

**INTERESES MORATORIOS, INDEXACIÓN  
Y OTROS LÍMITES DE LA ASEGURADORA EN CASO  
DE SUBROGACIÓN FRENTE AL TERCERO RESPONSABLE\***

**DEFAULT INTEREST, THE INDEXATION  
AND OTHER KIND OF LIMITS AS THE CHARGES  
OF SETTLEMENT OF THE CONTRACT**

*MATEO SÁNCHEZ GARCÍA\*\**

*Fecha de recibo: 30 de octubre de 2020*

*Fecha de aceptación: 20 de noviembre de 2020*

*Disponible en línea: 30 de diciembre de 2020*

**Para citar este artículo/To cite this article**

SÁNCHEZ GARCÍA, Mateo. *Intereses moratorios, indexación y otros límites de la aseguradora en caso de subrogación frente al tercero responsable*, 53 Rev.Ibero-Latinoam.Seguros, 255-274 (2020). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris53.imio>

[doi.org/10.11144/Javeriana.ris53.imio](https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris53.imio)

---

\* Artículo de reflexión.

\*\* Abogado de la Universidad del Rosario, Magister en derecho contractual Universidad Autónoma de Madrid. Profesor derecho comercial Universidad Libre-Cali-Colombia. Contacto: [mattteooo@hotmail.com](mailto:mattteooo@hotmail.com)



## RESUMEN

El presente artículo pretende exponer de manera analítica y reflexiva la posibilidad o no del cobro de intereses moratorios, indexación, y otros límites ulteriores, como son los gastos de liquidación del contrato y gastos de honorarios del informe pericial extrajudicial realizado por la aseguradora en el caso de subrogación del asegurador frente al tercero responsables. Por otro lado, se tratarán los límites concernientes a la exclusión de personas que generarían la responsabilidad del asegurado por nexos familiares o condición de dependencia, teniendo como marco normativo la ley y jurisprudencia española.

**Palabras clave:** límites, contrato de seguro, indexación, interese, subrogación.

## ABSTRACT

*This article exposes analytically and reflectively the possibility to applicate the default interest, the indexation and other kind of limits as the charges of Settlement of the Contract, the costs of expert opinion in way to determinate the cost of the damage, in the right of subrogation insurance. Also, the impossibility that the insurance company may to go against the relatives and dependents of the insured, having as a regulatory framework the Spanish law and jurisprudence.*

**Key words:** insurance contracts, subrogation, default interest, indexation.

## SUMARIO

I. El cobro de intereses por mora y otros límites ulteriores II. La indexación de las obligaciones en caso de subrogación III. Límites en cuanto a la exclusión de personas que generarían la responsabilidad del asegurado. IV. Responsabilidad de los empresarios por los hechos ajenos en la subrogación.

## **I. EL COBRO DE INTERESES POR MORA Y OTROS LÍMITES ULTERIORES**

*El art. 43 impone la limitación consistente en que el asegurador solo puede subrogarse y reclamar al tercero responsable solo la cantidad abonada al asegurado en concepto de indemnización y ello obedece a que la subrogación de ninguna manera puede ser para el asegurador una causa de enriquecimiento injustificado. Y es por ello que tal prohibición conlleva a que quede limitada la potestad de pactar cualquier clausula en la que el asegurador se reserve cualquier derecho de accionar frente al tercero responsable por una cifra mayor a la efectivamente pagada al asegurado, como tampoco si se diera el caso de una liquidación amistosa se redujera la cantidad indemnizada, no podrá el asegurado exigir al tercero responsable la suma que en principio hubiera pagado este al asegurado. Ello se puede deducir fácilmente de la literalidad del artículo 43 cuando determina la suma “ hasta el límite de la indemnización”, este límite se circunscribe a lo efectivamente pagado y no necesariamente a lo que exactamente corresponde en virtud del contrato, tal puede ser una negociación posterior donde se condiciona el pago a recibir una suma menor; como puede suceder en una negociación en la cual se condiciona el pago del seguro a recibir un monto inferior; y en este caso así como en los caso de infraseguro se aplicará la regla proporcional, la franquicia o deducible etc... la subrogación en estos casos será parcial, limitándose a la cantidad realmente abonada al asegurado según lo estipule o no el contrato. El importe de esta indemnización se determinará conforme a la valoración del bien al momento del siniestro, en relación con la suma asegurada según las estipulaciones contractuales, por ello en el caso que el daño sea imputado al tercero el asegurador subrogado pueda reclamar aquella indemnización a este tercero. Y es que los intereses moratorios no tienen como finalidad resarcir al asegurado de los daños ocasionados por el tercero, sino subsanar el perjuicio patrimonial que padece el asegurado por motivos del incumplimiento o cumplimiento tardío del asegurador, por ello es del todo inconcebible que el tercero deba soportar la sanción económica que la ley de seguros impone al asegurador; al imponerle los intereses moratorios por los perjuicios que sufre el asegurado como consecuencia de la dilación en el pago de la indemnización. Y así mismo se puede entender que el efecto subrogatorio opera exclusivamente con respecto a los derechos del asegurado con respecto al tercero responsable y la mora es un derecho que concierne exclusivamente al asegurado y asegurador. La jurisprudencia ha sido clara al respecto estableciendo que el recargo por mora del art. 20 LCS no es aplicable en el caso del ejercicio de la acción contemplada en el art. 43 LCS. Ni al tercero responsable ni a su aseguradora<sup>1</sup>. El tribunal Supremo fun-*

<sup>1</sup> El criterio mayoritario de las Audiencias provinciales se decanta por no aplicar el recargo del art. 20 LCS. en caso de subrogación. Entre otras: Audiencia Provincial de Madrid Sec. 11.ª de 8 de marzo de 2002, Sec. 9.ª de 1 de marzo de 2002, Sec. 21.ª de 9 de mayo de 2000, Audiencia Provincial de Zamora sentencia de 22 de mayo de 2002, Audiencia Provincial de Castellón Sec. 2.ª sentencias de 20 de enero de 2002 y 24 de septiembre de 2001, Audiencia Provincial de Alicante Sec. 4.ª sentencia de 4 de febrero de 2000, Audiencia Provincial de Álava Sec. 2.ª sentencia de 12 de febrero de 1999, Audiencia Provincial de Vizcaya Sec. 3.ª sentencias de 7 de febrero de 2001 y 20 de octubre de 1999, Audiencia Provincial de La Coruña sentencia

*damenta su argumento en una concepción finalista del art. 20 LCS ya que este supone el resarcimiento del asegurado o beneficiario en caso de dilaciones injustificada en el cumplimiento de sus obligaciones, el cual es un recargo de origen indemnizatorio sumamente importante. De tal manera que pretender satisfacer la mora de la aseguradora en vía de subrogación es contrariar la razón de ser y finalidad perseguida por el art. 20 LCS. Sin embargo y Como se dijo el pago de una indemnización mayor al importe del daño efectivamente sufrido por el asegurado, se podría dar en los casos del seguro a valor presente o valor nuevo, tipo de póliza o clausulado que toleran ciertos umbrales de infraseguro, y que se podría entender como un límite ulterior al daño realmente sufrido por el asegurado, este tipo de póliza consistente en que el asegurador se obliga a pagar una indemnización calculada no con fundamento del valor real del bien al momento del siniestro sino en su valor nuevo, es decir en el valor del bien inmueble determinado por el mercado, es decir como si el bien fuese nuevo; y en caso de bienes inmuebles por el valor de su reconstrucción a nuevo en las mismas condiciones de cálida, sin ninguna deducción en consideración a su depreciación material o de mercado, y al igual que la jurisprudencia y la doctrina a determinado que el asegurado en los seguros no puede vía subrogatoria cobrar más de lo que efectivamente resulta del daño<sup>2</sup>, tampoco podrá cobrar en casos de este tipo de cláusulas el total de la indemnización realmente pagada, es decir solo podrá cobrar el daño derivado ;directamente del siniestro consistente en su precio inmediatamente anterior al siniestro, o lo que es lo mismo la diferencia cuantitativa entre lo pagado y el valor real del bien al momento del siniestro; en este caso como lo ha dicho la doctrina no es que la legislación de seguros permita en estricto sentido que lo realmente pagado por el asegurador supere el importe del daño ocasionado por el siniestro, sino que el contrato posibilita el pagar una suma superior o extra a la tasación del bien al momento del siniestro<sup>3</sup>. Pero si las razones expuestas se basan en el principio de las*

de 19 de noviembre de 1997, Audiencia Provincial de Valencia Sec. 9.<sup>a</sup> sentencia de 3 de noviembre de 1998 y Audiencia Provincial de Zaragoza Sec. 5.<sup>a</sup> sentencia de 21 de septiembre de 1998.

En contrario: Audiencia Provincial de Cádiz Sec. 2.<sup>a</sup> en auto de 27 de marzo de 2002, Audiencia Provincial de Ciudad Real Sec. 1.<sup>a</sup> de 9 de abril de 2002 y la Audiencia Provincial de Asturias Sec. 1.<sup>a</sup> de 10 de abril de 2000. Por su parte, la Sala Primera del Tribunal Supremo, en sentencia número 32/2000 de 26 de enero, sentencias 47/2001 de 30 de enero, 54/2001 de 2 de febrero y 13/2002 de 14 de enero, 55/2002 de 18 de febrero 2003.

En reciente jurisprudencia el Tribunal Supremo ha sentado posición defendiendo el primer grupo de sentencias. STS 895/2009. Ponente Juan Antonio Xiol Ríos. Recurso 2352/2003.

<sup>2</sup> MOÑOZ PAREDES, M.L. (2002). *El seguro a valor nuevo*, pp. 30 y ss., TATO PLAXA *la subrogación del asegurador en la ley de contrato de seguro*, p. 176, este autor cita a su vez la jurisprudencia italiana: Tribunal de apelación de Florencia de 5 de mayo de 1967, Ass; 1968, p. 213. Y en el caso español Audiencia Provincial de Toledo, sentencia de 25 de septiembre de 1998 Ac número 6456, Audiencia provincial de Orense, Sentencia de 3 de junio de 1998 AC N° 6362, Audiencia provincial de Madrid, sentencia de 15 de julio de 1998 AC, N° 1802; Audiencia Provincial de Barcelona, sentencia de 5 de octubre 1998, AC número 1941. En estas sentencias se entiende como un límite ulterior el importe exacto al de los daños ocasionados por el siniestro. En los casos en que este pago fuese parcial tendrá un mismo límite, entendiendo que el acreedor asegurado podrá ejecutar su derecho por el resto, con preferencia al subrogado en su lugar.

<sup>3</sup> DÍAS MORENO (2008). *La disciplina de la póliza estimada en la Ley de Contrato de seguro*. Ed Aranzadi. Madrid, p. 39. VEIGA COPO (2012). *Tratado de derecho de seguros*. Ed Thomson Reuters, p. 586. Este último entiende que esta es la fórmula como se explicaría la concepción negativa o de enriquecimiento sin justa causa del principio indemnizatorio del seguro. Entendiendo además que es un pago cuya causa no es necesariamente el contrato de seguro, es un suplemento al pago que no necesariamente obedece al

*relaciones obligacionales inter partes y el principio relativo de los contratos, entre asegurado asegurador; y que la causa en virtud del efecto subrogatorio solo puede ir hasta lo que se paga como consecuencia de la relación jurídica del contrato de seguro mas no los efectos derivados del incumplimiento en el pago por parte del mismo asegurador; en el caso de pago la causa sería el derecho del asegurador a ir en contra del tercero responsable por el faltante en su interés, principio de no enriquecimiento del asegurador como consecuencia del seguro.*

*Así mismo el artículo 20 LCS no es aplicable en el caso del ejercicio de la acción subrogatoria contemplada en el art. 43 LCS cuando el asegurador va a su vez contra el asegurador del causante del daño<sup>4</sup> los argumentos en que se fundamenta la jurisprudencia consisten en que el art. 20 LCSA ni el artículo 43 LCS han previsto la solución a tal planteamiento. Debe tenerse en cuenta, sin embargo que el art. 43 LCS limita el ejercicio de la acción subrogatoria a la cantidad efectivamente satisfecha concediéndole una vez pagada la indemnización, que comprende los derechos y acciones que por razón del siniestro correspondieron al asegurador frente a las personas responsables del mismo “hasta el límite de a indemnización”<sup>5</sup> y por razón del siniestro, lo que permite únicamente al asegurado el cobro frente a las personas responsables del mismo y “hasta el límite de la indemnización”. Por otro lado la redacción del art. 20 LCS establece con mayor precisión los sujetos a los que afecta la mora de asegurador y entre ellos establece de manera contundente: “El tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad civil” figura que no se puede incluir la aseguradora que ejercita la acción de subrogación, entre otras razones, porque etas pueden tener lugar en general en los seguros de cosas ya que el art. 43 LCS figura entre las disposiciones generales de os seguros de daño, mientras que la acción directa por parte del tercero perjudicado, a la que se refiere específicamente la ley solo cabe en el seguro de responsabilidad civil (art. 76 LCS), específicamente mencionado en el art. 20 LCS<sup>6</sup>.*

*Así mismo encontramos otros casos de limites ulteriores a la subrogación del asegurador frente al tercero responsable, tal es el caso de los gastos de liquidación del contrato de seguros, como son los gastos de honorarios del informe pericial extrajudicial realizado por la aseguradora, argumenta la jurisprudencia que la razón de ser de ello es al igual que los intereses de mora un asunto que concierne al asegurado y asegurador, no considerándose este monto dentro del resarcimiento del daño. Siendo por demás una obligación propia de la aseguradora que le concierne dentro de su actividad en el entendido que está por demás es independiente a la causa del siniestro<sup>7</sup>. Tampoco puede cobrarse sumas con respecto a riesgos que expresamente han*

---

fundamento del contrato de seguro, y así entender que por este tipo de concepción se evitaría o reduciría “una actitud dolosa o incluso culposa al relajar las medidas preventivas, ante el siniestro por parte del asegurado que conculque la prohibición de enriquecimiento”.

<sup>4</sup> SSTS de 5 de febrero 2009, RC n.º 2352/2003 y de 30 de marzo de 2010, RC n.º 199/2006.

<sup>5</sup> SSTS de 15 de junio de 1988 y 7 de mayo de 1993), precisando que el reembolso únicamente puede referirse a dicha indemnización cuando se halla dentro de la cobertura del contrato de seguro en el mismo sentido STS de 5 de marzo de 2007, RC n.º 382/2000.

<sup>6</sup> STS 2013/2011, Ponente, Juan Antonio Xiol Rios.

<sup>7</sup> Audiencia provincial de Madrid, sentencia de 1 de marzo de 2000, AC, N.º 1108, TATO PLAXA, Anxo. Ob. cit., p. 181. El autor comenta que en el mismo sentido la jurisprudencia italiana la cual “también

*sido excluidos de la cobertura del seguro, lo anterior debido a que dentro de esos límites ulteriores existirá a su vez la cuantía del monto en el daño que efectivamente causo el tercero responsable, o su porcentaje de participación en el total del mismo.<sup>8</sup> También será aplicable tales limitaciones con respecto al tercero responsable si efectivamente es pagado el beneficiario tomador o directamente el beneficiario asegurado si este fuese otro, es decir al titular del interés que se asegura. Tal como sucede en el seguro por cuenta ajena o por cuenta de quien corresponda en el cual el tomador y asegurado son personas distintas. Esto por cuanto en el momento del siniestro debe pagarse a quien es el titular del interés asegurado y lesionado como consecuencia del hecho que genera el siniestro. es decir el asegurado beneficiario. Esto obedece en primer lugar a lo que se ha vendido tratando y es el requisito que la subrogación será efectiva y nacerá cuando se efectúe el pago y que como lo dice la teoría general, de ello depende y deviene el nacimiento de un nuevo derecho como causa de una relación previa. Esta forma de interpretar las cosas tiene total aplicación entre otros en el contrato de transporte de mercancías en los casos en el que el tomador del seguro y asegurado son personas diferentes y no por la eventualidad de no poderse subrogar sino con fundamento en que como se explicó su derecho no ha nacido. Es un derecho que no obstante está contemplado en la ley de seguros su nacimiento depende del pago, al igual que la subrogación en general, y como todo pago debe de hacerse a la persona que sea beneficiaria del mismo o lo que es lo mismo el pago válido al titular de este o acreedor de la indemnización, de ello se podría inferir que su naturaleza no es limitativa como puede entenderse de los demás casos, sino que es una verdadera imposibilidad que exista un derecho válido, fundamentándose en el principio indemnizatorio base fundamental del derecho de subrogación en el seguro de daños, teniendo en cuenta este principio el asegurador se subroga en los derechos y acciones que el asegurado—damnificado tiene frente al responsable del siniestro no solo porque mediante el pago produce el desinterés del asegurado para reclamar al tercero responsable, sino que su derecho se hace imposible de ejercerlo al no ser el titular del mismo. Finalmente, si en la eventualidad en que el tomador indemnizado y asegurado celebraran un contrato de cesión de derechos derivado del contrato de seguro, podrá en consecuencia el asegurador ir en contra del tercero responsable pero la causa de dicha acción sería otra<sup>9</sup>, en dado caso que prosperara la acción del asegurador frente al tercero responsable cuando esta paga a quien no era titular del crédito y el tercero termina pagándole, su responsabilidad persistirá frente al asegurado, quedando habilitado para reclamar el importe del daño patrimonial pendiente de indemnizar. Y a su vez el pago realizado por el tercero responsable al asegurador se entendería efectuado de buena fe y tendrá pleno efecto liberatorio para este, por consiguiente, el responsable del daño podrá excepcionar dicho pago al asegurado y extinguirse por tanto el derecho de crédito surgido con ocasión del siniestro en concordancia con el art. 116 CC que regula el pago liberatorio hecho de buena fe por el deudor al llamado*

---

sostiene que no cabe la recuperación de los gastos de peritaje a través del ejercicio de acciones frente al tercero responsable. Tribunal de apelación de Florencia de 5 de mayo de 1967, Ass; 1968-II, p. 213. No obstante, la jurisprudencia alemana posibilita a la aseguradora recuperar los gastos de peritaje frente al tercero responsable. RÖMER/LANGHEID, *Versicherungsvertragsgesetz VVG, Kommentar*, 1997, § 67.11.

<sup>8</sup> PICARD. M. BESSON, A. *Les assurances terrestres en droit français*. Tome I, pp. 507-508.

<sup>9</sup> HERNANDEZ MARTÍN, J. "Comentario al artículo 43 LCS". En: *Comentarios a la ley de seguros*, p. 542.

*acreedor aparente*<sup>10</sup>, quien es aquel que aparece como acreedores verdadero sin serlo por cualquier causa, y en la medida en que la circunstancias objetivas le señalen como tal y lo hace verosímilmente creíble, siendo además circunstancias razonables y coherentes de tal manera que no choquen unas circunstancias con otras (unas que las afirmen y otras que las nieguen), y ello con la finalidad de medir la diligencia del deudor para averiguar la verdad. Lo que se resume en que objetivamente y de hecho lo señale al acreedor como el verdadero, de tal manera que si el deudor en este caso el tercero responsable y teniendo en cuenta que el fundamento de la subrogación es la indemnización efectivamente pagada dentro de los límites y alcance del seguro y teniendo en cuenta que el pago se realizó de manera equivocada, pero a pesar de dicha situación y contemplando los anteriores requisitos el pago debe reputarse como un pago al acreedor aparente y por tanto quedará liberado<sup>11</sup>. Lo anterior no quiere decir que la aseguradora quede liberada de su responsabilidad. Por ello esta deberá pagar en caso de reclamo del asegurado la suma debida.

*En estos casos la jurisprudencia ha entendido que no existe una falta de legitimación activa, esta admitió la legitimación de la aseguradora que indemnizó al vendedor y tomador del seguro, para reclamar al transportista a pesar de que se trataba de un contrato de compraventa internacional sometida a la condición ex work o franco fabrica, de manera que la vendedora transmitió el riesgo en el momento en que puso a disposición de la compradora la mercancía. El argumento consistió con fundamento en lo actuado que la vendedora, sin coste alguno para la compradora, procedió a asumir la reparación de los daños causados en la máquina, en virtud del contrato de transporte, celebrando un seguro para dicha mercancía. Por consiguiente, el Tribunal consideró que la aseguradora IBERICA en cumplimiento de un contrato de seguro de transporte que cubre trayectos terrestre y marítimo y de conformidad con el art. 780 del C com. Y el 43 LCS se subroga ex lege en las acciones que asistían a la aseguradora frente a los causantes del daño. Debe por tanto entenderse que la demandante gozaba de legitimación en base a la subrogación “por el pago efectuado a la vendedora perjudicada” entiende por tal circunstancia que el fundamento de la legitimidad para accionar contra el verdadero causante del daño es el pago realizado efectivamente al asegurado. Otra cosa sería como lo advierte la misma sentencia que el pago realizado al vendedor por la compañía aseguradora no fuese legítimo y por consiguiente no liberatorio, como sería en la eventualidad en que a pesar de haber realizado la reclamación el comprador por el daño que había sufrido la mercadería durante el transporte y acogiéndole un derecho derivado del seguro la compañía hubiese pagado al vendedor. pero tal solución, sin duda ajustada a las circunstancias del concreto conflicto que resolvió, ni es unánime, ni, en todo caso, puede aplicarse al supuesto que se contempla y menos cuando finalmente no se probó la responsabilidad ni del transportista del vendedor ni del transportista del comprador.*

“Consecuentemente, nada habría que objetar a la indemnización satisfecha a la vendedora por su aseguradora, ni, en su virtud, a la ulterior subrogación de ésta frente a la

<sup>10</sup> O' CALLAGHAN MOÑOZ X. (2004). *Código civil comentado y con jurisprudencia*, Madrid, p. 1143, Ed. La ley, 4 Ed.

<sup>11</sup> CANO MARTÍNEZ, J. Ignacio (1990). *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*. Barcelona: Bosch, p. 73.

transportista demandada por lo que ha de entenderse que la demandante se encontraba plenamente legitimada para efectuar la reclamación al haber indemnizado a la verdadera perjudicada que era la vendedora asegurada”.

Finalmente la sentencia argumenta que los pactos internos entre comprador y vendedor en las operaciones de venta con expedición de mercancías, con la finalidad de dejar zanjada, en el acto de la perfección, la atribución *del periculum rei* y determinar el momento de la transmisión de la propiedad, no afectan a la legitimación del cargador para reclamar al porteador la indemnización de los daños por la deficiente ejecución de su prestación, pérdidas, averías o retrasos, pues la acción ejercitada nace del contrato de transporte y no del de compraventa, y no depende de que el actor o el cargador tenga la condición de dueño de la carga (no acciona en defensa del dominio), ni de quién deba soportar los riesgos de la pérdida fortuita de ésta (pues no se dan los presupuestos para aplicar la doctrina *del periculum*).

Llama la atención una jurisprudencia en donde la recurrente (demandada y tercera responsable) aduce que la recurrente aseguradora infringe “la disciplina rectora de la subrogación”, al considerar que los daños que se reclaman son excesivos con respecto a los días que dejó de percibir ingresos; (lucro cesante); en este caso un negocio deportivo de ropa, por causa una tubería de agua inundando el local, el afectado fue indemnizado por su aseguradora quien indemnizó por un monto cercano a la tercera parte del seguro de los causantes, en efecto los causantes del siniestro representados por la comunidad del edificio cobraron a su vez el seguro que tenían constituido con otra compañía, esta última se subroga para ir en contra de la comunidad. Considero la demandada que la suma en concepto de indemnización abonada por su aseguradora era la más adecuada a los gastos percibidos, a lo que el Tribunal Supremo se refirió sin entrar a pronunciarse de fondo sobre la existencia o la tasación del lucro cesante, recordó en la sentencia citando algunas más que el art. 43 de la LCS permite al asegurador una vez pagada la indemnización ejercitar los derechos y acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización. se trata de una acción dirigida a obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el responsable del siniestro, causante material del quebranto patrimonial indemnizable, que es la misma que tenía originariamente el perjudicado contra aquél, si bien

“con la particularidad de que el contenido patrimonial del derecho que otorga la subrogación legal al asegurador **no coincide con el daño y perjuicio sufrido por el asegurado-perjudicado, sino que comprende, o alcanza, únicamente, la indemnización pagada por la aseguradora**”.

Es clara que la anterior afirmación del tribunal supremo al referirse sobre la cuestión no es muy acorde frente a lo dicho, y es por demás cuestionable desde el punto de vista del daño real que produce el tercero responsable, viendo esta situación al parecer la deducción no es la acertada, y no es acorde por lo dicho por la doctrina sobre cobros por fuera del daño efectivamente pagado, que tiene en cuenta además los límites de lo asegurado y de la suma asegurada y en todo caso dentro de las relaciones *inter partes* que presupone las relaciones contractuales y en todo caso el principio relativo de los contratos. Y es que no se ha entendido la verdadera naturaleza de la acción subrogatoria en el contrato de seguro ya se ha dicho por demás que la redacción del art.

43 del LCS es desafortunada, la cuestión es que a primera vista el artículo presupone diversos problemas de tipo práctico y de aplicación uno de ellos es que no profesa la verdadera naturaleza del derecho de subrogación; los efectos jurídicos de la misma no están sujetos en su fundamento exclusivamente al pago, sino a los límites de lo asegurado, de la cobertura, de la suma asegurada, y por el daño efectivamente acaecido en el patrimonio del asegurado. Su fundamento tampoco tiene una correlación tan clara con el contrato de seguro ni con la afectación en el patrimonio del asegurador; cabe recordar como se dijo anteriormente que el llamado recuperado obedece más a un concepto o argot del gremio asegurador, porque la verdadera naturaleza de la subrogación está encaminada a la protección del gremio pero no en el sentido de recobrar lo que se pierde sino en el sentido de evitar que los asegurados traten de ir en contra de la buena fe que presupone el asumir un riesgo por parte de su contraparte, pero que en todo caso se ve bastante limitado y opacado por lo menos desde el punto de vista de los seguros de daño, ya que como es evidente en este tipo de seguro lo que se paga e indemniza no corresponde por lo general con el daño realmente padecido por el asegurado, y que en todo caso en el cálculo de la prima existen elementos no relacionados directamente con el daño producido por el tercero responsable quien es ajeno a esta relación, llegando a considerarse un pago válido aun en los casos en que la aseguradora no es su verdadero acreedor como sucede en el caso del acreedor aparente. La subrogación del asegurado desempeña un papel importante en los seguros de daño como lo prescribe el art. 43 LCS, careciendo aplicación en los seguros de personas salvo excepciones puntuales se ha confundido la protección al gremio en este tipo de seguros y en los de daño con respecto a la subrogación debe entenderse que el seguro de daño tiene una dinámica diferente al respecto; siendo más común pensar que en los seguros de personas las actitudes del asegurado puedan ser más proclives a violar la protección general que debe tener la actividad aseguradora, por ejemplo al no manifestar preexistencias médicas entre otras, en todo caso el art. 43 presupone múltiples problemas como la cotitularidad, o su carácter facultativo al interpretar la palabra “podrá” en relación con la posible renuncia o no al derecho del asegurador en la subrogación<sup>12</sup>. El proyecto de reforma de la ley de seguros ha cambiado su redacción a “se subrogará” entendiéndose que no es un derecho potestativo sino automático<sup>13</sup> o la concurrencia de la acción del asegurador con la propia de asegurado frente al tercero responsable del siniestro. Al respecto y como se ha evidenciado el último párrafo del art. 43 LCS establece que el reparto del cobro obtenido entre ambas partes se realizará en proporción a su interés que por un lado no es unánime la aplicación judicial al no comprender que es el interés de cada parte en el seguro, y en segundo

<sup>12</sup> En los últimos años la normativa de seguros ha sufrido diversos intentos de reforma, entre los que cabe destacar, el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro de 2011. No obstante, la iniciativa no llegó a término por la fuerte contestación en algunos de los sectores afectados, en especial el de las empresas aseguradoras “por cuestiones tan espinosas como el de la generalización del régimen de la oferta motivada presente únicamente en los seguros obligatorios de automóvil”. Sobre este último punto, v. críticamente MAYOR CIVIT, J. M. “La reforma de la ley del contrato de seguro. Una visión general”. En: GIRGADO PERANDONES, P. (Dir.). *El régimen jurídico de los seguros terrestres y marítimos y su reforma legislativa*, Granada, 2012, pp. 25 ss.

<sup>13</sup> Lo reconocen como facultad: TATO PLAZA, A (2010). “Art. 43. La subrogación del asegurador”, RES, núm. 143-144, 2010, p. 717; MUÑOZ PAREDES, J.M.: “Comunicaciones”, cit., p. 370-371.

los problemas que se suscitan con el tercero parcialmente insolvente<sup>14</sup>. En todo caso la reparación íntegra del daño que se predica en el ámbito de la responsabilidad civil el cual obedece más a su naturaleza no solo en la subrogación, sino en general en este tipo de contratos de seguro, pues como se pretende comprobar en este estudio, las consecuencias patrimoniales del daño que se valoran y resarcen bajo un seguro de daños, por lo general, pueden ser mucho más limitadas. La tarea de corroborar este aserto hace imperioso deslindar el ámbito propio de la reparación íntegra en el Derecho de daños y evaluar la naturaleza indemnizatoria que tiene injerencia en la subrogación. Y es que la indemnización que puedan derivar del contrato de seguro no es de carácter íntegro, porque obedece en su esencia al principio de la autonomía de libertad de las partes contratantes, adoleciendo de restricciones de carácter legal. Algunas limitan ese derecho por ejemplo por la insuficiencia de la suma asegurada; otras hacen participe al asegurado de la gestión del riesgo como son los deducibles, franquicias, coaseguros y en otras se regula la valoración del daño como es la inclusión de cláusulas que limitan el restablecimiento de la suma asegurada, restringen la determinación del límite de responsabilidad por medio de cláusulas de proporcionalidad, o como ya dijimos las mismas obligaciones del asegurado como aquellas relacionadas a la preservación del derecho de subrogación del asegurador, la declaración de los seguros coexistentes, o por el hecho de desplegar una conducta contraria a la buena fe durante el trámite de la reclamación, circunstancias que pueden conducir a la pérdida del derecho del asegurado a la indemnización, y es ese carácter restrictivo del principio indemnizatorio en los seguros de daño lo que explica la forma como se ha flexibilizado en la praxis en el curso de las últimas décadas por obra en vez de la figura clásica del seguro, además de estipulaciones específicas novedosas y productos cada vez más diversos.

## II. LA INDEXACIÓN DE LAS OBLIGACIONES EN CASO DE SUBROGACIÓN

La corrección monetaria la cual puede tener aplicación en la subrogación, en el cumplimiento o pago de una determinada suma o cantidad de dinero (*numerato pecunia*) singulariza la prestación pecuniaria. El dinero configura esta clase de obligación con independencia de su origen. El deber de pagar suma cierta dineraria surge del menoscabo de un derecho o interés (daño resarcible), por contacto social en la vida de relación (responsabilidad extracontractual) por transgredir un compromiso particular (responsabilidad contractual o comercial) llamado precio salario honorarios, cánones, aporte, préstamo a persona jurídica préstamo etc., u obedece a un hecho con virtualidad obligatoria (indemnización de daños por un delito o cuasidelito, tasas contribuciones, impuestos etc.), fuentes donde el común denominador es el deber de cumplir determinada cantidad de dinero el cual se inserta en la relación obligatoria constituyendo en la forma autónoma e independiente de tales factores.

<sup>14</sup> Como se ha expuesto tal condición puede disminuir el derecho de recobro del asegurado y en consecuencia afectar el principio indemnizatorio del seguro de daño, y el fundamento mismo de la responsabilidad por los actos y hechos de las personas. Cfr. T. PLAZA, A. "Art. 43. La subrogación", cit., p. 719. MUÑOZ PAREDES, J.M. "Comunicaciones", cit., p. 371.

Es la característica de la prestación dineraria la cual se encamina al deber de pagar una precisa cantidad de dinero, la obligación pecuniaria desde su creación es estipulada en dinero o subrogada, con ocasión de la inobservancia por decaimiento del interés crediticio en su expresión genuina o por imposibilidad ya natural ya jurídica de su exigencia *in natura*. En el caso de los seguros el asegurado al verse resarcido en su interés pierde total o parcialmente en el cobro al tercero responsable, equivalente en otro tipo de obligación es por ejemplo la destrucción o deterioro fundamental de la cosa debida, pérdida salida del comercio, pérdida del poder dispositivo del deudor y en general todas aquellas situaciones de la exigencia *in natura* de la obligación en estos caso no es susceptible de cumplimiento por actos u omisiones imputables al obligado o a las personas por quienes son responsables y aun por causas asumidas legalmente o negligentemente en donde la obligación subsiste y se perpetúa en su estimativo o equivalente monetario, es entonces la diferencia entre obligaciones pecuniarias originarias y derivadas la que comporta interés en la exigibilidad del débito primario o secundario, en la ejecución *in natura* o por equivalente y en la incidencia de la devaluación de la moneda. De tal manera que las primeras no les asieron la posibilidad de la exigencia de su equivalente monetario (*aestimatio pecunia*), en el caso de las segundas el deber tiene una naturaleza diferente, puede consistir en dar, entregar cosa de genero distinta a dinero, prestar un servicio o abstenerse de realizar determinado comportamiento, en todo caso el acreedor podrá insistir en este de ser útil y posible u optar por su estimación dineraria. La distinción también es plausible desde el punto de la pérdida de poder adquisitivo de la moneda y la posibilidad de ajustarla al interés, pues una obligación primaria de pagar dinero es susceptible a menoscabo de valor entre su exigencia y su cumplimiento final; a diferencia de la derivada en la cual se debería descartar porque el equivalente en la mayoría de los casos se descarta porque el equivalente sustitutivo compensatorio o subrogado pecuniario se realiza posteriormente y en tiempos actuales en la moneda del momento excepto cuando su cumplimiento no sea coetáneo al valor de la moneda. Lo anterior en concordancia con la idea ya plasmada de que el nacimiento del crédito como consecuencia del pago del asegurador es derivado de del crédito que nace entre el tercero responsable con respecto al asegurado constituyendo dos tiempos diferentes. Más aun cuando estamos hablando de una subrogación particular donde la causa de la misma no es solo el pago de deuda ajenas, sino que tiene un antecedente casuístico como es el asumir un riesgo y el deber de pagar un crédito en caso del acaecimiento del mismo, sumado la idea que lo que genera la obligación en cabeza del asegurado es la responsabilidad extracontractual, y no el seguro. Es poco probable por lo demás que la obligación derivada se inserte en un contexto económico predeterminado en el cual incida las alteraciones económicas y la variación de valor en virtud de la coyuntura, las decisiones políticas y el paso del tiempo.

El dinero es una unidad de valor con función de medición económica de bienestar o servicios y de cambio de estos por cuya inteligencia se fija abstractamente el valor de las cosas y sirve para su intercambio, pero además de ser un medio general de pago, es una medida común del valor, el medio de cambio de bienes y servicios, y un bien objeto de dominio o propiedad, es parte del patrimonio de las personas. En este orden de ideas la obligación pecuniaria corresponde al pago de determinada suma dineraria de una cosa mueble de género, fungible y consumible, que puede ser corporal si es

metálica o incorporal por ejemplo en al caso de ser escrituraria o bancaria caso en el cual son simple anotaciones entre cuentas no siendo material, o en los códigos cifrados o contraseñas secretas por conducto de máquinas computadoras etc. estando frente al fenómeno de la moneda electrónica o el uso de medios como las tarjetas de crédito y débito la moneda plástica etc. Las cosas de genero se caracterizan por su fungibilidad, y su sustitución solo se puede dar dentro de su mismo género y calidad, fungibles por tener la virtud de ser intercambiables y sustituibles por otras de tal manera que en las prestaciones pecuniarias la fungibilidad es total<sup>15</sup> no admiten su remplazo por cosa diferente la dinero a diferencia de las otras que pueden cambiarse o mudarse con su equivalencia monetaria, siendo operativo su cumplimiento *in natura*, y esta es la razón por la cual la imposibilidad sobrevenida de la pérdida o destrucción de la prestación debida no se proyectan en la extinción de la obligación. Este principio es constante y no implica una posible extinción, no admite remplazo por cosa distinta al dinero a diferencia de las otras que pueden mudarse o cambiarse por cosa diferente al dinero o su equivalente monetario. Que aplicado a la subrogación la individualización del género ordinario no implicaría la transmisión de los riesgos así la obligación consista en su equivalente cierto como billetes, monedas electrónicas, cosas representativas del mismo como monedas de colección, billetes representativos del estado, y es que en estos casos en cuanto a sus equivalentes la prestación siempre mudará a ser genérica, sin que implique riesgo alguno riesgo alguno. La obligación pecuniaria no es una obligación genérica. Por ello el acreedor, aunque no se trate de una obligación de entregar y mediante la remisión haya cumplido el deudor el riesgo permanece en cabeza del mismo deudor no siendo obligación pecuniaria de cosa y de ahí que tampoco es de deuda genérica sino obligación de suma de valor, por ello el modo normal de extinción natural de esta obligación es el pago, sin perjuicio de la compensación por ejemplo por ser pactadas o contraídas en moneda foránea. Y es que la característica principal de lo fungible radica en que desaparece con su primer uso, la simple consumición material o uso físico implica un egreso en el patrimonio y la consecuente destrucción de la cosa, pero ello no parece plausible en el caso del dinero al no ser objeto de uso sino de circulación y enajenación saliendo del patrimonio del deudor hacia el del acreedor, de tal manera que su consumo no es material sino jurídico comprende el *usus* y el *abusus* y la desaparición es representativa, sin embargo cuando se trata de cosas consumibles el fenómeno es similar, y tratándose de usufructo y préstamo de cosas tanto el usufructuario como prestatario tiene el deber de restituir igual cantidad y calidad, por lo que no opera la destrucción en estricto sentido ni tampoco y su consumo será del mismo modo aparente.

Por otro lado, la prestación pecuniaria implica el pago de determinada cantidad de dinero, sin embargo, se distingue en la doctrina varias clases de esta: las de moneda individual, las de especies monetarias, la de suma de dinero y las de valor.

Las de moneda individual: versan sobre una moneda singular y es una cosa cierta específica y determinada. Las de especie monetaria: es esencial la indicación del tipo de piezas monetarias para el pago por ejemplo monedas de oro de cierto origen o emisión.

<sup>15</sup> H. HAMEL (1940). *Reflexions sur la theorie juridique de la monnaie*, Mélanges Sugiyama, pp. 83 ss.

Deudas de suma dineraria: los signos o medios de solución son irrelevantes a condición de ostentar valor o curso legal y ser equivalente a la relación obligatoria, la prestación sería una suma de dinero *in obligatione e in solutione*.

Las deudas de valor: se relacionan con una medida abstracta ideal de medición de los bienes y servicios y de a prestación al momento de su cumplimiento, la moneda es un medio de carácter sustitutivo, equivalente, compensatorio, o indemnizatorio; la prestación sería un valor *in obligatione* apreciado *in solutione* en dinero al momento del cumplimiento (subrogado pecuniario) que tiene la finalidad de resarcir los daños, reembolsar los gastos o evitar el enriquecimiento injusto. Dichas distinciones nos llevan a pensar que en las dinerarias lo debido es la moneda en las de valor el dinero es un equivalente de los bienes o servicios que implica un poder real adquisitivo. Por ello con fundamento en lo anterior se excluiría la pérdida de poder adquisitivo en esta última especie de obligaciones pecuniarias, con fundamento en su estabilidad actual al día de su *solutione*, y por el contrario las dinerarias simplemente, la fluctuación o la pérdida del su valor real tendría incidencia en ellas.

El pago de una obligación pecuniaria debe ser en todo caso moneda con valor liberatorio es decir de curso legal, y para que sus efectos sean extintivos es requisito su plenitud e integridad es decir ser completo al tenor de los títulos obligatorios ya sea de lo principal y de los accesorios salvo que se acuerde lo contrario ya sea por pacto posterior o inicial de las partes, y lo que se pacta debe pagarse íntegro para que sea liberatorio, y en los términos que se pactó inicialmente. Ahora la depreciación o la valorización de la moneda tiene la vocación de ser alteradas con causas puede encontrarse las crisis económicas, oscilaciones de valores, aumento o disminución intrínseco del dinero o de las cosas y servicios; en tanto que inserta la moneda en un contexto socio- económico predeterminado, el valor nominal asignado por el estado es susceptible de experimentar cambios por circunstancias de diferente índole tanto económicas por la circulación o jurídicas por decisión de las autoridades públicas. Las nociones básicas de la devaluación se circunscriben a la devaluación, desvalorización o depreciación y en caso contrario revalorización, atribuyéndose un valor mayor o menor al dinero al preexistente o coetáneo al origen de la obligación incidente al momento de ser cumplida la obligación. Frente a las eventualidades que presupone que lo se plantea es la preservación del equilibrio del contrato la reiteración de las partes esto es el deudor que no están obligadas a más de lo debido y el acreedor a que no puede obligarse a recibir cosa distinta ni inferior y la depuración de la situación inequitativa por disposiciones legales o negociales con eficacia genérica e inmediata. La cuestión se centra entonces la disminución deberá soportarla ¿el acreedor o el deudor? Y ello en relación a la literalidad del art. 43 al establecer que el asegurador podrá reclamar los mismos derechos que le asiste al asegurado en caso de subrogación ¿Este deberá entonces transferir la misma cantidad numérica y nominal de dinero o solo la adquisición y cambio?

La disparidad de valor nominal y real del dinero se deriva de su oscilación en el mercado entre el principio de la obligación y su posterior cumplimiento, comparando esto con los de los bienes y servicios, por virtud de la medición exacta de los últimos y la tendencia universal de la representatividad de la moneda en papel o billete emitido por

un Estado, y la referencia de su valor a una reserva expresada en un metal oro plata, en divisa o moneda fuerte, es pues el principio nominalista en su significado simple, le da la facultad a los estados de crear la moneda, determinar e imponer su valor, su obligatoria aceptación y la inalterabilidad de su cuantía en el tiempo y la medida que la sustenta<sup>16</sup>. El estado crea la unidad monetaria, y fija su valor abstracto que siempre es el mismo, permanece igual e inalterable dentro de un régimen monetario (*ius cogens*), imperativo de orden público y de restrictiva aplicación e interpretación, con aptitud de cambio y de cumplimiento sin que sea posible invocar alteración de su valor real al ser abstracto e ideal y a la obligatoriedad erga omnes de su aceptación y esto se resiste a su imposibilidad de reembolso o conversión del dinero a la medida que le sustente.

Por las razones expuestas le asistiría a la obligación derivada de la subrogación legal que se concede a la aseguradora un valor indexado o real presente.

### III. LÍMITES EN CUANTO A LA EXCLUSIÓN DE PERSONAS QUE GENERARÍAN LA RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADO

La razón de ser de estas exclusiones no será otra que el fundamento de los actos de personas que se tienen a cargo del art. 1903.4 del C.C.; En efecto si la regla general en materia de responsabilidad civil, establecida en el art. 1902, consistente en que el causante del daño es quien debe responder, el siguiente artículo preceptúa que habrá de responderse extracontractualmente “sólo por los actos u omisiones no propios, sino (también) por los de aquellas personas de quienes se debe responder” .

Ante ello, se habla de responsabilidad por hecho de otro, dado que la persona que origina el daño debe responder frente al perjudicado, no obstante, de no ser coincidentes. Y presupone que la responsabilidad de quien debe responder por otros no es subsidiaria sino directa<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> La expresión “nominalista” encuentra precedentes en textos griegos y romanos. PAPINIANO: *In Pecunia non corpora quis coagiat, sed quantitatem* (D.L.94,1, T3, *De solution et liberat*, lib. 46), y PAULO, en la lex origo, reitera la importancia no del valor real ni de cambio de la moneda sino de la cantidad (*ea que materia forma publica percussa asum dominiumque non tam ex substantia prabet quam ex quantitatem*, D.L.I.I, *De contrabenda emitioe et de pactis*). Posteriormente la expresión es atribuida a Dumolin (Molinaeus) en su *Tractatus contractum et usurarum* en 1546. En el *common Law* con el caso Gilbert c. Brett, en relación con su equivalencia entre la moneda y su soporte su invariabilidad y el carácter estático de su valor. En el derecho francés POTHIER desarrollo el principio nominalista, plasmado en el artículo 1895 del Code Civil: *L'obligation qui résulte d'un prêt en argent n'est toujours que de la somme énoncée au contrat. S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du paiement, le débiteur doit rendre la somme prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du paiement.*

<sup>17</sup> “La obligación que resulta de un préstamo de dinero corresponde siempre a la cantidad numérica establecida en el contrato. Si hubiere aumento o disminución de dinero antes del momento del pago, el deudor deberá entregar la cantidad numérica prestada y únicamente en la moneda de curso legal en el momento del pago”.

luego en diversos ordenamientos jurídicos. Cf art 1277 C.C. Italiano, de 1942: “Las deudas pecuniarias se extinguen con la moneda que tenga curso legal en el Estado en el momento del pago y por su valor nominal”. (traducción libre del autor). C.C. español arts. 1170 y 312 C.co.

<sup>17</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M (2001). *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, Dykinson, Madrid, pp. 263-273. PEÑA LOPEZ, F (2013). “Comentario artículo 1903 del Código Civil”,

La responsabilidad indirecta sigue teniendo, pues, carácter subjetivo y se funda en una “presunción de culpa” de las personas que, teniendo facultad de elección o de guarda sobre otras, actúan descuidadamente, permitiendo o dando ocasión a que estas últimas dañen a terceros.

Por ello, el propio art. 1903 excluye la existencia de responsabilidad cuando quienes hayan de responder por otro “pruebe que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño” (art. 1903.6).

Efectivamente, el ejercicio de este derecho está limitado en el propio art. 43 de la Ley de Contrato de Seguros El párrafo 2º del art. 43 dice que

“El asegurador no podrá ejercitar en perjuicio del asegurado los derechos en que se haya subrogado. El asegurado será responsable de los perjuicios que, con sus actos u omisiones, pueda causar al asegurador en su derecho a subrogarse”. Y el párrafo 3º añade que “El asegurador no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado, de acuerdo con la Ley, ni contra el causante del siniestro que sea, respecto del asegurado, pariente en línea directa o colateral dentro del tercer grado civil de consanguinidad, padre adoptante o hijo adoptivo que convivan con el asegurado. Pero esta norma no tendrá efecto si la responsabilidad proviene de dolo o si la responsabilidad está amparada mediante un contrato de seguro. En este último supuesto, la subrogación estará limitada en su alcance de acuerdo con los términos de dicho contrato”.

Estos dos últimos párrafos están relacionados entre sí ya que los supuestos que recoge el párrafo tercero tienen su razón de ser en la idea general consistente en que está prohibido perjudicar los intereses del asegurado establecido en el párrafo segundo. Debe entenderse en cuanta que al igual que la prohibición de accionar contra los derechos del asegurado, ello también tiene su contrapeso ya que el párrafo segundo determina la responsabilidad del asegurado que perjudica los derechos de subrogación de la Aseguradora, obligándole a responder de los perjuicios que se le ocasionen y que como se dijo si la renuncia a la acción frente al causante se produce antes del pago realizado por la aseguradora, esta se verá perjudicada por la actuación de su asegurado, en cuyo caso podría reclamarle los daños y perjuicios que se le hayan causado si una vez abonada la indemnización, descubre que carece de acción frente al causante por dicha renuncia previa.

En todo caso el art. 43 establece la subrogación del asegurador frente al tercero responsable del daño que motivo el pago de la indemnización al asegurado, por ello en primer lugar los derechos del asegurado se verían afectados como consecuencia del siniestro por parte de la aseguradora si la ley no estableciera tal exclusión y por el otro

---

en Comentarios al Código Civil, Tomo IX, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, p. 13.013. Coincide la doctrina y jurisprudencia en afirmar que esta responsabilidad es del todo directa: SANTOS BRIZ J.; Arts. 1903 y 1904 , en ALBALADEJO M; (Dir.); comentarios al código civil y compilaciones forales, Madrid 1984, p. 560 u ss. , p. 566-567, SST de 16 de marzo de 1971 26 de junio de 1983, 25 de enero de 1985, 12 de noviembre de 1986, 30 de enero de 1990 , 29 de junio de 1990 22 de febrero de 1991 ... 12 de mayo de 1997 12 de junio de 1997 30 de junio de 1997 en contrario SSTs DE 20 de marzo de 1933 y 19.

lado la simple lectura del artículo es consecuente enfatizando en el término “responsables” entendiéndolo como quien realmente causa el daño con lo cual el asegurado podría detentar un derecho de crédito más extenso no solamente con respecto al causante directo del daño sino también por las personas de las cuales éste debe responder, o lo también podría ser las actuaciones de estas personas con respecto al asegurado. Y es que en la relación directa entre el asegurado y el causante del daño es precisamente la afectación directa del patrimonio de este el que se ve directamente afectado por el tercero responsable y en principio es el tercero quien debe resarcir al damnificado de un siniestro del cual derive su responsabilidad<sup>18</sup> y es que la norma al establecer una serie de exclusiones subjetivas o límites los cuales en su génesis pueden vincularse con el principio del mismo artículo concerniente en no limitar ni afectar los derechos de reparación del daño del asegurado con respecto al tercero. Es así como el asegurado no puede dirigirse contra ciertos familiares del asegurado o contra personas que convivan o estén ligadas con él por vínculos de dependencia, y es por ello que el art. 43 dispone a modo de norma general que la subrogación por considerarlos personas que por sus condiciones tienen relaciones directas o íntimas con el asegurado.

De tal manera que el propósito de la norma sería en varios sentidos por un lado mantener patrimonialmente ileso al asegurado de las consecuencias que implica la producción del siniestro, y en todo caso no entorpecer su pretensión frente al tercero responsable como consecuencia de las actuaciones del asegurador si fuese el caso, y es que de operar la subrogación en estos casos quien sufriría las consecuencias de la acción sería el mismo asegurado, asumiendo sus consecuencias patrimoniales que conllevaría a exigir la responsabilidad de esas personas. Y es que si una vez pagada la indemnización se ejercitara la acción en contra del tercero responsable equivaldría a ir en contra de sí mismo<sup>19</sup>. Además, se podría entender que el derecho de subrogación nace como consecuencia del derecho de crédito del asegurado por la acción del tercero responsable; sin embargo, ello no es en mi opinión del todo cierto ya que la razón de ser de este es más bien está determinado por el monto del pago y no precisamente como una derivación del derecho de crédito primigenio. En efecto la doctrina<sup>20</sup> entiende el derecho a la subrogación como un derecho derivado del daño en el patrimonio del asegurado pero que como se ha explicado ello obedece más a un verdadero recobro de lo pagado porque además es la forma en que la ley lo prescribe al entender precisamente su límite hasta “el monto de lo pagado” ya que de lo contrario probablemente la ley le atribuiría en su redacción el derecho del asegurador “hasta el monto del daño producido”. Lo anterior precisamente no discrepa con la posibilidad que el asegurado pueda eventualmente ir contra el tercero responsable un derecho de repetición contra el autor del siniestro como lo prevé el art. 1904.1 del C.C. El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho. Cuando se trate de centros docentes de enseñanza no superior, sus titulares podrán exigir de los profesores las cantidades satisfechas, si hubiesen incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones que fuesen causa del daño. En este caso se había planteado antes de

<sup>18</sup> SCALFI, G. *I contratti di assicurazione*, p. 251.

<sup>19</sup> SÁNCHEZ CALERO. Ob. cit., pp. 963 y 964.

<sup>20</sup> ISEM SALVAT. Ob. cit., p. 285 (revisar) en el libro original.

la entrada en vigencia del LCS que el asegurador se pudiese subrogar en el derecho de crédito que el asegurado tenía en contra del dependiente quien causo el daño<sup>21</sup> es decir, como si la subrogación operara contra el mismo asegurado por conducto de su dependiente, sin embargo, tal cuestión queda del todo descartada debido al mismo art. 43 LCS que prohíbe expresamente la subrogación del asegurador contra las personas que con su actuación generen la responsabilidad del asegurado. La naturaleza de esta responsabilidad no es otro que la culpa *in eligiendo o invigilando* respecto del autor material del daño <sup>22</sup> lo que implica incurrir en negligencia al elegir o supervisar el dependiente. Sin embargo la doctrina más reciente entiende el problema no como un problema de supervisión y de diligencia propio de la responsabilidad subjetivas sino que se entiende que la condición de ser empresario sencillamente implica responsabilidades de ser empresario, entendiendo que por ello el daño debería recaer frente a su propio patrimonio, por ello se entiende que la responsabilidad es objetiva, mas no culposa por parte de los empresarios, por hacer una actividad económico valiéndose de sus dependientes<sup>23</sup>. Así mismo se debería entender que es responsable en el evento que el daño se haya suscitado no por sus dependientes sino por otra empresa, es claro que la respuesta con esta interpretación consistente en una responsabilidad más objetiva es no, sin embargo, el sistema entendido como culposos sin que se cualifique al empresario como responsable por su condición implicaría otro tipo de reflexión, y es si se tiene una verdadera responsabilidad *in vigilando*, la cuestión es que la responsabilidad de este tipo tiene como fundamento la subordinación, subordinación que en el caso de empresa a empresa no existiría en principio pero que todo dependerá de las circunstancias que reviste la situación jurídica si como la relación contractual y su clausulado no necesariamente carece de dependencia y jerarquía la relación entre dos empresas y en la cual una realiza el trabajo, y es que en efecto toda la dirección y naturaleza dado además posiblemente por sus cláusulas contractuales puede implicar una verdadera subordinación, y en mi opinión se debería de suscitar una doble posibilidad dependiendo de si se da o no la supervisión o control sobre la empresa que realiza materialmente el trabajo; en todo caso para el contrato de obra la jurisprudencia ha sido clara al respecto entendiéndose que la relación entre contratante y contratista no se le debe aplicar el art. 1903.4 C.C, de tal manera que los daños producidos por el contratista no debería ser a cargo del contratante se fundamenta tal apreciación en que en este tipo de contrato se fundamenta en la plena organización por parte del contratista en su organización y medios así como la asunción de su propio riesgo no existiendo relación de dependencia del contratista con respecto al contratante propio del art. 1903 C.C. a no ser que las partes hubiesen acordado que la vigilancia, o participación en el trabajo hubiese sido a cargo de este<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> CALERO, Ob cit, comentario Art. 43 LCS, p. 964.

<sup>22</sup> DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L.; GUILLÓN BALLESTEROS, A; A. *Sistema de derecho civil*, vol. II, 9 ed, Tecnos, Madrid 2005, p. 567.

<sup>23</sup> ANGEL YAGÚES, R, DE (2017). Comentarios Art 1903 y 1904 C.C. comentarios del Código civil T, II p. 2019.

<sup>24</sup> ÁNGEL YAGÚES R DE (2017). Ob. Cit., p. 20.

#### **IV. RESPONSABILIDAD DE LOS EMPRESARIOS POR LOS HECHOS AJENOS EN LA SUBROGACIÓN**

Tradicionalmente se ha atribuido esta responsabilidad por la llamada culpa o negligencia *in eligendo o in vigilando* que se relacione con el autor material del daño. Lo que significa que se es responsable el empresario por ser negligente al elegir el dependiente o supervisarlos con respecto a la función empresarial de este. Y que como se ha dicho la doctrina moderna ha atribuido tal responsabilidad a la simple condición de ser empresario, y por ello recae sobre el patrimonio de esta y no de la persona a cargo, sino más objetiva que culposa; por su lado la jurisprudencia ha establecido los dos requisitos básicos para que se pueda correlacionar tal responsabilidad en cabeza del empresario: el primero que el autor material sea dependiente con respecto a la empresa, esta dependencia se entiende desde la óptica de una relación jurídica que implique un nexo de jerarquía o subordinación, que implique el dar órdenes e instrucciones, con la finalidad de ejercer el control sobre la actividad que desarrolla el dependiente. Se puede entonces definir a este como aquel que el dependiente o subordinado ha seleccionado para realizar una serie de actividades bajo las órdenes e instrucciones del empresario.

Es el vínculo de subordinación entre el empresario y dependiente uno de los requisitos indispensable para hacer responsable al empresario. Este requisito ha evolucionado debido al cambio del modelo organizativo empresarial. La postura tradicional parte de una perspectiva donde el vínculo entre empresario y trabajador era de absoluta dependencia del trabajador respecto del empresario para que se le pueda imputar esa responsabilidad civil considerando que el causante directo del daño opera bajo las órdenes y control del principal dentro de la esfera de su actividad económica. Se le atribuye esa responsabilidad civil a la idea de culpa *in eligendo o invigilando* y para ello debe existir un nexo de subordinación en cuanto al causante directo del daño con respecto a la dirección y control del empleador. Esta responsabilidad tiene su fundamento en una presunción de culpa en la vigilancia y el control por parte del empresario, una supuesta negligencia que comete al fijar o supervisar la tarea confiada al subordinado o a la previa selección de ese trabajador quien causó el daño.

Podemos señalar que debido al cambio del modelo empresarial el trabajador ha adquirido cierta autonomía, puesto que cuenta con una preparación técnica y laboral, a la hora de desarrollar sus obligaciones como tal y el control o la dirección por parte del principal pasa a un plano más genérico. Como resultado se observa una disminución en cuanto a la importancia del criterio de la supervisión y dirección sobre el modo de ejecutar las tareas encomendadas al trabajador. Responsabilidad civil del empresario por actos de sus empleados por el empresario, por lo que se tiende a objetivar el vínculo necesario entre ambos para que se pueda atribuir dicha responsabilidad civil al empresario. Respecto a este elemento esencial para que pueda imputarse responsabilidad civil al empresario, debemos hacer mención, aunque de un modo general, a los contratos de obra y servicio. La regla general expone que no se observa relación de dependencia salvo que se reserven o se deleguen algunas facultades de vigilancia, control, dirección al principal. De igual forma se puede apreciar en el caso del contratista independiente, donde no se puede imputar responsabilidad civil por el daño ocasionado a un tercero por parte de la actividad del contratista independiente, a no

ser, como en el caso del contrato de obra o de servicio, donde cabe la posibilidad de admitir la relación de dependencia cuando se reserve las facultades de dirección, vigilancia, entre otras, al empresario.

El segundo requisito es que el dependiente hubiese causado el daño realizando sus funciones y con respecto a las obligaciones empresariales encomendadas como lo preceptúa el art. 1903.4 del C.C. al establecer que incurren igualmente en responsabilidad *la empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones. Sin embargo*, cuando el empleado contrariamente al mandato del empleador, o desconociendo sus funciones y sin originar beneficio alguno para el empresario causaría la exclusión de la responsabilidad civil del empresario por el daño causado por su subordinado, y como es lógico este requisito suscita una cierta dificultad en cuanto a su observancia en el sentido de entender el concepto de “funciones encomendadas” *lo que implica analizar las características de cada supuesto para definir sus límites.*

## BIBLIOGRAFÍA

### Jurisprudencia

Audiencia Provincial de Madrid: Sec. 11.<sup>a</sup> de 8 de marzo de 2002,—Sec. 9.<sup>a</sup> de 1 de marzo de 2002,—Sec. 21.<sup>a</sup> de 9 de mayo de 2000, Audiencia Provincial de Zamora sentencia de 22 de mayo de 2002, Audiencia Provincial de Castellón Sec. 2.<sup>a</sup> sentencias de 20 de enero de 2002 y 24 de septiembre de 2001, Audiencia Provincial de Alicante Sec. 4.<sup>a</sup> sentencia de 4 de febrero de 2000, Audiencia Provincial de Álava Sec. 2.<sup>a</sup> sentencia de 12 de febrero de 1999, Audiencia Provincial de Vizcaya Sec. 3.<sup>a</sup> sentencias de 7 de febrero de 2001 y 20 de octubre de 1999, Audiencia Provincial de La Coruña sentencia de 19 de noviembre de 1997, Audiencia Provincial de Valencia Sec. 9.<sup>a</sup> sentencia de 3 de noviembre de 1998 y Audiencia Provincial de Zaragoza Sec. 5.<sup>a</sup> sentencia de 21 de septiembre de 1998. En contrario: Audiencia Provincial de Cádiz Sec. 2.<sup>a</sup> en auto de 27 de marzo de 2002, Audiencia Provincial de Ciudad Real Sec. 1.<sup>a</sup> de 9 de abril de 2002 y la Audiencia Provincial de Asturias Sec. 1.<sup>a</sup> de 10 de abril de 2000. Por su parte, la Sala Primera del Tribunal Supremo, en sentencia número 32/2000 de 26 de enero, sentencias 47/2001 de 30 de enero, 54/2001 de 2 de febrero y 13/2002 de 14 de enero, 55/2002 de 18 de febrero 2003. Audiencia Provincial de Toledo, sentencia de 25 de septiembre de 1998 Ac número 6456, Audiencia provincial de Orense, Sentencia de 3 de junio de 1998 AC Núm. 6362, Audiencia provincial de Madrid, sentencia de 15 de julio de 1998 AC, núm. 1802; Audiencia Provincial de Barcelona, sentencia de 5 de octubre 1998, AC número 1941, STS 2013/2011, Ponente, Juan Antonio Xiol Ríos, Audiencia provincial de Madrid, sentencia de 1 de marzo de 2000, AC, núm. 1108, Tribunal Supremo. STS 895/2009. Ponente Juan Antonio Xiol Ríos. Recurso 2352/2003, SST de 16 de marzo de 1971 26 de junio de 1983, 25 de enero de 1985, 12 de noviembre de 1986, 30 de enero de 1990, 29 de junio de 1990 22 de febrero de 1991 ... 12 de mayo de 1997 12 de junio de 1997 30 de junio de 1997, SSTs de 20 de marzo de 1933 Y 19.

Tribunal de apelación de Florencia Italia de 5 de mayo de 1967.

## Doctrina

- MOÑOZ PAREDES, M.L. *El seguro a valor nuevo*, p. 176.
- TATO PLAZA (2002) *la subrogación del asegurador en la ley de contrato de seguro*, ed Tirant lo blanch, pp. 143-144; 717.
- DÍAS MORENO. *La disciplina de la póliza estimada en la Ley de Contrato de seguro*. Ed Aranzadi. Madrid, 2008, p. 39.
- VEIGA COPO, Abel B (2012). *Tratado de derecho de seguros*. Ed Thomson Reuters, p. 586.
- RÖMER/LANGHEID, *Versicherungsvertragsgesetz VVG, Kommentar*, 1997, § 67.11.
- PICARD. M. BESSON, A. *Les assurances terrestres en droit français*. Tome I, pp. 507-508.
- PICARD. M. BESSON, A. *Les assurances terrestres en droit français*. Tome I, pp. 507-508.
- HERNANDEZ MARTÍN, J. “Comentario al art. 43 LCS”. En: *Comentarios a la ley de seguros* ob. Cit., p. 542.
- O’ CALLAGHAN MOÑOZ, X. *Código civil comentado y con jurisprudencia*. 4 Ed. Madrid, 2004, p. 1143, Ed, La ley
- CANO MARTINEZ, J. Ignacio. *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*. Barcelona: Bosch, 1990; p. 73
- H. HAMEL (1940). *Reflexions sur la theorie juridique de la monnaie*, Mélanges Sugiyama, pp. 83 y 55.
- YZQUIERDO TOLSADA (2001). M. *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, Dykinson, Madrid.
- PEÑA LOPEZ, F (2013). “Comentario art. 1903 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, Tomo IX, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, p. 13013.
- SANTOS BRIZ J (1983). Arts. 1903 y 1904, en ALBALADEJO M.; (Dir.); *Comentarios al código civil y compilaciones forales*, Madrid 1984.
- PAPINIANO. *In Pecunia non corpora quis coagiat, sed quantitatem (D.L.94,1, T3, De solution et liberat, lib. 46)*.
- PAULO, *en la lex origo*.
- SCALFI, G. *I contratti di assicurazione*, p. 251.
- ISEM SALVAT María Rosa (2013). *El derecho de subrogación en el seguro de transporte terrestre de mercancías por carretera*, Marcial Pons.
- SÁNCHEZ CALERO (1999) *ley de contrato de seguro. Comentario al a ley 50 /1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones, Aranzadi, Pamplona*.
- DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L; GUILLÓN BALLESTEROS, A; A (2005). *Sistema de derecho civil*, vol. II, 9 ed, Tecnos, Madrid, p. 567.
- ANGEL YAGÚES, R (2017). *Comentarios Art 1903 y 1904 C.C. comentarios del Código civil T, II*, p. 2019.