clara exclusión de la aplicación de la Ley de Contrato de Seguro con carácter imperativo, al contrario, se desprende la sumisión a ésta, ya que en las propias Condiciones Generales no se indica que se trate de una póliza sujeta a la normativa propia de los seguros de grandes riesgos, únicamente se señala que se trata de un contrato que por tiene por objeto la cobertura de profesionales que ejercen una función pública, que por su singularidad tiene "dentro del marco legal de la Ley de Contrato de Seguro, un contenido pactado entre las partes" por lo que le serán de aplicación únicamente las denominadas condiciones generales específicas, sin perjuicio de su aplicación, en su caso, de las normas de la Ley de Contrato de Seguro (...), es decir, no se alude a que se trate de una póliza que tenga por objeto la cobertura de grandes riesgos, sino una serie de singularidades derivadas de la profesión notarial, y además se indica que el contrato tiene, "dentro del marco legal de la Ley de Contrato de Seguro, un

contenido pactado entre las partes", con lo cual, pese a que a continuación se indique que se aplica únicamente lo pactado por las partes, sin perjuicio de la aplicación en su caso lo dispuesto por la Ley de Contrato de Seguro, es obvio que previamente se ha sometido a la Ley de Contrato de Seguro, dentro de cuyo marco legal se indica que se concierta el contrato y se establecen los correspondientes pactos, por lo cual ni tan siquiera existe una exclusión expresa de la aplicación con carácter imperativo de las normas de la Ley de Contrato de Seguro, por el contrario se indica que el contrato se concierta dentro del marco legal de dicha Ley, y es que en definitiva lo que se establece es la aplicación de la normativa propia de todo contrato de seguro que no cubra grandes riesgos, ya que en todo contrato de seguro, los pactos, realizados dentro del ámbito de dicha Ley, son los que regulan las relaciones entre las partes, sin perjuicio de aplicar, en su caso, lo establecido por la Ley de Contrato de Seguro. Por tanto, si bien el artículo 44 de la Ley de Contrato de Seguro excluye la aplicación del artículo 2 de dicha Ley, nada impide que las partes acuerden no aplicarlo, y del contenido de la póliza que queda reseñado cabe cuando menos dudar que se haya pretendido someter el contrato a lo pactado, en los términos propios de un contrato que no tenga por objeto la cobertura de grandes riesgos, dicho sea, como se indicaba, a mayor abundamiento y partiendo a efectos dialécticos de que se trate de una póliza de cobertura de grandes riesgos". En el caso que está en la base de la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 3 junio 2008 (RJ 2008, 4171), en relación con un seguro de crédito calificado expresamente por la sentencia como seguro de grandes riesgos "pues en él, el tomador-asegurado ejerce a título profesional una actividad industrial y comercial y el riesgo precisamente se refiere a dicha actividad", se condenó al asegurador al pago del interés de demora del art. 20 LCS, cuya aplicación, por lo que parece, no había sido excluida por las partes.

Nada impide tampoco, aunque puede no ser habitual, que las partes del contrato eliminen en la póliza de forma expresa la consideración de gran riesgo del seguro pactado, aunque por la clase a la que pertenece estuviera comprendido en dicha categoría.

El encuadramiento de algunos de los riesgos en este listado suscita críticas y, también, la falta de referencia en él a otros, con lo que, como se suele decir, "ni son todos los que están, ni están todos lo que son". Críticas dirigidas al legislador europeo, claro está.

Siguiendo el orden del listado legal, la letra a) menciona los "vehículos ferroviarios, vehículos aéreos, vehículos marítimos, lacustres y fluviales", y la responsabilidad civil a ellos relativa¹⁴. Nos llama la atención la falta de referencia a los vehículos espaciales o la responsabilidad civil a ellos ligada, vehículos espaciales que no se identifican ni se pueden confundir con los aéreos¹⁵, pero que constituyen un

¹⁴ Como señalamos en MORILLAS JARILLO, M. J., "Seguros y responsabilidad civil en la navegación aérea", en VV.AA, *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, Volumen II, Universidad de Valladolid-Caja Duero, Valladolid, 1998, p. 1501, no todos los seguros aéreos pueden ser considerados grandes riesgos: sólo los referidos a la aeronave (seguro de cascos), a las mercancías (incluida la carga, los equipajes y cualquier otro bien) y a la responsabilidad civil, contractual y extracontractual, mientras que queda fuera de esta categoría el seguro de accidentes de los pasajeros.

¹⁵ En nuestro trabajo MORILLAS JARILLO, M. J., "Capítulo 17. Los sujetos, los objetos y las actividades espaciales", en MORILLAS JARILLO, M. J., PETIT LAVALL, M. V. y GUERRERO

ámbito de riesgo análogo a, o más genuino si cabe que, el contemplado en esta primera categoría de los calificados como “grandes”.

También dentro de esta primera letra, la expresión “vehículos aéreos, vehículos marítimos, lacustres y fluviales” permite una interpretación muy amplia, omnicomprendiva de todo tipo de aeronaves y embarcaciones, no sólo en lo relativo al seguro de daños propios (seguro de cascos), sino también a la responsabilidad civil ligada a la utilización o manejo de estos vehículos, de cualquier tipo, incluidos los de recreo y deportivos, lo que nos parece, a todas luces, excesivo, porque nada tienen que ver ni el contrato, ni las partes en estos casos y en los restantes¹⁶. Tanto es así, que el preámbulo del Real Decreto 607/1999, que regula el seguro de responsabilidad civil de embarcaciones, manifiesta: “Atendiendo al principio de seguridad jurídica, y habida cuenta de la variada tipología de buques que pudieran, «a priori», incluirse dentro de la categoría «de recreo o deportivas», se hace preciso delimitar el alcance material de la norma, a la luz de los artículos 75 y 107 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro”. Embarcaciones que el art. 2 del Real Decreto define como “los objetos flotantes

LEBRÓN, M. J., *Derecho aéreo y del espacio*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2014, p. 1011, propugnamos su consideración como gran riesgo.

¹⁶ Aunque no se refieren a la cuestión de los grandes riesgos, vid. las críticas a la aplicación de las normas sobre el seguro marítimo a este tipo de embarcaciones, que formulan MESTRE, A., “El seguro de embarcaciones deportivas y de recreo”, *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. XIX, 2002, p. 259 y PULIDO BEGINES, J. L., *Instituciones de Derecho de la Navegación Marítima*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 693-695, sustentadas por ambos autores en el carácter dispositivo de las normas del Cdc sobre seguro marítimo y en la condición de consumidor del asegurado. Los Tribunales han aplicado en diversas ocasiones la LCS a seguros de daños de embarcaciones de recreo. La STS (Sala de lo Civil) 2 diciembre 1997 (RJ 1997, 8773), señala: “no obstante, las reglas propias del seguro marítimo que se respetan, hay que entender que los preceptos de la Ley 8 octubre 1980 tienen aplicación supletoria para otras modalidades de seguro, a tenor de lo que dispone el artículo 2.º de la precitada Ley; máxime en cuanto a preceptos de orden general del «título primero», que como el «tercero» conforman la atmósfera en que la relación contractual debe desenvolverse, cuando están en juego los intereses del asegurado en cuanto consumidor que interviene en contrato de adhesión, o aquellos otros que vienen a suplir una laguna normativa”. Para la Sala, la cláusula 19 de las del «Institute Yacht Clauses», en la que se amparaba la aseguradora para rechazar el siniestro de la embarcación, porque la reputaba carente de mecanismo extintor automático, es “evidentemente limitativa de los derechos del asegurado, no ha sido suscrita separada y destacadamente como ha venido exigiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo al abrigo de la interpretación del artículo 3.º de la Ley de Contrato de Seguro, doctrina que no hay razón para no entender de aplicación al supuesto del seguro marítimo, en la medida que responde a exigencias de protección del asegurado que suscribe contrato de adhesión”; a lo que se añade que la aplicación de la misma exigía una comprobación que no era posible a causa del incendio sufrido por el yate. La SAP La Coruña (Sección 5ª) 21 mayo 2003 (JUR 2003, 237291) declara la inaplicación de las disposiciones del Cdc sobre seguro marítimo sobre la base de la definición de buque (embarcaciones que puedan destinarse a servicios de industria o comercio marítimo o fluvial), cualidad que “no es propia de una embarcación de recreo, cual es el interés asegurado en el contrato que nos ocupa, de donde se infiere que no le resultan de aplicación las normas del Código de Comercio destinadas al seguro marítimo (...) referidas siempre al buque (artículos 738.4º, 740, etc.) pues es evidente que una embarcación de recreo no se destina a tal comercio marítimo y por eso la póliza precisa que las normas aplicables son la Ley de Contrato de Seguro y cualquier otra disposición posterior que la modifique o complemente”. Por su parte, la STS (Sala de lo Civil) 18 diciembre 1998 (RJ 1998, 9560) considera que el seguro del yate de autos se rige por el Cdc, pero le aplica supletoriamente la LCS, sobre la base de la cual sentencia que el simple retraso de cinco días en la comunicación del siniestro a la aseguradora no puede llevar aparejada, sin más, la trascendental consecuencia de la pérdida del asegurado de la indemnización a que tiene derecho, sino solamente puede dar origen a que la aseguradora reclame al asegurado los daños y perjuicios que se le hayan podido ocasionar con dicho retraso y debe ser interpretada de modo restrictivo la cláusula o condición general que así lo establezca, dado el carácter abusivo y desproporcionado de la misma, por aplicación del entonces vigente art. 10, c). 3.º LGDCU de 1984.

destinados a la navegación de recreo y deportiva propulsados a motor, incluidas las motos náuticas, así como aquellos que carezcan de motor y tengan una eslora superior a seis metros”. La referencia al art. 75 LCS es para delimitar el tipo de vehículos al que se refiere el deber de contratación de la póliza de responsabilidad civil; la mención del art. 107 no aclara si se relaciona con esta misma cuestión y, por lo tanto alude a su apartado 1, letra b), que es el que determina la aplicación de la ley española cuando el contrato se concluya en cumplimiento de una obligación de asegurarse impuesta por la ley española, o piensa también en el apartado 2, y está referida, por tanto, a la consideración de este seguro como gran riesgo. La inclusión de esta categoría de naves en la calificación de gran riesgo es la premisa de la que parte la SAP Madrid (Sección 25^a) 4 abril 2001 (JUR 2001, 187069).

De nuevo en la letra a) del listado de los grandes riesgos, es criticable la referencia genérica al seguro de mercancías, desconectado de los criterios indicadores de la dimensión económica que se contienen para los seguros comprendidos en la letra c), y al margen también de la cualificación o finalidad profesional que caracteriza a los de la letra b), pues lleva a calificar como gran riesgo cualquier seguro de este tipo, incluso con sumas aseguradas y primas ínfimas o referido al transporte de bienes de particulares (pensemos en una mudanza), y ello porque el Ramo 7, señalan la Directiva 73/239 en su Anexo y la Directiva Solvencia II en su Anexo I, se titula así: “Mercancías transportadas (comprendidas las mercancías, equipajes y demás bienes)”.

Por lo que a la letra b) respecta, en cuanto a los seguros de crédito y caución, se señala con acierto que el requisito de que sea empresario o profesional el tomador del seguro no es adecuado, puesto en relación con la posibilidad de su contratación por cuenta ajena¹⁷. Y se plantea si la obligatoriedad del aseguramiento comporta la aplicación de la LCS a estos seguros¹⁸. Aunque sobre esta cuestión volveremos luego, conviene señalar ahora que no comparte este parecer respecto a un seguro de afianzamiento de las cantidades entregadas a cuenta de la construcción de viviendas la SAP Madrid (Sección 14^a) 22 febrero 2013 (JUR 2013, 173778), que, sin entrar en la consideración de su carácter obligatorio, rechaza la aplicación del art. 20 LCS, “al tratarse de un contrato de seguro por grandes riesgos”, y aplica la regulación contractual diversa de los intereses de demora, como veremos.

También en la letra b), la mención del seguro de crédito requiere una precisión, puesto que no todos los seguros de este tipo quedan amparados en la consideración de gran riesgo y sus consecuencias. Así, quedan comprendidos en ella los seguros de crédito interior y los seguros de crédito a la exportación pero, en cuanto a estos últimos, siempre que no cuenten con la cobertura o garantía públicas. Por el contrario, en los

¹⁷ Así, TIRADO, “Acotaciones a la reforma de la Ley del Contrato de Seguro en la perspectiva del Derecho Comunitario”, op. cit., p. 1092, respecto a las pólizas colectivas del seguro de afianzamiento de las cantidades entregadas a cuenta de la construcción de viviendas, porque pueden plantearse problemas para los compradores, asegurados por estas pólizas; RONCERO SÁNCHEZ, A., *El Seguro de Responsabilidad Civil de Administradores de una Sociedad Anónima (Sujetos, Interés y Riesgo)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 74, nota 103, que señala cómo puede disminuirse la protección dispensada al asegurado de los seguros de crédito y caución, al no haber en la Ley referencia alguna a requisitos de tamaño o dimensión del tomador, sino al ramo de seguro.

¹⁸ TIRADO, “Acotaciones a la reforma de la Ley del Contrato de Seguro en la perspectiva del Derecho Comunitario”, op. cit., p. 1092, nota 7.

seguros de crédito a la exportación con cobertura pública, no hay libertad de pactos, pues la Ley 10/1970, de 4 de julio, por la que se modifica el régimen del seguro de crédito a la exportación, el Decreto 3138/1971, de 22 de diciembre, por el que se regula el seguro de crédito a la exportación y el Real Decreto 1327/1999, de 31 de julio, por el que se regulan determinados aspectos del seguro de crédito a la exportación por cuenta del Estado en operaciones de medio y largo plazo, son derecho imperativo¹⁹.

En definitiva, estas críticas ponen de manifiesto la necesidad de que, desde las instancias comunitarias, porque no hay libertad de actuación en este punto para el legislador español, se lleve a cabo una revisión de este concepto que haga hincapié y acomode su razón de ser, expresada en el considerando de la Directiva 88/357 (“conviene conceder a aquellos tomadores de seguro que por su condición, por su importancia o por la naturaleza del riesgo que deba asegurarse no necesiten una protección específica en el Estado en que esté localizado el riesgo, completa libertad de acceso a un mercado más amplio de seguros, y, por otra parte, conviene garantizar un adecuado nivel de protección a los demás tomadores de seguros”), con la tipología de los riesgos comprendidos en él, desterrando una interpretación general e irreflexiva y vinculando a la naturaleza y/o a la importancia económica no sólo del tomador, sino también del asegurado, no nos olvidemos de él, la consideración de un riesgo como “grande”²⁰.

3.2.3.2. Consecuencias de la calificación de un contrato de seguro como gran riesgo

La calificación de un determinado contrato de seguro como referido a un gran riesgo implica una serie de especialidades.

¹⁹ Y ello, como señala SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A., *La cobertura pública en el Seguro de Crédito a la Exportación en España: cuestiones jurídico-públicas*, Fundación Mapfre, Majadahonda, 2008, p. 119, porque esta modalidad está al margen de la armonización operada por las Directivas sobre seguro directo distinto del seguro de vida en las que tiene su origen la noción de gran riesgo: concretamente el art. 2.2, d) de la Directiva 73/239/CEE (redactado por el art. 1 de la Directiva 87/343/CEE del Consejo de 22 de junio de 1987 por la que se modifica, en lo que se refiere al seguro de crédito y al seguro de caución, la primera Directiva 73/239/CEE sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida y a su ejercicio) excluye de su ámbito de aplicación “en tanto no se produzca la coordinación ulterior, las operaciones de crédito a la exportación por cuenta o con la garantía del Estado, o cuando el Estado sea el asegurador”. Esta modalidad se rige por la Directiva 71/86/CEE del Consejo de 1 de febrero de 1971, referente a la armonización de las disposiciones esenciales en materia de garantía de las operaciones a corto plazo (riesgo político) con compradores públicos y con compradores privados y por la Directiva 98/29/CE del Consejo de 7 de mayo de 1998, relativa a la armonización de las principales disposiciones sobre el seguro de crédito a la exportación para operaciones con cobertura a medio y largo plazo, incorporadas a nuestro Ordenamiento por medio de las disposiciones citadas en el texto que, en consecuencia, tienen tal carácter imperativo. La Directiva Solvencia II (Directiva 2009/138/CE), que deroga con efecto 1 de enero de 2016 la Directiva 73/239/CE, mantiene esta exclusión, pues su art. 5.4) declara que no será de aplicación a “las operaciones de seguro de crédito a la exportación por cuenta o con la garantía del Estado, o cuando el Estado sea el asegurador”.

²⁰ Así, como consideración *de lege ferenda* en lo relativo al seguro de transporte terrestre de mercancías, GIRGADO PERANDONES, P., “El marco actual del seguro de transporte terrestre de mercancías y la incidencia de la reforma de la Ley de Contrato de Seguro”, en VV.AA., *Seguros de transporte terrestre de mercancías. Situación jurídica actual y perspectivas de futuro*, EMPARANZA SOBEJANO, A. y MARTÍN OSANTE, J. M. (dirs.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2013, p. 22.

Algunas, las relativas a la distinta intensidad de la supervisión de las entidades aseguradoras que operan en estos seguros, por el diferente control sobre las entidades que desarrollan su actividad en estos ramos, sobre la base de la Primera y la Segunda Directivas de seguro directo distinto del seguro de vida (vid. el art. 18 de esta última) que permitían un mayor control al Estado de la prestación en los riesgos de masa y menor en los grandes riesgos, fueron eliminadas por la Tercera Directiva (vid. su art. 39)²¹. Lo mismo cabe decir de las diferencias en cuanto a la autonomía conflictual, por los límites al sometimiento a arbitraje en los riesgos de masa, que han desaparecido en la actualidad gracias a la amplia admisión del arbitraje en el art. 61 LOSSP y art. 109 ROSSP²².

Pero subsisten otras, de Derecho privado, de las que tratamos a continuación.

1ª) *La regulación legal del contrato de seguro no es imperativa para los grandes riesgos.*

La primera de estas diferencias es la ya destacada excepción a la regla de la imperatividad de la regulación legal del ACM sobre contrato de seguro.

Como se pone de manifiesto en uno de los Considerandos de la Directiva 88/357, la condición o la importancia del tomador o la naturaleza del riesgo la sustentan. Algo que reitera la Ley 21/1990, de 19 de diciembre en su Exposición de Motivos, cuando señala: “El concepto de grandes riesgos tiene relevancia en el Derecho contractual. Si en ellos el tomador no requiere una tutela especial por parte de la Ley ni de las autoridades administrativas, y habida cuenta de la nueva escala de concurrencia en que el mercado asegurador ha de desenvolverse a partir de ahora, es conveniente dotar a dicho mercado, en lo referente a los grandes riesgos, de una mayor libertad de contratación, situando el principio de autonomía de la voluntad en lugar preferente”.

De tal manera que, en principio, las normas del Título VIII ACM no serán de cumplimiento obligatorio en el contrato que ofrezca cobertura a estos riesgos y las partes, en uso de su autonomía de la voluntad, podrán pactar las cláusulas que tengan por conveniente. Algo en lo que insiste el art. 25.2 LOSSP: “El contenido de las pólizas deberá ajustarse a esta ley. También, a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, *en la medida en que resulte aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado contenidas en su título IV*” (la cursiva es nuestra); referencia a las normas de Derecho internacional privado del Título IV LCS que habrá revisar si prospera el ACM, que no las incorpora. Por el contrario, el Anteproyecto de LOSSP de 2010 y el revisado de 2012 establecen, respectivamente, en el art. 115.1, párr. 2º y en el art. 95.1, párrafo 2º, sin salvedad o matización alguna, y erróneamente, por lo tanto, que

²¹ De esta evolución general del régimen de control trata ALMAJANO PABLOS, L. M., “El Derecho comunitario y su aplicación en el Derecho español en materia de responsabilidad civil en los grandes riesgos”, en VV.AA., *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.), Musini, Madrid, 1994, p. 47-52, 60-62 y 73. En particular, de la relativa al asegurador de la responsabilidad civil automovilística, MORILLAS JARILLO, M. J., *El seguro del automóvil: el aseguramiento obligatorio de la responsabilidad civil automovilística*, José Mª Bosch Editor, Barcelona, 1992, pp. 262-313.

²² Sobre las diferencias existentes anteriormente en materia de arbitraje, BLANCO-MORALES y CARBONELL, *La actividad aseguradora en el espacio económico europeo...*, op. cit., pp. 159-162.

“la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones podrá requerir la presentación, siempre que lo entienda pertinente, de las condiciones contractuales, los modelos de pólizas, las tarifas de primas y las bases técnicas de las entidades aseguradoras, así como de los modelos de contratos, primas y cualquier otra documentación relacionada con la actividad reaseguradora, *para controlar si respetan los principios actuariales, las disposiciones contenidas en esta ley y sus normas de desarrollo y las reguladoras del contrato de seguro*” (la cursiva es nuestra).

Esta característica está afirmada con claridad en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 3 marzo 2014 (RJ 2014, 2508), en relación con un seguro de responsabilidad civil del fabricante: “Al contrato de seguro contra daños por grandes riesgos, como el que examinamos, no le es de aplicación el precepto tuitivo del art. 2 LCS, conforme dispone el art. 44 del mismo texto, confiriendo a las partes contratantes “una mayor libertad de contratación, situando el principio de autonomía de la voluntad en lugar preferente”, en términos de la Exposición de Motivos de la Ley 21/1990, de 19 de diciembre que introdujo la nueva redacción del art. 44 LCS”. Aunque, apostilla, “esto no quiere decir que el articulado de la póliza no deba ser claro y no deje dudas sobre la intención de los contratantes, con la finalidad básica de establecer el alcance de la vinculación entre las partes”.

Los Tribunales rechazan de plano que, en el caso de los seguros de grandes riesgos, estemos ante contratos de adhesión. De nuevo, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 3 marzo 2014 (RJ 2014, 2508) señala que un seguro de gran riesgo “presupone una gran capacidad económica del deudor, (...), para negociar directamente o por medio de los corredores de seguro, una póliza de seguro en un plano de igualdad, pese a que, normalmente, la compañía de seguros tiene un modelo que ofrece, y constituye la base de la negociación. Pero es que, además, no es una póliza absolutamente novedosa, sino fruto de una renovación de otra precedente con la compañía (...), con unas condiciones generales y especiales semejantes a las que ahora se están examinando. (...) conforme dispone el art. 44 LCS, confiere a las partes una mayor libertad de contratación <<situando el principio de autonomía de la voluntad en lugar preferente>> no siendo aplicable el precepto tuitivo del art. 2 LCS”. En el mismo sentido, se pronuncia el Auto AP Pontevedra (Sección 6ª) 5 mayo 2011 (JUR 2011, 259512): “Si ya podría considerarse forzado calificar como contrato de adhesión propiamente dicho (con arreglo a la noción jurisprudencial del mismo, como aquel en que la esencia del contrato, y su cláusula, han sido predispuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que ésta tenga posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas ni modificarlas sino simplemente aceptar o no), el de seguro que examinamos, incluido en la modalidad de grandes riesgos y con respecto a los que la propia Exposición de Motivos de la Ley 21/1990 de 19 de diciembre, señala que el tomador del seguro no requiere una tutela especial por parte de la Ley ni de las autoridades administrativas, siendo por ello conveniente dotar al mercado asegurado, en lo referente a grandes riesgos, de una mayor libertad de contratación, situando el principio de autonomía de libertad en lugar preferente (...). Por lo demás, no cabe desconocer que la redacción del contrato por una sola de las partes no presupone necesariamente desequilibrio contractual; que la ahora recurrente conoció y ratificó, con su firma y por ello de manera clara, expresa e

inequívoca, la validez de todas las estipulaciones de la póliza y, por tanto, también de las Condiciones Generales en las que se incluía la cláusula que ahora se cuestiona”.

Los pactos entre asegurador y tomador en el contrato de seguro de un gran riesgo pueden consistir tanto en la redacción de cláusulas con contenido diverso al establecido en el Título VIII ACM, cuanto en la expresa mención de la inaplicación al contrato de seguro celebrado de determinados preceptos de este título, o en una combinación de ambas posibilidades.

Lo segundo aconteció precisamente en el caso que está en la base del Auto AP Pontevedra (Sección 6ª) 5 mayo 2011 (JUR 2011, 259512), en el que las partes del seguro de crédito a la exportación celebrado acordaron expresamente la no aplicabilidad a esta póliza de lo previsto en los arts. 2, 3, 10, 15, 16, 20, 34 y 71 LCS. En atención a lo cual, y sobre la base de la consideración del seguro como gran riesgo, rechaza el Tribunal la infracción del art. 3 LCS, “en cuanto no resulta aplicable al presente contrato, al aparecer expresamente excluido por las partes”. De esta forma, el de autos, se regía “por lo convenido en sus Condiciones Generales, Particulares y Especiales y de forma supletoria, salvo los preceptos expresamente excluidos y en cuanto no resulten en contradicción con el Condicionado de la Póliza, por la Ley 50/1980 de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, por cualquier otra disposición de igual o superior rango que le afecte y por los Usos de Comercio”.

La libertad de pactos no es, sin embargo, ilimitada: no en vano el art. 107.5 LCS establece que el carácter dispositivo de la regulación de la ley respecto de los grandes riesgos “se entenderá sin perjuicio de las disposiciones de orden público contenidas en la ley española, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato de seguro de daños”. Esta matización no se recoge en el ACM, que omite por completo el actual Título IV LCS de normas de Derecho internacional privado; pero no por ello deja de tener sentido, ni de ser aplicable. Habrá que acudir a otros preceptos generales que invocan éste y otros límites, como al art. 1255 Cc, que reconoce la libertad de contratación sujeta a las leyes, la moral y el orden público. En qué se traducen en concreto estos límites puestos en relación con el contrato de seguro es algo que exige una interpretación y clarificación que no proporciona la legislación vigente, ni tampoco la proyectada, habida cuenta de la prácticamente nula atención que el ACM presta a los grandes riesgos.

El problema es determinar si todos y cada uno de los preceptos de la LCS o, en el futuro, del Título VIII del Código Mercantil estarán afectados por ese carácter dispositivo o no. Es decir, identificar a qué preceptos alcanza del carácter dispositivo o, lo que es lo mismo visto desde el otro ángulo, cuáles mantienen la imperatividad incluso en relación con los grandes riesgos, interrogante que ha sido suscitado y analizado en diversas resoluciones judiciales.

En la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 2 diciembre 2009 (RJ 2010, 701), la aseguradora de la responsabilidad civil de INGESA (antiguo INSALUD) recurrente en casación, esgrimía el carácter de gran riesgo del seguro concertado, para eludir la aplicación del art. 20 LCS en estos términos: “El riguroso tenor de los pactos del contrato celebrado con la Administración tiene la consideración de «gran riesgo» y se rige por aquéllos a falta de pacto expreso y no por la legislación general en la materia y establece unos cauces de gestión de reclamaciones, de resolución y acatamiento de las

decisiones a los que la compañía aseguradora no puede sustraerse”. La Sala rechaza esta pretensión porque “el hecho de que pueda tratarse de un seguro de grandes riesgos significa la no-sujeción a las normas de la LCS como normas imperativas (artículo 44 LCS), pero, dado que el principio a que responde esta excepción sólo tiene sentido entre las partes contratantes, no exime a éstas del cumplimiento de las normas imperativas que rigen respecto de los terceros perjudicados, como ocurre respecto de la acción directa que corresponde a éstos y el régimen de intereses por mora de la aseguradora respecto de ellos. En suma, no se advierte que la sentencia recurrida haya incurrido en infracción legal alguna cuando considera que la naturaleza del contrato celebrado, la intervención en él de una Administración pública, y los pactos entre la Administración asegurada y la aseguradora no pueden impedir el cumplimiento de las normas sobre fijación de intereses legales por mora en cuanto afectan al tercero perjudicado”.

Se plantea en esta Sentencia uno de los principales interrogantes, y es la virtualidad de las normas de la vigente LCS y del futuro CM que reconocen derechos a terceros²³, señaladamente, de la acción directa del actual art. 76 LCS y del art. 582-47 ACM. La doctrina es coincidente en afirmar que, en los seguros de grandes riesgos, no se puede prescindir de esta acción, que otorga un derecho que nace *ex lege* y que no puede ser objeto de disposición por las partes²⁴, parecer que compartimos.

Y, por derivación de esos preceptos y del derecho en ellos consagrado, se suscita también el tema de la aplicación o no al tercero perjudicado en un contrato conceptualizado como gran riesgo, de los intereses moratorios del art. 20 LCS, o de los menos generosos porcentajes con los que los reconoce el art. 581-19 ACM. Hay que tener en cuenta en este punto que, según especifica el art. 581-19.4 ACM, los intereses moratorios “también son aplicables al supuesto en que quien ejercite el derecho a la indemnización sea el tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad”, norma que eleva a rango legal una doctrina jurisprudencial acuñada desde hace años: así, la STS (Sala de lo Civil) 21 abril 1998 (RJ 1998, 2510), la STS (Sala de lo Civil) 26 enero 2000 (RJ 2000, 227) y la STS (Sala de lo Civil) 31 enero 2003 (RJ 2003, 648) ya sostuvieron la aplicación del art. 20 LCS a los siniestros en que existen terceros perjudicados a los que el asegurado tiene obligación de indemnizar.

Durante la vigencia de la LCS, los autores se han pronunciado también sobre esta cuestión, aunque de diversa manera: por un lado, se sostiene que la aplicación supletoria de las normas legales sobre el contrato de seguro a los grandes riesgos

²³ Así, por referencia a la Segunda Directiva del seguro directo distinto del seguro de vida, la Directiva 88/357, SEATZU, F., *Insurance in Private International Law. A European Perspective*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2003, p. 143, alude al derecho a cambiar la ley aplicable al contrato “subject to the protection of vested rights and the interest of third party beneficiaries”.

²⁴ TIRADO, “Acotaciones a la reforma de la Ley del Contrato de Seguro en la perspectiva del Derecho Comunitario”, op. cit., p. 1092; SÁNCHEZ CALERO, “Artículo 2”, op. cit., pp. 103 y 104; IDEM, “Artículo 44”, op. cit., p. 1008; IDEM, “Sobre la imperatividad de la Ley del Contrato de Seguro”, op. cit., p. 3003 y 3004; OLIVENCIA RUIZ, M., “El seguro de responsabilidad civil y la protección de la víctima. En especial, en los daños causados por la gran empresa: la acción directa y las posibles excepciones”, en VV.AA., *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.), Musini, 1994, p. 204; GIRGADO, “El marco actual del seguro de transporte...”, op. cit., p. 26; GUTIÉRREZ GILSANZ, J., *El riesgo en el seguro de responsabilidad civil de los auditores de cuentas*, La Ley, Las Rozas, 2007, p. 47.

permite prescindir de la aplicación del art. 20 LCS, afirmación que se realiza en términos absolutos, sin discriminar ni excepcionar la posible invocación por parte de un tercero de este precepto²⁵, razón de nuestra discrepancia. Como vemos, la mencionada STS 2 diciembre 2009 (RJ 2010, 701) rechaza esta interpretación realizada en términos absolutos, de tal manera que la aplicación del art. 20 no sería invocable por el asegurado (ni tampoco, consideramos, por el tomador), mientras que sí sería aplicable esta cláusula penal legal al tercero perjudicado. Por el contrario, en un seguro de grandes riesgos, aplica sin titubear el art. 20 LCS, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 3 marzo 2014 (RJ 2014, 2508), al no entender justificada la demora y rechaza su aplicación, por la razón contraria, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 31 enero 2011 (RJ 2011, 302). Ahora bien, esta última añade una consideración interesante a nuestros efectos: “del artículo 11 de las Condiciones Generales de la Póliza se desprende que las partes quisieron obviar la aplicación de los intereses del artículo 20 LCS en el seno del procedimiento pericial del artículo 38, evitando cualquier referencia a esta obligación de pago entre las partes contratantes, en consideración posiblemente a la naturaleza de la Póliza, como de Grandes Riesgos que se traduce en la naturaleza dispositiva de los mismos y, al fin, en un incremento de la potencialidad normativa creadora de los contratantes”.

Respecto a los terceros, ajenos al contrato, parece claro el argumento de la aplicación de la legislación protectora y de los derechos que ésta les reconoce, para invocar la aplicación de la LCS o del ACM. Pero incluso parece que hay quien va más allá y considera que, en los casos de seguros contratados por cuenta ajena, es decir, cuando tomador y asegurado no coinciden, la consideración del seguro como gran riesgo no podría perjudicar al asegurado²⁶. En este caso, el razonamiento no puede ser el mismo. Tanto es así que incluso hay una regulación expresa en sentido contrario, la contenida en el art. 1:103 PDECS que, después de mencionar los preceptos imperativos de este texto (como lista obligatoria pero abierta)²⁷, señala en el apartado (2) que “(U)n contrato podrá disponer la inaplicación de otra disposición de los PDECS en la medida en que dicha inaplicación no vaya en detrimento del tomador de la póliza, el asegurado o el beneficiario”²⁸. Para añadir a continuación, y esto es lo importante a los efectos de

²⁵ SÁNCHEZ CALERO, “Artículo 44”, op. cit., p. 1004; GIRGADO, “El marco actual del seguro de transporte...”, op. cit., p. 23.; IDEM, “Límites a la autonomía privada en los seguros de grandes riesgos...”, op. cit., p. 286.

²⁶ Parece sostener esta postura GIRGADO, “El marco actual del seguro de transporte...”, op. cit., p. 26, cuando manifiesta: “si se trata de un seguro de transporte de mercancías contratado por el porteador (seguro por cuenta ajena), la protección del porteador no parece tan clara. El asegurado no es un tercero ajeno al contrato, sino por cuenta de quien se contrata y titular del interés asegurado, y su interés no podría quedar mermado por el acuerdo alcanzado entre aquéllos”.

²⁷ De hecho, el Comentario a los Principios del PROJECT GROUP RESTATEMENT OF EUROPEAN CONTRACT LAW, *Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)*, BASEDOW, J., BIRDS, J., CLARKE, M., COUSY, H. y HEISS, H., (eds.), Sellier, Munich, 2009, p. 39, señala: “Some provisions, which are enumerated in the exhaustive list of Article 1:103 para.1, are absolutely mandatory, which means that no derogation is allowed. The list will be extended as further parts of the Principles of European Insurance Contract Law are adopted”.

²⁸ VEIGA COPO, A. B., *Los principios de derecho europeo del contrato de seguro*, Pontificia Universidad Javeriana-Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2012, p. 48, critica la falta de claridad del precepto: “Sí debería, no obstante, haber sido más cauta la redacción de este apartado o al menos ser más clara a la hora de señalar los hipotéticos beneficios que irrogarían las excepciones de aplicación de los principios. Marcar a modo de prontuario esta permisividad después de exigir en el artículo precedente la

nuestra postura: “No obstante, *la inaplicación estará permitida en beneficio de cualquiera de las partes* en contratos que cubran...” (la cursiva es nuestra) y recoge a continuación el listado de los grandes riesgos, tomado de la Directiva 73/239.

La virtualidad de la vigencia para los asegurados en un seguro de grandes riesgos de determinados preceptos de la LCS se ha planteado en relación con los seguros de caución y la aplicación del art. 20 LCS, invocada por los compradores de la vivienda, en la SAP Madrid (Sección 14ª) 22 febrero 2013 (JUR 2013, 173778). Los demandantes solicitaban que se condenara a la compañía aseguradora al pago del interés fijado en el artículo 20 LCS, a lo que ésta se opuso alegando que las garantías de la póliza de seguro de caución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.2 b) de la LCS, están calificadas de gran riesgo y que por ello y “de acuerdo con el artículo 44 de la misma ley este contrato se rige, en primer lugar, por lo aquí pactado, la Ley 57/68 de 27 de julio, la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación y solo en su defecto por lo dispuesto en la Ley 50/80 de Contrato de Seguro”. Para la Audiencia, se debe aceptar la objeción presentada por la compañía de seguros demandada ya que, “al tratarse de un contrato de seguro por grandes riesgos, debemos atender con prioridad el contenido de la póliza tal como hemos venido repitiendo a lo largo de esta resolución. Por tanto solamente deberá responder en función de lo establecido en las condiciones generales 1 y 6 al pago de los intereses legales sobre las cantidades entregadas a cuenta, intereses que se verán incrementados en dos puntos a partir del tercer mes desde la producción del siniestro (1 de abril de 2009) y siempre que por su aplicación no se supere el límite de capital asegurado que asciende a 145.247,87 euros, en cuyo caso, esta será la cantidad a abonar por ZURICH España”.

A nuestro juicio, respecto a quienes son parte o elementos personales del contrato, los únicos límites al carácter dispositivo de la legislación del contrato de seguro para los grandes riesgos son el Derecho del consumo (como bien recuerda el art. 001-3.2 ACM), las normas generales sobre condiciones generales de la contratación (si no se trata de un contrato de seguro de consumo) y los generales (las leyes, la moral, el orden público). Lo que debería hacer el legislador, como hemos manifestado antes, es revisar el listado de grandes riesgos con criterios de justicia.

La imperatividad de otros preceptos del ACM a estos seguros de grandes riesgos se descarta por los Tribunales (por referencia, claro está, a la LCS).

Así lo hace la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 31 enero 2011 (RJ 2011, 302) respecto del procedimiento de determinación de la indemnización, regulado en el art. 582-14 ACM y, en la actualidad, en el art. 38 LCS, aunque sea *obiter dictum* (porque en el caso se consideró inaplicable el art. 38 al versar la controversia sobre la causa del siniestro y su cobertura por la póliza, no sobre la liquidación de los daños).

También en lo relativo al art. 581-23 ACM (trasunto del actual art. 24 LCS), por lo que las partes podrían pactar la sumisión a arbitraje, como reconoce de forma expresa respecto al seguro de grandes riesgos el Auto AP Pontevedra (Sección 6ª) 5 mayo 2011 (JUR 2011, 259512). Podrían igualmente acordar que sea Juez competente para el

imperatividad y aplicación en bloque de todos los principios no es la mejor de las técnicas regulatorias ni tampoco apotegma de claridad”.

conocimiento de las acciones uno distinto al del domicilio del asegurado. Estas afirmaciones han de ser, sin embargo, matizadas si el asegurado tiene la condición de consumidor, pues, por aplicación del art. 90 LGDCU, son abusivas las cláusulas que establezcan la sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico; así como las de sometimiento a un fuero distinto al del domicilio del consumidor²⁹.

2ª) *Competencia judicial para el conocimiento de las acciones derivadas de contratos de seguros de grandes riesgos.*

Esta última cuestión enlaza con la más general especialidad de los grandes riesgos en materia de resolución de litigios³⁰. El Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, señala en su Considerando 13: “En cuanto a los contratos de seguros, de los celebrados por los consumidores o de trabajo, es oportuno proteger a la parte más débil mediante reglas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponen las reglas generales”. Por su parte, varios Considerandos del Reglamento (CE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 (que será el aplicable a partir del 1 de enero de 2015), relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, se refieren a este tema. El Considerando 14 manifiesta que “para garantizar la protección de los consumidores y los trabajadores, salvaguardar la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en situaciones en las que gozan de competencia exclusiva, y respetar la autonomía de las partes, determinadas normas sobre competencia judicial contempladas en el presente Reglamento deben aplicarse con independencia del domicilio del demandado”. El Considerando 18 señala que, “(E)n lo que atañe a los contratos de seguro, los contratos celebrados por los consumidores o los contratos de trabajo, debe protegerse a la parte más débil mediante normas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponen las normas generales”. Y el 19 añade: “Debe respetarse la autonomía de las partes de un contrato, excepto en los contratos de seguro, los contratos celebrados por los consumidores o los de trabajo, en los que solo se concede una autonomía limitada para elegir el órgano jurisdiccional competente, sin perjuicio de los criterios de competencia exclusiva establecidos en el presente Reglamento”.

Para afianzar este objetivo, se formula como motivo de denegación del reconocimiento y *exequatur* de las resoluciones extranjeras sobre materia de seguros el supuesto en el que el tribunal no haya respetado las reglas de competencia judicial internacional (arts. 35.1 y 45.1 Reglamento 44/2001; arts. 45 y 46 Reglamento 1215/2012).

²⁹ Por su condición de gran riesgo, afirma la libertad de pacto con esta segunda limitación, en relación con el seguro de crédito, MORRAL SOLDEVILLA, R., *El seguro de crédito*, Civitas, Madrid, 2002, p. 291.

³⁰ Sobre la misma, CAAMIÑA, *Los litigios en materia de seguros en la Unión Europea...*, op. cit., pp. 20-22 y 42-50.

La competencia en materia de seguros está regulada en la Sección 3 de ambos Reglamentos, dentro de la cual los arts. 13.5) y 14.5) Reglamento 44/2001 y 15.5) y 16.5) Reglamento 1215/2012 establecen que prevalecerán sobre sus disposiciones, entre otros, los acuerdos atributivos de competencia que se refirieran a un contrato de seguro que cubra uno o varios «grandes riesgos» industriales y comerciales, tal como se enumeran en la Directiva 73/239 o lo harán en la Directiva 2009/138 (Solvencia II) y los riesgos accesorios a ellos. A esta categoría genérica se añaden una serie de riesgos enumerados en los números 1) a 4) de los arts. 14 Reglamento 41/2001 y 16 Reglamento 1215/2012:

“1) todo daño a:

a) buques de navegación marítima, instalaciones costeras y en alta mar o aeronaves, causado por hechos sobrevenidos en relación con su utilización para fines comerciales;

b) mercancías distintas de los equipajes de los pasajeros, durante un transporte realizado por dichos buques o aeronaves, bien en su totalidad o bien en combinación con otros modos de transporte,

2) toda responsabilidad, con excepción de la derivada de los daños corporales a los pasajeros o de los daños a sus equipajes

a) resultante de la utilización o la explotación de los buques, instalaciones o aeronaves, de conformidad con la letra a) del punto 1 del presente artículo, cuando la ley del Estado miembro en el que estuviere matriculada la aeronave no prohibiere los acuerdos atributivos de competencia en el aseguramiento de tales riesgos;

b) por las mercancías durante uno de los transportes contemplados en la letra b) del punto 1,

3) toda pérdida pecuniaria ligada a la utilización o a la explotación de buques, instalaciones o aeronaves de conformidad con la letra a) del punto 1, en particular la del flete o el beneficio del fletamento,

4) todo riesgo accesorio a cualquiera de los contemplados en los puntos 1 a 3”.

Por lo tanto, las partes de los contratos de grandes riesgos o de estos otros expresamente enumerados tienen la posibilidad de elegir los tribunales competentes para resolver los litigios derivados de los mismos.

3^a) *La libertad de elección de la ley aplicable.*

Otra importante consecuencia de la calificación de un contrato como de seguro de gran riesgo es la libre elección de la ley aplicable (art. 107.2 LCS; para los celebrados a partir del 17 de diciembre de 2009, art. 7 Reglamento Roma I). Esta libertad, a diferencia de la de elección de foro, sólo afecta estrictamente a los seguros de grandes riesgos, no a las categorías añadidas por los arts. 13.1) a 4) Reglamento 44/2001 y 16.1) a 4) Reglamento 1215/2012, pues la LCS española reproduce y el Reglamento europeo se remite a esta categoría, disparidad de criterio que ha sido objeto de crítica³¹.

De acuerdo con el Reglamento Roma I, los contratos de seguro que cubran un gran riesgo (con independencia de que éste se localice o no en un Estado miembro) se

³¹ CAAMIÑA, *Los litigios en materia de seguros en la Unión Europea...*, op. cit., p. 145 y bibl. ibi cit.

regirán por la ley elegida por las partes, en defecto de la cual se aplicará la ley del país en el que el asegurador tenga su residencia habitual, aunque si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país, se aplicará la ley de ese otro país (art. 7.1 y 2)³².

En este punto, hay que considerar finalmente un aspecto importante. El art. 107.1, b) LCS establece que la ley española sobre contrato de seguro será la aplicable siempre que el contrato se concluya en cumplimiento de una obligación de asegurarse impuesta por la ley española, lo que significa que, aunque se trate de un contrato de seguro de grandes riesgos, su naturaleza obligatoria lleva a excluir la posibilidad de elección de otra ley³³. Con esta disposición, el legislador español acogió la facultad otorgada por el art. 8.4, c) de la Segunda Directiva (la 88/357), facultad o posibilidad que reitera el art. 7.4, b) del Reglamento Roma I. Pero esta disposición no está recogida en el ACM, que, como hemos señalado, destierra por completo el contenido del Título IV de la LCS. Desaparecido el art. 107.1, b) LCS, si el legislador español no reitera el dictado de la norma de extensión, de forma general, o de forma particular, caso por caso, y vuelve a ejercitar esta facultad, los seguros obligatorios, aunque estén impuestos por una ley española, si se refieren a contratos calificados como seguros de grandes riesgos, podrían regularse por otra ley distinta. Precisamente, un ejemplo de este ejercicio puntual de la facultad extensiva lo encontramos en el art. 406.2 de la Ley de Navegación Marítima de 2014, que establece la nulidad del pacto en contra de la norma que impone la aplicación de la LCS al seguro de responsabilidad civil de embarcaciones de recreo y deportivas. Por el contrario, el Real Decreto 1616/2011, de 14 de noviembre, que regula el seguro de los propietarios de los buques civiles para reclamaciones de Derecho marítimo, no establece que este seguro se regirá necesariamente por la regulación de seguros española, con exclusión de todo pacto en contrario. El vacío que dejará el art. 107.1, b) LCS será importante, no sólo por la gran cantidad de seguros de esta naturaleza actualmente vigentes en España, lo que obligará al operador jurídico a rastrear, uno por uno, si existe en el seno de su regulación una norma que imponga la aplicación de la ley española, sino también porque puede que la primera dificultad estribe, precisamente, en determinar la naturaleza obligatoria o no del seguro y su alcance.

Que no se aplique obligatoriamente la ley española en los seguros cuya contratación impone nuestra legislación, no quiere decir que las normas españolas reguladoras de los seguros obligatorios, en el caso de los comprendidos en la categoría de los grandes riesgos, carezcan en el futuro [si no se dicta una norma equivalente al art. 107.1, b) LCS cuando se derogue ésta] de cualquier virtualidad. Sí que la tienen (y la tendrán), pero en la más reducida medida establecida en el art. 7.1, a) Reglamento Roma I, que establece que “se aplicarán las siguientes normas adicionales a los contratos de seguros que cubran riesgos para los que un Estado miembro imponga la obligación de suscribir un seguro: a) el contrato de seguro solo cumplirá dicha obligación si es conforme a las disposiciones específicas relativas a dicho seguro previstas por el Estado

³² Un análisis de estos preceptos en CAAMIÑA, *Los litigios en materia de seguros en la Unión Europea...*, op. cit., pp. 145-156.

³³ BLANCO-MORALES y CARBONELL, *La actividad aseguradora en el espacio económico europeo...*, op. cit., p. 173.

miembro que impone la obligación. Cuando, en caso de seguro obligatorio, exista una contradicción entre la ley del Estado miembro en el que se localice el riesgo y la del Estado miembro que imponga la obligación de suscribir un seguro, prevalecerá esta última”.

La diferencia estriba en que si se determina la aplicación de la ley española de acuerdo con la facultad de la letra b) del art. 7.1 Reglamento Roma I, esta extensión es completa, lo que implica tanto como eliminar de forma radical la libertad de elección de la ley aplicable al seguro obligatorio de un gran riesgo, que se regiría de forma total y absoluta por la ley española, como ley del Estado que impone el deber de contratación, omnicomprensiva de la ley reguladora del seguro obligatorio y de la disciplina general del contrato de seguro (de prosperar la reforma en curso, el título VIII del Libro Cuarto ACM)³⁴. Por el contrario, por efecto de la letra a) del art. 7.1, será de aplicación, en los términos de dicho precepto, estrictamente la disposición que contiene la regulación del seguro obligatorio³⁵, y para las restantes cuestiones deberá determinarse la ley aplicable de acuerdo con las normas de conflicto del Reglamento Roma I, por lo que recobra su virtualidad en ese campo la libre elección de la aplicable a los seguros de grandes riesgos.

4ª) Especialidades en el deber de información precontractual del asegurador.

La calificación como gran riesgo también imprime particularidades al deber de información precontractual del asegurador: así, el art. 53.1 LOSSP y el art. 104.2 ROSSP establecen que, antes de la celebración de un contrato de seguro, *distinto al contrato de seguro por grandes riesgos*, en régimen de derecho de establecimiento o en régimen de libre prestación de servicios, deberá éste informar por escrito al tomador del seguro del nombre del Estado miembro en el que esté establecido el domicilio social de la entidad con la que va a celebrar el contrato, la dirección de la entidad y, en el caso de operaciones en régimen de derecho de establecimiento, la dirección de la sucursal, así como la denominación social y la forma jurídica de la entidad, lo que también deberá constar en los documentos que a estos efectos se entreguen, en su caso, al tomador del seguro o a los asegurados.

5ª) Especialidades en cuanto a algunos mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos.

Los grandes riesgos están excluidos de ciertos mecanismos de resolución de conflictos. Así, la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, declara inadmisibles, entre otras, las reclamaciones o quejas que se presenten en relación con contratos de grandes riesgos [art. 10.2, e)] y

³⁴ BLANCO-MORALES y CARBONELL, *La actividad aseguradora en el espacio económico europeo...*, op. cit., p. 173; SEATZU, *Insurance in Private International Law...*, op. cit., p. 209; CAAMIÑA, *Los litigios en materia de seguros en la Unión Europea...*, op. cit., pp. 194-197.

³⁵ SEATZU, *Insurance in Private International Law...*, op. cit., p. 210; CAAMIÑA, *Los litigios en materia de seguros en la Unión Europea...*, op. cit., pp. 196-198.

establece que las consultas no podrán referirse a los contratos por grandes riesgos (art. 16.5). De esta forma, el tomador o asegurado (de nuevo, esta amplitud de efectos) de estas pólizas se ve privado de este útil mecanismo de defensa de sus intereses como cliente de un servicio financiero.

6ª) Especialidades de la mediación de seguros de grandes riesgos.

También hay especialidades en materia de mediación. La Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados (en adelante, LMSRP), en su artículo 42.1 a 5, detalla la información que deberá proporcionar el mediador de seguros al cliente antes de la celebración de un contrato de seguro.

De acuerdo con el apartado 1, debe informar de su identidad y dirección; del Registro en el que esté inscrito; de si posee una participación directa o indirecta superior al 10 por 100 en el capital social o en los derechos de voto en una entidad aseguradora determinada; de si una entidad aseguradora determinada o una empresa matriz de una entidad de dicho tipo posee una participación directa o indirecta superior al 10 por 100 de los derechos de voto o del capital del intermediario de seguros; de los procedimientos previstos en el artículo 44 LMSRP, que permitan a los consumidores y otras partes interesadas presentar quejas sobre los intermediarios de seguros y de reaseguros y, en su caso, sobre los procedimientos de resolución extrajudiciales, previstos en los artículos 45 y 46 LMSRP; y del tratamiento de sus datos de carácter personal.

Conforme al apartado 2, los agentes de seguros exclusivos deberán informar al cliente de que están contractualmente obligados a realizar actividades de mediación en seguros exclusivamente con una entidad aseguradora o, en el caso de estar debidamente autorizados, con otra entidad aseguradora y, a petición del tomador, deberán informar del nombre de dicha entidad aseguradora. Los agentes de seguros vinculados deberán informar al cliente de que no están contractualmente obligados a realizar actividades de mediación en seguros exclusivamente con una o varias entidades aseguradoras y de que no facilitan asesoramiento con arreglo a la obligación de llevar a cabo un análisis objetivo que se impone a los corredores de seguros. En ese caso, a petición de la clientela, deberán informar de los nombres de las entidades aseguradoras con las que puedan realizar o, de hecho, realicen la actividad de mediación en el producto de seguro ofertado. Para que el cliente pueda ejercer el derecho de información sobre las entidades aseguradoras para las que median, los agentes de seguros deberán notificarle el derecho que le asiste a solicitar tal información. Los operadores de banca-seguros, además de lo previsto para los agentes, deberán comunicar a su clientela que el asesoramiento prestado se facilita con la finalidad de contratar un seguro y no cualquier otro producto que pudiera comercializar la entidad de crédito. Los corredores de seguros deberán informar al cliente de que facilitan asesoramiento con arreglo a la obligación de llevar a cabo un análisis objetivo.

Este deber de información previa de los apartados 1 y 2, conforme al apartado 3, también será exigible con ocasión de la modificación o prórroga del contrato de seguro si se han producido alteraciones en la información inicialmente suministrada.

El apartado 4 del art. 42 disciplina el régimen de la antes mencionada obligación de llevar a cabo un análisis objetivo a la que están obligados los corredores de seguros,

y contiene la presunción de cuándo se considera que ha existido tal análisis.

Por último, el apartado 5 del art. 42 establece que, sobre la base de las informaciones facilitadas por el cliente, los mediadores de seguros deberán especificar las exigencias y las necesidades de dicho cliente, además de los motivos que justifican cualquier tipo de asesoramiento que hayan podido darle sobre un determinado seguro. Dichas precisiones habrán de dar respuesta, como mínimo, a todas las cuestiones planteadas en la solicitud del cliente y se modularán en función de la complejidad del contrato de seguro propuesto.

Esta información de los apartados 1 a 5, de acuerdo con lo establecido de forma expresa por el apartado 6 del mismo art. 42, no será obligatorio facilitarla cuando se trate de la mediación de un gran riesgo y “en estos casos, los corredores de reaseguros tampoco tendrán la obligación de facilitar la información prevista en los apartados anteriores”³⁶. La razón de esta exclusión es puesta de manifiesto en el Considerando 21 de la Directiva 2002/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de diciembre de 2002, sobre la mediación en los seguros que, al referirse a la necesidad de informar sobre el análisis objetivo realizado, dice: “Es menos necesario exigir que facilite esta información cuando el consumidor es una empresa que desea contratar un seguro o reaseguro de riesgos comerciales e industriales”. Y, con respecto a los corredores de reaseguros, la especialidad se afianza en el hecho de que las relaciones se llevan a cabo entre profesionales del seguro (aseguradoras, reaseguradoras y el propio corredor que intermedia en la contratación de un reaseguro para las primeras)³⁷.

Si atendemos a la rúbrica del art. 42 (“Información que deberá proporcionar el mediador de seguros antes de la celebración de un contrato de seguro”), parece que todo lo en él regulado es información y así lo es en buena parte sin duda en cuanto a los apartados 1 a 3. Sin embargo, el art. 42.2 especifica, para cada tipo de mediador, en qué consiste su actividad (y añade el deber de informar al cliente antes de la celebración del contrato de seguro de la naturaleza y esencia de su asesoramiento) y los apartados 4 y 5 particularmente tratan del contenido, del objeto y de las obligaciones del corredor de seguros, en concreto del alcance de la obligación de llevar a cabo un análisis objetivo. Si ello es así, la inaplicación a los mediadores de seguros de grandes riesgos que propugna el art. 42.6 respecto de lo establecido en “los apartados anteriores” no afectaría al deber de cumplir sus obligaciones (diferentes para cada uno de ellos) de intermediación y, en el caso de los corredores de seguros, a su particular obligación de

³⁶ Sobre la base del art. 12.4 de la Directiva comunitaria 2002/92/CE, aclara LATORRE CHINER, N., “Los deberes de información y asesoramiento del mediador de seguros”, en VV.AA, *Comentarios a la Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados*, CUÑAT EDO, V. y BATALLER GRAU, J. (dirs.), Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 225, que los mediadores de reaseguros están excluidos de este deber de información en todos los contratos, sean o no de grandes riesgos. Añadimos nosotros que esta interpretación es coherente también con el art. 19.1 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mediación en los seguros (refundición), de 3 de julio de 2012, COM(2012) 360 final, 2012/0175 (COD). Sobre la misma, vid. el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (D.O.U.E. nº C 44, de 15.2.2013).

³⁷ Sin embargo, señala TIRADO SUÁREZ, F. J., *La Ley de Mediación en Seguros y Reaseguros Privados. Comentarios a la Ley 26/2006 de 17 de julio, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados. Legislación, Doctrina y Formularios*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 638, que, aunque se trate de una función asesora entre profesionales “no quiere decir que el corredor de reaseguros no se encuentre obligado a informar sobre las circunstancias del riesgo objeto del contrato de reaseguro”.

independencia y objetividad. Podríamos decir que una cosa es que no exista la obligación de suministrar la información precontractual por tratarse del asesoramiento referido a un seguro considerado gran riesgo, y otra que no exista la obligación de cumplir con diligencia la obligación en que la mediación consiste: en el caso del agente, el deber de asesorar al cliente respecto al producto de seguro ofertado; en el caso del corredor, el deber de realizar un asesoramiento objetivo e imparcial que le imponen los arts. 26.1 y 29.1 LMSRP (y que se mantiene en el art. 584-5 ACM), pues no hay que olvidar tampoco que el art. 55.2, l) LMSRP tipifica como infracción muy grave la pérdida reiterada de independencia que “es requisito de la condición de corredor de seguros” y el art. 55.3 d) considera infracción grave la pérdida de independencia con carácter meramente ocasional o asilada³⁸. Y esto que sostenemos es así, de la misma manera que el hecho de que no exista obligación de informar al cliente acerca del Registro en el que figura inscrito el mediador de seguros de grandes riesgos, no quiere decir que no exista deber de inscripción para estos mediadores.

Si no existe la obligación de información previa a la celebración del contrato de seguro, quedan a salvo los mediadores de los seguros de grandes riesgos de ser sancionados por su incumplimiento que, como infracción muy grave y grave, respectivamente, tipifican los arts. 55.2, k) y 55.3, f) LMSRP ya que, por definición, en el caso de los grandes riesgos, no hay deber de información previa que cumplir.

Ahora bien, que no exista obligación de información previa no quiere decir que no puedan suministrarla los mediadores de seguros de grandes riesgos³⁹. En este caso, la proporcionada debe ser veraz y adecuada pues, en caso contrario, estarían incumpliendo la obligación general de ofrecer información veraz y suficiente que impone a todos ellos el art. 6.1, e incurriendo, esta vez sí, en la infracción de los arts. 55.2, j) y k) y 55.3, f) LMSRP.

Así lo entiende la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 3 marzo 2014 (RJ 2014, 2508), cuando afirma: “Y pese a que las pólizas para grandes riesgos son normadas y ofrecidas por las propias aseguradoras, no menos cierto es que, por lo general, y en el presente supuesto así es, la asegurada está asistida por un corredor de seguros, con las funciones que le son propias (deber de informar con arreglo a “un análisis objetivo de un número suficiente de contratos de seguro ofrecidos en el mercado en los riesgos objeto de cobertura, de modo que pueda formular una recomendación, atendándose a criterios profesionales... , como el más adecuado a las necesidades del cliente”: art. 42.1.c) y 4 de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación de Seguros y Reaseguros privados)”. En el caso, añade, “no cabe duda de que URALITA se vio asistida profesionalmente por dos prestigiosos corredores de seguros, AON y WILLIS, que informarían al cliente sobre las condiciones del contrato y, durante la vigencia del

³⁸ Se muestra doblemente crítico con este deber general TIRADO SUÁREZ, *La Ley de Mediación en Seguros y Reaseguros Privados...*, op. cit., pp. 472 y 630-632 . Por un lado, porque, en la práctica, puede que no sea posible realizar el análisis objetivo cuando la oferta sea inelástica, como cuando se trata de un producto asegurador diseñado por el propio corredor; por otro, porque se impone en la Ley española pero no en la Directiva comunitaria en la que tiene su origen (que ni siquiera distingue propiamente entre agentes y corredores), sobre la base de la cual sería posible admitir la existencia de corredores de seguros con dependencia exclusiva de un asegurador.

³⁹ TIRADO, *La Ley de Mediación en Seguros y Reaseguros Privados...*, op. cit., p. 638.

mismo, resolverían cualquier duda que ofreciera las cláusulas de la póliza, y, finalmente, en caso de siniestro, prestarían su asistencia y asesoramiento, como exigía el art. 14 de la Ley 9/1992, de 30 de abril, de Mediación de Seguros Privados, vigente en la fecha de autos, hoy derogada. No es necesario insistir en que el asesoramiento, información y negociación, tras los hechos que han dado lugar a las obligaciones de indemnización a FERROVIAL, URALITA ha descansado singularmente en tales corredores de seguro, como lo acreditan el importante acervo documental acompañado por las partes con la demanda y contestación, que reproducen casi textualmente en sus respectivos escritos, así como con el recurso de apelación y el de oposición al mismo, y, finalmente, en los Antecedentes del presente recurso de casación. Es tan abrumadora la documentación (consistente en correos electrónicos, cartas, fax, burofax, etc...) que se hace innecesaria la mención pormenorizada de las mismas si no fuera para disipar cualquier duda acerca de la intervención, información y asesoramiento con que en todo momento pudo contar la recurrente tras las primeras reclamaciones de FERROVIAL en 2001 y 2002, hasta el año 2007 por parte de sus corredores de seguro”. Precisamente, esta Sentencia funda en la intervención de los corredores y en su obligación de asesoramiento objetivo e imparcial, el rechazo de la invocada naturaleza de adhesión del contrato de seguro suscrito: “También indicábamos que, dado el prestigio y solvencia de los corredores de seguros de URALITA, no cabe duda que estuvo o debió estar bien asesorada, informada y asistida profesionalmente, durante la negociación del contrato y con ocasión del siniestro acaecido. No se trata, pues, de un mero contrato de adhesión, sino de un contrato negociado en un plano de igualdad, con asesoramiento profesional, fundado en la independencia y "con las coberturas que mejor se adapten a las necesidades de quien se encuentra expuesto al riesgo"”. Incluso, su mediación sirve para negar que sea precisamente el asegurado el adherente, como también observó la doctrina⁴⁰.

Que no tengan el deber de informar previa y espontáneamente, tampoco quiere decir que no deban responder verazmente a las preguntas que les formulen los clientes, quienes pueden perfectamente inquirirles sobre las circunstancias que forman parte del deber de información previa disciplinado en la LMSRP.

No quedan liberados los mediadores de seguros de grandes riesgos de las obligaciones de información durante la vigencia del contratado en el que han actuado como mediadores, deber de información regulado en el art. 26.3 para los corredores de seguros y referida a la que reclamen tomador, asegurado y beneficiario sobre cualquiera de las cláusulas de la póliza.

Por último, tampoco están liberados del deber de prestar asesoramiento y asistencia en caso de siniestro (de nuevo, para los corredores de seguros, el art. 26.3 LMSRP).

La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la

⁴⁰SÁNCHEZ CALERO, “Artículo 2”, op. cit., p. 63; IDEM, “Sobre la imperatividad de la Ley del Contrato de Seguro”, op. cit., pp. 2290 y 2291: “tal imperatividad pierde su razón de ser en aquellos supuestos en los que el contratante del seguro tiene una posición económica tal que de hecho, bien a través de sus servicios de <<gestión o gerencia de riesgos>>, bien por medio de la colaboración de <<corredores de seguros>>, imponen a los aseguradores las condiciones que creen más convenientes”.

mediación en los seguros, de 3 de julio de 2012, mantiene en su art. 19 la excepción referida a los deberes de información precontractual cuando “el intermediario de seguros o la empresa de seguros se dedique a la mediación de seguros de grandes riesgos, cuando se trate de intermediarios de reaseguros, o cuando la mediación se refiera a clientes profesionales”. El Anexo I se dedica a estos últimos, que se definen como los que posean la experiencia, los conocimientos y la competencia para tomar sus propias decisiones y evaluar adecuadamente los riesgos que corra, y contiene una lista de quienes, a los efectos de la Directiva, tendrán la condición de profesionales en todos los servicios y actividades de seguro y productos de seguro.

3.2.4. La excepción del contrato de reaseguro

El art. 581-2, c) ACM expresa la cuarta excepción a la regla de la imperatividad: “Tendrán carácter dispositivo respecto (...) de los contratos de reaseguro”. Continúa el Anteproyecto la senda iniciada por el art. 79 LCS, fundamentada en la relación entre profesionales del seguro en que este contrato consiste y, en consecuencia, en la inexistencia de un contratante débil al que proteger *ab initio*⁴¹. De nuevo, hay que recordar que el carácter dispositivo de las normas de la LCS o del Título VIII ACM respecto del reaseguro tienen el límite de las normas definidoras del contrato y las de orden público⁴².

⁴¹ Añade SÁNCHEZ CALERO, F., “Artículo 79”, en VV.AA., *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones*, SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.), 4ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 2017-2019; IDEM, “Artículo 2”, op. cit., p. 101; IDEM, “Artículo 44”, op. cit., pp. 1004 y 1005, la internacionalidad del reaseguro y su clara especialidad.

⁴² SÁNCHEZ CALERO, F., “Artículo 79”, en VV.AA., *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones*, SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.), 4ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 2017.