REVISTA
DE
DERECHO MERCANTIL

NÚM. 279 ENERO-MARZO 2011
MADRID

Revista de Derecho Mercantil

ÍNDICE

Cívitas Revista de Derecho Mercantil, es una publicación jurídica orientada a la difusión internacional de estudios de investigación y de las resoluciones jurisprudenciales nacionales más relevantes por su actualidad y originalidad en materia de Derecho Mercantil, ofreciendo una visión científica rigurosa a todos los interesados en esta temática.

Enero-Marzo - 2011

ESTUDIOS

BLANCA BAGO ORIA: *El funcionamiento de las primas de asistencia a las juntas de accionistas* 7

LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO: *El nuevo "test de balance" bajo las normas contables internacionales* 37

ÁNGEL GARCÍA VIDAL: *El contenido del derecho de obtentor de una variedad vegetal (luces y sombras del convenio de la UPOV)* 99

VARIA

JUANA PULGAR EZQUERRA: *Rescisión concursal y aprobación judicial del convenio: Cláusulas convencionalmente pactadas* 147

JUAN IGNACIO SIGNES DE MESA: *La independencia de los abogados de empresa y la protección del secreto profesional en la Unión Europea* 177

JUAN BATALLER GRAU: *La reforma de la Ley de contrato de seguro* 203

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

SILVIA GIL CONDE: *Legislación Mercantil (Octubre a Diciembre de 2010)* 233

JURISPRUDENCIA

Crónica de jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia mercantil (Enero a Marzo 2010):

Vicente CUÑAT, Jesús OLAVARRÍA, Josefina BOQUERA (Directores), Juan 279

BATALLER, Rafael MARIMÓN, Francisco GONZÁLEZ CASTILLA, Gemma FAJARDO, Ana LOIS, Javier VICIANO, Ángeles CUENCA, Carmen ESTEVAN, Rocío MARTÍ LACALLE, Isabel RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Jaume MARTÍ MIRAVALLS, José Luis LÓPEZ GUARDIOLA y F. Javier VERCHER 247

Comentarios de sentencias:

Francisco GONZÁLEZ CASTILLA: *«En torno a las consecuencias de la conexión contractual en el crédito al consumo: la superación jurisprudencial de las exigencias de la Ley 7/1995» (Comentario a la STS de 19 de febrero de 2010 [Civil] [RJ 2010, 1787])* 286

Jaume MARTÍ MIRAVALLS: *"Contrato de abanderamiento y nulidad por infracción del Derecho de la Competencia" (Comentario a la STS de 15 de enero de 2010 [Civil] [RJ 2010, 1400])* 299

RESEÑA DE LIBROS

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Amalia: *El Deber de aminorar las consecuencias del siniestro en el contrato de seguro* (Justino F. DUQUE DOMÍNGUEZ) 317

SUÑOL LUCEA, Aurea: *El secreto empresarial. Un estudio del artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal* (Andrés RECALDE CASTELLS) 320

MARTÍ MOYA, Vanessa: *El procedimiento de fusión de las sociedades mercantiles: preparación, adopción e impugnación del acuerdo* (MIGUEL GIMENO RIBES) .. 327

GOMES RAMOS, Elisabete: *O seguro de Responsabilidade Civil dos administradores: Entre a exposicão ao risco e a delimitação da cobertura* (ELENA F. PÉREZ CARRILLO 333

Juan Bataller Grau

Catedrático de Derecho mercantil CEGEA

Universidad Politécnica de Valencia*

La reforma de la Ley de contrato de seguro

RESUMEN

El Anteproyecto de la Ley de contrato de seguro de junio de 2010 sintetiza el proceso de reforma iniciado ya hace más de cuatro años. Esta propuesta, además de algunos inconvenientes técnicos, plantea un texto donde desaparecen o son dulcificados algunos artículos clave para la protección del asegurado de la vigente Ley de contrato de seguro. Sin negar la conveniencia de modificar algunos mecanismos de protección del asegurado, la nueva regulación debiera asumir mejoras en este punto para alcanzar un resultado más equitativo.

Palabras clave: Derecho de los seguros, Contrato de seguro, Protección del asegurado.

ABSTRACT

The Draft of Insurance Contract Law of June 2010 summarizes the reform process begun more than four years. This proposal, in addition to some technical problems, presents a text which disappears or are tempered some key articles for the policyholder protection of the current Insurance Contract Law. Without denying the desirability of changing some mechanisms to policyholder protection, the new regulation should take improvements at this point to achieve a more equitable outcome.

Keywords: Insurance law, Insurance contract, Policyholder's protection.

* Agradezco a la Prof. Latorre Chiner sus observaciones que, sin duda, me han ayudado en la redacción de este artículo.

Texto en español del trabajo incluido en el homenaje al Prof. Herman Cousy.

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.

II. LOS PROBLEMAS TÉCNICOS DEL ANTEPROYECTO: *1. La sistemática del Anteproyecto:* 1.1. **La sistemática actual: una visión crítica;** 1.2. **Una propuesta de nueva ordenación.** *2. Las lagunas del Anteproyecto.*

III. EL DESMANTELAMIENTO DEL ANDAMIAJE DE PROTECCIÓN DEL ASEGURADO: *1. El sistema de doble protección. 2. El régimen de las condiciones generales:* 2.1. **Las cláusulas lesivas;** 2.2. **Las cláusulas limitativas.** *3. El pago de la prima:* 3.1. **El lugar de pago;** 3.2. **El pago aplazado.** *4. La obligación del asegurador:* 4.1 **Pago del mínimo conocido;** 4.2 **Mora del asegurador.** *5. El paulatino recorte de los métodos de resolución de conflictos.*

IV. UNA MEJOR PROTECCIÓN DEL ASEGURADO ES POSIBLE: *1. Incumplimiento de los deberes del asegurador en el momento precontractual; 2. La divisibilidad de la prima; 3. La mora en el cumplimiento de la obligación del asegurador; 4. La subrogación; 5. Hacia mecanismos de resolución de controversias más eficientes y eficaces; 6. El deber de advertir sobre las inconsistencias.*

V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Tras el 25 aniversario de la Ley 50/1980 de contrato de seguro, se ha ido creando un clima propenso a su reforma. A estas alturas nadie discute el progreso que su promulgación supuso tanto desde la óptica de la técnica jurídica, como de los intereses en juego. No obstante, el tiempo transcurrido ha sido mucho y ha arraigado la idea de que convenía actualizarla, aprovechando la experiencia de su aplicación y la importante evolución social, económica y jurídica que se ha producido en España desde la introducción de la democracia. La virtud de ser una norma pionera en los albores del cambio político se ha tornado precisamente en motor de la reforma al haber sido superada la aproximación a alguno de los problemas clásicos que ha de hacer frente toda ley de contrato de seguro.

El proceso se inició en el seno de la Junta Consultiva de Seguros donde se elaboró un interesante informe titulado "Bases para la reforma de la Ley de contrato de seguro" y que tiene fecha de julio 2007. Posteriormente, fue la Comisión General de Codificación la que elaboró un segundo texto, preparado para insertarse en el preconizado Código de comercio. A partir de aquí, ha fructificado un primer Anteproyecto fechado en junio de 2010 y con el cuño de los Ministerios de economía y justicia (en adelante ALCS). Este último texto es el que analizaremos, pues ya tiene la calificación de Anteproyecto y, según se ha anunciado a los medios de comunicación, se pretende remitir antes del verano al Parlamento, tras recabar los informes preceptivos[1].

A medida que un jurista avanza en la lectura de su articulado, va observando paulatinamente como el texto recoge alguna de las reivindicaciones significativas de las entidades aseguradoras, sin que el Anteproyecto ofrezca como contrapartida avances relevantes en la protección del consumidor o del asegurado, términos no siempre coincidentes. Ciertamente las aseguradoras, legítimamente, llevan unos cuantos años reivindicando la introducción de ciertas modificaciones, lo que redundaría, a su juicio, en una más justa redistribución de las obligaciones dimanantes del contrato de seguro. Es más, vaya por delante que algunas de estas peticiones debieran atenderse. Sin embargo, parece razonable que un nuevo planteamiento de los intereses en juego, si se pretende alcanzar un equilibrio, también debe implicar que en otros puntos avance la protección del asegurado. Ciertamente, ésta protección no goza de su mejor momento. Por un lado, los foros que se vienen celebrando últimamente son proclives a recoger las tesis de las aseguradoras, sin que se ofrezca una visión crítica desde el movimiento

[1] Estos documentos pueden encontrarse en http://derechoeconomico.wordpress.com/

consumerista. Por otro, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha evolucionado en los últimos años hacia posiciones más conservadoras en la protección del consumidor. Así, por citar algunos ejemplos significativos, ha de ser calificada la doctrina sobre el doble tramo que interpreta como irretroactivos los intereses moratorios del art. 20 de la vigente Ley de contrato de seguro o el recorte del ámbito de aplicación del procedimiento pericial del art. 38 de la Ley de contrato de seguro que solo será eficaz para determinar la cuantía del siniestro.
Fruto de este clima es el Anteproyecto que ahora ve la luz como punto de partida para la reforma de una Ley que tan alabada fue en sus comienzos precisamente por haber sido un hito en la protección de la parte débil del contrato. En las líneas que siguen se tratará de ofrecer una visión diferente a modo de contrapunto de las posiciones que parecen inspirar la reforma.

II. LOS PROBLEMAS TÉCNICOS DEL ANTEPROYECTO

La Ley de contrato de seguro fue una norma muy debatida, lo que permitió alcanzar una redacción innovadora que supuso un enorme avance desde una óptica meramente de técnica jurídica. El previo proceso de elaboración supuso que las críticas que se venían haciendo en la doctrina al obsoleto texto decimonónico fueran incorporadas, junto con otras mejoras provenientes de la recepción en nuestro derecho de preceptos ya existentes en ordenamientos jurídicos de nuestro entorno[2]. Al menos los mismos objetivos debieran perseguirse en este proceso de reforma, aunque solo sea desde una perspectiva meramente de técnica jurídica.
El texto que analizamos, es cierto, incorpora diversos progresos en este sentido. No señalarlos sería inicuo. No obstante, estimo que han quedado otras muchas cuestiones en el tintero, desaprovechando la discusión previa que se ha mantenido sobre numerosos preceptos de la Ley.

1. La sistemática del Anteproyecto

1.1. La sistemática actual: una visión crítica

Así, es dable destacar, desde un punto de vista sistemático, la mejora que implica la nueva ubicación del coaseguro[3] y del seguro de grupo[4],

[2] Sobre la elaboración de la Ley de contrato de seguro ver por todos SÁNCHEZ CALERO, F., *Ley de contrato de seguro* (dir. F. Sánchez Calero), 4.ª ed., Cizur Menor, 2010, págs. 23 y sigs.
[3] MUÑOZ PAREDES, J.M, *El coaseguro*, Madrid, 1996.
[4] ILLESCAS ORTIZ, R., *El seguro colectivo o de grupo*, Sevilla, 1975. Más reciente SÁNCHEZ CALERO, F., *Ley de contrato de seguro* (dir. F. Sánchez Calero), 4.ª ed., Cizur Menor, 2010, págs. 2055 y sigs.

que pasan ahora a situarse entre las disposiciones generales aplicables a cualquier contrato de seguro, abandonando, respectivamente, las disposiciones generales aplicables a los seguros de daños y a los seguros de personas.

Además, nos parece loable la construcción de unas disposiciones generales aplicables a los seguros de cosas, lo que permite dotar de un régimen más acabado a los riesgos extensivos, que tanta difusión han alcanzado a través de la difusión de las pólizas multirriesgo. El camino que inició el seguro contra incendios en el tránsito desde el Código de comercio hasta la Ley de contrato de seguro parece que va a continuar ahora. Efectivamente, como es sabido el contrato de incendio contaba con una amplia regulación en el Código de comercio que contrastaba con lo escueto de otras modalidades contractuales. Situación que condujo a que la doctrina española construyera la doctrina general de las disposiciones generales de los seguros de daños a partir del seguro contra incendios[5]. La solución adoptada para la construcción de la nueva teoría general de los seguros de daños sobre cosas reside en dotar de un ámbito general a la regulación del seguro contra incendios que ahora queda reducido meramente a un precepto donde se contiene la definición de incendio.

A renglón seguido surge la primera crítica: puede ser una propuesta interesante ofrecer unas disposiciones generales aplicables a los seguros de daños sobre las cosas, pero seguidamente debiera haberse hecho el mismo esfuerzo constructivo en los seguros de daños sobre derechos y en los que preservan la integridad patrimonial del asegurado, clasificación de donde entiendo parte esta propuesta. Únicamente se establecen unas disposiciones generales aplicables a los seguros de daños sobre las cosas que ni siquiera van seguidas de una tipología de contratos a los que aplicarlas en el mismo capítulo. Es cierto que en el art. 44 ALCS se enumeran de forma ejemplificativa estos seguros de daños, pero la escueta regulación de los seguros de incendio y robo están en capítulo diferente, junto con el resto de los seguros de daños. Y el problema está claramente en que la clasificación está incompleta: sabemos que hay seguros de daños sobre las cosas, pero nada se dice del resto. Ni tan solo se menciona cuál es el criterio delimitador acogido.

La misma pereza intelectual se aprecia en las disposiciones generales aplicables a los seguros de personas que ahora quedan reducidas únicamente a dos preceptos: uno enunciativo de la categoría y otro, único mandato aplicable a esta clase de seguro, cuyo objeto se circunscribe a prohibir la subrogación. Contrastan así vivamente con las disposiciones generales aplicables a los seguros de daños que contienen 16 preceptos. Se consagra así el criticado juego de remisiones[6] que el seguro de acci-

[5] GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, 1.ª ed, Madrid, 1973, págs. X-XI.

[6] BATALLER GRAU, J., "Art. 80 LCS. Concepto de seguro sobre las personas", en AA.VV. (coord.. J. Boquera, J. Bataller, J. Olavarria), *Comentarios a la Ley de contrato de seguro*, 2002, Valencia, págs.. 970 y sigs y bibliografía allí citada.

dentes hace al seguro de vida y el seguro de enfermedad efectúa a su vez al de accidentes. Será pues el operador jurídico quien deberá realizar esta labor constructiva, lo que introduce siempre un elemento de inseguridad jurídica que debiera ser uno de los objetivos de toda reforma.

1.2. Una propuesta de nueva ordenación

Las consideraciones anteriores tienen como premisa la asunción de la actual estructura de la Ley de contrato de seguro que realiza la *summa divisio* entre seguros de daños y seguros de personas. Esta clasificación divide los seguros según estén sometidos al riesgo asegurado bienes o personas[7].

A nuestro juicio, aunque este punto requiera una mayor explicación de la que permite un artículo sobre la reforma en general, esta clasificación debiera ser superada. Ni todos los seguros de daños funcionan igual, ni todos los seguros de personas son equiparables al seguro de vida. Una lectura de las reflexiones que ha efectuado la doctrina sobre la clasificación de los seguros establecida por la Ley de contrato de seguro pone de manifiesto que la principal diferencia reside en el modo de cuantificar la prestación del asegurador. El riesgo nos permite proceder a la tipificación de las diferentes coberturas, pero solo podemos explicar la concreta modalidad contractual a partir de la prestación comprometida por el asegurador. Por eso sería deseable dar un paso más y sistematizar la Ley de contrato de seguro tomando como criterio ordenador la prestación del asegurador.

La reflexión anterior nos lleva a defender la conveniencia de agrupar los seguros en tres grandes categorías: los seguros de indemnización, los seguros de sumas y los seguros de servicios[8]. Los primeros se caracterizan por que la prestación del asegurador solo se podrá calcular *a posteriori* a partir de tres valores: el interés, la suma asegurada y el daño. Los seguros de sumas son aquellos seguros en que la prestación del asegurador se concreta de antemano en la póliza. Finalmente, los seguros de servicios son aquellos en que la obligación del asegurador es un hacer. Cada una de las tres categorías presenta un régimen diverso a lo hora de concretar la prestación del asegurador tras el acaecimiento del siniestro y debiera acarrear consecuencias diversas su incumplimiento. Este criterio de clasificación permite explicar mejor el funcionamiento de los gastos de asistencia sanitaria en el seguro de accidentes, que como resulta pacífico no funciona como un seguro de sumas aunque en

[7] GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, 2.ª ed., Madrid, 1982, pág. 36; SÁNCHEZ CALERO, F., *Ley de contrato de seguro* (dir. F. Sánchez Calero), 4.ª ed., Cizur Menor, 2010, pág. 62.

[8] Apunta la categoría de los seguros de servicio VEIGA COPO, A.B, *Tratado del contrato de seguro*, Madrid, 2009, págs. 33 y sigs.; igualmente, el texto elaborado por la Junta Consultiva de Seguros fechado en febrero de 2008 señaló está tercera categoría, pero sin llegar finalmente a proponer artículo alguno sobre los seguros de servicio.

la clasificación actual deba incluirse en los seguros de personas. O el seguro de decesos donde el compromiso del asegurador no consiste en abonar una suma, sino en la prestación de los servicios funerarios.
Igualmente, sería deseable que las disposiciones generales se recogieran en un único título (disposiciones generales aplicables a cualquier contrato de seguro, a los seguros de indemnización, a los seguros de sumas y a los seguros de servicios) que fuera seguido de un segundo título donde se contuvieran todos los seguros en particular. Así se está haciendo en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno y es también el modelo que adoptan los Principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro. Se superaría por esta vía la vigente necesidad de clasificar todos los seguros, al incluirse tras sus respectivas disposiciones generales. Acoger una estructura con dos únicos capítulos, uno para disposiciones generales y otro para seguros en particular, permite un más fácil encaje de los seguros mixtos, en los que dentro del mismo contrato conviven elementos propios de clases de seguros diferenciadas. Esta naturaleza es admitida de forma pacífica, por ejemplo, en el seguro de accidentes: la prestación por muerte o invalidez sigue los paradigmas propios de los seguros de sumas; la indemnización por los gastos de asistencia sanitaria, sin embargo, se rige por los principios propios de los seguros de indemnización.

2. *Las lagunas del Anteproyecto*

La transformación de España, y por ende de su mercado asegurador, desde la promulgación de la vigente Ley ha sido evidente, por lo que una reforma ha de hacer frente a los retos que estas nuevas realidades plantean. En el texto ahora analizado se omiten pronunciamientos que estimo son indispensables, bien por obviarse completamente el problema o por ser insuficiente la regulación ofrecida.
Entre las omisiones hemos de incluir la relativa a las pólizas multirriesgo, que han surgido de la práctica aseguradora y en los seguros de daños sobre cosas son prácticamente de contratación ineludible[9]. Estas pólizas se caracterizan por dos notas distintivas: agrupan en una sola póliza una pluralidad de riesgos, de ahí su denominación; y están destinadas a un segmento del mercado. Ciertamente, los multirriesgos son la consecuencia de la decantación del eje tradicional del seguro, el riesgo, hacia un nuevo eje, el asegurado. Es decir, cuanto más específicamente esté dirigido al riesgo, más tendencia tendrá el seguro para ser válido para la totalidad de potenciales asegurados; cuanto más específicamente esté dirigido al asegurado, más tendencia tendrá el seguro a

[9] BATALLER GRAU, J., "El seguro multirriesgo del hogar", en AA.VV. (dirs. BERCOVITZ, A., CALZADA, M.A.), *Contratos mercantiles*, vol. II, 3.ª ed., Thomson-Aranzadi, 2007, págs. 1883 y sigs.

abarcar la totalidad de riesgos asegurables. Y esta nueva realidad ha dado lugar a problemas específicos que han de resolverse. Por destacar alguno, citaremos que sería muy aconsejable establecer la relación entre las diferentes coberturas que se integran en la póliza (p. ej. ¿la nulidad de un riesgo determina la del resto de la póliza?) o sobre el cumplimiento de los deberes y obligaciones (p. ej. ¿la cláusula de compensación de capitales es facultativa o consustancial a este tipo de pólizas?, ¿la declaración del riesgo ha de valorarse unitariamente o ha de descomponerse por riesgos a la hora de valorar un hipotético incumplimiento?).

El ALCS omite cualquier referencia al riesgo de daños por agua, lo que debiera subsanarse. El aseguramiento de los daños por agua es sin duda una de las coberturas que más controversias suscita en la práctica, por lo que un pronunciamiento del legislador podría aliviar a nuestros tribunales de una carga de trabajo innecesaria.

Tampoco parece que deba obviarse la nueva problemática que el desarrollo de la ciencia plantea a la hora de evaluar la salud del asegurado. Las nuevas pruebas permiten evaluar con mayor precisión el riesgo asegurado, pero también es cierto que se incide en datos íntimos. El problema es de calado, aunque no exista todavía el consenso que proporciona un prolongado debate. No obstante, el legislador debiera pronunciarse al respecto por tratarse de un tema central.

En fin, el ALCS en otras ocasiones detecta el problema, pero sin desarrollar el régimen aplicable con la extensión que quizás merezca. Así sucede tanto en la teoría general (p. ej. reparación *in natura* o seguro de grupo[10]) como en seguros en particular (p. ej. caución, enfermedad, decesos o dependencia).

III. EL DESMANTELAMIENTO DEL ANDAMIAJE DE PROTECCIÓN DEL ASEGURADO

Es cierto que la Ley de contrato de seguro cuenta con más de 100 artículos, pero no es menos cierto que la protección del asegurado se sustenta de manera esencial en menos de una decena. Baste para acreditar esta aseveración un repaso a cualquier sección de jurisprudencia que se ocupe del contrato de seguro para comprender la importancia de los arts. 3 LCS –condiciones generales y particulares–, 10 LCS –declaración precontractual del riesgo–, 14 y 15 LCS –pago de la prima–, 20 LCS –demora del asegurado en el cumplimiento de su obligación de indemnizar–, 38 LCS –procedimiento pericial de liquidación en seguros de

[10] También señala esta laguna y la importancia de una más exhaustiva regulación para el seguro de grupo TAPIA HERMIDA, A.J., "La reforma de la Ley de contrato de seguro y la nueva Ley de supervisión de los seguros privados", en AA.VV. (dirs. P. Blanco-Morales Limones y M. Guillén Estany), *Estudios sobre el sector asegurador en España 2010: los aspectos cualitativos de Solvencia II*, Fundación de Estudios Financieros, Madrid, 2010, pág. 93.

daños– y 76 LCS –acción directa en el seguro de responsabilidad civil–, a los que hay que añadir el art. 2 LCS donde se declara el carácter imperativo de los preceptos de la Ley como garante de los preceptos anteriores al permitir un estándar de protección mínima en favor del asegurado[11].

La lectura del ALCS permite apreciar modificaciones que alteran sensiblemente algunos de estos mecanismos de protección, generalmente para dulcificarlos, lo que proporciona una versión menos gravosa para las entidades aseguradoras. Se está debilitando por esta vía el andamiaje sobre el que se ha sustentado la protección del asegurador durante los últimos 30 años.

1. El sistema de doble protección

Resulta comúnmente aceptado que la Ley de contrato de seguro fue un importante hito en la protección de la parte débil del contrato, removiendo el régimen decimonónico vigente en nuestro Código de comercio para aproximar nuestro ordenamiento jurídico a las concepciones imperantes en los países de nuestro entorno más protectoras del asegurado[12].

Solo posteriormente fue promulgada en España una regulación destinada a la defensa de los derechos de los consumidores. Surgió entonces la necesidad de articular la relación entre ambos cuerpos normativos que delimitan su ámbito subjetivo sobre sujetos diversos. Ciertamente, consumidor y asegurado son conceptos solo parcialmente convergentes. Si añadimos además la sucesión temporal entre los dos regímenes, el debate estaba servido. No obstante, la doctrina que se ha ocupado de la cuestión descartó desde un primer momento la prevalencia de la Ley posterior, en este caso, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. A mi juicio, las diferencias apuntadas sobre el sujeto protegido –en la primera, el asegurado; en la segunda, el consumidor– ha sido determinante para descartar la aplicación del principio de ley posterior prevalece sobre ley anterior.

Despejada pues la incógnita temporal, restaba por solventar la relación material entre ambos regímenes. La primera interpretación, apoyándo-

[11] Esta concepción, arraigada en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, es mantenida en el ALCS. También favorable a su conservación TAPIA HERMIDA, A.J., "La reforma....", cit., pág. 92.

[12] Sobre la protección del asegurado puede consultarse, entre otros, CALZADA CONDE, M.A., "Protección de los asegurados, protección de los consumidores y legislación de control de la actividad aseguradora", en AA.VV. (coord. Verdera y Tulles, E.), *Comentarios a la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados*, Madrid, 1988, págs. 149 y sigs.; CABALLERO SÁNCHEZ, E., *El consumidor de seguros: protección y defensa*, Madrid, 1997; EMBID IRUJO, J.M., "Aspectos institucionales y contractuales de la tutela del asegurado en el Derecho español", *Revista Española de Seguros*, núm. 91, págs. 7 y sigs.; y PEÑAS MOYANO, M.J., *La protección del asegurado*, Madrid, 1999.

se en el carácter de ley especial de la Ley de contrato de seguro, excluyó la aplicación de la normativa consumerista al contrato de seguro. Si el contrato de seguro, se afirma, goza de una regulación propia en aras de preservar los derechos de la parte débil del contrato de seguro, no debe aplicarse la ley general. El término asegurado es más amplio que el de consumidor, pero resulta indiscutido que este último queda comprendido dentro del concepto de asegurado, por lo que el consumidor queda debidamente protegido por la Ley de contrato de seguro.

La segunda tesis preconiza que igualmente será aplicable la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuando el asegurado sea consumidor[13]. Estamos ante dos regulaciones que toman como elemento delimitador a sujetos distintos, por lo que nada impide su superposición. El criterio que debe regir la ordenación de la concurrencia normativa que origina la presencia de un asegurado que sea, a la vez, consumidor, se articula sobre el principio de prioridad valorativa de la tutela del consumidor. Ello no significa, necesariamente, la aplicación inmediata del régimen jurídico del consumo, sino, más bien, la consideración prevalente de la norma más beneficiosa para el asegurado-consumidor, lo que, en ocasiones, podrá conducirnos a tener en cuenta los preceptos propios del Derecho del seguro.

Esta segunda tesis es la que ha prevalecido. Así lo ha entendido también la jurisprudencia que no ha encontrado dificultades en aplicar la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios al contrato de seguro[14].

El Anteproyecto de Ley de contrato de seguro, por el contrario, trata de reducir esta protección en el párrafo 4 de su art. 2. Efectivamente, la norma comienza reconociendo la aplicación de la normativa de defensa del consumidor al contrato de seguro, pero seguidamente afirma que lo será "en lo no expresamente regulado en esta ley". Se cierra de esta manera la puerta a cualquier protección que no provenga de la regulación especial. Quien suscribe ha defendido en reiteradas ocasiones que es aplicable al contrato de seguro la regulación sobre integración de la publicidad en el contrato de consumo. La coletilla que ahora criticamos introduciría cuando menos un elemento de inseguridad jurídica, pues si bien se podría defender que en este punto no hay regulación especial en sede aseguradora, tampoco se puede negar que el ALCS sí que regula ampliamente la perfección del contrato de seguro, por lo que podría perfectamente interpretarse que no cabe su extensión.

En este punto no debemos olvidar, por la significación que entraña, que la transposición en nuestro ordenamiento de la Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas fue realizada a través de la reforma de la Ley

[13] Al respecto EMBID IRUJO, J. M., "Aspectos institucionales...", cit., pág. 13 y bibliografía allí citada.

[14] Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1996 (Civil) RJ 1996, 798 y 30-4-1999 (Civil) RJ 1999, 3424.

General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Ningún problema de técnica jurídica ha supuesto hacerlo así, por ser aplicable al contrato de seguro el régimen de protección del consumidor. Si el ALCS fuera promulgado sin modificar esta mención, se estaría vedando la posibilidad de que el asegurado que sea a su vez consumidor se beneficie de la posterior evolución que sobre cuestiones ya reguladas pueda producirse.

La protección del consumidor, a mi juicio, no debiera encontrar limitaciones en determinados sectores. Una cosa es que algunos mercados requieran una protección adicional y otra bien distinta excluir el régimen general de ciertos ámbitos. Si un instrumento es bueno, lo suele ser con carácter general. Si la norma especial va más allá que la general, no hace falta explicitar el recorte. Si la norma especial, por el contrario, se ha quedado retrasada en la protección de la parte débil, debe aplicarse la norma general, precisamente por ser general.

2. *El régimen de las condiciones generales*

A nadie escapa que la calificación del contrato de seguro como de adhesión sitúa al régimen regulador de las condiciones generales en un lugar preeminente dentro de la regulación del contrato de seguro. Aseveración que no es puramente teórica, sino que tiene una indudable transcendencia práctica como se desprende de la abundantísima jurisprudencia que se viene ocupando de esta problemática. Por ello el legislador consagró el art. 3 de la Ley de contrato de seguro a regular la cuestión, estableciendo un doble régimen protector: el primero, relativo a las cláusulas lesivas; el segundo, con mayor repercusión en los juzgados, sobre las cláusulas limitativas.

2.1. **Las cláusulas lesivas**

El art. 3 de la Ley de contrato de seguro comienza afirmando que las condiciones generales no podrán tener carácter lesivo; prohibición que, aunque no lo diga expresamente la Ley, se entiende que ha de extenderse a las condiciones particulares. La sanción aparejada a esta calificación es la nulidad, sin que dicha invalidez afecte al contrato en el que se incluyó (nulidad parcial). La trascendencia de la consecuencia jurídica conduce necesariamente a que los autores se hayan planteado qué debemos entender por cláusula lesiva. Al respecto, algunos autores estiman que serán aquellas que impliquen una especial onerosidad para el asegurado; otros las identifican con las cláusulas abusivas de la legislación de consumo; también se ha llegado a afirmar que la lesividad procede de la situación de desproporción o desequilibrio que origina la condición general en el contrato, con independencia de su

exacto contenido, o incluso por ser contraria a los criterios determinantes de la buena fe[15].

Pues bien, la propuesta del Anteproyecto reside en suprimir cualquier referencia a las cláusulas lesivas. Esta omisión puede interpretarse entendiendo que el control de contenido debe ajustarse exclusivamente a la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes incluido en la letra b) del número 3 del art. 4 del ALCS. Si acogemos esta interpretación, será la decantación jurisprudencial la que irá dotando de contenido propio a estos conceptos jurídicos. Pero también es dable entender que la remisión que con carácter general efectúa el número 2 del mismo artículo al régimen general de las condiciones generales de la contratación, incluye el control sobre las cláusulas abusivas de la legislación sobre consumidores. No podemos olvidar que la Directiva sobre cláusulas abusivas declara expresamente que es aplicable a los contratos de seguro, por lo que una interpretación conforme al Derecho comunitario induce igualmente a afirmar que la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios resulta aplicable en esta materia al contrato de seguro. Chocamos entonces con la exclusión a la aplicación del Derecho del consumo del art. 2 del Anteproyecto, que pudiera ser salvada por la misma remisión al régimen general.

En fin, creo que una cuestión de tal transcendencia requiere, cuando menos, de una mejor técnica jurídica que aleje cualquier atisbo de duda en su interpretación, que no puede alterar lo establecido en el Derecho comunitario.

2.2. **Las cláusulas limitativas**

Mayor transcendencia, si cabe, tiene la regulación sobre cláusulas limitativas. Éstas sí pueden ser válidas, aunque para ello es necesario cumplir dos requisitos: en primer lugar, su apreciabilidad externa (han de

[15] Al respecto puede consultarse SÁNCHEZ CALERO, F., *Ley de contrato de seguro* (dir. F. Sánchez Calero),, 4.ª ed., Pamplona, 2010, págs. 95 y sigs.; EMBID IRUJO, J.M., "Art. 3. Condiciones generales y particulares", en AA.VV. (coord. Boquera Matarredona, J., Bataller Grau, J.; Olavaria Iglesia, J.), *Comentarios a la Ley de contrato de seguro*, Valencia, 2002, págs. 69 y sigs.; MARINA GARCÍA-TUÑON, A., "El modelo de control sobre condiciones generales de la contratación en el Derecho contractual de seguros", Cuadernos de Derecho y Comercio, 1991, págs. 49 y sigs.; BARRÓN DE BENITO, J.L., *Condiciones generales de la contratación y contrato de seguro (Adaptado a la Ley 7/1998, de 13 de abril y al RD 2486/1998, de 20 de noviembre)*, Madrid, 1999; GUISASOLA PAREDES, A., *Cláusulas limitativas de derechos y delimitadoras del riesgo en el contrato de seguro*, Madrid, 2000; PAGADOR LÓPEZ, J., "Régimen jurídico de las condiciones generales y particulares del contrato de seguro", Revista Española de Seguros 1996, núm. 87, págs. 83 y sigs.; PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., *El contrato de seguro: interpretación de las condiciones generales*, Granada, 1993; LARRAYA RUIZ, L.J., *Las Cláusulas Limitativas de los Derechos de los Asegurados.Artículo 3.1 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro*, Pamplona, 2001; VEIGA COPO, A., *Condiciones en el contrato de seguro*, Granada, 2003.

destacarse de un modo especial); y en segundo lugar, su aceptación específica por escrito (doble firma, tanto en las condiciones generales como en documento aparte). En caso contrario, la cláusula en cuestión no queda incorporada al contrato, que adolece de una nulidad parcial.

El debate realmente nuclear se centra en la distinción entre cláusulas limitativas y aquellas calificadas por nuestra jurisprudencia como delimitadoras del riesgo. Al respecto, se ha sostenido en ocasiones una equiparación entre ambas, por lo cual la calificación resultaría intrascendente, ya que las consecuencias serían las mismas: la necesidad de ser destacadas y aceptadas expresamente. Por el contrario, otros autores entienden que delimitar consiste en acotar el riesgo objeto de cobertura, por lo que no es necesario cumplir ulteriores requisitos; mientras que limitar consiste en excluir siniestros que usualmente quedan comprendidos dentro del mismo, por lo que ha de cumplirse el régimen protector del art. 3 de la Ley de Contrato de Seguro.

Ahora bien, al margen del natural debate doctrinal, lo que nos parece más preocupante es que tampoco un estudio de la jurisprudencia nos permita extraer una línea interpretativa nítida que facilite dirimir de antemano, como exigiría el principio de seguridad jurídica, cuándo la consideración de cláusula delimitadora del riesgo autoriza a eximir del doble requisito establecido con carácter preceptivo para las limitativas, problema especialmente grave en la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, a quien cabe imputar la distinción.

Detectado el problema y conocedores de su transcendencia práctica, la reforma debiera intentar proporcionar una solución. En ocasiones se han calificado de cláusulas de delimitación del riesgo a elementos del contrato que nada tienen que ver con el riesgo. Así ha sucedido, por ejemplo, con la suma asegurada. No creemos que aquí deba incluirse, pero compartimos la solución, pues la suma asegurada no puede quedar sometida al control de incorporación, so pena de adolecer el contrato de nulidad, ante la falta de uno de sus elementos esenciales.

Otras veces, las menos, la cláusula enjuiciada versaba sobre la privación de derechos al margen del riesgo, no planteando mayores inconvenientes aquí la plena aplicación del régimen contenido en el art. 3 de la Ley de Contrato de Seguro.

Los problemas se centran en las cláusulas donde se define el riesgo objeto de cobertura. Por eso, la futura Ley de contrato de seguro debiera, a mi juicio, efectuar una tipificación imperativa de los riesgos de cobertura más habitual, zanjando por esta vía cualquier minoración de la cobertura introducida contractualmente. Se nos dirá seguidamente que de esta manera estamos coartando la libertad de establecer productos más económicos aun con una cobertura más reducida, que no hay inconveniente en aceptar mientras el tomador sea consciente de estas limitaciones.

Las dos hipótesis en que se sustenta la crítica no me parecen obstáculo a nuestra propuesta. Por un lado, el precio final ofertado por la asegu-

radora depende más de la competencia efectiva entre aseguradoras, que de otras consideraciones. No pretendemos negar el fundamento actuarial del seguro, simplemente afirmamos que en la prima final entran otros muchos elementos que la condicionan severamente. No se entiende, si no, como determinadas proposiciones de seguro puedan presentar diferencias notables en las primas ofertadas.

Por otro lado, el conocimiento del tomador sobre la extensión o limitación de la cobertura no se debe presumir. El tomador simplemente contrata la cobertura de forma nominal, pero sin efectuar usualmente un análisis sobre su delimitación. Ni tiene la capacidad, ni los recursos para semejante tarea. Y cuando lo tiene, estamos ante un gran riesgo donde debe seguir imperando el primado de la autonomía de la voluntad, ya que desaparece el inicial desequilibrio contractual de las partes. Sin embargo, el asegurado al que está destinada la protección de la Ley de contrato de seguro necesita que los riesgos estén previamente tipificados por el legislador, restringiendo la autonomía de la voluntad en este punto. Es cierto que la flexibilidad de la Ley de contrato de seguro es un valor que debe mantenerse, pero esto no empece establecer una cobertura mínima, insoslayable contractualmente, evitando de este modo que se pueda vaciar de contenido la cobertura suscrita[16].

3. El pago de la prima

3.1. **El lugar de pago**

El vigente art. 14 de la Ley de contrato de seguro establece como lugar de pago de la prima, si bien admitiendo pacto en contrario, el domicilio del tomador. Esta mención desaparece del art. 15 ALCS que omite cualquier referencia al lugar de pago de la prima entre las menciones que obligatoriamente ha de contener la póliza (art. 8 de la Ley de contrato de seguro). Esta laguna del legislador parece más un olvido fruto de la incesante domiciliación bancaria que un cambio de política legislativa. Conviene recordar que esta falta de régimen especial debiera cubrirse acudiendo a la teoría general de las obligaciones y, ciertamente, el art. 1171 del Código civil establece que, en defecto de pacto, el lugar de cumplimiento de la obligación será el domicilio del deudor.

No obstante lo anterior, el lugar de cumplimiento del pago de la prima no es una cuestión menor, ya que la posible culpa del tomador –que llega a liberar al asegurador de su obligación de indemnizar– depende en numerosas ocasiones de esta circunstancia. Resulta fácil entender que no es lo mismo que sea el asegurador el obligado a desplegar un comportamiento para cobrar la prima y, por tanto, los posibles errores

[16] TAPIA HERMIDA, A.J., "La reforma....", cit., pág. 90.

–incluso bancarios– le sean imputables, que la carga –también su prueba– sea de cuenta del tomador.
Tras lo expuesto consideramos que un régimen que pretenda otorgar las suficientes garantías al tomador en una cuestión tan crucial como es la prima, debiera reconocer como lugar de pago el domicilio del tomador, sometiéndose su modificación al control propio de las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado.

3.2. **El pago aplazado**

La Ley de contrato de seguro no previó la posibilidad de aplazar los pagos, pero actualmente es una opción con mucho predicamento en el mercado y, a su vez, acarrea numerosos problemas a las aseguradoras cuando se incrementa la morosidad. El ALCS propone como solución en el número 4 de su art. 16 el conceder a las aseguradoras el derecho a reducir de la indemnización el importe de las fracciones de prima pendientes de pago.
Este mandato, ya de entrada, resulta cuando menos de difícil interpretación, por la utilización de la expresión "fraccionamiento de la prima". La prima se viene afirmando que es indivisible[17], por lo que parece una contradicción admitir su fraccionamiento. Más allá de este debate, el tenor mencionado ha de ponerse en conexión con el número 2 del mismo art. 16 ALCS donde se mantiene inalterada la regulación atinente al pago de las primas sucesivas: la cobertura del asegurador quedará suspendida un mes después del día de su vencimiento. Pues bien, ¿si el impago de primas sucesivas autoriza a suspender la cobertura, qué ámbito de aplicación le queda al número 4 del art. 16 ALCS? A mi juicio, parece que se está refiriendo al aplazamiento del pago de la prima y no a las primas fraccionarias (= seguros cuyo período de cobertura es inferior al año), como podría inducirnos a pensar su tenor literal. Aceptando esta premisa, habría que distinguir entre el incumplimiento del pago de la prima, que autoriza a suspender la cobertura; y el incumplimiento de un plazo, que solo permite a la aseguradora deducir de la indemnización de prima pendiente de pago. En fin una mayor claridad sería deseable.

4. La obligación del asegurador

El siniestro determina el nacimiento de la obligación del asegurador. Sin embargo, ésta no es inmediatamente líquida y exigible. Como el

[17] Una visión crítica en BATALLER GRAU, J, "El principio de divisibilidad de la prima", AA.VV. *Estudios de Derecho del Mercado Financiero, Homenaje al Prof. Vicente Cuñat Edo,* Universitat de Valéncia, 2010, págs. 305 y sigs.

mismo art. 18 de la Ley de Contrato de Seguro prevé, el asegurador ha de cumplir su prestación tras las investigaciones y peritaciones necesarias. Se le concede así un tiempo para que decida si debe (*an debeatur*) y, en aquellos seguros en que la prestación del asegurador no está predeterminada en el contrato, para cuantificar su prestación (*quantum*). El reconocimiento de un plazo para deliberar no significa que el asegurador pueda demorarse en el cumplimiento de su obligación principal. Al contrario, la liquidación debe ser lo más rápida posible, y por esta razón han de preverse ciertos mecanismos para alcanzar este objetivo. Por eso, la vigente Ley de contrato de seguro ha fijado unos plazos máximos que se derivan de la interpretación conjunta de los arts. 18 y 20 de la citada Ley:

1.º Producido el siniestro y comunicado en el plazo previsto, comienza el transcurso de un plazo, como máximo, de cuarenta días para pagar el mínimo. El pago del mínimo conocido requiere la concurrencia de dos presupuestos: a) temporal: que hayan transcurrido cuarenta días desde la recepción de la declaración del siniestro o desde que el asegurador tuvo noticia por otros medios del siniestro; b) material: que se acepte la procedencia de la deuda aunque se discuta sobre su cuantía[18]. En el caso de faltar dicho pago, el asegurador incurre en mora.

2.º Transcurridos tres meses desde el siniestro, que fue comunicado en el plazo previsto, si no se ha pagado la indemnización (seguros de daños) o la suma asegurada (seguros de personas), incurriría en mora el asegurador, salvo que pruebe que la falta de pago es debida a causa justificada o que no le es imputable. La imposición de los intereses no es automática, pudiendo el asegurador quedar exonerado si prueba que la falta de pago "está justificada" o se debe a una causa "no imputable".

4.1. **Pago del mínimo conocido**

El ALCS propone en este punto una solución inspirada en el régimen del seguro de responsabilidad civil automovilística. El asegurador tendrá un plazo de dos meses desde la declaración del siniestro para presentar una oferta motivada de indemnización en la que se contendrán los informes y documentos que el asegurador haya utilizado para cuantificar la indemnización. Y en esto último el ALCS es a todas luces loable, pues obliga al asegurador a actuar de buena fe al imponérsele que justifique su posición. Asimismo, me parece un importante logro la prohibición de que se pueda imponer al asegurado una renuncia a una

[18] Así SSTS de 4-9-1995 (Civil) RJ 1995, 6491, 19-6-1997 (Civil) RJ 1997, 5425 y 3-11-1997 (Civil) RJ 1997, 7923.

reclamación superior como condicionante del pago, a la vez que se obliga al asegurador a abonar la indemnización sin que quepa su sustitución por un aval u otra garantía.

A renglón seguido, no obstante, es necesario hacer alguna consideración crítica. La primera, desde un punto de vista de los plazos previstos, es advertir que la propuesta supone un retroceso respecto al régimen en vigor, que sitúa en cuarenta días el plazo para que el asegurador abone el mínimo conocido. No discuto que determinados siniestros requieran un plazo de cuarenta días, de dos meses o incluso de periodos superiores, pero también es cierto que en el s. XXI, donde las telecomunicaciones y la informática están revolucionando nuestra sociedad, un plazo superior a los 10-15 días no parece razonable en la mayoría de los siniestros. Estimo que debiera acortarse el plazo, admitiendo que el asegurador pudiera demostrar la necesidad de una liquidación más prolongada[19].

Ahora bien, sin pretender negar la importancia de la cuantificación del siniestro en la liquidación, la experiencia demuestra que los conflictos más importantes se generan sobre la discusión de la cobertura del siniestro (*an debeatur*). Por consiguiente, también debiera exigirse legislativamente al asegurador el mismo rigor a la hora de rechazar el siniestros, imponiéndosele la obligación de mencionar la causa expresa del rehúse y de aportar la información y documentación en que haya basado su decisión. Se evitaría así que se rechazara el siniestro sin mencionar la justificación o haciéndolo superficialmente, pues se sabe que en el juicio posterior al que se acude con abogados expertos y con pólizas convenientemente redactadas, las posibilidades de defensa del asegurador se incrementan sensiblemente respecto del momento en que se denegó la cobertura, generando un importante grado de indefensión en el asegurado, que no sabe muy bien a qué se va a enfrentar en el procedimiento judicial.

4.2. **Mora del asegurador**

Uno de los artículos que más atención ha merecido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia ha sido el art. 20 de la Ley de contrato de seguro, regulador de la mora del asegurador en el contrato de seguro. Este artículo recogió en su redacción original unos intereses mora-

[19] Pensemos en los pequeños siniestros domésticos, por ejemplo, en la rotura del lavabo –cubierta en el multirriesgo hogar–. ¿Alguien imagina la vida de una familia sin lavabo durante más de dos meses? Efectivamente, el asegurador tiene según el texto propuesto dos meses para la propuesta, y luego cinco días para cumplirla, por lo que durante ese tiempo la aseguradora estaría cumpliendo con la legalidad. Además, el asegurado no puede reparar, pues la aseguradora no acepta en estos casos que sea el asegurado quien asuma los gastos y luego repercuta los costes, pues quiere hacerlo a través de sus servicios técnicos de reparadores.

torios del 20 % de los que el asegurador solo podía exonerarse a partir de los tres meses desde el acaecimiento del siniestro, justificando las razones de tal retraso. Ya desde el primer momento, el artículo mostró su eficacia, aunque también sus problemas. Ciertamente la norma generó algunas dudas en su interpretación (aplicación a los terceros perjudicados en el seguro de responsabilidad civil, al Consorcio de compensación de seguros, etc.). Además, la norma se muestra ineficaz en los siniestros de escasa cuantía en que participa un consumidor, que son precisamente los que mayor tutela debieran requerir, mientras que en los siniestros que generan una indemnización muy elevada sitúan a la aseguradora en una tesitura muy compleja, pues el riesgo de una derrota judicial lleva aparejada unas costas y sobre todo unos intereses muy altos.

A partir de este momento se han ido sucediendo los recortes legislativos y jurisprudenciales de la norma. Así la reforma introducida en la Disposición Adicional 6.ª de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados sustituyó el primigenio interés del 20 % por el interés legal incrementado en un 50%, manteniendo el 20 % solo para los casos en que transcurriesen dos años desde la producción del siniestro. Posteriormente, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo se decantó por la doctrina del doble tramo interpretando que el 20 % no podía aplicarse retroactivamente, sino solo a partir del segundo año[20]. Ahora se pretende eliminar cualquier reminiscencia de la redacción original, borrando cualquier referencia al 20%. Se consagraría así el cambio de sistema, pasando de unos intereses con un alma sancionadora a un sistema ordinario de mora. Se obvia por esta vía la esencia de la institución aseguradora, que no es otra que requerir una prestación *justo* en el momento en que sobreviene el siniestro. Cumplir posteriormente frustra las expectativas de quien suscribió el contrato precisamente cuando surge la necesidad que ha de cubrirse. Por eso resulta adecuado dar en este punto un tratamiento diferente al contrato de seguro respecto del resto de los contratos[21].

5. *El paulatino recorte de los métodos de resolución de conflictos*

La naturaleza conflictiva del contrato de seguro ha propiciado una constante preocupación por buscar métodos de resolución de conflicto extrajudiciales, fruto de la constatación de lo insatisfactorio que resulta, en ocasiones, acudir a los órganos jurisdiccionales. En nuestro orde-

[20] La STS de 1 de marzo de 2007 (Civil) RJ 2007, 798 fue donde se consagró la doctrina del doble tramo, acogida por toda las sentencias posteriores. Véase, al respecto, la sección de jurisprudencia de la Revista de Derecho Mercantil.

[21] A favor de modificar la concepción vigente TAPIA HERMIDA, A. J., "La reforma....", cit., pág. 94.

namiento jurídico disponemos de diversas opciones que merecen una valoración dispar.

Las partes pueden optar por someter sus divergencias a arbitraje. Efectivamente, el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados les reconoce la posibilidad de acudir a arbitraje cuando así lo acuerden, ya sea *a priori* en la póliza de seguro, ya sea con posterioridad al conflicto (art. 61 Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados). Ahora bien, cuando la sumisión a arbitraje se efectúa en el mismo contrato y el asegurado tiene la condición de consumidor, la cláusula es calificada de abusiva por la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios –y por tanto nula–, salvo que se trate de un arbitraje de consumo (art. 90.1 Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios). La citada Ley reconoce, por tanto, la posibilidad de acudir a un arbitraje de consumo, y admite igualmente[22] que el consumidor pueda someterse a arbitraje –común– una vez surgido el conflicto[23]. El problema reside en que las aseguradoras se han mostrado siempre muy reticentes a este método de resolución de controversias. En la práctica es una opción que solo se valora cuando el asegurado sea una empresa de tales dimensiones que permita la calificación del contrato como gran riesgo, admitiéndose en este caso sin reservas la previa inclusión de una cláusula de sumisión a arbitraje en el condicionado de la póliza.

En segundo lugar, la Ley 44/2002, de Reforma del Sistema Financiero consolidó la obligación de las aseguradoras de contar con un departamento o servicio de atención al cliente para atender y resolver las quejas y reclamaciones. Las entidades aseguradoras, individualmente o agrupadas, podrán designar a un Defensor del cliente ("persona independiente de reconocido prestigio") que atenderá y resolverá las reclamaciones que se sometan a su consideración en el marco de lo que disponga su reglamento de funcionamiento. Sus decisiones vincularán a la aseguradora si son favorables a la reclamación presentada por el cliente. Esta vinculación no será obstáculo a la plena tutela judicial ni impedirá acudir a los mecanismos de resolución de controversias. Ahora bien, se consagra que el acceso al servicio de reclamaciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (o al *non nato* Comisionado) requiere como requisito previo, la interposición de la reclamación ante departamento o servicio de atención al cliente o/y *defensor del cliente.*

El servicio de atención al cliente y/o defensor del cliente, conviene advertir, carece de la independencia necesaria para apartarse de los cri-

[22] Así lo explicita la reforma introducida en el actual art. 57.4 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, para la mejora en la protección de los consumidores y usuarios.

[23] El art. 119 del Anteproyecto de Ley de Supervisión de Seguros Privados, en su versión de 22 de diciembre de 2010, admite tanto el arbitraje de consumo como el común, éste dentro de los límites que impone la legislación de consumo y la propia del arbitraje.

terios "sugeridos" por el asegurador, corriendo el riesgo de convertirse en una segunda instancia dentro de la propia aseguradora. Baste para sustentar esta afirmación la comparación entre los requisitos exigidos para garantizar la independencia de las personas designadas en la Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras, con los incluidos en las Recomendaciones de la Comisión de 30 de marzo de 1998 y de 4 de abril de 2001, relativas a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo.

Dentro de esta concepción, la misma Ley 44/2002 introdujo la figura del Comisionado para la defensa del asegurado, dotado de la independencia necesaria para emitir una resolución que resuelva la controversia de forma equitativa, pero sin funciones ejecutivas y ejecutorias. Institución que nunca ha llegado a implementarse y que ha sido derogada por la Ley de economía sostenible, dando carta de naturaleza al sistema que realmente opera en la práctica: la segunda instancia la ejerce el servicio de reclamaciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

Sin negar las virtudes del sistema, resulta ineficiente e insuficiente. El primer calificativo deriva del largo procedimiento que finalmente acaba imponiéndose al reclamante, que en la práctica puede ver resuelta su reclamación a la par que si hubiera interpuesto una demanda. E insuficiente, pues la falta de carácter vinculante desde un punto de vista jurídico privado de la resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones conduce a que al reclamante se le reconozca la razón, pero no llegue a alcanzar su pretensión. Ni tan siquiera tiene la seguridad de que en un juicio posterior, la sentencia respete la decisión contemplada en la resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Una cosa es la vía administrativa y otra los mecanismos de resolución de controversias, procedimientos con funciones distintas, lo que aconseja un tratamiento diferenciado.

Tras lo expuesto es fácil colegir la transcendencia que en la práctica juega el procedimiento pericial de liquidación del siniestro contemplado en el art. 38 de la Ley de contrato de seguro. Si bien con un ámbito de aplicación limitado, este mecanismo extrajudicial goza de una larga tradición en nuestro mercado asegurador y ha demostrado su utilidad en numerosos siniestros en los que había que valorar bienes muebles o inmuebles que, dicho sea de paso, suelen ser los más conflictivos –por la forma en que ha de procederse a la liquidación– y los más aptos para solucionarse al margen de los juzgados –por residir las discrepancias en gran medida en discrepancias sobre la valoración de los daños y en su origen causal–. Igualmente, este procedimiento, con sus especialidades, se aplica en los seguros de accidentes a la hora de valorar el grado de invalidez.

Pues bien, el ALCS omite cualquier mención al procedimiento pericial, lo que implicaría su desaparición en el caso de que prospere así la reforma. Se nos dirá, es cierto, que si tan útil es este procedimiento las aseguradoras pueden incorporarlo a las pólizas. Y estoy convencido de que la opinión que hay en el sector de la utilidad del procedimiento en determinados siniestros conducirá a que se recurra a él. Sin embargo, no se puede negar que gran parte de su eficacia deriva precisamente de su carácter imperativo. Dejar que sean las partes quienes libremente decidan si es el método más apto para la resolución de controversias, lo convertiría en un método residual, pues la "incomodidad" de acudir a los órganos jurisdiccionales a dilucidar la contienda es claramente disuasoria.

Este punto, a mi juicio, es probablemente uno de los menos debatidos, pero sin duda de los más relevantes. Una ley, por muy garantista que sea, pierde gran parte de su eficacia si no existen mecanismos que faciliten su aplicación. Las enormes dificultades que pueda plantear una reclamación contra una aseguradora no pueden convertirse de hecho en un fácil instrumento por el que eludir el cumplimiento del régimen de protección del asegurado. Y es éste el camino que llevamos recorriendo durante años. Primero fue la imposibilidad de acceder directamente al servicio de reclamaciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, obligando al asegurado a reclamar primero ante los servicios de atención del cliente/defensor del cliente. Luego triunfo en el Tribunal Supremo la tesis que situaba el ámbito de aplicación del procedimiento pericial en su dimensión más reducida. Ahora, directamente, se pretende suprimir el procedimiento pericial.

La necesaria separación temporal que entre las prestaciones de las partes entraña el contrato de seguro lo convierte en una relación jurídica especialmente conflictiva. Propiciar que la única vía efectiva para solucionar las disputas de las partes sea acudir a los órganos jurisdiccionales solo conduce a su saturación. Todo ello sin mencionar que no parece justificable que se emplee como elemento disuasorio, especialmente en los siniestros de escasa cuantía –que son numéricamente mucho más abundantes y juegan un papel central en el balance de las entidades aseguradoras–, el recurso a los órganos jurisdiccionales por quien no tiene una estructura preparada para dirimir judicialmente la posible reclamación.

IV. UNA MEJOR PROTECCIÓN DEL ASEGURADO ES POSIBLE

El Anteproyecto, es justo reconocerlo, también aporta algunas mejoras en la protección del asegurado. Así ha de valorarse positivamente que las agravaciones del riesgo se circunscriban, al igual que la declaración precontractual, al cuestionario previo, convirtiéndose éste en la piedra

angular de la ponderación de la intensidad del riesgo en el contrato de seguro[24]. Igual juicio merece la nueva redacción dada a la disminución del riesgo, aclarando de una manera muy acertada el derecho del asegurado sobre la prima. Una opinión favorable también merece la nueva redacción del ámbito de aplicación del régimen de transmisión del objeto asegurado y la reducción de las causas de impugnación en las pólizas estimadas. Tampoco debe obviarse el nuevo régimen propuesto para la acción directa, donde se suprime el derecho de repetición del asegurador contra su asegurado, y se incluye al derecho de la víctima a ejercer en el mismo procedimiento la acción que tenga contra el perjudicado y contra la aseguradora.

No obstante, estos avances no son equiparables a los retrocesos anteriormente descritos. Estimo que una regulación sobre contrato de seguro que pretenda estar a la altura de los tiempos actuales debiera incorporar algunas medidas que seguidamente proponemos y que ya existen en otros ordenamientos de nuestro entorno. No se trata de aspirar a estar por delante de los demás, tan solo a no quedar rezagados.

1. Incumplimiento de los deberes del asegurador en el momento precontractual

El legislador establece dos importantes deberes en la fase precontractual con la intención de permitir que el tomador preste su consentimiento al seguro conociendo previamente el alcance exacto de las obligaciones contractuales que ambas partes asumirán al perfeccionarse el contrato. El primer deber lo encontramos en el art. 3 de la Ley de contrato de seguro, precepto que impone la entrega de las condiciones generales del contrato junto con la proposición.

En segundo lugar, el vigente art. 60 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados establece un deber de información precontractual, que obliga al asegurador a comunicar al tomador la legislación aplicable al contrato, los procedimientos de reclamación, los datos de identificación de la entidad aseguradora, así como el Estado miembro y la autoridad de supervisión a quien corresponde el control de la actividad de la entidad aseguradora, menciones que son ampliadas en caso de tratarse de seguros de vida.

El Anteproyecto, con indudable acierto desde nuestro punto de vista, trae a sede contractual el problema del deber de información previo del citado art. 60 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados, quedando reducido en el Anteproyecto de Ley de Supervisión de Seguros privados meramente a una remisión al ALCS. Si bien es cierto que su origen hemos de situarlo en las Directivas sobre ordenación, estamos ante un problema mayormente contractual.

[24] LATORRE CHINER, N., *La agravación del riesgo en el Derecho de seguros*, Granada, 2000.

Además, también parece mejor técnicamente que junto con la proposición se entregue no sólo las condiciones generales sino "todas las condiciones contractuales" (también, por tanto, las condiciones particulares). Ahora bien, aquí lo que resulta criticable es que continúe sin preverse la consecuencia jurídica del incumplimiento. Más aún cuando es notorio que tanto la nota informativa como las condiciones generales y particulares solo se entregan en el momento de firmar la póliza definitiva. O dicho de otro modo, el tomador solo conoce el contenido exacto de las obligaciones que se derivan del seguro con posterioridad a su perfección. Consiguientemente, parece necesario que se prevea una solución que estimule el acatamiento de tan sustancial deber. Las opciones aquí son varias y pueden ir desde un derecho de desistimiento, hasta la anulación del contrato, que deberá prevalecer sobre la nulidad del contrato por atender mejor los intereses en juego.

2. *La divisibilidad de la prima*

El legislador debiera incluir un precepto donde se reconociera en sede contractual la vigencia del principio de divisibilidad de la prima en sintonía con los ordenamientos de nuestro entorno[25]. Con la excepción del Derecho italiano, donde efectivamente la posición más extendida[26], que no unánime[27], afirma la vigencia del principio jurídico de la indivisibilidad, acogen expresamente la divisibilidad de la prima el derecho belga (art. 18 Loi du juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre), el francés (art. L 113-16 Code des assurances) o el alemán (39 VVG).
Asimismo, el art. 5:104 de los Principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro[28] recoge entre sus principios el de divisibilidad de la prima, estableciendo que el asegurador solo tendrá derecho a la prima correspondiente al período en que soportó el riesgo. Efectivamente, el grupo de investigadores que ha elaborado la regla se ha decantado por la divisibilidad de la prima, por ser la indivisibilidad la excepción, tal y como se recoge en las notas de derecho comparado que se encuentran al final de cada artículo[29].
Esta medida, cabría argumentar, puede implicar un incremento de las primas, pero no creo que el aumento sea significativo. Cuando menos

[25] Más ampliamente BATALLER GRAU, J., "El principio de divisibilidad...", cit.

[26] Aquí no solo debe citarse el trabajo ya clásico del tratado de DONATI (vol II, pág. 366), sino también la bibliografía más contemporánea. Así, GREGORIO / FANELLI (revisado por La Torre), *Il contratto di assicurazione,* vol II, Milan, 1987, pág. 91; DONATI / VOLPE PUTZOLU, *Manuale di Diritto delle Assicurazioni,* 4.ª ed., Milan, págs. 97-99.

[27] BRACCIODIETA, A., op. cit,, passim.

[28] Esta obra acoge la técnica de los "restatement" americanos y tiene la intención de sintetizar las diferentes concepciones existentes en Europa sobre el régimen del contrato de seguro.

[29] AA.VV., *Principles of European Insurance Contract Law,* Munich, 2009, págs. 203 y sigs.

llama la atención que en países donde el seguro goza de una gran solvencia técnica, no encuentren obstáculo actuarial alguno para predicar la extensión del principio de divisibilidad de la prima. La crisis nos ha demostrado que las primas que finalmente pagan los tomadores pueden bajar en función de la competencia y de la coyuntura económica, no siendo la prima de riesgo el único elemento determinante en el precio final.

3. *La mora en el cumplimiento de la obligación del asegurador*

Los dictados imperantes en el mundo empresarial actual conducen a que una empresa esté dispuesta a incumplir un contrato si obtiene así una mayor rentabilidad. Por consiguiente, el legislador ha de prever un sistema que coadyuve al asegurador a cumplir con sus obligaciones por ser esta opción económicamente más rentable. En caso contrario, su vocación será incumplir. Por eso, parece conveniente mantener algún sistema con tintes sancionadores, aunque la reforma va por otro lado. La propuesta del ALCS[30], al menos, creo que debiera ser mejorada en una triple dirección[31]. En primer lugar, no me parece correcto que el tipo de referencia sea el legal, pues este tipo no mide la rentabilidad financiera del dinero que es en definitivamente de lo que se trata. Si la

[30] **Artículo 21. Intereses moratorios**

"1. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la producción del siniestro el asegurador no hubiese realizado la reparación del daño o indemnizado su importe en metálico por causa no justificada o que le fuera imputable, la indemnización se incrementará con el interés moratorio a que se refiere el apartado siguiente. No se impondrán intereses moratorios cuando el asegurador acredite haber presentado en plazo la oferta motivada de indemnización a que se refiere el artículo 19. La falta de devengo de intereses moratorios se limitará a la cantidad ofertada y satisfecha o consignada. 2. El interés moratorio aplicable será el interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 por ciento. No obstante, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés a aplicar será el doble del interés legal del dinero, incrementado en el 50 por ciento.

Los intereses se entenderán producidos por días. 3. Los intereses moratorios indicados en los apartados anteriores son aplicables al supuesto en que quien ejercite el derecho a la indemnización sea el tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad civil."

[31] Nuestra propuesta tiene su antecedente en el art. 6:105 de los Principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro que a partir del artículo 3 párrafo 1 (d) de la Directiva 2000/35/CE tuve la ocasión de proponer en AA.VV., *Principles of European Insurance Contract Law*, Munich, 2009, págs. 219 y sigs. – Su tenor literal es:

Mora

"(1) Si no se satisface la indemnización según lo dispuesto en el artículo 6:104, el reclamante tendrá derecho al cobro de intereses sobre esa suma, desde el momento en que fuera pagadera hasta el momento efectivo del pago, y el interés será igual al aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de refinanciación efectuada antes del primer día natural del semestre en cuestión, más siete puntos porcentuales.

(2) El reclamante tendrá derecho a que se cubran los daños por las pérdidas adicionales ocasionadas por la demora en el pago de la indemnización".

idea es estimular el pago para evitar que sea más rentable invertir el dinero, me parece más ajustado acudir a algún índice que refleje en mayor medida esta rentabilidad financiera (p. ej. el Euribor). Es cierto que hoy en día es menor el Euribor que el interés legal, pero en el futuro no sabemos la evolución de ambos índices, por lo que parece aconsejable referirlo al índice que mejor se adapte a la función que tiene que cumplir.

En segundo lugar, este índice debiera incrementarse con un diferencial fijo, en lugar de porcentual. De esta manera se sitúa el diferencial de forma estable evitando situaciones de debilidad, cuando los tipos están bajos, o de exceso, cuando los tipos estén muy altos.

En tercer lugar, y esta es sin duda la consideración más importante, si se suaviza el régimen por mora del asegurador, ha de permitirse expresamente como contrapartida que el asegurado pueda resarcirse de los daños superiores que el incumplimiento de la prestación del asegurador le ocasionen. No se justifica el privilegio del asegurador, en relación con otros contratos, donde junto al régimen de la mora se prevén las consecuencias del incumplimiento total, y no es otra la calificación que merecen aquellos supuestos en que la desatención del asegurador del cumplimiento de lo estipulado frustra la finalidad del contrato, generando en el asegurado daños superiores.

Esta última propuesta sin duda tiene un inconveniente y es que se abre por esta vía una nueva causa de contienda judicial. Éste es sin duda el precio que el cambio de sistema conlleva, pues no parece justificable pasar de un régimen sancionador a otro en que se privilegie al asegurador con un interés meramente resarcitorio sin permitir que el asegurado pueda ver íntegramente satisfechos los daños que le haya podido ocasionar el incumplimiento del asegurador.

4. La subrogación

En sede de subrogación, el ALCS detecta el problema pero sin llegar a dar una respuesta adecuada. Efectivamente, la regulación propuesta omite el último párrafo del vigente art. 43 de la Ley de Contrato de seguro donde se establece el reparto de la indemnización recobrada del causante del daño "en proporción al respectivo interés" de asegurado y asegurador. O dicho de otro modo, en los supuestos de infraseguro en los que el asegurado no cubra íntegramente el daño, si posteriormente se reclama contra el causante de los daños, la indemnización recobrada ha de repartirse entre el asegurador y el asegurado en la misma proporción que existe en el infraseguro. Así, si el interés asegurado vale 100, la suma asegurada era de 50 y el daño fue de 50, el asegurador indemnizará con 25 (I= SA * D/ VI). Si posteriormente se cobran 30 del causante de los daños, el asegurado tiene derecho a 15 más.

La mejora en este punto no es obviamente la omisión a la cuestión, tal

y como se hace en el ALCS, que plantea más problemas que soluciones. Nuestra propuesta sería establecer el carácter prevalente del derecho del asegurado, por lo que el asegurador solo podría cobrar cuando el asegurado haya visto satisfecho íntegramente el daño. En el ejemplo anterior, de los 30 percibidos del causante de los daños, le corresponderían 25 al asegurado –completando así la reparación del daño (25 del asegurador y 25 del causante de los daños)–, y los sobrantes 5 serían de cuanta del asegurador. No olvidemos que la función del seguro de daños es precisamente indemnizar los daños sufridos, por lo que debiera permitirse al asegurado cobrar antes que quien recibe una contraprestación por asumir el riesgo.

5. *Hacia mecanismos de resolución de controversias más eficientes y eficaces*

Ya hemos advertido las dudas que suscita el régimen vigente y la transcendencia de la cuestión. Tras las críticas vertidas, nos atrevemos a hacer alguna propuesta que implicaría un giro copernicano en todo el sistema de reclamaciones.

La primera posibilidad, probablemente la más sencilla, sería prohibir que el defensor del cliente pudiera serlo de una sola entidad aseguradora, al igual que sucede en otros países europeos. Siempre me ha parecido difícil predicar la independencia del defensor del cliente cuando tiene como apellido el de la aseguradora. Las ventajas del sistema serían para todas las partes: los consumidores tendrían un sistema extrajudicial realmente eficaz e independiente; los aseguradores ahorrarían costes al poder organizar un servicio unificado que sería sustentado por todo el sector o al menos por ramos de actividad. La garantía de su independencia debiera basarse en dos medidas: en la elección debiera buscarse un consenso entre aseguradoras y consumidores, pudiendo la Administración ejercer una función moderadora en la comisión donde recayera su elección; la duración en el cargo debiera ser lo suficientemente larga para que pudiera desarrollar su labor, pero sin posibilidades de prórroga. Al impedirse la continuación en el cargo, se evita que la persona designada trate de obtener la continuación dictando resoluciones con la intención de satisfacer a alguno de sus electores. Su comportamiento pasaría a regirse exclusivamente por dictados profesionales y su propio sentido de la equidad.

Una segunda posibilidad, diferente a la corriente mayoritaria de nuestros vecinos comunitarios, pero que dada nuestra realidad pudiera funcionar incluso mejor, sería admitir que las aseguradoras pudieran eludir la adhesión al defensor del cliente si se sometieran al sistema arbitral de consumo. Esta posibilidad la he venido reflexionando desde la implantación del deber que pesa sobre los corredores y corredurías de disponer de un defensor del cliente, figura a todas luces carente de virtualidad práctica por las casi inexistentes reclamaciones. En nuestra opinión,

nada empece suprimir la obligatoriedad tanto de los servicios de atención al cliente/defensor del cliente como del procedimiento pericial, siempre que las aseguradoras sometan sus reclamaciones hasta una determinada cantidad a arbitraje de consumo –si se quiere de derecho–. Se accede así a un método conocido ya por el consumidor, rápido, equilibrado y que proporciona una solución definitiva a la controversia con un laudo que sí es ejecutable.

La clave del funcionamiento de ambas propuestas reside, en primer lugar, en estudiar cuál es la cantidad que permite acudir a estos métodos de resolución de controversias. Elevarla en demasía puede resultar contraproducente, por la concepción misma de lo que debe ser una reclamación de consumo. En segundo lugar, el incremento de las reclamaciones podría saturar las juntas arbitrales de consumo o el defensor del cliente, por lo que las aseguradoras debieran de pagar una tasa por reclamación interpuesta, primando así a las aseguradoras que mejor presten su servicio.

En fin, incluso sería dable suprimir el defensor del cliente y obligar a las aseguradoras a someter a arbitraje de consumo determinadas reclamaciones. Se alcanzaría así una uniformización en el sistema de reclamaciones. A nadie escapa que existe una sensible diferencia entre el defensor del cliente y el arbitraje de consumo. Éste vincula a las dos partes, por lo que una resolución negativa cierra la puerta a una posterior reclamación. Sin embargo, su equidad, gratuidad, rapidez, la tradición con que cuenta este arbitraje o la fuerza ejecutiva del laudo son ventajas que compensan lo anterior. Por otro lado, tampoco encontramos argumentos que aconsejen un tratamiento diferenciado en el mercado asegurador frente a otros productos o servicios donde el arbitraje de consumo está respondiendo a una demanda social.

Adoptar las propuestas anteriores proporcionaría varios beneficios: se descargaría de trabajo a los órganos jurisdiccionales, se ahorrarían costes, etc. Ahora bien, si los asegurados tienen un procedimiento eficaz para resolver sus controversias jurídico-privadas, lo que permite satisfacer razonablemente sus pretensiones, esto aconsejaría que se volviese al sistema anterior y permitir que se puedan presentar directamente reclamaciones ante la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, u órgano supervisor equivalente, sin exigir la previa interposición de la reclamación ante el defensor del cliente o de la demanda arbitral. El control sobre los comportamientos de mercado así lo aconseja. Solo teniendo contacto directo con los asegurados se puede conocer que está pasando realmente en el mercado, más allá de los controles formales impuestos a los operadores del mercado asegurador, que generalmente solo conllevan una carga burocrática absurda y antipática.

6. *El deber de advertir sobre las inconsistencias*

De suma transcendencia resultaría la inclusión en la reforma del deber del asegurador de advertir sobre las inconsistencias en la cobertura[32], de forma paralela al deber de información establecido en el régimen de mediación en seguros privados[33], tendente a garantizar que el asegurado verá cumplida su legítima expectativa de que el producto ofertado se ajuste realmente al riesgo que pretende cubrir. De esta forma se hace recaer en los profesionales, como no puede ser de otra manera, un deber de diligencia técnica. El tomador pretende el aseguramiento de un riesgo y son el asegurador y, en su caso, el mediador quienes deben garantizar la adecuación entre el requerimiento de cobertura aseguradora efectuado por el tomador y el contrato finalmente suscrito.
El deber de advertir sobre las inconsistencias de la cobertura tendría como sujeto obligado al asegurador, completando así los diferentes supuestos de contratación que surgen en el mercado, pues no todos los seguros son intermediados por corredores o corredurías, ni siquiera por agentes. Se cerraría así el círculo, de tal manera que siempre habría un profesional, bien el mediador bien el asegurador, obligado a lograr que la cobertura se ajuste al máximo a la solicitud del tomador. No está de más recordar que es éste precisamente el pilar sobre el que se asienta el mercado asegurador: aspirar a la cobertura del riesgo.

[32] Un propuesta de regulación puede encontrarse en el Art. 2:202 Principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro publicado en AA.VV., *Principles of European Insurance Contract Law*, Munich, 2009, págs. 96 y sigs.

Deber de advertencia sobre inconsistencias en la cobertura

(1) En el momento de formalizar el contrato, el asegurador deberá advertir al solicitante de cualquier inconsistencia entre la cobertura ofrecida y las necesidades del solicitante que sean o debieran ser conocidas por el asegurador, considerando las circunstancias y la forma de contratación y, en particular, si el solicitante estuvo asistido por un mediador independiente.

(2) En caso de incumplimiento del párrafo 1:

(a) el asegurador indemnizará al tomador del seguro de cualquier pérdida resultante del incumplimiento del deber de advertencia, a menos que el asegurador hubiera actuado sin culpa; y

(b) el tomador del seguro podrá terminar el contrato mediante comunicación escrita dentro de los dos meses siguientes a que el incumplimiento sea conocido por el tomador del seguro.

[33] LATORRE CHINER, N., "Los deberes de información y asesoramiento del mediador", en AA.VV (dir. V. Cuñat, J. Bataller), *Comentarios a la Ley de mediación en seguros y reaseguros privados*, Madrid, 2007, págs. 221 y sigs. ; TIRADO SUAREZ, F.J. y SARTI MARTÍNEZ, M.A., Ley de mediación en seguros y reaseguros privados, Cizur Menor, 2007, págs. 617 y sigs.

V. CONCLUSIONES

Un tema de tanto calado como es la reforma de la ley reguladora del contrato de seguro requeriría un tratamiento mucho más pormenorizado, pero la premura de tiempo me ha inducido a elaborar un artículo que, al menos, permita poner el foco de atención del mercantilista sobre las luces y sombras de sus líneas maestras. Creo firmemente que la discusión *sobre los argumentos* es la única forma de avanzar en la técnica de la legislación y, por extensión, en alcanzar una norma más perfecta. Aquí reside la intención que ha presidido la redacción de este artículo. Solo el resultado final del proceso de reforma nos permitirá una valoración global que dictamine si los cambios introducidos han supuesto una mejora de los mecanismos de protección del asegurado y una ponderación de los intereses en juego más equitativa respecto al texto en vigor. No obstante, las dudas apuntadas nos deberían hacer reflexionar sobre la adecuación de algunas de las propuestas que plantea el Anteproyecto de la Ley de contrato de seguro.