

Defensa jurídica y dolo del asegurado en el seguro de responsabilidad civil

Rafael La Casa García

Área de Seguro y Previsión Social

Defensa jurídica y dolo del asegurado en el seguro de responsabilidad civil

Rafael La Casa García

Fundación **MAPFRE**

Fundación MAPFRE no se hace responsable del contenido de esta obra, ni el hecho de publicarla implica conformidad o identificación con la opinión del autor o autores.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista en la ley.

© 2017, Fundación MAPFRE
Paseo de Recoletos, 23
28004 Madrid (España)

www.fundacionmapfre.org

ISBN: 978-84-9844-657-9

Depósito Legal: M-26288-2017

Maquetación y producción editorial: Cyan, Proyectos Editoriales, S.A.

PRESENTACIÓN

Desde 1975 Fundación MAPFRE desarrolla actividades de interés general para la sociedad en distintos ámbitos profesionales y culturales, así como acciones destinadas a la mejora de las condiciones económicas y sociales de las personas y de los sectores menos favorecidos de la sociedad.

Desde el Área de Seguro y Previsión Social trabajamos con el objetivo de promover y difundir el conocimiento y la cultura del seguro y la previsión social.

En cuanto a las actividades orientadas hacia la sociedad en general, creamos contenidos gratuitos y universales en materia de seguros que divulgamos a través de la página web Seguros y Pensiones para Todos. Organizamos actividades educativas y de sensibilización mediante cursos de formación para el profesorado, talleres para escolares y visitas gratuitas para grupos al Museo del Seguro. Asimismo publicamos guías divulgativas para dar a conocer aspectos básicos del seguro.

Además de esta labor divulgativa, apoyamos la investigación mediante la elaboración de informes sobre mercados aseguradores y otros temas de interés, la concesión de ayudas para la investigación en seguros y previsión social, la publicación de libros y cuadernos de temática aseguradora y la organización de jornadas y seminarios. Nuestro compromiso con el conocimiento se materializa en un Centro de Documentación especializado que da soporte a todas nuestras actividades y que está abierto al público en general.

Dentro de estas actividades se encuadra concesión de una Ayuda a la Investigación Ignacio H. de Larramendi en Seguros a Rafael La Casa García para el desarrollo del trabajo: *Defensa jurídica y dolo del asegurado en el seguro de Responsabilidad Civil* que ha sido tutorizado por Carolina González Martín del Río subdirectora técnica de Grandes Brókers de MAPFRE ESPAÑA.

Todas nuestras actividades se encuentran en internet disponibles y accesibles, para usuarios de todo el mundo de una manera rápida y eficaz a través de nuestra página web: www.fundacionmapfre.org

Rafael La Casa García es catedrático de Derecho mercantil de la Universidad de Sevilla. En su labor investigadora, plasmada en una abundante obra científica, ha prestado una particular atención al Derecho de Seguros e instituciones afines. A tal propósito cabe destacar que es autor de las siguientes monografías: *Los Fondos de Pensiones*, *Contrato de seguro y previsión social complementaria en el ámbito laboral* y *La mora del asegurador en la Ley de Contrato de Seguro*. En el campo indicado ha participado también en diversos congresos internacionales y desarrollado asimismo una asidua labor como conferenciante en prestigiosos foros y como docente en distintos cursos de especialización.

ÍNDICE

ABREVIATURAS UTILIZADAS	13
INTRODUCCIÓN	17
I. PLANTEAMIENTO GENERAL	17
II. DELIMITACIÓN DE LA MATERIA Y PRECISIONES METODOLÓGICAS	19
CAPÍTULO PRIMERO. “LA RESPONSABILIDAD CIVIL: ESPECIAL REFERENCIA A LA LLAMADA RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO”	21
I. LA RESPONSABILIDAD CIVIL: NOCIONES FUNDAMENTALES	21
1. Concepto, función económica y clasificación principal: responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual	21
2. Los presupuestos de la responsabilidad civil: breve referencia	28
II. LA LLAMADA RESPONSABILIDAD CIVIL <i>EX DELICTO</i>	32
1. Precisiones conceptuales y marco normativo	32
2. La determinación de la responsabilidad civil en el proceso penal	38
Notas al capítulo primero	44

CAPÍTULO SEGUNDO. “EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA COBERTURA DE LA LLAMADA RESPONSABILIDAD CIVIL <i>EX DELICTO</i>”	63
I. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL: CARACTERIZACIÓN GENERAL SUMARIA	63
1. Concepto, notas definitorias y naturaleza jurídica	63
2. El siniestro en el seguro de responsabilidad civil y la delimitación temporal de la cobertura	68
3. La acción directa del perjudicado	72
II. LA COBERTURA DE LOS DAÑOS DOLOSOS EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL	77
1. La progresiva expansión de la cobertura en el seguro de responsabilidad civil	77
2. El principio general de la inasegurabilidad del dolo	80
3. La inoponibilidad del dolo del asegurado a la víctima en el seguro de responsabilidad civil	85
III. ALGUNAS CUESTIONES PARTICULARES RELACIONADAS CON LA COBERTURA DE LA LLAMADA RESPONSABILIDAD CIVIL <i>EX DELICTO</i>	92
1. La reclamación al asegurado en el proceso penal y las denominadas cláusulas <i>claims made</i>	92
2. El asegurador de responsabilidad civil en el proceso penal: caracterización general	100
Notas al capítulo segundo	109

CAPÍTULO TERCERO. “LA DEFENSA JURÍDICA DEL ASEGURADO POR EL ASEGURADOR DE RESPONSABILIDAD CIVIL FRENTE A RECLAMACIONES BASADAS EN DAÑOS DOLOSAMENTE CAUSADOS”	145
I. PLANTEAMIENTO GENERAL	145
II. LA DEFENSA JURÍDICA DEL ASEGURADO FRENTE A LA RECLAMACIÓN DEL PERJUDICADO	148
1. La asunción de la defensa jurídica del asegurado por el asegurador de responsabilidad civil	148
2. La problemática delimitación entre la defensa jurídica propia del seguro de responsabilidad civil y el seguro de defensa jurídica	155
III. LA DEFENSA PENAL DEL ASEGURADO POR EL ASEGURADOR DE RESPONSABILIDAD CIVIL	159
1. Planteamiento general: la no inclusión de la defensa penal en la defensa jurídica propia del seguro de responsabilidad civil	159
2. La asunción de la defensa penal del asegurado por el asegurador de responsabilidad civil: límites y extensión	163
3. La formalización de la asunción de la defensa penal del asegurado por el asegurador de responsabilidad civil	168
IV. LA VIGENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEFENSA JURÍDICA A CARGO DEL ASEGURADOR DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CASO DE RECLAMACIONES EN LAS QUE SE IMPUTA AL ASEGURADO LA CAUSACIÓN DOLOSA DEL DAÑO	170
1. Las pautas generales que deben guiar la resolución del problema	170

2. El estado de la cuestión en la jurisprudencia: análisis crítico de algunos pronunciamientos destacados	181
3. Las posibles actuaciones del asegurado ante la denegación de la asunción de la defensa jurídica por el asegurador de responsabilidad civil	199
4. El reembolso de los gastos de defensa indebidamente soportados por el asegurador	207
V. ALGUNAS POSIBLES ALEGACIONES DEL ASEGURADOR ANTE LA SOLICITUD DE COBERTURA DE LA DEFENSA JURÍDICA EN CASO DE RECLAMACIONES BASADAS EN HECHOS DOLOSOS DEL ASEGURADO	209
1. Planteamiento general	209
2. El deber precontractual de declaración del tomador del seguro y la cobertura de la defensa jurídica en caso de reclamaciones fundadas en una conducta dolosa del asegurado	210
3. El conocimiento por el asegurado de la ocurrencia del siniestro con anterioridad a la celebración del contrato y las llamadas pólizas de cobertura retroactiva	215
Notas al capítulo tercero	221
CAPÍTULO CUARTO. “LA PRESTACIÓN DE FIANZAS POR EL ASEGURADOR DE RESPONSABILIDAD CIVIL”	251
I. PLANTEAMIENTO GENERAL	251
II. LA PRESTACIÓN DE FIANZAS EXTRAÑAS A LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ASEGURADO	253

1. Los límites generales vigentes respecto de la prestación de garantías por los aseguradores	253
2. La prestación de la fianza ordenada a garantizar la libertad provisional del asegurado	256
3. La prestación de fianzas ordenadas a la garantía de la ejecución de los pronunciamientos de naturaleza penal y procesal de la sentencia dictada en el procedimiento criminal seguido contra el asegurado	262
III. LA PRESTACIÓN DE FIANZAS POR EL ASEGURADOR EN GARANTÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ASEGURADO	264
1. Generalidades	264
2. La prestación de fianzas por el asegurador en el seno de procesos civiles en relación con la eventual responsabilidad civil del asegurado	266
3. La prestación de fianzas por el asegurador en el seno de procesos penales en relación con la eventual responsabilidad civil del asegurado	268
IV. LA PRESTACIÓN DE FIANZAS POR EL ASEGURADOR DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL DOLO DEL ASEGURADO	274
Notas al capítulo cuarto	275
BIBLIOGRAFÍA	287

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AAN:	Auto de la Audiencia Nacional
AAP:	Auto de la Audiencia Provincial
AA. VV.:	Varios autores
ADC:	Anuario de Derecho Concursal
ADCiv:	Anuario de Derecho Civil
AFDUAM:	Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
AJCI:	Auto del Juzgado Central de Instrucción
AJI:	Auto del Juzgado de Instrucción
AJPI:	Auto del Juzgado de Primera Instancia
APLCM:	Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, aprobado por el consejo de ministros de 30 de mayo de 2014
ArCiv:	Aranzadi Civil
art(s).:	artículo(s)
ATS:	Auto del Tribunal Supremo
BIMJ:	Boletín de Información del Ministerio de Justicia
CC:	Código Civil, publicado por Real Decreto de 24 de julio de 1889
CCJC:	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
C. de c.:	Código de Comercio, publicado por Real decreto de 22 de agosto de 1885
CE:	Constitución española
cit.:	citado
coord.:	coordinación
CP:	Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre
dir.:	dirección
DN:	Derecho de los Negocios

ed.:	edición
EOMF:	Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
LC:	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
LCGC:	Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación
LCS:	Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro
LEC:	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LECrím:	Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882
LNM:	Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima
LO:	Ley Orgánica
LOPJ:	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LORPM:	Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores
LOSSEAR:	Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras
núm(s).:	número(s)
op.:	obra
párr(s).:	párrafo(s)
PJ:	Poder Judicial
RAEAERCS:	Revista de la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro
RCDI:	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDC:	Revista de Derecho Civil
RDCir:	Revista de Derecho de la Circulación
RDCP:	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDM:	Revista de Derecho Mercantil
RDPr:	Revista de Derecho Procesal
RDSP:	Revista de Derecho de los Seguros Privados
reimp.:	reimpresión
RES:	Revista Española de Seguros

RGD:	Revista General de Derecho
RGDA:	<i>Revue Générale de Droit des Assurances</i>
RGLJ:	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
SAP:	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJPI:	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ:	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TRLRCSCVM:	Texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre
TRLSC:	Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio
v.:	véa(n)se
vol.:	volumen

INTRODUCCIÓN

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

El seguro de responsabilidad civil ha ido incrementando en los últimos tiempos su importancia hasta el punto de erigirse en la modalidad de seguro de daños de mayor relevancia en la actualidad. Semejante estado de cosas es, sobre todo, inmediato corolario del notable aumento de la probabilidad de producción de accidentes, cuyas consecuencias dañosas han conocido igualmente un crecimiento análogo, debido a los continuos avances industriales y tecnológicos experimentados por las sociedades desarrolladas. A los fines de este estudio ha de ponerse de manifiesto asimismo, de modo particular, la frecuente contratación de este tipo de seguro, con el propósito de salvaguardar la indemnidad de sus respectivos patrimonios, por parte de quienes se dedican al ejercicio de determinadas actividades empresariales y profesionales, dado el considerable número de las reclamaciones de responsabilidad civil habidas en la época presente en el referido ámbito, de manera que cabe afirmar sin ambages que el examinado constituye un tipo contractual caracterizado, en términos generales, por una abundante y compleja conflictividad.

Dentro del régimen jurídico del seguro de responsabilidad civil ha concitado tradicionalmente una singular atención el trascendental problema de la cobertura de los daños dolosamente causados por el asegurado frente a quienes, en cuanto perjudicados, reclaman el pertinente resarcimiento (art. 76 LCS). Así lo demuestra de modo elocuente la copiosa producción doctrinal sobre el tema (reveladora, a la postre, de una enconada disparidad de pareceres, sostenidos algunas veces con un significativo grado de vehemencia) y, especialmente, los importantes pronunciamientos jurisprudenciales recaídos al respecto, algunos de ellos en fecha muy reciente. En cambio, la cuestión de si el asegurado tiene derecho a que su asegurador de responsabilidad civil le preste, soportando su correspondiente coste, la defensa jurídica que precisa, frente a la reclamación en la que se le imputa la causación dolosa del daño cuyo resarcimiento se pretende por el perjudicado, apenas ha merecido el

interés ni de la doctrina patria ni de nuestros tribunales (art. 74 LCS). Con todo, esta última situación ha comenzado a experimentar una cierta mudanza en los últimos tiempos, como consecuencia de una paulatinamente creciente litigiosidad sobre el mencionado extremo, que en algunas ocasiones ha llegado incluso a estar rodeada de una relativa repercusión mediática.

Pues bien, el análisis detenido de la prestación de la defensa jurídica por el asegurador de responsabilidad civil en el caso de reclamaciones de la índole de la arriba apuntada resulta de todo punto imprescindible en orden a la cabal determinación, en toda su extensión, de las consecuencias de la causación intencionada del daño por el asegurado en la referida modalidad de seguro. Se trata, como paladinamente se advierte, de un asunto que posee unas profundas implicaciones dogmáticas, muy ligadas al principio general de la inasegurabilidad del dolo, y en el que se parte de una aportación doctrinal y jurisprudencial, en relación con la actividad de defensa jurídica específica del seguro de responsabilidad civil genéricamente considerada, sensiblemente inferior a la existente respecto de la cobertura de la deuda de resarcimiento a cargo del asegurado. El panorama esbozado acrecienta aún más, si cabe, la oportunidad de llevar a cabo un tratamiento sistemático del asunto que constituye el objeto principal del presente estudio, a saber: la defensa jurídica del asegurado por el asegurador de responsabilidad civil frente a reclamaciones basadas en una conducta dolosa del asegurado.

En relación con el problema delimitado debe tenerse muy en cuenta, desde un primer momento, que las reclamaciones originadas por daños derivados de hechos dolosos del asegurado en el seguro de responsabilidad civil suelen resolverse en el seno de procesos penales, de conformidad con el sistema opcional vigente en nuestro Ordenamiento respecto de la exacción de la llamada responsabilidad civil *ex delicto* (que, por demás, representa de suyo una categoría jurídica de difusos y controvertidos contornos, que están en el origen de la elevada dificultad que caracteriza a muchas de las cuestiones que habrá cumplida ocasión de abordar). La eventualidad apuntada, que viene a suscitar intrincados interrogantes en lo concerniente a la defensa penal del asegurado por el asegurador de responsabilidad civil, determina que el marco normativo en el que se inscribe esta obra se encuentre adornado, al cabo, por una acusada complejidad, como consecuencia del deslavazado entrecruzamiento de normas procesales, penales y civiles, cuyo exacta trabazón representa

una tarea imperiosa para el intérprete en aras de la deseable seguridad jurídica sobre el particular.

La indagación que se pretende acometer habrá de discurrir, pues, por terrenos en gran medida inexplorados y asimismo plagados de graves incertidumbres, mas siempre con la razonable intención de brindar solución, naturalmente con arreglo a una circunstanciada argumentación en cada caso, a las numerosas cuestiones suscitadas, muchas de las cuales resultaban en verdad, hasta no hace mucho tiempo, prácticamente inéditas. Por lo demás, las conclusiones que lleguen a alcanzarse podrán ser de enorme utilidad para el sector asegurador al tiempo de precisar la regulación convencional de la prestación de defensa jurídica del asegurado que haya de llevarse a cabo en el seguro de responsabilidad civil, dada la naturaleza meramente dispositiva de la ordenación legal de dicho extremo (art. 74 LCS).

II. DELIMITACIÓN DE LA MATERIA Y PRECISIONES METODOLÓGICAS

Como se indicó con anterioridad, el propósito fundamental del presente estudio consiste en el análisis detallado y sistemático, con arreglo al Derecho español, de la prestación de defensa jurídica a cargo del asegurador de responsabilidad civil en el supuesto de reclamaciones en las que se atribuya al asegurado la producción intencionada del daño. En este sentido la cuestión capital que debe resolverse es si, en la tesitura someramente descrita, el asegurador se encuentra obligado y, en su caso, hasta qué punto o en qué condiciones, a asumir la defensa jurídica del asegurado, soportando los gastos asociados a su desenvolvimiento. El enunciado constituye un tema de enorme relevancia conceptual e innegable interés práctico, máxime en un momento como el actual en el que se asiste a un notable incremento de las reclamaciones derivadas de actuaciones dolosas de los asegurados, respecto las cuales no cabe perder de vista que, como regla general, sólo podrán considerarse como meramente presuntas en el instante de la formulación de tales pretensiones.

Con el propósito de asentar sobre sólidas bases conceptuales el tratamiento del problema acotado, se ha optado por realizar una sucinta indicación previa sobre determinados aspectos generales que guardan una estrecha relación con el objeto

principal de nuestra atención. De ahí que el capítulo primero se dedique a la exposición de una serie de nociones elementales sobre la responsabilidad civil, con una especial referencia a la llamada responsabilidad civil *ex delicto*, mientras que en el capítulo segundo, después de una caracterización igualmente sumaria del seguro de responsabilidad civil, se abordará fundamentalmente el asunto primordial de la cobertura de los daños dolosos en la antedicha modalidad de seguro, que posee una acusada singularidad en razón de ciertos criterios de política jurídica atinentes a la protección de las víctimas. Tras ello, en el capítulo tercero, se afrontará el examen de la cuestión que constituye el meollo de este estudio, que se completará, en el capítulo cuarto, con el análisis de un extremo muy vinculado con el anterior, como es el relativo a la prestación de fianzas por el asegurador de responsabilidad civil.

Durante el examen de las materias reseñadas se ha tenido un especial cuidado en el seguimiento de los pronunciamientos judiciales recaídos en cada caso particular, habiéndose procedido a destacar, mediante una referencia más pormenorizada, aquellas resoluciones que se han considerado poseedoras de una mayor relevancia. Lo anterior evidencia el propósito de ofrecer un tratamiento del problema en el que se aúnen armónicamente el rigor conceptual y la cumplida alusión a la realidad conflictual vigente en nuestro país, respecto de la que se pretenden ofrecer las pautas que hayan de servir de guía para la ponderada resolución de las controversias suscitadas en relación con la prestación de la defensa jurídica del asegurador de responsabilidad civil en el concreto supuesto aquí examinado. En el sentido indicado se orienta asimismo, en fin, la destacada atención prestada a los condicionados utilizados en nuestra praxis contractual: destacadamente, a los empleados en lo concerniente a la cobertura de la responsabilidad civil de administradores y directivos (D&O), por representar esta última modalidad de seguro el ámbito en el que se concentra en el instante presente, en su mayor parte, la litigiosidad existente sobre la materia analizada.

CAPÍTULO PRIMERO. “LA RESPONSABILIDAD CIVIL: ESPECIAL REFERENCIA A LA LLAMADA RESPONSABILIDAD CIVIL *EX DELICTO*”

I. LA RESPONSABILIDAD CIVIL: NOCIONES FUNDAMENTALES

1. Concepto, función económica y clasificación principal: responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual

Para los fines del presente estudio resulta harto apropiado, a lo que creemos, situar en su mismo inicio, a modo de recordatorio, la sucinta exposición de una serie de nociones fundamentales atinentes a la caracterización general de la responsabilidad civil en nuestro Ordenamiento jurídico, en cuyo transcurso se procederá a realizar una cumplida indicación, siquiera de forma igualmente somera, sobre las principales controversias suscitadas en torno a la referida materia, con especial atención a las que puedan guardar una más estrecha relación con el aseguramiento de dicha responsabilidad (extremo este último que será objeto de un examen detenido en el capítulo siguiente). De este modo se proporcionarán, a lo que creemos, las bases conceptuales precisas para el adecuado planteamiento de las cuestiones particulares que constituyen el objeto principal de esta obra.

En este sentido debe comenzarse por reseñar que la mencionada institución consiste, en esencia, en el deber de reparar las consecuencias de un hecho dañoso por parte de su causante (o, en su caso, por la persona a quien el Ordenamiento obliga a indemnizar los daños derivados de determinadas conductas ajenas; v., por ejemplo, arts. 1.903 y 1.904 CC). Dícese al respecto que en nuestro sistema la responsabilidad civil posee una función normativa compensatoria o resarcitoria, de manera que dicha reparación se encuentra limitada a la indemnidad del perjudicado¹. Esto es, la responsabilidad civil se ordena al resarcimiento del daño efectivamente causado, de modo que no puede procurar una ganancia. De lo expuesto se concluye, al cabo, que en el Derecho patrio no ha lugar a la categoría anglosajona de los daños punitivos (*punitive damages*, especialmente presentes en la praxis judicial de los Estados

Unidos, donde cabe apreciar un relativamente nutrido elenco de casos llamativos sobre el particular, que ha terminado por dar pie a una enconada controversia en torno a la constatación y a la extensión de dicha clase de daños), por cuya virtud en determinados supuestos se impone a su causante una penalización económica de cuantía extraordinaria, en razón de su elevado importe, y carácter ejemplarizante, que viene a cumplir en cierta medida una función de prevención general, a modo de castigo por la conducta desarrollada, por lo común caracterizada por su índole singularmente maliciosa. El expresado rechazo descansa principalmente en la circunstancia de que en dicha clase de daños el montante de la indemnización excederá, por demás generalmente con creces, de la reparación del perjuicio realmente sufrido por la víctima, quien acabaría experimentando un enriquecimiento que no se considera equitativo: en efecto, tratándose de un tipo de responsabilidad de marcado carácter sancionador, no se entiende el motivo por el que el importe de la penalidad impuesta al responsable del daño es percibido por el perjudicado, en lugar de traducirse en un ingreso en las arcas públicas².

A su vez resulta preciso igualmente poner de manifiesto que la responsabilidad civil es objeto de una bipartición fundamental, mediante la que viene a distinguirse, de un lado, la de naturaleza contractual (que supone la transgresión de un deber de conducta impuesto, por lo común, en un contrato, de modo que existe una deuda antecedente derivada de una relación jurídica previa entre las partes, v. art. 1.101 CC, que se completa especialmente con las reglas contenidas en los arts. 1.105, 1.106 y 1.107 CC)³, y, de otro, la de índole extracontractual o aquiliana (que responde a la idea genérica de la producción de un daño a otra persona por haber transgredido el deber general consistente en *alterum non laedere*, es decir, en abstenerse de llevar a cabo un comportamiento lesivo para los demás, art. 1.902 CC)⁴. Lejos de poseer un carácter meramente académico, la distinción expuesta comporta relevantes consecuencias en razón del diverso régimen jurídico al que se encuentran respectivamente sometidos dichos tipos de responsabilidad civil, en particular en lo concerniente al plazo de prescripción: así, debe recordarse que la responsabilidad contractual prescribe en el plazo de cinco años, a menos que se encuentre establecido un término especial al efecto (art. 1.964 CC)⁵, mientras que la extracontractual lo hace por el transcurso de un año, con la salvedad asimismo de la eventual vigencia de un determinado régimen singular sobre el extremo examinado (art. 1.968.2º CC)⁶.

Sentado lo anterior, debe añadirse que la distinción apuntada es fuente de intrincados y recurrentes problemas, fundamentalmente ocasionados por la circunstancia de que, en abstracto, toda infracción de un deber de conducta derivado de una relación jurídica preexistente entre las partes, que suponga el nacimiento de la correspondiente responsabilidad contractual, es susceptible de reputarse asimismo como un incumplimiento del genérico *neminem laedere*, esto es, del deber general de diligencia y respeto en las relaciones con el prójimo y sus bienes, originador de la consiguiente responsabilidad extracontractual. El exacto deslinde, si es que realmente cabe, entre una y otra clase de responsabilidad representa una de las más arduas cuestiones de orden conceptual suscitadas en la materia aquí examinada, que resulta enormemente reveladora, al cabo, de la relativa inconsistencia de las grandes categorías empleadas en orden a su sistematización. El significativo reflejo que el extremo apuntado tiene en el ámbito del seguro de responsabilidad civil (que será examinado más adelante, v. *infra*, capítulo segundo, II.1) conduce a prestarle seguidamente una particular atención.

En este sentido ha de ponerse de manifiesto que el estado de cosas sucintamente descrito ha dado lugar a una serie de planteamientos dispares, tanto en el plano doctrinal, como en el jurisprudencial, reconducibles a tres grandes corrientes de opinión (sin perjuicio de que, con cierta frecuencia, nuestros tribunales utilicen las llamadas fórmulas compendiosas, en las que se mezclan indiscriminadamente elementos de las distintas teorías propuestas, a despecho de que en muchas ocasiones sean contradictorios entre sí), seguidamente expuestas en apretada síntesis⁷.

- i) Así, de un lado, se sostiene que en el supuesto examinado ha de estimarse vigente una situación de concurso de normas para una misma pretensión, consistente en la petición de la indemnización del daño sufrido por parte del perjudicado, que resultaría reconducible a conjuntos normativos diversos (el régimen de la responsabilidad contractual, de un lado, y el de la extracontractual, de otro). Tal planteamiento descansa fundamentalmente sobre la base del principio de la unidad de la culpa civil (que se dice consagrada en el artículo 1.104 CC, cuya definición de culpa es considerada aplicable tanto en el ámbito contractual, al que viene expresamente referida en razón de la ubicación sistemática del precepto, como en el extracontractual) y de la común finalidad resarcitoria

de ambos tipos de responsabilidad, por lo que se concluye que, en rigor, sólo puede reputarse existente una única acción de responsabilidad, en cuyo ejercicio el dañado podrá limitarse a ofrecer los hechos que fundamenten su pretensión, que deberá resolver el juzgador mediante la aplicación de las normas que estime pertinentes (bien las reguladoras de la responsabilidad contractual, bien las específicas de la extracontractual), de conformidad con los brocardos *iura novit curia* y *da mihi factum, dabo tibi ius*. En último término, el planteamiento sucintamente expuesto se ordena principalmente a la facilitación de la obtención del correspondiente resarcimiento por parte del perjudicado (*teoría del concurso de normas, del concurso de leyes o de la unidad de la culpa civil*)⁸.

- ii) Frente a la tesis resumidamente enunciada, otra línea de pensamiento mantiene, en cambio, que el perjudicado por un daño derivado de una violación contractual dispone propiamente de dos acciones en orden a la obtención del oportuno resarcimiento, si bien, como es obvio, no será posible el logro de una doble indemnización por un mismo daño (concurso propio de acciones). Dícese a tal propósito que la víctima deberá optar (eso sí, a voluntad) por exigir el expresado resarcimiento, ora con arreglo a la disciplina de la responsabilidad contractual, ora de conformidad con el régimen de la responsabilidad extracontractual, en el bien entendido de que la elección que realice determinará las normas que habrán de aplicarse en la resolución del proceso. Esto es, se consideran existentes dos pretensiones distintas, respecto de las cuales el perjudicado habrá de inclinarse necesariamente por una de ellas, al estimarse producido un concurso alternativo de pretensiones. En relación con lo expuesto suele destacarse que el dañado dispone asimismo del recurso a la acumulación eventual o subsidiaria de acciones con arreglo a las normas procesales generales (arts. 71.4 y 399.5 LEC), cuyo cabal empleo resulta especialmente apropiado para evitar la necesidad de iniciar, en su caso, un segundo proceso en la hipótesis de que el primeramente seguido no hubiera finalizado con un resultado satisfactorio para el mencionado sujeto (*teoría de la opción o de la acumulación de acciones*)⁹.
- iii) En fin, según un tercer parecer, la aplicabilidad de las normas de la responsabilidad contractual excluye necesariamente la de las relativas a la responsabilidad extracontractual y viceversa, de manera que el dañado dispondrá, en su

caso, de una sola pretensión de responsabilidad, ya contractual, ya extracontractual, por estimarse que dichos tipos de responsabilidad generan dos acciones diferentes. Por consiguiente, se excluye tajantemente que en el supuesto examinado pueda apreciarse, tanto un concurso de normas, como de acciones. En suma, conforme al planteamiento expuesto, que se sustenta esencialmente sobre la base del respeto a las categorías legalmente establecidas, según resulta de la inconcusa sujeción de dichas clases de responsabilidad a regímenes jurídicos diversos, como cabalmente acontece en nuestro Ordenamiento (por lo que se rechaza categóricamente la refundición de ambos bloques normativos que viene a postularse en la teoría del concurso de normas, so pretexto del pretendido principio de la unidad de la culpa civil), el perjudicado habrá de ejercer la acción adecuada a los hechos acontecidos en el caso concreto, lo que viene a exigir una precisa calificación de aquellos (*teoría de la no acumulación o de la incompatibilidad de pretensiones*)¹⁰.

Téngase en cuenta, por añadidura, que el correcto planteamiento de la cuestión examinada, con arreglo a estrictos criterios técnico-jurídicos, se ha visto enturbiado sobremanera en la práctica por el plausible propósito de conjurar, en lo posible, la indefensión del dañado, de manera que todo este asunto ha acabado por instalarse en una lamentable ceremonia de la confusión. En este sentido no es infrecuente que en la resolución del caso concreto venga a orillarse el seguimiento de aquellas construcciones teóricas cuya aplicación termine por propiciar que el mencionado sujeto experimente una demora en la obtención del correspondiente resarcimiento, o incluso quede finalmente privado del mismo como consecuencia del defectuoso planteamiento de su pretensión. Por lo demás, debe hacerse notar que tales resultados, que por deplorables quieren evitarse a toda costa por los valedores de esta línea interpretativa, son susceptibles de darse, en abstracto, con cierta asiduidad en razón de la relativa abundancia de casos dudosos en lo tocante a la calificación de una concreta responsabilidad como contractual o como extracontractual. La situación someramente descrita, unida a la complejidad intrínseca de la cuestión examinada, explica la disparidad de criterios empleados en el enjuiciamiento de los supuestos relacionados con la distinción entre uno y otro tipo de responsabilidad¹¹. Súmese a todo en ello, en fin, que los razonamientos jurídicos de las resoluciones judiciales se realizan, en la mayor parte de las ocasiones, en función de la solución considerada como justa en cada supuesto particular y que, por lo que respecta al

Tribunal Supremo, las afirmaciones contenidas en sus pronunciamientos se efectúan en respuesta a los correspondientes motivos de casación planteados¹². Al cabo, puede decirse que en la actualidad la jurisprudencia se encuentra lejos de proporcionar bases firmes y claras que sirvan de pauta segura para la adecuada dilucidación de la cuestión examinada.

A mayor abundamiento, las profundas discrepancias existentes en torno a la caracterización del instituto procesal de la congruencia también han tenido una notable contribución en la generación del confuso panorama descrito. En este punto el principal problema que se plantea es el relativo a si, cuando la acción se plantea como extracontractual y el juzgador entiende que la responsabilidad que rige es la contractual (o viceversa), debe el tribunal sentenciador rechazar la demanda a fin de evitar incurrir, en otro caso, en el vicio de incongruencia¹³. Al efecto se señala que la congruencia es una consecuencia del principio dispositivo, que exige que la sentencia haya de adecuarse a las pretensiones de las partes, sin que pueda el tribunal otorgar más de lo pedido por el actor o menos de lo aceptado por el demandado, ni conceder cosa diferente de lo pretendido, ni tampoco, en fin, dejar de resolver las pretensiones de las partes (v., sobre todo, arts. 218, 399.4 y 400 LEC). De manera particular, ha de tenerse presente que el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes (art. 218.1, párr. 2º, LEC)¹⁴.

Pues bien, a tal propósito resulta capital determinar lo que deba considerarse por *causa petendi* (que, junto con el *petitum*, entendido este último instituto como petición de condena a determinada prestación, o de declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas, o de constitución, modificación o extinción de estas últimas, recogida en el suplico de la demanda, define la llamada pretensión en sentido procesal, que constituye el objeto del proceso, v. art. 5 LEC), respecto de lo cual se suscita la disyuntiva de estimar que aquella viene configurada, bien únicamente por los hechos sobre los que se funda, esto es, por el acontecimiento histórico que constituye el soporte fáctico de la demanda (*teoría de la sustanciación*), bien asimismo por los fundamentos jurídicos de la acción ejercida, es decir, por el título jurídico que se hace valer (*teoría de la individualización*). No obstante tratarse

de una cuestión sumamente controvertida, que ha originado un enconado debate en el que se han vertido pronunciamientos enfrentados, que en ocasiones adolecen de una cierta contradicción interna en la argumentación desarrollada, puede decirse que la primera de las tesis enunciadas es la que goza de mayor predicamento en la actualidad, tanto en el plano doctrinal, como en el jurisprudencial¹⁵. En este sentido, a modo de acabado resumen de la expresada orientación dominante, viene tradicionalmente considerándose que *“la causa petendi comprende el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión. Se trata de acontecimientos (hechos históricos) de la vida social, concretos, de interés para el proceso y que, además, desarrollen una función individualizadora de la pretensión. No se comprenden las normas o principios jurídicos, los argumentos, los medios de prueba, ni los hechos que aun siendo constitutivos (porque alegados, y en su caso probados, son presupuesto de la estimación de la pretensión) no tienen la función previa de delimitar e individualizar el objeto del proceso, en la perspectiva de la congruencia, litispendencia, cosa juzgada y acumulación”* (STS, 1ª, de 19 de junio de 2000, RJ 2000/5291; v., asimismo, entre otras, STS, 1ª, de 9 de junio de 1998, RJ 1998/3717; de 27 de noviembre de 2003, RJ 2004/294; y de 1 de octubre de 2012, RJ 2013/1537). Lo cual ha llevado a poner de manifiesto, al cabo, que *“(…) la incongruencia extra petita (fuera de lo pedido), en relación con el principio de iura novit curia, se produce en la medida en que la facultad que tiene el tribunal para encontrar o informar el derecho aplicable a la solución del caso comporta la alteración de los hechos fundamentales, causa de pedir, en que las partes basen sus pretensiones [SSTS del 6 octubre 1988, RJ 1988/753 y 1 de octubre de 2010, RJ 2010/7303]”* (STS, 1ª, de 10 octubre de 2012, RJ 2013/15)¹⁶. De cualquier modo, no cabe desconocer que sobre la cuestión examinada reina igualmente un notable estado de confusión, originado en gran medida por la disparidad de los pronunciamientos judiciales sobre el particular, plagados con relativa frecuencia de continuas matizaciones y salvedades, e incluso en ocasiones de verdaderas contradicciones, de modo que las fundadas dudas existentes, en lugar de despejarse definitivamente, acaban por acrecentarse.

Sea como fuere, debe notarse que, de seguirse la mencionada teoría de la sustanciación, aunque el perjudicado haya fundamentado jurídicamente su demanda de indemnización, bien en normas de responsabilidad extracontractual, bien de responsabilidad contractual, exclusivamente, siempre que los hechos aportados al proceso por las partes lo permitan, el juzgador podrá estimarla (o desestimarla)

aplicando los preceptos reguladores de la otra responsabilidad, sin incurrir en incongruencia por cambio de la causa de pedir; y, correlativamente, la litispendencia y la cosa juzgada afectarán a la pretensión que puedan fundamentar las normas reguladoras de la otra responsabilidad¹⁷. Todo ello en el bien entendido de que el juzgador se encuentra sujeto al límite infranqueable de la proscripción de la indefensión del demandado¹⁸. Pues bien, el seguimiento del planteamiento sucintamente expuesto determina, a la postre, que la resolución de los casos dudosos respecto de la calificación de una concreta responsabilidad como contractual o extracontractual a la luz de los criterios propios de la teoría de la no acumulación, por la que se inclina la doctrina patria más autorizada, no termine por originar un significativo menoscabo a la legítima pretensión de resarcimiento del perjudicado si el juzgador hace el debido uso, en lo que fuere menester, de las reglas *iura novit curia* y *da mihi factum, dabo tibi ius*¹⁹.

2. Los presupuestos de la responsabilidad civil: breve referencia

No obstante las divergencias puestas de manifiesto en el apartado precedente, lo cierto es que la responsabilidad contractual y la extracontractual presentan notables semejanzas entre sí, de manera particular en lo concerniente a los presupuestos de uno y otro tipo de responsabilidad, cuyo elevado grado de coincidencia permite un tratamiento conjunto de la materia, sin perjuicio de inexcusables matizaciones²⁰. Limitada la exposición que sigue a la sucinta indicación de una serie de ideas elementales (sobre las que el lector atento podrá profundizar acudiendo a cualquiera de las obras generales que sirven de apoyo a este apretado resumen), cabe reseñar que el nacimiento de la responsabilidad civil requiere, en términos generales, la concurrencia de una acción u omisión (que en el caso de la responsabilidad contractual se identifica con el incumplimiento del propio contrato, cuya antijuridicidad resulta inconcusa, mientras en la extracontractual, caracterizada por la ausencia de relación previa entre las partes, se hace coincidir con la violación del deber genérico consistente en *alterum non laedere*, por lo que se cuestiona que en este último supuesto pueda sostenerse con propiedad de dicho comportamiento su carácter antijurídico)²¹, de la que pueda predicarse su condición de causa de un determinado daño. Dícese, al respecto, que la precisión del nexo causal, que constituye una cuestión sumamente controvertida, especialmente por lo que concierne a la responsabilidad extracontractual, posee un doble propósito: de un lado, el

establecimiento de la relación exigible entre la conducta del supuesto causante y el resultado dañoso para que se pueda concluir que la primera es causa del segundo, con arreglo a ciertos criterios de imputación objetiva (causalidad jurídica); de otro, la fijación de los daños hasta los cuales se extiende la causación. Por su parte, el daño, que debe ser real y efectivo, es objeto de múltiples clasificaciones, entre las que destaca la que distingue entre daño patrimonial (consistente en el menoscabo de los bienes y derechos de contenido económico de una persona), daño corporal (definido como el perjuicio de la vida o de la integridad física de la persona) y daño moral (considerado como la afectación de los llamados bienes o derechos de la personalidad), en el bien entendido de que su reparación ha de ser íntegra. En fin, la atribución de la responsabilidad civil a un determinado sujeto, con el nacimiento a su cargo de la correspondiente obligación resarcitoria, requiere la concurrencia del título de imputación previsto al efecto en cada caso.

Centrada seguidamente la atención en el último de los presupuestos arriba reseñados, ha de comenzarse por traer a colación que el sistema español en materia de responsabilidad civil se encuentra presidido por el principio de la culpa, entendida en este momento no como sinónimo de negligencia, sino de un modo genérico, y por lo mismo impropio, como incumplimiento imputable de deberes generales o específicos por parte del agente productor del daño (v. arts. 1.101 y 1.902 CC)²². En razón de lo expuesto se señala, al cabo, que nuestro Ordenamiento consagra un sistema general de responsabilidad civil subjetiva, pues para la apreciación de dicha responsabilidad resulta preciso que la conducta del agente causante del daño resulte merecedora de un juicio de reproche o desvalor²³. Todo ello sin perjuicio de que en los últimos tiempos el mencionado modelo haya quedado en gran medida desvirtuado mediante la generalizada aplicación de los expedientes de la inversión de la carga de la prueba y de la elevación del nivel de diligencia exigible en orden a la exoneración de responsabilidad, especialmente en el ámbito de la responsabilidad extracontractual (de conformidad con el propio origen histórico de la institución en nuestra tradición jurídica por lo que se refiere al último de los aspectos reseñados, reflejado en la máxima *in lege Aquilia et levissima culpa venit*)²⁴, así como de la existencia igualmente de un considerable y creciente elenco de regímenes especiales, también en el campo de dicha clase de responsabilidad, que vienen a consagrar, para sus respectivos ámbitos de aplicación, la vigencia de una responsabilidad objetiva (cuya nota distintiva reside en la atribución de la obligación de indemnizar el

daño causado, a menos que concurra culpa exclusiva de la víctima o fuerza mayor, con independencia de la intervención o no de culpa o negligencia en su producción) o, al menos, cuasiobjetiva (en la que la exención de responsabilidad del causante del daño no viene propiciada genéricamente por su actuación diligente, sino por la concurrencia de alguno de los motivos tasados establecidos específicamente al respecto)²⁵, cuyo concreto fundamento suele consistir, en función del caso particular, bien en la idea de riesgo (por estimarse que la creación de una situación de peligro, de la que se beneficia quien la ha originado, impone a este sujeto el deber de soportar las eventuales consecuencias perjudiciales para terceros derivadas de la actividad generadora de la mencionada situación: *cuius commoda, eius incommoda*, o también *ubi emolumentum, ibi et onus esse debet*), bien en determinadas razones de política social o de política general por cuya virtud se procede a una imputación *ex lege* de la responsabilidad²⁶. Quiere decirse, pues, que la culpa del mencionado sujeto, entendida en el sentido amplio arriba indicado (esto es, como *nomen generale*, que comprende cualquier desviación de comportamiento respecto de una regla de conducta establecida en una norma)²⁷ representa, por lo común, el criterio legal de imputación del daño.

Dentro de los mencionados factores de imputación ha de distinguirse a su vez entre la culpa (o negligencia), en esta ocasión considerada en su acepción propia o estricta, y el dolo (o mala fe, en los supuestos en que pueden reputarse expresiones equivalentes, como sucede en el señalado caso del artículo 19 LCS, por más que no resulte posible ignorar los espinosos problemas interpretativos que puede llegar a suscitar la determinación del concreto significado de la locución mala fe; sobre el tema, v. *infra*, capítulo segundo, II.2).

La primera se encuentra legalmente definida en los siguientes términos: “*La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*” (art. 1.104, párr. 1º, CC). A lo que se añade que “*(C)uando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia*” (art. 1.104, párr. 2º, CC; repárese en que, a pesar de que el precepto examinado se encuentra ubicado en la regulación de la responsabilidad contractual, la doctrina mayoritaria lo considera aplicable asimismo a la extracontractual)²⁸. Dícese a tal propósito que las notas definitorias de la

culpa han de buscarse por vía negativa, ya que “(S)i fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables” (art.1.105 CC), debe concluirse que se responde de los sucesos previsibles y evitables. En suma, la culpa supone un actuar negligente, descuidado, imprevisor..., que, sin quererlo el agente, causa el daño, del que puede predicarse plenamente, pues, que no ha sido intencionadamente originado²⁹. Por lo demás, debe reseñarse que nuestro Ordenamiento se ha abstenido de establecer una graduación de la culpa en función de su reprochabilidad moral (o, lo que es lo mismo, en relación con la diligencia infringida), a diferencia del criterio tradicional procedente del Derecho romano, donde se distinguía entre la culpa lata o grave (representada por el obrar más descuidado), la culpa leve (identificada con la omisión de la diligencia propia del hombre medio) y la culpa levísima (entendida como la falta de la diligencia observada por la persona más cuidadosa)³⁰. A pesar de haberse unificado la culpa en el punto medio de la culpa leve, son relativamente numerosas las disposiciones particulares en las que se contiene una referencia expresa a la culpa grave, generalmente en orden a su equiparación con el dolo a determinados efectos (v., por ejemplo, arts. 168, párr. 2º; 705; 715; 1.366 y 1.904, párr. 2º, CC), lo que posee una enorme relevancia en el caso particular del contrato de seguro en relación con la obligación de cobertura del asegurador (arts. 10, párrs. 2º y 3º; 16, párr. 3º; 48, párr. 2º, y 52.1ª LCS; v. especialmente sobre el tema, *infra*, capítulo segundo, II.2)³¹.

Por su parte, el dolo alude siempre a un comportamiento intencionado, que posee una diversidad de significados en función del ámbito en que se desarrolle: así, en la responsabilidad contractual consistirá en la infracción deliberada de la obligación (sin que sea menester que el deudor doloso sea consciente del daño que causa y menos que obre precisamente con ánimo de originarlo, pues basta con que trate, a propósito, de sustraerse a sus obligaciones), mientras que en el caso de la responsabilidad extracontractual el dolo supone la voluntariedad de la propia acción dañosa (de modo que se requiere la consciencia, al menos aproximada, de que la conducta observada se encuentra prohibida y puede causar daños a terceros, a pesar de todo lo cual se lleva a cabo el mencionado comportamiento lesivo). Dícese al efecto, en consecuencia, que el dolo del deudor contractual es más tenue que el extracontractual, ya que aquel proyecta normalmente la intencionalidad sobre el hecho de incumplir, pero no sobre el

daño (de ahí que se indique que, en su inmensa mayoría, los incumplimientos contractuales sean dolosos, en cuanto conductas negadoras del cumplimiento que son voluntariamente decididas por el deudor), mientras que el dolo extracontractual será siempre un dolo de producción de resultado dañoso (por lo que se suele señalar que en el Derecho de daños el dolo posee una importancia residual)³². Por lo demás, ha de tenerse presente que las cláusulas de exoneración de la responsabilidad por dolo deben considerarse inadmisibles por razones de orden público (art. 1.102 CC)³³.

II. LA LLAMADA RESPONSABILIDAD CIVIL *EX DELICTO*

1. Precisiones conceptuales y marco normativo

Frente a la categoría de la responsabilidad civil, perfilada en sus líneas esenciales con anterioridad (v. *supra* I.1), se alza la de la responsabilidad criminal, derivada esta última de la comisión de un delito, que usualmente suele definirse como un comportamiento humano típicamente antijurídico y culpable, añadiéndose a menudo la exigencia de que sea punible³⁴. A la postre, la responsabilidad criminal se traduce en la imposición de una pena, que constituye una sanción jurídico-pública de carácter personalísimo. Dícese al efecto que la referida responsabilidad viene a nacer como consecuencia de hechos que, por su gravedad y trascendencia social, afectan no sólo a intereses privados, sino también al orden público, por lo que se concluye que la responsabilidad criminal constituye una relación de Derecho público, que excede generalmente del campo de la libre disposición de los particulares. Así pues, la responsabilidad civil y la responsabilidad criminal se muestran como categorías jurídicas que guardan diferencias sustanciales entre sí y son asimismo susceptibles de originarse de forma completamente independiente³⁵.

Con todo, la distinción arriba trazada es susceptible de verse enturbiada en aquellos casos, por demás relativamente frecuentes, en que una misma conducta acabe originando ambos tipos de responsabilidad. Tal es lo que puede acontecer, de modo paradigmático, como consecuencia de la violación del deber genérico consistente en *alterum non laedere*. En este sentido ha de destacarse de manera especial que la

causación dolosa de daños puede originar, amén de la consiguiente responsabilidad civil extracontractual (art. 1.902 CC), la pertinente responsabilidad criminal. Igualmente, esta última responsabilidad es susceptible de nacer como consecuencia de una conducta imprudente que produzca asimismo daños que hayan de ser objeto del oportuno resarcimiento (v., con carácter general, art. 5 CP, por más que no sea posible ignorar que el delito por excelencia, según la tradición liberal, presupone la voluntariedad de la acción u omisión en la que consiste, como se refleja en el art. 12 CP)³⁶. E incluso debe ponerse de manifiesto que determinados incumplimientos, generadores de la consecuente responsabilidad contractual, llegan a encontrarse penalmente tipificados, bien es verdad que en muy contadas ocasiones³⁷. En consonancia con las ideas expresadas, se señala que *“(L)a ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados”* (art. 109.1 CP)³⁸.

Pues bien, a las dificultades de orden estrictamente conceptual que presenta de suyo el exacto deslinde entre una y otra clase de responsabilidad (de un lado, la civil, bien sea contractual, bien extracontractual; de otro, la criminal), vienen a sumarse los no menos importantes escollos que se encuentran derechamente originados por el defectuoso planteamiento general que preside la ordenación de la materia en nuestro Ordenamiento. Para colmo de males, la vigencia del expresado marco normativo ha dado pie a un conjunto de desafortunados pronunciamientos jurisprudenciales que han terminado por instalar a la cuestión examinada en un notable estado de confusión. Así pues, al igual que sucedía con el dificultoso deslinde entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual (v. *supra* l.1), nuevamente otra de las grandes categorías sistematizadoras de la materia examinada, en este caso la representada por la denominada responsabilidad civil *ex delicto*, adolece de unos contornos ciertamente difusos, en detrimento de la deseable seguridad jurídica sobre tan sensible extremo. Por fortuna, un autorizado elenco de autores ha dedicado en las últimas décadas un encomiable esfuerzo hermenéutico ordenado al esclarecimiento de tan oscura regulación de la materia con un meritorio resultado.

En relación con lo expuesto ha de comenzarse por reseñar que, en la regulación general de las fuentes de las obligaciones, se establece que estas pueden tener, como uno de sus orígenes, los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia (art. 1.089 CC). A lo que se agrega que *“(L)as*

obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código penal” (art. 1.092 CC, cuya remisión ha de entenderse referida, en el momento presente, a lo previsto en los artículos 109 a 122 CP), mientras que “(L)as que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley, quedarán sometidas a las disposiciones del capítulo II del título XVI de este libro” (art. 1.093 CC, que contiene una remisión, pues, a lo estatuido en los artículos 1.902 a 1.910 CC). Del marco normativo sucintamente reseñado se desprende, por consiguiente, la existencia de un sistema normativo dual de responsabilidad civil extracontractual en nuestro Ordenamiento, que se encuentra integrado, de un lado, por la regulación recogida en el Código Civil, sin perjuicio de la vigencia de un nutrido elenco de regímenes especiales, y, de otro, por la prevista en el Código Penal respecto de la reparación de los daños producidos por la comisión de un delito (por demás, susceptible de aplicarse, en verdad muy raras veces, a auténticos supuestos de responsabilidad contractual cuando la conducta penalmente tipificada consista en la violación de una obligación derivada de un contrato), con la particularidad adicional de que su determinación corresponderá a la jurisdicción penal, salvo que el perjudicado opte por exigir dicha responsabilidad civil ante la jurisdicción civil (arts. 109.2 CP y 112 LECrim).

Si se centra primeramente la atención en la ordenación sustantiva de la materia, debe ponerse de manifiesto, de antemano, la grave anomalía que supone la pervivencia, aún en la actualidad, de la referida dualidad normativa, que arranca en nuestro país de la época de la codificación decimonónica, como consecuencia de la precedencia de la habida en el campo penal (representada, en lo aquí interesa, por los Códigos Penales de 1822, 1848 y 1879), sobre la producida en el civil (que no tuvo su culminación, como se sabe, hasta 1889). Tal circunstancia aconsejó la inclusión en el Código penal del régimen de la responsabilidad civil derivada del delito, al menos desde el promulgado en 1848, en aras de la indispensable modernización de la disciplina del mencionado extremo, en aquel entonces regulado fundamentalmente todavía por las vetustas disposiciones de las Partidas³⁹. Todo ello en el bien entendido de que semejante planteamiento de política legislativa debía considerarse meramente provisional, hasta tanto tuviera lugar la ansiada aprobación de un Código Civil. En efecto, se entendía ya en aquel tiempo que este último cuerpo normativo constituía la sede apropiada para recoger la regulación general de la responsabilidad civil

en nuestro Ordenamiento, a la que el correspondiente Código Penal debería remitirse en lo concerniente a la responsabilidad civil eventualmente nacida de la comisión de un delito. En suma, en el plano de las consideraciones *de lege ferenda*, se consideraba que el Código Penal había de circunscribir a esa sola y escueta previsión su regulación de la materia examinada. No fue así, como se sabe, como a la postre sucedieron las cosas, ya que en la codificación civil se optó, apresurada y equivocadamente, por la pervivencia del régimen sobre responsabilidad civil derivada del delito contenido en el Código Penal (art. 1.092 CC). Lamentablemente, la orientación expuesta ha seguido presidiendo, por inercia⁴⁰, la regulación del extremo analizado con una perseverancia digna de mejor causa, según evidencia, como último hito normativo especialmente significativo sobre el particular, la promulgación del vigente Código penal por medio de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (cuyo Capítulo I del Título V del Libro I, disciplina la responsabilidad civil derivada de los delitos y su extensión, en los artículos 109 a 122)⁴¹.

Pues bien, frente al confuso panorama normativo sucintamente descrito resulta preciso dejar sentado de forma categórica que, no obstante poseer la mencionada responsabilidad civil derivada del delito un régimen propio en el Código penal, tanto dicha clase de responsabilidad, como la responsabilidad civil extracontractual (v. art. 1.902 CC, e incluso, en su caso, la contractual, v. art. 1.101CC), tienen idéntico fundamento (no es el delito el fundamento de la primera, sino, al igual que el de la segunda, el daño atribuible al responsable mediante el adecuado criterio de imputación) y la misma finalidad (pues ambas poseen una función puramente indemnizatoria)⁴². Todo ello en el bien entendido, en fin, de que, si el delito no produce ningún daño, no llegará a desatarse responsabilidad civil alguna a cargo del sujeto penalmente responsable (como sucede de modo paradigmático con los llamados delitos de peligro; así, por ejemplo, el delito de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, v. arts. 563 a 570 CP)⁴³, según se evidencia en la previsión que establece que “(T)oda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios” (art. 116.1 CP; en igual sentido, v. asimismo arts. 100 y 116 LECrim). Dígase lo propio igualmente en sentido inverso, ya que no todas las conductas que provocan el nacimiento de la obligación de resarcir el daño causado originan también la correspondiente responsabilidad criminal.

A la luz de lo expuesto no puede causar extrañeza que se haya puesto de manifiesto, al cabo, la inconcusa incorrección de la propia alusión a la responsabilidad civil derivada del delito, no obstante su profusa utilización por el mismo legislador. En efecto, como se ha indicado más arriba, el delito, por sí solo, no origina responsabilidad civil alguna, como tampoco esta última nace, en todo caso, como consecuencia de un mero ilícito civil. En verdad, el fundamento de la responsabilidad civil que pudiera llegar a originarse en uno y otro caso sería plenamente coincidente, a saber: el daño eventualmente producido. En rigor, no existe una responsabilidad civil derivada del delito, sino conductas que, amén de estar tipificadas penalmente, causan igualmente daños que deben ser objeto del pertinente resarcimiento, en orden a lo cual se reconoce al perjudicado la correspondiente acción civil. Por ello se concluye que, en lugar de hablar de acciones civiles derivadas del delito, resulta preferible denominarlas acciones civiles ejercitables en el proceso penal (v. arts. 109.2 CP y 100 y 107 a 117 LECrim)⁴⁴. En el sentido indicado es como han de entenderse, al cabo, las referencias realizadas en el presente estudio a la llamada responsabilidad civil derivada del delito (o *ex delicto*), que constituye, a pesar de todo, una expresión de la que no es posible prescindir, no obstante su incorrección, por tratarse de la reiteradamente empleada por la propia regulación de la materia aquí examinada, así como por la generalidad de la doctrina.

De cualquier modo, no cabe desconocer la vigencia en el orden sustantivo de una dualidad de regímenes sobre responsabilidad civil. A tal propósito ha de tenerse presente que la originada *ex delicto* comprende la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales (art. 110 CP; en idéntico sentido, v. asimismo art. 100 LECrim). En relación con ello, existe desde antiguo una generalizada coincidencia en señalar que, tanto la acción tendente a la reparación, como la ordenada a la indemnización, constituyen una misma pretensión (v. arts. 112 a 115 CP), idéntica a la prevista en el ámbito de la responsabilidad extracontractual (art. 1.902 CC; y lo mismo acontece con la señalada para la responsabilidad contractual, v. art. 1.101 CC)⁴⁵. En cambio, la restitución de la cosa (v. art. 111 CP), por lo común referida a los delitos de expropiación con apropiación correlativa, se ordena al restablecimiento de la situación anterior a la comisión del delito y presenta una diversidad de perfiles en función de que la conducta expropiatoria constituya un acto violento o clandestino (robo o hurto), o el aprovechamiento de una relación jurídica preexistente (apropiación indebida), o, en fin, se cifre en un negocio jurídico

criminalizado (estafa, alzamiento de bienes...)⁴⁶, y origina asimismo intrincados problemas respecto del alcance que puede llegar a tener el pronunciamiento civil del juez penal⁴⁷.

De manera especial, debe llamarse la atención sobre la circunstancia de las significativas divergencias existentes entre el régimen de la responsabilidad civil *ex delicto* y el de la responsabilidad extracontractual en extremos tales como, por ejemplo, la responsabilidad civil del menor de edad (v., de un lado, art. 1.903, párr. 2º, CC, que establece únicamente la responsabilidad de los padres y, de otro, art. 61.3 LORPM, que señala la responsabilidad solidaria del menor y de sus padres o guardadores), la responsabilidad civil del empresario por hechos de sus dependientes (v., por una parte, arts. 1.903, párr. 4º, y 1904, párr. 1º, CC, que precisan una responsabilidad directa y por culpa presunta, y, por otra, art. 119.3º y 4º CP, que estatuyen el carácter subsidiario y objetivo de dicha responsabilidad), la responsabilidad civil de los mayores de edad incapacitados (v., art. 1.903, párr. 3º CC, que consagra una responsabilidad directa de padres y tutores, frente a lo previsto en los arts. 118.1 y 120.1º CP, que establecen una responsabilidad principal del incapaz y subsidiaria de padres y tutores)⁴⁸ y, sobre todo, en materia de prescripción⁴⁹.

Esta anómala e injustificada, cuando menos, diversidad de regímenes, cuyo examen detenido se omite a fin de no incurrir en una notoria digresión, suscita graves problemas interpretativos. Según una autorizada línea de pensamiento, la dualidad normativa examinada no debe llevar a apreciar la existencia de dos pretensiones distintas e independientes, a pesar de la abundancia de los pronunciamientos judiciales en tal sentido, sino sencillamente a la constatación de un concurso de normas referidas a una única pretensión, de lo que viene a colegirse que el juez, penal o civil, que conozca de la pretensión de responsabilidad civil extracontractual (o, en su caso, contractual), será libre de aplicar, para estimarla, cualquier norma reguladora de aquella, se contenga en el Código Civil o en el Penal, y aunque no haya sido alegada por el perjudicado demandante (*iura novit curia*)⁵⁰.

Empero, no es la expuesta la opinión dominante, pues en el sentir de la mayor parte de la doctrina, así como muy especialmente de la jurisprudencia, sin dejar de subrayar la defectuosa ordenación de la materia, no cabe sino reconocer *de lege data* que la vigencia de la referida dualidad normativa determina la consiguiente

existencia de dos pretensiones distintas de responsabilidad civil (una derivada del delito y otra del ilícito civil), cada cual con su propio y exclusivo régimen jurídico, lo que da lugar a un concurso de acciones. A tal propósito se señala que todo lo más que puede realizarse, a fin de mitigar en la medida de lo posible las perniciosas consecuencias que comporta el expresado marco normativo, en tanto no se proceda por fin a su imperiosa unificación, es proceder a una interpretación que se sustente sobre el canon de la totalidad, en razón de la identidad que presentan, tanto en su fundamento, como en su finalidad, la llamada responsabilidad civil *ex delicto* y la responsabilidad civil extracontractual (o, en su caso, contractual)⁵¹.

2. La determinación de la responsabilidad civil en el proceso penal

La denominada responsabilidad civil *ex delicto* se encuentra sometida en nuestro país no sólo a un régimen sustantivo específico, como ha sido puesto de manifiesto más arriba (v. *supra* II.1), sino también a una ordenación procesal particular, relativa a su exacción en el proceso penal (v., especialmente, arts. 100 a 117, 320, 615 a 621, 635, 650, 655, 742, 761.2, 771.1ª, 776.1 y 782.1 LECrim). En efecto, no obstante la diferenciación existente entre la responsabilidad civil y la responsabilidad criminal, nuestro Ordenamiento, por razones de economía procesal, habilita al juez penal para pronunciarse sobre cuestiones civiles, como es el caso de la llamada responsabilidad civil *ex delicto*, a voluntad del perjudicado, supuesto que este podrá renunciar a la llamada acción civil o reservarse su ejercicio para después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar (arts. 106, 107 y 112 LECrim y 109.2 CP)⁵².

Tal viene sucediendo desde los tiempos de la codificación, de modo que el proceso penal puede tener como objeto eventual y accesorio una pretensión civil, que vendrá a acumularse al objeto principal de aquel, consistente en la pretensión punitiva (acumulación heterogénea de acciones). En la tesitura descrita recibe la denominación de actor civil quien ejercita la acción civil en el proceso penal⁵³, mientras que el sujeto contra el cual se deduce la referida pretensión se conoce como responsable civil. Por su parte, este último puede coincidir con el encausado (v. art. 116.1 CP, en el bien entendido de que la extinción de la responsabilidad penal no conlleva necesariamente la de la civil, arts. 115 y 116 LECrim y 118 CP), o no, ya que la responsabilidad civil es susceptible de correr asimismo a cargo de un tercero, bien de modo

directo (v., sobre todo, arts. 117, 118 y 122 CP y 615 y 764.3 LECrim), bien de forma subsidiaria (v., especialmente, arts. 120 y 121 CP y 1.903 a 1.910 CC)⁵⁴.

La legitimación activa para el ejercicio de la mencionada acción civil se reconoce originariamente al perjudicado, esto es, al sujeto que ha padecido el daño originado con ocasión de la comisión del delito⁵⁵. En cuanto que se trata de una pretensión civil, por más que se deduzca en un proceso penal, el perjudicado habrá de reunir y observar los presupuestos procesales civiles⁵⁶. De manera particular, ha de ponerse de manifiesto que la expresada pretensión se encuentra sujeta al principio dispositivo⁵⁷, de suerte que el dañado puede renunciar a ella, en cuyo caso dicha renuncia (que habrá de realizarse de una manera clara y terminante) no perjudicará más que al propio renunciante (art. 107 LECrim, en relación con lo previsto en el art. 109 LECrim)⁵⁸, así como reservarse el ejercicio de la acción civil, lo que habrá de hacer expresamente, para después de terminado el juicio criminal mediante sentencia firme (*le criminel tient le civil en état*), si a ello hubiera lugar (arts. 108, 111, 112 y 114 LECrim, en relación con lo estatuido en el art. 109.2 CP)⁵⁹.

Con el propósito de propiciar el ejercicio de la pretensión civil se establece el llamado trámite de ofrecimiento de acciones (que ha de llevarse a cabo aun en el caso de ejercicio de la acción civil por el ministerio fiscal en interés del perjudicado, ex arts. 108 y 773.1 LECrim): así, en el acto de recibirse declaración por el juez al ofendido que tuviese la capacidad legal necesaria, el letrado de la Administración de Justicia le instruirá del derecho que le asiste para mostrarse parte en el proceso y renunciar o no a la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio causado por el hecho punible; si fuera menor o tuviera la capacidad judicialmente modificada, se practicará igual diligencia con su representante legal o la persona que le asista (arts. 109, 761 y 776 LECrim). En fin, se encuentra establecido que podrán ejercitarse expresamente las dos acciones, la civil y la penal, por una misma persona o por varias; pero siempre que sean dos o más las personas por quienes se utilicen las acciones derivadas de un delito lo verificarán en un solo proceso y, si fuere posible, bajo una misma dirección y representación, a juicio del tribunal (art. 113 LECrim)⁶⁰.

De igual modo, ha de tenerse presente que, en el caso de que el dañado no hubiera renunciado a la acción civil ni se hubiera reservado su ejercicio para después de

finalizado el juicio criminal, la mencionada acción habrá de entablarse juntamente con la penal por el ministerio fiscal (arts. 108 y 773.1 LECrim y 3.4.I EOMF). Esta singular legitimación conferida al ministerio fiscal, que se encuentra configurada como un derecho-deber⁶¹, se ordena fundamentalmente a la consecución de la protección integral de las víctimas de actuaciones delictivas, a quienes se quiere evitar que tengan que comparecer en un procedimiento penal en curso para ejercitar su acción resarcitoria, y responde en la actualidad asimismo a la satisfacción de un relevante interés social, consistente en la plena restauración del orden jurídico perturbado por el hecho delictivo⁶². Nótese al efecto que, aun cuando los perjudicados no se muestren parte en la causa, no por esto se entiende que renuncian al derecho de restitución, reparación o indemnización que a su favor pueda acordarse en sentencia firme (art. 110 LECrim). De manera especial, debe destacarse que la constitución del perjudicado en actor civil no exonera al ministerio fiscal del ejercicio de la pretensión civil, ya que habrá de deducirla, haya o no acusador particular que la ejercite (art. 108 LECrim). En la tesitura expuesta, caracterizada por la pluralidad de partes en el ejercicio de la acción civil, el poder de disposición sobre la pretensión deducida corresponderá al perjudicado, en cuanto sujeto originariamente legitimado al respecto, de modo que la actuación del ministerio fiscal estará subordinada a la del expresado sujeto, a quien debe atribuirse la condición de parte principal en esta materia⁶³.

Por su parte, los acusadores populares (esto es, los ciudadanos que, sin ser ofendidos por el delito, deciden ejercitar la acción penal en forma de querrela, v. arts. 125 CE y 101 y 270 LECrim) carecen de legitimación activa para el ejercicio de la acción civil⁶⁴.

En cambio, sí se reconoce una legitimación extraordinaria para emprender la acción civil en el proceso penal en determinados casos de ejercicio de una acción subrogatoria. En este sentido, merece destacarse especialmente la reconocida a los aseguradores como consecuencia de su subrogación en los derechos del asegurado, en cuanto perjudicado, frente al tercero civilmente responsable del daño (ex art. 43 LCS), que permite el ejercicio de la correspondiente acción civil en el proceso penal seguido contra dicho sujeto. A tal efecto, tiene acordado el Tribunal Supremo lo siguiente: *“Cuando la entidad aseguradora tenga concertado un contrato de seguro con el perjudicado por el delito y satisfaga cantidades en virtud*

*de tal contrato, sí puede reclamar frente al responsable penal en el seno del proceso penal que se siga contra el mismo, como actor civil, subrogándose en la posición del perjudicado” (Acuerdo del Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2007)*⁶⁵.

Por lo que respecta a la legitimación pasiva, ha de señalarse que corresponde en sentido propio a quien se impute la responsabilidad criminal por el presunto delito causante del daño. En este sentido responderán civilmente los autores y los cómplices, quienes, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidarios entre sí por sus cuotas y subsidiarios por las correspondientes a los demás responsables, a lo que se añade que la responsabilidad subsidiaria se hará efectiva, en primer lugar, en los bienes de los autores y, después, en los de los cómplices (art. 116 CP, en relación con lo previsto en los arts. 27 y 28 CP)⁶⁶. Además, la responsabilidad civil *ex delicto* puede ser exigida a otros sujetos (de lo que se desprende, al cabo, que no es preciso ser responsable criminal para poder ser responsable civil): así, en su caso, tanto a quienes puedan ser declarados responsables civiles subsidiarios (v., especialmente, arts. 120 y 121 CP y 1.903 a 1.910 CC), como directos (v., sobre todo, arts. 117, 118 y 122 CP y 615 y 764.3 LECrim)⁶⁷. De manera particular, a los efectos del presente estudio, debe destacarse la previsión por cuya virtud “(L)os aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda” (art. 120 CP), que viene a suscitar la compleja cuestión de la intervención del asegurador en el proceso penal (v. *infra*, capítulo segundo, III.2).

En términos generales, se señala que la única acción civil que puede acumularse al proceso penal es aquella que contenga en su *causa petendi* los mismos hechos que estén en la base de la acción penal y que formalmente sean susceptibles de una doble calificación, civil y penal. Lo que no impide, en los casos legalmente permitidos de forma expresa, que haya de considerarse también la eventual existencia de ciertos vínculos jurídicos entre el responsable criminal y

otros responsables civiles, como la relación de dependencia laboral o profesional o el contrato de seguro (v., especialmente, arts. 117 y 120.3º y 4º CP)⁶⁸.

Sentado lo anterior, puede decirse, al cabo, que el marco normativo someramente descrito responde al plausible propósito de facilitar a las víctimas de los delitos la indemnización de los daños padecidos; sobre todo, a través del ejercicio de la acción civil por el ministerio fiscal, sin necesidad de que aquellas tengan que personarse en la causa y utilizar los servicios de abogados y procuradores⁶⁹. De cualquier modo, no debe pasar por alto, especialmente a los propios perjudicados, la circunstancia de que, según el reiterado parecer de la jurisprudencia, la sentencia penal, siendo condenatoria, resuelve de modo definitivo los problemas civiles derivados de los daños causados por el delito, si no se hizo reserva de la acción de resarcimiento, de suerte que no se puede volver a plantear la cuestión ante la jurisdicción civil (en razón de la regla *non bis in ídem*; así, entre otras, STS, 1ª, de 12 de junio de 1993, RJ 1993/6007; de 25 de septiembre de 2000, RJ 2000/7528; y de 24 de julio de 2008, RJ 2008/4629). Esto es, la sentencia condenatoria produce el llamado efecto consuntivo de cuantas pretensiones de responsabilidad civil tuvieran cabida en el proceso penal⁷⁰.

La competencia del juez penal para pronunciarse sobre la responsabilidad civil *ex delicto* está condicionada, como regla general, a la existencia de una sentencia penal condenatoria (*iudex criminalis non potest expresse absolvere a criminalitate et eundem civiliter condemnare*; se trata, pues, de una competencia *secundum eventum litis*)⁷¹. En relación con ello, para el caso de que dicha resolución judicial no llegara a dictarse (esto es, se hubiera pronunciado una sentencia absolutoria, o un auto de sobreseimiento libre o provisional —arts. 637 y 641 LECrim—, o hubiera finalizado de cualquier otro modo el procedimiento penal)⁷², se establece que la extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil, a no ser que tal extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho (entendido no como el hecho punible penalmente, sino como acto antijurídico) de que la civil hubiese podido nacer (o que su supuesto autor no tomó parte en aquel hecho)⁷³. En los demás casos, la persona a quien corresponda la acción civil podrá ejercitarla, ante la jurisdicción y por la vía de lo civil que proceda, contra quien estuviere obligado a la restitución de la cosa, la reparación del daño o la indemnización del perjuicio sufrido (art. 116 LECrim). De modo particular, debe subrayarse que, según tiene reiteradamente indicado la jurisprudencia, la sentencia penal absolutoria firme que no declara la inexistencia del mencionado hecho no

empece el ejercicio de la acción civil en el posterior proceso civil, ya que la expresada clase de sentencia no prejuzga la valoración de los hechos que puede hacerse en la jurisdicción civil (así, últimamente, STC 192/2009, de 28 de septiembre; y STS, 1ª, de 14 de enero de 2013, RJ 2014/1842; y de 3 de febrero de 2016, RJ 2016/1).

Excepción a lo anteriormente expuesto es el caso de la sentencia penal absolutoria cuyo pronunciamiento obedeciese a la concurrencia de alguna causa de exención de la responsabilidad criminal (v. arts. 118 y 119 CP), pues en la tesitura apuntada el tribunal penal podría seguir conociendo de la responsabilidad civil que eventualmente hubiera llegado a originarse. La circunstancia expuesta explica asimismo que se encuentren exceptuados de la regla general del preceptivo sobreseimiento judicial de la causa a solicitud del ministerio fiscal y el acusador particular, por cualquiera de los motivos previstos al efecto (v. arts. 637 y 641 LECrim), los casos en que concurren determinadas causas de exención de la responsabilidad criminal (las recogidas en el art. 20.1º, 2º, 3º, 5º y 6º CP), ya que, en las situaciones descritas, el juez habrá de devolver las actuaciones a las acusaciones para calificación, continuando el juicio hasta sentencia, a los efectos de la imposición de medidas de seguridad y del enjuiciamiento de la acción civil, en los supuestos previstos en el Código Penal (art. 782.1 LECrim)⁷⁴. Por lo demás, aunque la acción penal se extingue por la muerte del culpable, quedará subsistente en tal caso la civil contra sus herederos y causahabientes, que sólo podrá ejercitarse ante la jurisdicción y por la vía de lo civil (art. 115 LECrim).

En fin, cuando la exigencia de responsabilidad civil tiene lugar ante la propia jurisdicción civil porque no llegó a dictarse sentencia penal condenatoria (con la salvedad anteriormente reseñada de los supuestos contemplados en el artículo 118 CP), resulta meridianamente claro que la cuestión habrá de resolverse no con arreglo a la regulación sobre la responsabilidad civil *ex delicto* contenida en el Código Penal, sino sobre la base exclusiva de los preceptos del Código Civil⁷⁵ (en cambio, si el perjudicado se reservó el ejercicio de la acción civil y la causa criminal concluyó con sentencia penal condenatoria, en este caso la responsabilidad civil habrá de determinarse con arreglo a las normas del Código Penal al respecto, *ex art.* 1.093 CC)⁷⁶. A tal propósito ha de tenerse en cuenta que el resultado de hechos probados de la sentencia penal sólo vincula en cuanto a la existencia del hecho y no prejuzga si ese hecho tiene otras valoraciones jurídicas cuya calificación y efectos han de ser apreciados por tribunales de otro orden jurisdiccional (art.10.2 LOPJ y 114 LECRIM)⁷⁷.

Notas al capítulo primero

¹ Aun cuando las anteriores aseveraciones suelen venir referidas, por lo común, a la responsabilidad extracontractual, no existe inconveniente alguno en extenderlas igualmente, en términos generales, a la responsabilidad contractual, ya que, como tienen reiteradamente declarado nuestros tribunales, ambas clases de responsabilidad (cuya caracterización se abordará más adelante, en este mismo apartado) responden a un principio común de Derecho y a la misma finalidad reparadora (así, entre otras muchas, STS, 1ª, de 24 de marzo de 1952, RJ 1952/1209; de 30 de diciembre de 1980, RJ 1980/4815; de 19 de junio de 1984, RJ 1984/3250; y de 14 de febrero de 1994, RJ 1994/1468).

Todo ello, por lo demás, sin perjuicio del reconocimiento de otras funciones adicionales, ajenas a la propiamente normativa, que cumple el instituto de la responsabilidad civil, entre las que suelen destacarse las de demarcación (pues permite establecer una delimitación entre los ámbitos de la libertad de actuación, de un lado, y de la protección de determinados bienes e intereses, de otro) y la preventiva (consistente en la disuasión de las personas que están en situación de causar un daño); para una visión general del asunto, Díez-Picazo, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 41-63; en el sentido indicado en el texto, entre otros, PANTALEÓN, A. F., en Paz-Ares, Díez-Picazo, Bercovitz, R. y Salvador Coderch (dir.), *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1971; LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 448-449; NAVARRO, I. A. y VEIGA, A. B., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 2013, pp. 25-26; REGLERO, L. F., en Reglero y Busto (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, I, 5ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 81-112; ROCA E. y NAVARRO, M., *Derecho de daños. Textos y materiales*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 22-23; y BLANCO GÓMEZ, J. J., *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso. Problemática en Derecho sustantivo español*, Dykinson, Madrid, 1996, pp. 47-50.

² Para una breve noticia sobre la noción de daños punitivos y, muy particularmente, respecto de su inadmisibilidad en nuestro sistema jurídico pueden verse, entre otros, DE ÁNGEL, R., *Daños punitivos*, Civitas, Cizur Menor, 2012, especialmente pp. 55-159; SALVADOR CODERCH, P., "Punitive damages", *Indret*, núm. 1, 2000, pp. 1-17; PANTALEÓN, A. F., "La prevención a través de la indemnización: los daños punitivos en derecho norteamericano y el logro de sus objetivos en Derecho español", en AA. VV., *Derecho del consumo: acceso a la justicia, responsabilidad y garantía* (Estudios de Derecho judicial, núm. 37, 2001), pp. 29-44; Díez-Picazo, L., *Derecho de daños...* cit., pp. 44-47; NAVARRO, I. A. y VEIGA, A. B., op. cit., pp. 26-34; MARTÍN-CASALS, M., "Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982", en AA. VV., *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1248-1265; ROCA E. y NAVARRO, M., op. cit., p. 24; CARRAS-COSA, J., "Daños punitivos. Aspectos de Derecho internacional privado español y europeo", en Herrador (dir.), *Derecho de daños 2013*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, pp. 384-392; GÓMEZ TOMILLO, M., "Los daños punitivos: análisis desde una perspectiva jurídico-penal. Al mismo tiempo reflexión sobre las garantías en fenómenos materialmente sancionatorios", pp. 21-64; SERRANO GÓMEZ, E., "Los daños punitivos en la propiedad intelectual", pp. 65-91; DE PABLO, A., "La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos [art. 9.2.d] de la LO 1/1982]. El último ataque contra la invisible frontera entre el Derecho penal y el Derecho civil", pp. 93-126 (los tres últimos, en Gómez Tomillo [dir.], *Límites entre el Derecho sancionador y el Derecho privado: daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, Lex Nova, Valladolid, 2012); y REGLERO, L. F., en Reglero y Busto (coord.), *Tratado...* I cit., pp. 89-106, quien se muestra favorable a la admisión generalizada de la categoría de los daños punitivos en nuestro Ordenamiento, en razón del refuerzo que reportaría a la función preventiva de la responsabilidad civil (lo que no empece, por demás, el reconocimiento de determinados casos singulares de daños punitivos en el

estadio actual de nuestra legislación, entre los que suele destacarse, por encima de todos, el constituido por el recargo de prestaciones de la Seguridad Social, v. art. 164 Ley General de la Seguridad Social, cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre).

³ Para PANTALEÓN, A. F., en *Comentario...* cit., p. 1977, lo relevante es, en puridad, la preexistencia de una relación jurídica entre las partes, con independencia de su origen contractual o no, en cuyo seno se integra la obligación o el deber accesorio que resultan incumplidos (en el mismo sentido, entre otros, LACRUZ, J. L. *et alii*, *Elementos de Derecho Civil*, II, 1º, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1985, p. 228; y REGLERO, L. F., en Reglero y Busto [coord.], *Tratado...* I cit., pp. 159-160).

A mayor abundamiento, debe tenerse presente además que la responsabilidad contractual y la extracontractual no sólo se diferencian por su origen, sino también por la diversa función que cumplen: la primera atiende al interés que surge del contrato; la segunda, al interés de conservación de los bienes e intereses protegibles de cada persona, frente al daño proveniente de otros sujetos. A lo que debe agregarse, en fin, que los efectos jurídicos derivados del incumplimiento del contrato no son los mismos que los derivados de la producción de un daño en la responsabilidad extracontractual, pues la complejidad de la vinculación contractual impide reducir las consecuencias del incumplimiento a la indemnización de daños (o a la reparación *in natura*): en efecto, el incumplimiento permite utilizar un conjunto más complejo de remedios para encauzar la satisfacción del interés del contratante insatisfecho (MORALES MORENO, A. M., "Problemas que plantea la unificación del concepto de incumplimiento del contrato", en Barros, García Rubio y Morales Moreno, *Derecho de daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 200-204).

En fin, por más que su inadecuada denominación pueda inducir a la conclusión contraria, debe ponerse de manifiesto, desde un primer momento, que la llamada responsabilidad civil *ex delicto* no es susceptible de considerarse, bajo ningún concepto, como un *tertium genus* dentro de la clasificación examinada, pues se tratará de una genuina responsabilidad extracontractual, sin perjuicio de que en algunas ocasiones haya de calificarse cabalmente como contractual. Eso sí, la responsabilidad civil *ex delicto* posee un régimen propio, tanto en el orden sustantivo, como en el procesal, que dota a la materia de elevadas dosis de complejidad, al tiempo que es fuente de intrincados problemas (*in extenso*, sobre tema, v. *infra* II.1).

⁴ Por ejemplo, DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños...* cit., pp. 245-268, ROCA, E. y NAVARRO, M., op. cit., pp. 45-47; y LACRUZ, J. L. *et alii*, op. cit., pp. 473-476.

⁵ Nótese que el artículo 1.964 CC ha recibido una nueva redacción por medio de la disposición final primera de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, por cuya virtud, como se ha indicado en el texto, las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación, agregándose al efecto que en las obligaciones continuadas de hacer o no hacer dicho plazo comenzará cada vez que se incumplan. La relevante modificación normativa expuesta se completa con una previsión de Derecho transitorio, según la cual el tiempo de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, nacidas antes de la fecha de entrada en vigor de la antedicha Ley 42/2015, se regirá por lo dispuesto en el artículo 1.939 CC (disposición transitoria quinta Ley 42/2015). Para una primera valoración crítica de la reforma, por ejemplo, CARRASCO, A., "La modificación del plazo general de prescripción de las acciones personales", *El notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 64, 2015, págs. 44-47; y GÓMEZ POMAR, F., "¿Qué hay en un número? La magia de las cifras y los plazos de prescripción", *Indret*, núm. 4, 2015, pp. 1-5, quien reprocha de modo particular al legislador el no haber procedido, con ocasión de la reforma analizada, al alargamiento del plazo de prescripción del art. 1.968.2º CC (esto es, el anual de la llamada responsabilidad aquiliana).

Con anterioridad a la modificación normativa expuesta se consideraba legítimo discutir la abismal diferencia existente, como regla general, entre la prescripción de las acciones y

derechos contractuales (originariamente fijada en el plazo de quince años) y la de las acciones para exigir la responsabilidad extracontractual (que se mantiene en el lapso de un año desde que el perjudicado conociera la existencia del daño), postulándose, a fin de paliar semejante estado de cosas, el acortamiento de la primera previsión, como efectivamente ha acontecido en virtud de la Ley 42/2015, y el alargamiento de la segunda, que no ha tenido finalmente lugar por razones que se nos escapan. Con todo, se hacía notar que, siempre que se mantuvieran unos diferentes plazos de prescripción, por más que la diferencia entre uno y otro llegara a recortarse, seguiría perviviendo la cuestión teórica sobre las consecuencias derivadas de la distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, en razón de la divergencia existente, en el punto examinado, entre sus respectivos regímenes jurídicos [DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños...* cit., p. 261; en la misma orientación crítica, respecto del régimen precedente, entre otros, REGLERO, L. F., en Reglero y Busto [coord.], *Tratado...* I cit., pp. 189 y 1241-1243; y NAVARRO, I. A. y VEIGA, A. B., op. cit., p. 67]. Empero, a efectos prácticos, la diferencia constatada carece las más de las veces de trascendencia, ya que, salvo en muy contadas excepciones, la jurisprudencia no ha dudado en proceder a la calificación de cada caso (bien como responsabilidad contractual, bien como responsabilidad extracontractual) en la forma que mejor se acomodara para enervar la excepción de prescripción y conceder al perjudicado la posibilidad de obtener una efectiva reparación del daño [REGLERO, L. F., en Reglero y Busto [coord.], *Tratado...* I cit., pp. 188-195; y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., "El ejercicio ante los tribunales de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual: análisis de sus fronteras", en AA. VV. [Asociación de Profesores de Derecho Civil, Jornadas 2011], *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, Universidad de Murcia, Murcia, 2011, p. 120]. De cualquier manera, no ha dejado de observarse asimismo que la referida flexibilidad *pro actore* no puede llevar a una inaplicación sistemática de los plazos de prescripción [GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Solidaridad impropia y seguro de responsabilidad civil*, Fundación MAPFRE, Madrid, 2010, p.121].

⁶ Muy discutida es la vigencia de otras pretendidas diferencias entre el régimen de la responsabilidad contractual y el de la extracontractual.

De modo sucinto, cabe destacar fundamentalmente al respecto que, en el caso de intervención de una pluralidad de agentes con concurrencia causal en la producción del hecho dañoso sin que existan elementos que permitan diferenciar la responsabilidad de cada uno de ellos, la correspondiente responsabilidad poseerá carácter solidario en el ámbito extracontractual (así, por ejemplo, DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños...* cit., pp. 163-168; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., op. cit., pp. 206-216; y ROCA, E. y NAVARRO, M., op. cit., pp. 47 y 225-228; en sentido crítico, YZQUIERDO, M., en Reglero y Busto [coord.], *Tratado de responsabilidad civil*, I, 5ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 1136-1137), según una reiterada doctrina jurisprudencial fundada principalmente en la adecuada protección de la víctima, ya que al perjudicado no se le puede exigir una indagación exhaustiva acerca de cuál de los agentes participantes resulta responsable del evento dañoso (entre otras muchas, STS, 1ª, de 3 de marzo de 2015, RJ 2015/712; de 17 de diciembre de 2008, RJ 2008/5517; de 16 diciembre de 2008, RJ 2008/6983; de 31 enero de 2007, RJ 2007/2552; de 8 de marzo de 2006, RJ 2006/1076; de 29 de mayo de 2003, RJ 2003/3913; de 18 de julio de 2002, RJ 2002/6257; y de 7 de marzo de 2002; RJ 2002/4151; en general, el Tribunal Supremo destaca especialmente la inexistencia de un litisconsorcio pasivo necesario en tales casos y la vigencia de una situación de solidaridad impropia, determinante de que la interrupción de la prescripción producida en relación con uno sólo de los responsables solidarios no alcance a los demás, por considerarse, según el Acuerdo de la Junta General de los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, celebrada el día 27 de marzo de 2003, que la regla prevista en el art. 1.974, párr. 1º, CC sólo resulta aplicable a los casos de solidaridad propiamente dicha; sobre el tema, REGLERO, L. F., en Reglero y Busto [coord.], *Tratado...* I cit., pp. 1292-1307). En cambio, en el campo contractual la responsabilidad deberá considerarse, como regla general, mancomunada (ex arts. 1.137 y 1.138 CC), salvo declaración legal expresa que establezca la solidaridad (así, por ejemplo, art. 1.748 CC).

Por otro lado, suele ponerse de manifiesto igualmente que en la responsabilidad contractual es posible la graduación convencional de la culpa, lo que se dice que no cabe en la extracontractual, aunque propiamente lo más exacto resulta la mera constatación de que esta última eventualidad no suele darse en la práctica, a pesar de ser perfectamente admisible al amparo del principio de autonomía de la voluntad, dado que realmente un pacto de la especie descrita no se encuentra prohibido [en general, sobre el tema, entre otros, DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños...* cit., pp. 258-262; NAVARRO, I. A. y VEIGA, A. B., op. cit., pp. 64-67; REGLERO, L. F., en Reglero y Busto [coord.], *Tratado...* I cit., pp. 160-166 y 189-203; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., op. cit., pp. 121-124; BLANCO GÓMEZ, J. J., op. cit., pp. 29-43; CAVANILLAS, S., en Cavanillas y Tapia, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, pp. 19-57; y ROCA, E. y NAVARRO, M., op. cit., pp. 47-49].

⁷ En general, sobre el asunto, entre otros, DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños...* cit., pp. 262-268; CAVANILLAS, S., en Cavanillas y Tapia, op. cit., pp. 51-161; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., op. cit., pp. 127-133; NAVARRO, I. A. y VEIGA, A. B., op. cit., pp. 81-84; BLANCO GÓMEZ, J. J., op. cit., pp. 57-126 y 143-173; y ROCA, E. y NAVARRO, M., op. cit., pp. 47-53.

⁸ En numerosas veces, desde los principios de la unidad de la culpa civil y la yuxtaposición de responsabilidades contractual y extracontractual, el Tribunal Supremo ha venido declarando que lo único vinculante para el juzgador, desde el punto de vista de la congruencia, son los hechos de la demanda, gozando en cambio de libertad para encuadrar la conducta del demandado en la culpa contractual o en la extracontractual, por corresponder a sus facultades de aplicación de la norma pertinente conforme al principio *iura novit curia*. El razonamiento enunciado suele invocarse, por lo común, cuando el actor concreta de manera inadecuada su pretensión de resarcimiento [así, por ejemplo, STS, 1ª, de 15 de junio de 1996, RJ 1996/4774; de 18 de febrero de 1997, RJ 1997/1240; de 6 de mayo de 1998, RJ 1998/2934; de 9 de junio de 1988, RJ 1998/3717; de 24 de julio de 1998, RJ 1998/6141; de 16 de octubre de 1998, RJ 1998/7565; de 28 de diciembre de 1998, RJ 1998/10161; de 8 de abril de 1999, RJ 1999/2660; de 24 de diciembre de 1999, RJ 2000/1612; de 7 noviembre de 2000, RJ 2000/8678; de 29 de diciembre de 2000, RJ 2000/9445; de 3 de diciembre de 2001, RJ 2001/9856; de 23 de diciembre de 2004, RJ 2005/82; de 30 de marzo de 2006, RJ 2006/5291; de 22 de octubre de 2007, RJ 2007/8633; y de 18 julio de 2008, RJ 2008/4720].

En cambio, en otras ocasiones los tribunales se han limitado únicamente a un acogimiento matizado de la teoría de la unidad de la culpa civil. En este sentido, por más que en términos generales se sostenga que el perjudicado puede alternativamente optar por la acción para exigir la responsabilidad contractual o por la ordenada a la exacción de la extracontractual (con el efecto de que, en virtud del principio *iura novit curia*, no quepa desestimar una pretensión de resarcimiento por culpa civil so pretexto de que el fundamento jurídico aplicable a los hechos sea la responsabilidad contractual, en vez de la extracontractual, o viceversa), se ha señalado que, en el caso de que se produzcan consecuencias diversas por aplicación de uno u otro régimen jurídico cuyas diferencias sea relevantes y los elementos de la pretensión permitan determinar la naturaleza de la acción con carácter indiscutible, es admisible calibrarla con exactitud, diferenciadamente y con efectos excluyentes, con el fin de aplicar la disposición pertinente [así, entre otras, STS, 1ª, de 13 de marzo de 2008, RJ 2008/4349; y de 7 de octubre de 2010, RJ 2010/7314]. O cuando se ha circunscrito la aplicación del principio de la unidad de la culpa civil exclusivamente a determinados daños, al ponerse de manifiesto que “[E]s aplicable el régimen de la responsabilidad extracontractual, aunque exista relación obligatoria previa, cuando el daño no haya sido causado en la estricta órbita de lo pactado por tratarse de daños ajenos a la naturaleza del negocio aunque hayan acaecido en la ejecución del mismo. (...) Por el contrario, es aplicable el régimen contractual cuando en un determinado supuesto de hecho la norma prevé una consecuencia jurídica específica para el incumplimiento de la obligación. No cabe excluir la existencia de zonas mixtas, especialmente cuando el incumplimiento resulta de la reglamentación del contrato, pero se refiere a bienes de especial

importancia, como la vida o integridad física, que pueden considerarse objeto de un deber general de protección que puede traducirse en el principio llamado a veces doctrinal y jurisprudencialmente de unidad de la culpa civil" (por ejemplo STS, 1ª, de 22 de diciembre de 2008, RJ 2009/162; y de 30 de mayo de 2014, RJ 2014/4217).

A la tesis sucintamente expuesta suele oponerse, como principal reparo, que incurre en un palmario desconocimiento de la vigencia de dos regímenes diferentes de responsabilidad civil en nuestro Ordenamiento (el relativo a la contractual, de un lado, y el referido a la extracontractual, de otro), que obedecen a fundamentos igualmente diversos (DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños...* cit., pp. 263-264). Cuestión distinta es, obviamente, el juicio negativo que para un sector de la doctrina merece semejante estado de cosas, que ha llevado a postular, *de lege ferenda*, la unificación del régimen de ambos tipos de responsabilidad (así, por ejemplo, REGLERO, L. F., en Reglero y Busto [coord.], *Tratado...* I cit., p. 167; recientemente, sobre el tema, YZQUIERDO, M., en Pirozzi e Yzquierdo, *Los problemas de delimitación entre responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual, en los sistemas español e italiano*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2016, pp. 138-143).

En fin, no cabe desconocer que la previsión de un diferente plazo de prescripción para la responsabilidad contractual y para la extracontractual, puesto anteriormente de manifiesto (v., especialmente, arts. 1.964 y 1.968.2º CC), ha ejercido una destacada influencia en el desarrollo y difusión de la llamada teoría del concurso de normas. En este sentido, por ejemplo, la STS, 1ª, de 12 febrero 2000 (RJ 2000/820) tuvo ocasión de señalar, con anterioridad a la modificación de la regulación de la materia operada por medio de la antedicha Ley 42/2015, que "[...] plazos tan dispares que, incomprensiblemente, se mantienen en nuestro Derecho positivo y que, sin duda, producen una incesante polémica aplicatoria por las lógicas tensiones que emergen de las explicables aspiraciones de los afectados que ante el temor de padecer ese severísimo plazo anual, pretenden gozar del también desmesurado de 15 años, suplantando con frecuencia acciones extracontractuales (por acciones) evidentes acomodaticias contractuales con la consiguiente diatriba de su acogimiento jurisprudencial, semilla, tal vez, de la discutible tesis de la unidad de culpa civil [...]". Como señala DOMINGUEZ LUELMO, A., op. cit., pp. 127-131, 171 y 282, esta diferencia de plazos ha propiciado que la jurisprudencia adopte posturas de lo más dispares, en función de la justicia del caso concreto.

⁹ En el sentido indicado, por ejemplo, STS, 1ª, de 30 de diciembre de 1980 (RJ 1980/4815); de 18 de octubre de 1983 (RJ 1983/5332); de 6 de octubre de 1992 (RJ 1992/7529); de 8 de febrero de 2000 (RJ 2000/840); de 26 de septiembre de 2000 (RJ 2000/8126); y de 27 de octubre de 2005 (RJ 2005/7357).

La objeción más grave formulada contra el sistema opcional consiste en que no puede funcionar adecuadamente en aquellos casos, que se dan con cierta frecuencia, en los que el régimen contractual, que es el querido por las partes, contiene reglas de específica distribución de los riesgos derivados de la ejecución del contrato o, incluso, criterios propios sobre el reparto de los daños (DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños...* cit., pp. 266-267; en idéntica línea, LACRUZ, J. L. *et alii*, op. cit., p. 231). Asimismo, se ha puesto de manifiesto que, no obstante constituir el derecho de opción una solución aceptable para los casos fronterizos, el seguimiento de dicho planteamiento no debe servir para liberar al órgano jurisdiccional de su inexcusable función de calificar jurídicamente los hechos de forma correcta, por mucho que el resultado termine siendo idéntico (REGLERO, L. F., en Reglero y Busto [coord.], *Tratado...* I cit., pp. 181-189).

¹⁰ Así, entre otras, STS, 1ª, de 4 de junio de 2004 (RJ 2004/3985); de 20 de junio de 2006 (RJ 2006/4608); de 31 de octubre de 2007 (RJ 2007/6815); de 22 de diciembre de 2008 (RJ 2009/162); y de 30 de mayo de 2014 (RJ 2014/4217).

Al efecto se señala que no es la misma la situación en que se encuentra quien ha comprometido su actividad o el resultado de ella frente a otro y que, como consecuencia de este compromiso aceptado, se encuentra en una tesitura que le coloca notoriamente ante un tipo de deberes, que la de quien causa un daño a otro sin previa relación jurídica ni especial compromiso

(DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños...* cit., p. 264). Con todo, por lo que respecta a su aplicación al caso concreto, no cabe ignorar las graves dificultades que en no pocas ocasiones se suscitan al tiempo de relacionar un determinado daño con una u otra clase de responsabilidad civil, por más que en el plano teórico exista una extendido consenso en que, si el daño acaeció con ocasión de la prestación y no como consecuencia de la vulneración de los deberes derivados de aquella, entonces la responsabilidad es extracontractual, mientras que, si sucedió justamente al revés, es decir, el daño se originó como consecuencia de la violación de los mencionados deberes, y no de la ejecución de la prestación, la responsabilidad es contractual (LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., op. cit., 409-410). Por lo demás, debe dejarse constancia de una línea de pensamiento, que ha encontrado profundo arraigo en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, proclive a restringir el campo de la responsabilidad contractual para ampliar, en la misma medida, el de la responsabilidad aquiliana, con el principal argumento de que esta última debe aplicarse asimismo en los casos de daños extraños a la materia y al contenido del contrato, de modo que sólo el eventual incumplimiento de lo expresamente pactado generaría la consiguiente responsabilidad contractual (así, en el sentido de que es aplicable el régimen de la responsabilidad extracontractual, aunque exista relación obligatoria previa, cuando el daño no haya sido causado en la estricta órbita de lo pactado por tratarse de daños ajenos al negocio, aunque hayan acaecido en la ejecución del mismo, entre otras muchas, STS, 1ª, de 19 de junio de 1984, RJ 1984/3250; de 18 de diciembre de 1986, RJ 1986/7447; de 5 de julio de 1994, RJ 1994/5602; de 29 de diciembre de 2000, RJ 2000/9445; y de 4 de marzo de 2009, RJ 2009/1873).

Frente a la tesis expuesta, se sostiene acertadamente que los deberes accesorios derivados de la buena fe o de los usos de los negocios, como los de información y protección, son también deberes contractuales (art. 1.258 CC), cuya violación ocasionará, en consecuencia, la correspondiente responsabilidad contractual (DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños...* cit., p. 265; y ROCA, E. y NAVARRO, M., op. cit., pp. 51-52; en el sentido indicado asimismo STS, 1ª, de 10 de septiembre de 2007, RJ 2007/4963).

¹¹ Para una exposición general de los llamados casos fronterizos o zonas grises entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual, entre otros, DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños...* cit., pp. 250-262; BLANCO GÓMEZ, J. J., op. cit., pp. 127-141; y REGLERO, L. F., en Reglero y Busto (coord.), *Tratado...* I cit., pp. 168-181.

¹² DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños...* cit., p. 262; y REGLERO, L. F., en Reglero y Busto (coord.), *Tratado...* I cit., p. 201.

¹³ DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños...* cit., pp. 258-259; y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., op. cit., pp. 127-153.

¹⁴ GIMENO, V., *Derecho Procesal Civil. I. El proceso de declaración. Parte general*, UNED, Madrid, 2015, pp. 650-655; ORTELLS, M. *et alii*, *Derecho Procesal Civil*, 14ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 382-389; ARMENTA, T., *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, 8ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 236-239; y MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. C., BARONA, S. y CALDERÓN, M. P., *Derecho Jurisdiccional, II, Proceso Civil*, 23ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 392-395.

¹⁵ En general, en el sentido indicado, entre otros, GIMENO, V., *Derecho Procesal Civil. I...* cit., pp. 240-243; ORTELLS, M. *et alii*, op. cit., pp. 217-230; DE LLERA, E. en Gutiérrez-Alviz (dir.), *Exposición de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 116-148; MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. C., BARONA, S. y CALDERÓN, M. P., op. cit., pp. 155-162; y BLANCO LÓPEZ, J., en Gutiérrez Barrenengoa y Larena (dir.), *El proceso civil. Parte general, el juicio verbal y el juicio ordinario*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 166. Y, en relación con la concreta cuestión aquí examinada, DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños...* cit., pp. 258-262; PANTALEÓN, A. F., en *Comentario...* cit., pp. 1978-1981; DE ÁNGEL, R., *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993, p. 41.; REGLERO, L. F., en Reglero y Busto (coord.), *Tratado...* I cit., pp. 223-239; y LÓPEZ

Y LÓPEZ, A. M., op. cit., p. 410, quien subraya que no puede confundirse la pretensión en sentido procesal (que considera formada por la suma de la *causa petendi*, concebida como la relación de hechos que sirven de soporte a la demanda, y el *petitum*, definido del modo señalado en el texto) y la pretensión en sentido material (entendida como la razón jurídica de pedir: derecho subjetivo, facultad, interés legítimo...).

En cambio, ARMENTA, T., *Lecciones de Derecho Procesal Civil...* cit., pp. 115-118, señala que la Ley 1/2000 no se decanta por ninguna de las construcciones confrontadas, mientras que se inclinan por la tesis de la individualización, entre otros, DE LA OLIVA, A., en de la Oliva y Díez-Picazo, I., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, pp. 50-59; y TAPIA, I., *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa Juzgada*, La Ley, Madrid, 2000, p. 10. Y, por lo que concierne al concreto asunto aquí analizado, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., op. cit., pp. 142-153; y TAPIA, I., en Cavanillas y Tapia, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, pp. 234-238.

¹⁶ En la cuestión examinada ha tenido oportunidad de terciar asimismo el propio Tribunal Constitucional, dado que la incursión en el vicio de incongruencia es susceptible de producir una violación del principio de contradicción y del derecho fundamental de defensa (art. 24 CE). Tal circunstancia ha propiciado la existencia de una serie de relevantes pronunciamientos sobre la materia, que no ha terminado de traducirse en una toma de posición rotunda y categórica sobre la espinosa cuestión examinada, que permanece instalada aún en una suerte de penumbra jurídica (sobre el tema, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., op. cit., pp. 138-141; REGLERO, L. F., en Reglero y Busto [coord.], *Tratado...* I cit., pp. 221-222; y TAPIA, I., en Cavanillas y Tapia, op. cit., pp. 211-214).

En este sentido, por lo que aquí fundamentalmente interesa (que es la incongruencia por exceso o *extra petitum*, la cual se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido, o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes, e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en los que las partes formularon sus pretensiones), tiene declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional que “[...] la congruencia de la resolución judicial «es plenamente compatible con el principio *iura novit curia*» [STC 112/1994, fundamento jurídico 7.º], ya que los órganos jurisdiccionales no están obligados a ajustarse en los razonamientos que les sirven para motivar sus fallos a las alegaciones jurídicas aducidas por las partes [SSTC 111/1991, 144/1991, 59/1992 y 88/1992], pudiendo basar su decisión en otras normas distintas si aprecian que son éstas las aplicables al caso; al igual que pueden aplicar, ex officio iudicis, las normas relativas a los presupuestos procesales [SSTC 77/1986 y 61/1989]. Pero es igualmente evidente que cuando el órgano jurisdiccional aprecie que es otra la norma aplicable, ello no le permite en modo alguno modificar la causa petendi y, a través de ella, alterar de oficio la acción ejercitada [SSTC 166/1993 y 122/1994, con referencia a las SSTC 211/1988, 144/1991 y 43/1992]; pues si tras haberse ejercitado una acción y producido una defensa frente a ella el órgano judicial estimase otra acción diferente, la resolución judicial se habría dictado sin oportunidad de debate ni de defensa sobre el punto en que ahora viene a situar el juzgador el *thema decidendi* (STC 20/1982), vulnerando el principio de contradicción en el proceso” (STC 222/1994, de 18 julio, v. igualmente STC 29/1999, de 8 marzo).

En línea con lo anterior, se ha señalado asimismo que “[L]a incongruencia *extra petitum* constituye siempre una infracción del principio dispositivo y de aportación de las partes que impide al órgano judicial, en los procesos presididos por estos principios, pronunciarse sobre aquellas pretensiones que no fueron ejercitadas por las partes, al ser éstas las que, en su calidad de verdaderos *domini litis*, conforman el objeto del debate o *thema decidendi* y el alcance del pronunciamiento judicial. Este deberá adecuarse a lo que fue objeto del proceso, delimitado, a tales efectos, por los sujetos del mismo [partes], por lo pedido [*petitum*] y por los hechos o realidad histórica que le sirve como razón o causa de pedir [causa petendi]. Todo lo cual no comporta que el Juez deba quedar vinculado rígidamente al tenor de los concretos pedimentos articulados por las partes en sus respectivos escritos forenses o a los razonamientos o alegaciones jurídicas esgrimidas en su apoyo. Por un lado el

principio iura novit curia permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque no hayan sido invocadas por los litigantes; y, por otro lado, el órgano judicial sólo está vinculado por la esencia de lo pedido y discutido en el pleito, y no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formalmente solicitadas por los litigantes, de forma que no existirá la incongruencia extra petitum cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una pretensión que, aun cuando no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso (por todas, SSTC 9/1998, de 13 de enero, F. 2; 15/1999, de 22 de febrero, F. 2; 134/1999, de 15 de julio, F. 9; 172/2001, de 19 de julio, F. 2; 130/2004, de 19 de julio, F. 3)” (STC 250/2004 de 20 diciembre).

¹⁷ PANTALEÓN, A. F., en *Comentario...* cit., p. 1978. En cambio, para DOMÍNGUEZ LUELMO, A., op. cit., pp. 158-169, la *causa petendi* es distinta en la responsabilidad contractual y en la extracontractual atendida la circunstancia de que aquella está constituida no sólo por los hechos que fundamentan la pretensión, sino también por el título jurídico que justifica la solicitud de tutela que se realiza, que no debe confundirse con las citas legales que las partes efectúan en sus escritos, las cuales no vinculan al órgano jurisdiccional de conformidad con el principio *iura novit curia*. De todo lo cual concluye el mencionado autor que, por tratarse de acciones distintas, no puede el juzgador resolver libremente un supuesto de responsabilidad contractual como de responsabilidad extracontractual, o viceversa, según le parezca conveniente o equitativo. En definitiva, en caso de que un asunto pueda dar lugar a ambos tipos de responsabilidades, el demandante deberá elegir si ejercita una u otra acción (la ordenada a la exigencia de la responsabilidad contractual o la extracontractual), o ambas, de acuerdo con las normas procesales aplicables sobre acumulación de acciones (arts. 71.4 y 399.5 LEC). De darse el caso de que sólo se ejerciera una acción y no concurrieran sus presupuestos o aquella hubiera prescrito, el juez debería desestimar la demanda, sin que existiera la posibilidad de resolver el asunto desde la perspectiva de la acción no ejercitada.

¹⁸ REGLERO, L. F., en Reglero y Busto (coord.), *Tratado...* I cit., p. 223, para quien habrá indefensión cuando, disponiendo el demandado de elementos de defensa en la acción no ejercitada, no los hubiera utilizado precisamente por no ser necesario, lo que presupone, en lo fundamental, que aceptó la vía utilizada por el demandante con independencia de que la considerara o no la adecuada. Así, por ejemplo, ha llegado a señalarse que “[...] si el requisito de la congruencia se aborda desde una perspectiva constitucional parece que lo decisivo es que el demandado no sufra indefensión para, así, respetar lo que dispone el artículo 24.1 de la Constitución, indefensión que podría darse sobre todo si, fundada la acción en el artículo 1902 del Código Civil y siendo por tanto aplicable el plazo de un año conforme al artículo 1968.2º del mismo Cuerpo legal, el demandado se defendiera únicamente de su culpa extracontractual oponiendo dicho plazo de prescripción y, sin embargo, se viera luego sorprendido por una sentencia que rechazase su aplicabilidad para, en cambio, considerar aplicable el de quince años del artículo 1964 del Código Civil por encuadrar el caso en la responsabilidad contractual” (STS, 1ª, de 23 diciembre de 2004, RJ 2005/82; sobre el tema, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., op. cit., pp. 143-144, y REGLERO, L. F., en Reglero y Busto (coord.), *Tratado...* I cit., pp. 227-228).

¹⁹ DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños...* cit., p. 268. En razón de lo expuesto concluía PANTALEÓN, A. F., en *Comentario...* cit., p. 1981, que la tesis de la no acumulación debería ser la preferida en tanto viniera a aplicarse la llamada tesis sustancialista en materia procesal (lo que produce, a la postre, resultados prácticamente coincidentes con los que se obtendrían de seguirse la teoría de la concurrencia de normas, según REGLERO, L. F., en Reglero y Busto (coord.), *Tratado...* I cit., p. 181), porque, en la medida que este último extremo resultara controvertido, no podría criticarse al tribunal que utilizase la tesis opuesta por razones (tan sólo) de economía procesal. Para un detallado enfoque diferente, sustentado en la teoría de la individualización, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., op. cit., pp. 168-189.

²⁰ Precisamente las circunstancias apuntadas determinan que las lagunas de un sistema hayan de colmarse, con las naturales cautelas, mediante la invocación de las reglas establecidas para el otro. Así, por ejemplo, LACRUZ, J. L. *et alii*, op. cit., pp. 229-230, que subrayan asimismo la necesidad de un estudio unitario de ambos tipos de responsabilidad, o YZQUIERDO, M., *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 83-85, para quien los presupuestos que tradicionalmente se han dicho propios de la responsabilidad civil extracontractual son también comunes a la responsabilidad contractual. En la línea expresada, se ha indicado igualmente que las diferencias existentes entre la responsabilidad contractual y la extracontractual son más bien accesorias (NAVARRO, I. A. y VEIGA, A. B., op. cit., p. 67).

²¹ En relación con el debatido problema de la consideración de la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad extracontractual, entre otros, PANTALEÓN, A. F., en *Comentario...* cit., pp. 1993-1995; LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., op. cit., pp. 446-451; REGLERO, L. F., en Reglero y Busto (coord.), *Tratado...* I cit., pp. 76-81; YZQUIERDO, M., *Sistema...* p. 110; y ROCA, E. y NAVARRO, M., op. cit., pp. 32-33.

²² DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños...* cit., p. 351; LACRUZ, J. L. *et alii*, op. cit., p. 228; ROCA, E. y NAVARRO, M., op. cit., cit., 93-94; y LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., op. cit., p. 421. Últimamente, para una revisión de dichas ideas en el ámbito de la responsabilidad civil contractual, RODRÍGUEZ-ROSA-DO, B., "Los sistemas de responsabilidad contractual: entre la responsabilidad por culpa y la *strict liability*", *RDC*, núm. 4, 2014, pp. 155-187. De igual modo, se postula un replanteamiento general del fundamento de la responsabilidad extracontractual por considerarse que lo decisivo, a la hora de la imputación de un determinado daño, no debe ser tanto la conducta culpable de su causante, cuanto si media una razón suficiente que justifique que sea la víctima quien haya de soportarlo (así, por ejemplo, REGLERO, L. F., en Reglero y Busto [coord.], *Tratado...* I cit., pp. 71-76, que sigue la pauta marcada por JANSEN, N., "Estructura de un derecho europeo de daños. Desarrollo histórico y dogmática moderna", *InDret*, núm. 2, 2003, especialmente, pp. 21-23).

²³ En general, sobre los diversos modelos de responsabilidad civil en razón de las finalidades perseguidas, LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., op. cit., pp. 416-417.

²⁴ En el sentido indicado el Tribunal Supremo tiene reiteradamente declarado de manera particular que la atribución de responsabilidad en el plano extracontractual requiere, como regla general, la presencia siquiera de un mínimo reproche culpabilístico. Como compendio de la doctrina sobre la materia mantenida por el Tribunal Supremo, puede verse últimamente la STS, 1ª, de 3 de diciembre de 2015 (RJ 2016/135), que tuvo ocasión de poner de manifiesto lo siguiente: "La jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1.902 CC (SSTS 6 de septiembre de 2005, RJ 2005/6745; 17 de junio de 2003, RJ 2003/5646; 10 de diciembre de 2002, RJ 2002/10724; 6 de abril de 2000 y, entre las más recientes, 10 de junio de 2006 y 11 de septiembre de 2006; 5 de abril de 2010, RJ 2010/4034; y 22 de septiembre de 2005, RJ 2005/8870), y ha declarado que la objetivación de la responsabilidad civil no se adecua a los principios que informan su regulación positiva. La aplicación de la doctrina del riesgo, cuya entidad está en consonancia con la importancia de los daños que pueden ocasionarse, se traduce en una acentuación de la diligencia exigible para adoptar las medidas que eviten los accidentes con consecuencias dañosas para las personas o las cosas, en una posición procesal más gravosa en el ámbito probatorio y una cierta presunción de culpabilidad o reproche culpabilístico, que facilitan las reclamaciones de los perjudicados debilitando la respuesta exculpatoria de la entidad titular del servicio (STS 28 de julio 2008, RJ 2008/7253). La responsabilidad de tipo subjetivo es el sistema común de responsabilidad, o lo que es lo mismo, la responsabilidad extracontractual responde al principio de la culpa del autor del daño, no convirtiéndose en objetiva por la facilitación de la prueba, ya que como afirmaba la sentencia de 27 enero 1987, si ello fuera así, "[s]e caería en una responsabilidad por el resultado, propia de épocas primitivas, y que no puede por sí sola servir de base a aquella responsabilidad por creación de riesgos o peligros (...)" (STS 7 de enero 2008, RJ 2008/2000). Se requiere la concurrencia del elemento

subjetivo de culpa, lo que se ha venido llamando un reproche culpabilístico, que sigue siendo básico en nuestro ordenamiento, a tenor de lo preceptuado en el artículo 1.902 CC, el cual no admite otras excepciones que aquellas que se hallen legalmente previstas en la ley [SSTS de 3 abril 2006, RJ 2006/1916; 23 de mayo 2008 RJ 2008/3169]”.

²⁵ En general, sobre el tema, ROCA, E. y NAVARRO, M., op. cit., pp. 260-274 y 306-324; NAVARRO, I. A. y VEIGA, A. B., op. cit., pp. 269-278; y REGLERO, L. F., en Reglero y Busto (coord.), *Tratado...* I cit., pp. 265-296.

Sin ánimo exhaustivo, entre los supuestos de responsabilidad civil objetiva, cabe citar la responsabilidad por los daños causados por animales (art. 1.905 CC); la responsabilidad por los llamados daños nucleares (art. 4 Ley 12/2011, de 27 de mayo, de responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos); y la vigente en el ámbito de la navegación aérea (v. art. 120 Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea).

En cambio, en otros casos debe hablarse más bien de una responsabilidad cuasiobjetiva, como sucede, por ejemplo, en los casos de daños ocasionados por la caza (arts. 1.906 CC y 33 Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza); en la llamada responsabilidad del propietario, que engloba realmente un variado conjunto de supuestos (responsabilidad por la ruina de los edificios de que sean dueños, por explosiones e inmisiones y por la caída de árboles), respecto de los cuales se discute la naturaleza de la responsabilidad en cada caso consagrada (v. arts. 1.907 y 1.908 CC, a los que debe agregarse el art. 1.909 CC, donde se establece la responsabilidad añadida de los técnicos frente a terceros por defectos de la construcción, así como el art. 1.910 CC, en el que se señala la responsabilidad del cabeza de familia que habita una casa o parte de ella por los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma); en los daños causados a las personas por los vehículos a motor (art. 1.1 TRLRCSCVM); en la responsabilidad civil derivada de daños por contaminación sufridos en las costas y los espacios marítimos españoles, que proceda de buques, embarcaciones, artefactos navales y plataformas fijas (arts. 386 y 387 LNM); o en la responsabilidad por productos defectuosos (arts. 128 a 146 Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre).

²⁶ LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., op. cit., pp. 429-434; ROCA, E. “El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo español”, *Indret*, núm. 4, 2009, pp. 5-10; ROCA, E. y NAVARRO, M., op. cit., pp. 261-263; REGLERO, L. F., en Reglero y Busto (coord.), *Tratado...* I cit., pp. 278-286; y NAVARRO, I. A. y VEIGA, A. B., op. cit., pp. 269-278.

²⁷ BADOSA, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, pp. 664-670; LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., op. cit., p. 421; y LACRUZ, J. L. *et alii*, op. cit., p. 228.

²⁸ Así, entre otros, DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños...* cit., pp. 360-361; LACRUZ, J. L. *et alii*, op. cit., pp. 507-508; YZQUIERDO, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 241; ROCA, E. y NAVARRO, M., op. cit., pp. 97-99; y NAVARRO, I. A. y VEIGA, A. B., op. cit., pp. 260-261; en contra, por ejemplo, LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., op. cit., pp. 422-425.

²⁹ Por ejemplo, DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños...* cit., pp. 352-367; LACRUZ, J. L. *et alii*, op. cit., pp. 234-237 y 506-512; NAVARRO, I. A. y VEIGA, A. B., op. cit., pp. 254-261; y LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., op. cit., p. 421-429.

³⁰ Entre otros, BADOSA, F., *La diligencia...* cit., pp. 735-744; LACRUZ, J. L. *et alii*, op. cit., p. 235; YZQUIERDO, M., *Responsabilidad civil extracontractual...* cit., p. 241; ROCA, E. y NAVARRO, M., op. cit., p. 100; y NAVARRO, I. A. y VEIGA, A. B., op. cit., p. 254. Con todo, debe hacerse notar que, en materia de responsabilidad civil extracontractual, se considera, como regla general, que impera el modelo de la culpa levisima, pues el Tribunal Supremo viene exigiendo de forma insistente la necesidad de extremar el cuidado exigible hasta alcanzar el agotamiento de la diligencia (por

todos, ALBALADEJO, M., *La responsabilidad por culpa extracontractual levísima*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2000, *passim*).

³¹ El dolo y la culpa grave constituyen comportamientos sustancialmente distintos, cuya equiparación sólo procederá cuando expresamente se prevea, lo que suele obedecer generalmente a la dificultad insita que presenta la prueba de la actuación maliciosa (LACRUZ, J. L. *et alii*, op. cit., p. 234; PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Comares, Granada, 2002, p. 439; e YZQUIERDO, M., *Responsabilidad civil extracontractual...* cit., pp. 256-258; en general, sobre el tema, CARRASCO, A., en Albaladejo [dir.], *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XV, Vol. 1º, Edersa, Madrid, 1989, pp. 470-475).

³² LACRUZ, J. L. *et alii*, op. cit., pp. 233-234 y 505; BADOSA, F., en Paz-Ares, Díez-Picazo, Berco-vitz, R. y Salvador Coderch (dir.), *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 59-62; Díez-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, 6ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 748-752; CARRASCO, A., en Albaladejo (dir.), *Comentarios...* cit., pp. 450-457 y 750, y *Derecho de contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 1266; YZQUIERDO, M., *Responsabilidad civil extracontractual...* cit., pp. 255-256; y NAVARRO, I. A. y VEIGA, A. B., op. cit., p. 263.

³³ Díez-Picazo, L., *Fundamentos...* II cit., pp. 754-755; LACRUZ, J. L. *et alii*, op. cit., pp. 239-240 y 505; BADOSA, F., en *Comentario...* cit., p. 38; y CARRASCO, A., en Albaladejo (dir.), *Comentarios...* cit., pp. 464-469.

³⁴ Por todos, MIR, S., *Derecho Penal. Parte General*, 2ª reimp. de la 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2016, p. 148.

³⁵ Entre otros, LACRUZ, J. L. *et alii*, op. cit., pp. 488-489; NAVARRO, I. A. y VEIGA, A. B., op. cit., pp. 22-26; ROCA, E. y NAVARRO, M., op. cit., pp. 60-61; ALASTUEY, C. en Gómez Tomillo (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 444; MAPELLI, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 457-460; y MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 657-659. Con todo, debe reseñarse que en la actualidad se va abriendo paso la tendencia a contemplar la reparación del daño causado como una de las exigencias que impone una adecuada consideración de la víctima (y no sólo del delincuente) como uno de los protagonistas centrales del delito. E incluso se señala que parece aconsejable ir más lejos y permitir la sustitución de penas pecuniarias o de otro tipo por prestaciones de reparación a la víctima (MIR, S., op. cit., p. 49; en la línea indicada cabe destacar la incidencia que tiene la reparación del daño sobre la propia responsabilidad penal, QUINTERO, G., en Quintero, Cavanillas y de Llera, *La responsabilidad civil ex delicto*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 33-37; y FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., *La intervención de la víctima en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 395-406). Tales circunstancias han llevado a afirmar que la responsabilidad civil delictual constituye un arma político-criminal, que permite cuestionar la naturaleza única y exclusivamente civil de esta responsabilidad (HORTAL, J. C., "La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil ex delicto: o cómo resolver la cuadratura del círculo", *InDret*, núm. 4, 2001, pp. 13-17).

³⁶ En el sentido indicado en el texto, aunque "[S]on delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley" (art. 10 CP), "[L]as acciones u omisiones imprudentes sólo se castigará cuando expresamente lo disponga la Ley" (art. 12 CP): así, por ejemplo, el homicidio imprudente (art. 142 CP).

Por otro lado, la observación tradicionalmente realizada por nuestra mejor doctrina de que, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, los actos que sean a la vez dolosos, dañosos y no punibles penalmente existen en número muy limitado (así, por ejemplo, LACRUZ, J. L. *et alii*, op. cit., pp. 505-506; e YZQUIERDO, M., *Responsabilidad civil extracontractual...* cit., p. 256), debe ponerse en la actualidad en entredicho como consecuencia de la supresión de las faltas

(que históricamente se regulaban en el Libro III del Código Penal) operada por medio de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Con todo, ha de reseñarse que, en puridad, la aludida eliminación no ha revestido un carácter absoluto, pues algunas de las conductas anteriormente tipificadas como faltas se han incorporado al Libro II del Código Penal, de suerte que en el régimen vigente se encuentran contempladas como constitutivas de delitos leves. Sea como fuere, resulta incuestionable la reducción de comportamientos punibles habida en el orden penal, que se dice orientada por el principio de intervención mínima. Con ello se pretende conseguir una disminución relevante del número de asuntos menores conocidos por la jurisdicción penal, desde la convicción de que la mayor parte de dicha clase de cuestiones puede encontrar adecuada respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles.

Por otro lado, la responsabilidad penal originada por una conducta imprudente posee en la actualidad un marcado carácter excepcional, pues, como se indicó más arriba, “[L]as acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley” (art. 12 CP; sobre el tema, entre otros, GIL GIL, A., en Gómez Tomillo [dir.], *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 96-103, MIR, S., op. cit., pp. 293-294; y SANZ-DÍEZ DE ULZURRUM, M., *Dolo e imprudencia en el Código penal español: análisis legal y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 159-160 y 165-175, quien destaca que la imprudencia se sanciona penalmente de forma expresa y en régimen de *numerus clausus*, lo que permite sostener la vigencia de una presunción legal de que los tipos penales son dolosos a menos que indiquen explícitamente otra cosa).

³⁷ Nótese que la responsabilidad civil *ex delicto* no tiene que identificarse necesariamente con la responsabilidad extracontractual, como entiende un cualificado sector de la doctrina (por ejemplo, DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños...* cit., p. 278; FONT SERRA, E., *La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal*, La Ley, Madrid, 1991, pp. 11-17; GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo II, vol. 1, Bosch, Barcelona, 1951, pp. 318-324; SÁINZ-CANTERO, M. B., *La reparación del daño ex delicto*, Comares, Granada, 1997, pp. 70-74; FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., op. cit., pp. 234-237; y ARNAIZ, A., *Las compañías aseguradoras en los procesos penal y contencioso-administrativo*, Fundación MAPFRE, Madrid, 2008, p. 10), ya que en ocasiones dicha responsabilidad debe calificarse, en rigor, como contractual, por constituir la propia conducta delictiva el incumplimiento de un contrato, como sucede señaladamente con el delito de apropiación indebida (v. arts. 253 y 254 CP; así, LACRUZ, J. L. *et alii*, op. cit., p. 229; SILVA SÁNCHEZ, J. M., “¿«ex delicto»? Aspectos de la llamada responsabilidad civil en el proceso penal”, *InDret*, núm. 3, 2001, pp. 8-9 y 11-12; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 13-22; y DE LLERA, E., “La responsabilidad civil y el proceso penal: los contenidos posibles de la responsabilidad civil «ex delicto»”, en Márquez de Prado [dir.], *Responsabilidad civil «ex delicto»*, Cuadernos de Derecho Judicial, XVI, Madrid, 2005, pp. 66-67, pero antes, DE LLERA, E., en Quintero, Cavanillas y de Llera, *La responsabilidad civil ex delicto*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 178-179).

³⁸ En idéntico sentido, la ordenación procesal penal establece que “[D]e todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible” (art. 100 LECrim), si bien debe llamarse la atención sobre el hecho de que la referencia a las faltas realizada en la norma reproducida ha quedado privada de sentido como consecuencia de la despenalización de este tipo de conductas operada por medio de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

³⁹ Entre otros muchos, DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños...* cit., pp. 269-273; PANTALEÓN, A. F., en *Comentario...* cit., p. 1973; MONTÉS, V. L., en Vives Antón [dir.], *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 573-574; LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., op. cit., p. 411; YZQUIERDO, M., en Reglero y Busto [coord.], *Tratado...* I cit., pp. 1107-1100; NAVARRO, I. A. y

VEIGA, A. B., op. cit., pp. 48-50; y DÍAZ ALABART, S., "La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela", *ADCiv*, 1987, pp. 798-800; *in extenso*, sobre la regulación de la materia en los distintos Códigos Penales habidos en nuestro país, ROIG, M., *La reparación del daño causado por el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 38-80.

⁴⁰ YZQUIERDO, M., en Reglero y Busto (coord.), *Tratado...* I cit., pp. 1110-1114; ROCA, E. y NAVARRRO, M., op. cit., p. 60; y QUINTERO, G., "La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea", en Márquez de Prado (dir.), *Responsabilidad civil «ex delicto»*, Cuadernos de Derecho Judicial, XVI, Madrid, 2005, p. 16; e incluso ha llegado a apuntarse irónicamente que la regulación dual de la responsabilidad civil en nuestro Ordenamiento obedece sencillamente al propósito de procurar la comodidad del juez penal al resolver sobre la responsabilidad criminal y la responsabilidad civil *ex delicto* mediante la utilización de un único cuerpo normativo, el Código Penal (YZQUIERDO, M., *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 36-38).

⁴¹ E incluso la reciente Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, ha procedido a la modificación de ciertos extremos de la regulación de la responsabilidad civil derivada del delito, mediante la nueva redacción que por su medio han recibido los artículos 109, 111, 116, 120 y 122 CP.

El mantenimiento de las normas sobre responsabilidad civil contenidas en el Código Penal es severamente reprobado por nuestra mejor doctrina, partidaria de la unificación de las normas sobre la responsabilidad civil mediante su concentración en el Código Civil: así, entre otros, DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños...* cit., p. 283; PANTALEÓN, A. F., en *Comentario...* cit., pp. 1973 y 1976; LACRUZ, J. L. *et alii*, op. cit., p. 490; YZQUIERDO, M., en Reglero y Busto (coord.), *Tratado...* I cit., pp. 1107-1110; MONTÉS, V. L., en Vives Antón (dir.), *Comentarios...* I cit., pp. 575-576; y FONT SERRA, E., *La acción civil...* cit., pp. 16-17; en cambio, a favor de la pervivencia del régimen dual característico del marco normativo vigente, por ejemplo, ALASTUEY, C., op. cit., p. 445; y QUINTERO, G., en Quintero, Cavanillas y de Llera, op. cit., pp. 26-27.

⁴² La expuesta en el texto, que es opinión unánime en la doctrina civilista, representa igualmente la orientación predominante dentro de la penalista: así, por ejemplo, QUINTERO, G., "La responsabilidad civil..." cit., pp. 18-20; MIR, S., op. cit., p. 50; y ALASTUEY, C., op. cit., 443-446.

⁴³ En la línea apuntada, ALASTUEY, C., op. cit., p. 446; ROCA, E. y NAVARRO, M., op. cit., p. 61; PEDRAZ, E., *Las medidas cautelares reales en el proceso penal ordinario español*, Trivium, Madrid, 1985, pp. 18-20; y QUINTERO, G., en Quintero, Cavanillas y de Llera, op. cit., pp. 41-42.

⁴⁴ En el sentido indicado, entre otros, DE LA OLIVA, A., en de la Oliva, Aragoneses, Hinojosa, Muerza y Tomé, *Derecho procesal penal*, 8ª ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2007, pp. 243-246; DE LLERA, E., en Quintero, Cavanillas y de Llera, op. cit., pp. 178-180; e YZQUIERDO, M., en Reglero y Busto (coord.), *Tratado...* I cit., pp. 1109-1110.

⁴⁵ Así, entre otros, GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios...* II, 1 cit., pp. 354-362; e YZQUIERDO, M., *Aspectos civiles...* cit., pp. 78-79; para un planteamiento diverso, CAVANILLAS, S., en Quintero, Cavanillas y de Llera, *La responsabilidad civil ex delicto*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 55-65.

⁴⁶ DE LLERA, E., "La responsabilidad..." cit., p. 57; ALASTUEY, C., op. cit., p. 449; PEDRAZ, E., op. cit., pp. 33-36; y CAVANILLAS, S., en Quintero, Cavanillas y de Llera, op. cit., pp. 51-53, quien subraya el carácter preferente de la restitución.

⁴⁷ Muy resumidamente cabe señalar que, frente a la tesis mantenida mayoritariamente por la doctrina tradicional de que las acciones civiles *ex delicto* habían de considerarse circunscritas a las acciones de condena basadas en supuestos de responsabilidad extracontractual (GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios...* II, 1 cit., p. 353; y FONT SERRA, E., *La acción civil...* cit., pp. 19-23), se ha ido abriendo paso progresivamente la opinión de que la mencionada identificación resulta

inexacta, por considerarse que pueden ejercerse asimismo las acciones civiles que contengan en su *causa petendi* los mismos hechos que estén en la base de la acción penal siempre que guarden relación directa con la lesión del bien jurídico protegido por el tipo penal, como pueden ser los casos, por ejemplo, de la acción reivindicatoria o la de nulidad de los negocios jurídicos que hayan sido el medio para la comisión del delito (*in extenso*, con una completa información sobre el estado de la cuestión, entre otros, DE LLERA, E., "La responsabilidad..." cit., pp. 70-99; NADAL, I., *El ejercicio de acciones civiles en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 105-109 y 128-191; YZQUIERDO, M., en Reglero y Busto [coord.], *Tratado...* I cit., pp. 1173-1185; JUAN SÁNCHEZ, R., *La responsabilidad civil en el proceso penal*, La Ley, Las Rozas, 2004, pp. 129-132; y LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., op. cit., pp. 29-39 y 67-164).

⁴⁸ Sobre el tema, entre otros, DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños...* cit., pp. 278-283; NAVARRO, I. A. y VEIGA, A. B., op. cit., pp. 50-58; NADAL, I., op. cit., pp. 29-37; ROCA, E. y NAVARRO, M., op. cit., pp. 66-67, 469-470 y 730; YZQUIERDO, M., en Reglero y Busto [coord.], *Tratado...* I cit., pp. 1119-1150; y ALASTUEY, C., op. cit., pp. 473-479.

⁴⁹ La Sala Civil del TS ha aplicado reiteradamente (v., entre otras, STS, 1ª, de 3 de marzo de 1988, RJ 1998/1548; de 7 de diciembre de 1989, RJ 1989/8806; de 1 de abril de 1990, RJ 1990/2684; de 19 de octubre de 1990, RJ 1990/7984; y de 27 de octubre de 2011, RJ 2012/1128) a las acciones de responsabilidad civil derivada de delito cometido por mayores de edad el plazo general de prescripción previsto para las acciones "personales que no tengan señalado término especial de prescripción" (art. 1964.2 CC, que inicialmente se encontraba fijado en quince años, para posteriormente haber quedado reducido, en fecha reciente, a cinco; sobre el tema, YZQUIERDO, M., *Aspectos civiles...* cit., pp. 62-63, y en Reglero y Busto [coord.], *Tratado...* I cit., pp. 1138-1146; CAVANILLAS, S., en Quintero, Cavanillas y de Llera, op. cit., pp. 135-136; JUAN SÁNCHEZ, R., "Nueva doctrina constitucional sobre la prescripción del delito y su incidencia en el ejercicio de la acción por responsabilidad civil *ex delicto*", *Indret*, núm. 1, 2009, pp. 9-13; ROCA, E. y NAVARRO, M., op. cit., pp. 79-80; y NADAL, I., op. cit., pp. 80-95). En este sentido ha de tenerse presente que el plazo de un año del artículo 1.968.2º CC sólo se considera aplicable a las obligaciones civiles que nacen del artículo 1.902 CC y de los delitos de injuria o calumnia (v. arts. 205 a 216 CP), aunque en el caso de que el delito o falta hubiera sido cometido por un menor inicialmente se entendiera igualmente aplicable, como excepción a la distinción trazada, el indicado lapso de un año [así, por ejemplo, STS, 1ª, de 29 de diciembre de 1962, RJ 1962/5141; de 8 de mayo de 1965, RJ 1965/2520; de 10 de julio de 1985, RJ 1985/3968; de 13 de septiembre de 1985, RJ 1985/4259; y de 29 de octubre de 1993, RJ 1993/8166]. Empero, esta última línea jurisprudencial ha sido corregida en el sentido de mantenerse últimamente que el procedimiento en la jurisdicción de menores es asimilable al procedimiento penal ordinario, tanto a los efectos de aplicar el principio de prejudicialidad penal, como de fijar el plazo de prescripción. En suma, aunque el autor del hecho sea un menor de edad, tal circunstancia no impide que se pueda seguir calificando el hecho como delito si así está tipificado en la legislación penal. Otra cosa es que el menor no resulte imputable penalmente por la edad y se sustituya la pena del Código Penal por otra medida con una finalidad distinta (STS, 1ª Pleno, de 14 de enero de 2009, RJ 2009/1621; sobre el asunto, SALVADOR CODERCH, P. y RAMOS GONZÁLEZ, S. [coord.], "150 casos de derecho de daños (2004-2014)", 10ª ed., *Indret*, núm. 4, 2015, pp. 108-110).

⁵⁰ Así, por ejemplo, PANTALEÓN, A. F., en *Comentario...* cit., pp. 1973-1975; LACRUZ, J. L. *et alii*, op. cit., pp. 493-495; ROCA, E. y NAVARRO, M., op. cit., pp. 64-65; JUAN SÁNCHEZ, R., "Nueva doctrina..." cit., pp. 17-18; y GIMENO, V., *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 318-319; con reparos, YZQUIERDO, M., en Reglero y Busto [coord.], *Tratado...* I cit., pp. 1149-1150.

⁵¹ Entre otros, DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños...* cit., pp. 282-283; YZQUIERDO, M., *Aspectos civiles...* cit., pp. 53-55; NAVARRO, I. A. y VEIGA, A. B., op. cit., pp. 59-61; LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., op. cit., pp. 412-413; y NADAL, I., op. cit., pp. 42-80.

⁵² En general, sobre la acumulación de objetos que puede tener lugar en sede penal y los distintos sistemas existentes, en abstracto, al respecto (en apretada síntesis, sistema de estricta separación entre la acción civil y la penal, que habrán de ejercerse en los órganos jurisdiccionales correspondientes; sistema de ejercicio necesario de la acción civil y de la penal ante los tribunales penales; y sistema de opción, que permite al perjudicado el ejercicio separado o conjunto de ambas acciones, que es el acogido en nuestro Ordenamiento), entre otros, PEDRAZ, E., op. cit., pp. 20-30; DE LLERA, E., en Quintero, Cavanillas y de Llera, op. cit., pp. 177-178; YZQUIERDO, M., en Reglero y Busto (coord.), *Tratado...* I cit., pp. 1194-1202; FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., op. cit., pp. 241-262; GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios...* II, 1 cit., pp. 367-373; y VÁZQUEZ SOTELO, J. L., "El ejercicio de la acción civil en el proceso penal", en Ruiz-Vadillo (dir.), *La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal*, Cuadernos de Derecho Judicial, XVIII, Madrid, 1994, pp. 115-118.

⁵³ Aunque el legislador refiere exclusivamente la denominación de actor civil a la parte procesal titular de la pretensión de reparación que ejerce únicamente la acción civil, las normas que rigen su actuación procesal son aplicables, tanto al ministerio fiscal, como al perjudicado, que ejerza también la acción penal (MORENO CATENA, V., en Moreno Catena y Cortés, V., *Derecho Procesal penal*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 133; y FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., op. cit., pp. 80-81). En el último caso apuntado, el actor civil asumirá, además, la condición de acusador particular (o, en su caso, de acusador privado, en los delitos perseguibles sólo mediante querrela del ofendido): así, FONT SERRA, E., *La acción civil...* cit., p. 25.

⁵⁴ GIMENO, V., *Derecho Procesal Penal...* cit., pp. 225-227; ARMENTA T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 8ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 121-123; FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., op. cit., p. 89; y ROCA, E. y NAVARRO, M., op. cit., pp. 78-79.

⁵⁵ En relación con la cuestión examinada cabe apreciar la vigencia de una diversidad terminológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el Código Penal en lo tocante a la denominación del sujeto pasivo del delito (v. arts. 109 y 110 LECrim y 113 CP), supuesto que se alude indistintamente al mismo con diferentes voces (ofendido, agraviado y perjudicado). A la vista de semejante estado de cosas, la doctrina más atenta reserva el término ofendido (considerado equiparable a los vocablos agraviado y sujeto pasivo del delito) para aludir al titular del interés o derecho protegido por la norma penal, mientras que la voz perjudicado (o tercero) se emplea para referirse al sujeto que sufre un menoscabo patrimonial o moral evaluable económicamente como consecuencia directa del ilícito penal, por más que no deje de reconocerse que el ofendido por un delito poseerá asimismo, las más de las veces, la cualidad de perjudicado, así como que la condición de sujeto pasivo del delito no es de suyo suficiente para ejercer la pretensión resarcitoria en el proceso penal, pues para ello se precisa la concurrencia del padecimiento directo de las consecuencias dañosas del hecho delictivo (sobre el tema, ARNAIZ, A., op. cit., pp. 12-21; DE LLERA, E., en Quintero, Cavanillas y de Llera, op. cit., p. 212; FONT SERRA, E., *La acción civil...* cit., p. 27; FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., op. cit., pp. 42-48; y VÁZQUEZ SOTELO, op. cit., p. 113). Por lo que respecta a este último extremo, se subraya que el carácter de perjudicado, que es el genuino título legitimador del ejercicio de una pretensión civil de índole resarcitoria en el proceso penal, sólo puede predicarse de quien acredite la existencia de un nexo causal directo e inmediato entre el acontecimiento criminal y el daño sufrido, lo que lleva derechamente a rechazar que pueda invocarse, entre otros, ni por los titulares de una acción de repetición, ni por los sujetos vinculados por relaciones contractuales que se vean afectadas por el hecho punible (GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios...* II, 1 cit., pp. 385-393; FONT SERRA, E., *La acción civil...* cit., p. 32; JUAN SÁNCHEZ, R., *La responsabilidad civil...* cit., pp. 259-269; DE LLERA, E., en Quintero, Cavanillas y de Llera, op. cit., pp. 214-219; y, entre otras, STS, 2ª, de 13 de febrero de 1991, RJ 1991/1020, y de 29 de julio de 2002, RJ 2002/6357). Lo anterior no empece que, además de la mencionada legitimación originaria, se reconozcan igualmente determinados supuestos de legitimación extraordinaria para el ejercicio de la acción civil en el proceso penal, como sucede señaladamente con la atribuida al

ministerio fiscal (art. 108 LECrim). Por otro lado, respecto de la legitimación activa de los herederos en caso de fallecimiento de la víctima como consecuencia del daño sufrido, debe tenerse presente la previsión por cuya virtud la indemnización de los perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros (art. 113 CP), sin incluir a los herederos en cuanto tales, lo que determina, al cabo, que pueda haber herederos que no sean perjudicados y perjudicados que no sean herederos (sobre el tema, ROCA, E. y NAVARRO, M., op. cit., pp. 77-78; CAVANILLAS, S., en Quintero, Cavanillas y de Llera, op. cit., pp. 123-124; y DE LLERA, E., en Quintero, Cavanillas y de Llera, op. cit., pp. 212-213). En fin, se considera que la transmisión *inter vivos* del crédito reparatorio derivado de hechos delictivos no lleva aparejada la legitimación del acreedor para intervenir en el proceso penal como actor civil (MORENO CATENA, V., en Moreno Catena y Cortés, V., op. cit., p. 131; y FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., op. cit., p. 81).

⁵⁶ GIMENO, V., *Derecho Procesal Penal...* cit., p. 226; JUAN SÁNCHEZ, R., *La responsabilidad civil...* cit., p. 311; y MORENO CATENA, V., en Moreno Catena y Cortés, V., op. cit., p. 134.

⁵⁷ GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios...* II, 1 cit., pp. 372-373 y 455; GIMENO, V., *Derecho Procesal Penal...* cit., p. 319; JUAN SÁNCHEZ, R., *La responsabilidad civil...* cit., pp. 96-102; y DE LLERA, E., en Quintero, Cavanillas y de Llera, op. cit., pp. 208-210 [v. asimismo STS, 2ª, de 7 de abril de 1990, RJ 1990/3202; de 5 de junio de 1998, RJ 1998/5152; y de 24 de octubre de 2000, RJ 2000/8283].

⁵⁸ DE LLERA, E., en Quintero, Cavanillas y de Llera, op. cit., pp. 180-182. Sobre el entendimiento de un modo absolutamente restrictivo de los actos de renuncia, que ha de ser expresa, clara y terminante, entre otras, STS, 2ª, 1 de diciembre de 1990 (RJ 1990/9371); de 17 octubre de 2002 (RJ 2002/9168); y de 23 enero de 2008 (RJ 2008/1562); por lo demás, se entiende asimismo que una renuncia válida no se extiende a los daños sobrevenidos, STS, 1ª, de 23 febrero de 1995 (RJ 1995/1702); y de 23 noviembre de 2007 (RJ 2008/25).

⁵⁹ Un autorizado sector de la doctrina considera que el artículo 40 LEC ha derogado tácitamente los artículos 111 y 114 LECrim, de modo que la suspensión del proceso civil sólo habrá de producirse cuando la decisión de la causa criminal pueda tener una influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil (DE LLERA, E., en Quintero, Cavanillas y de Llera, op. cit., pp. 187-189; e YZQUIERDO, M., en Reglero y Busto [coord.], *Tratado...* I cit., pp. 1153-1154).

⁶⁰ DE LLERA, E., en Quintero, Cavanillas y de Llera, op. cit., pp. 184-185, para quien lo único que prohíbe la norma es que el ejercicio de la pretensión civil y la penal dentro del procedimiento penal pueda tener lugar en distintos procesos de tal índole, ya que debe tratarse de uno sólo; por otro lado, respecto de la inconstitucionalidad de la norma, sobre la base de una supuesta violación del artículo 24 CE, FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., op. cit., pp. 84-85.

En cuanto al modo de ejercicio de la acción civil por el perjudicado, este podrá comparecer en la instrucción por medio de querrela, a través del ofrecimiento de acciones recogido en el texto o mediante adhesión (arts. 109 y 110 LECrim). Los perjudicados por un delito que no hubieren renunciado a su derecho podrán mostrarse parte en la causa, siempre que lo hagan antes del trámite de calificación del delito, y ejercitar las acciones civiles que procedan, según les conviniere, sin que por ello se retroceda en el curso de las actuaciones (art. 110, párr. 1º, LECrim). En la fase de instrucción la intervención del perjudicado se limitará a procurar la práctica de aquellas diligencias que puedan contribuir al éxito de su acción (art. 320 LECrim, en relación con los arts. 589 a 614 LECrim, que contemplan la intervención en las actuaciones relativas a las fianzas y embargos que tengan lugar en la pieza separada de responsabilidad civil). Por su parte, en la fase de juicio oral, su intervención consistirá en la presentación del escrito de calificación, circunscrito a los siguientes extremos: la cantidad en que se aprecien los daños y perjuicios ocasionados o la cosa que haya de ser restituida; la persona que aparece como responsable y el hecho en virtud del cual se ha contraído la responsabilidad (arts. 650,

párr. 2º, y 651, párr. 2º, LECrim). A tal efecto se señala que la pretensión civil se deduce con toda su plenitud en el escrito de calificaciones provisionales (DE LLERA, E., en Quintero, Cavanillas y de Llera, op. cit., pp. 205-207; y FONT SERRA, E., *La acción civil...* cit., p. 91). Después de practicada la prueba, el perjudicado elevará las conclusiones a definitivas, limitando el defensor su informe asimismo a los puntos concernientes a la responsabilidad civil (arts. 732 y 735 LECrim). Asimismo el perjudicado se encuentra legitimado para interponer los recursos que sean procedentes, pero sólo en cuanto puedan afectar a la responsabilidad civil (art. 854, párr. 2º, LECrim; MORENO CATENA, V., en Moreno Catena y Cortés, V., op. cit., pp. 134-135; y GIMENO, V., *Derecho Procesal Penal...* cit., p. 321). Lo anterior es de aplicación, tanto en el procedimiento ordinario por delitos graves, como en el procedimiento abreviado (arts. 781.1 y 788.1 LECrim; sobre el tema, ARMENTA, T., *Lecciones de Derecho procesal penal...* cit., p. 101; *in extenso*, FONT SERRA, E., *La acción civil...* pp. 59-112; y FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., op. cit., pp. 143-221 y 265-269).

⁶¹ La naturaleza jurídica de la legitimación del ministerio fiscal para el ejercicio de la acción civil constituye una cuestión sumamente controvertida: en efecto, una línea de pensamiento entiende que se trata de un supuesto de representación legal (por ejemplo, DE LLERA, E., en Quintero, Cavanillas y de Llera, op. cit., pp. 223-225), mientras que otra la considera reconducible a la figura de la subrogación (así, GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios...* II, 1 cit., pp. 373-375; y FONT SERRA, E., *La acción civil...* cit., pp. 36-37), sin que falten quienes estimen, en la que parece la orientación dominante, que constituye un supuesto de legitimación derivada o por sustitución procesal (MORENO CATENA, V., en Moreno Catena y Cortés, V., op. cit., pp. 41-42 y 132-133; y GIMENO, V., *Derecho Procesal Penal...* cit., p. 321; para un apunte sobre el estado de la cuestión, FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., op. cit., pp. 34-37).

⁶² Frente a la actual fundamentación de la legitimación atribuida al ministerio fiscal en la defensa del interés social, así como en su misión de velar por los derechos de los ciudadanos y, de modo especial, de las personas desvalidas (art. 124.1 CE; GIMENO, V., *Derecho Procesal Penal...* cit., pp. 321-322; FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., op. cit., pp. 253-255; y DE LLERA, E., en Quintero, Cavanillas y de Llera, op. cit., p. 226; en sentido crítico, YZQUIERDO, M., en Reglero y Busto [coord.], *Tratado...* I cit., p. 1197), inicialmente se consideraba que aquella obedecía principalmente al designio de evitar las consecuencias desfavorables de la inactividad de parte, no sólo para esta, sino también para la propia Administración de justicia, que vería frustrado el propósito perseguido mediante la acumulación de la acción civil y la acción penal, ya que finalmente no se resolverían en un solo proceso las consecuencias derivadas de un determinado hecho delictivo (ARNAIZ, A., op. cit., pp. 23-24). En consonancia con las ideas expresadas, se prevé que, si el ministerio fiscal solicitare el sobreseimiento de la causa y no se hubiere personado en la misma acusador particular dispuesto a sostener la acusación, antes de decidir el sobreseimiento el juez de Instrucción podrá acordar que se haga saber la pretensión del ministerio fiscal a los directamente ofendidos o perjudicados conocidos, no personados, para que dentro del plazo máximo de quince días comparezcan a defender su acción si lo consideran oportuno. Si no lo hicieren en el plazo fijado, se acordará el sobreseimiento solicitado por el ministerio fiscal. Asimismo el juez podrá remitir la causa al superior jerárquico del fiscal para que resuelva si procede o no sostener la acusación, quien comunicará su decisión al juez de instrucción en el plazo de diez días (art. 782.2 LECrim).

⁶³ GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios...* II, 1 cit., p. 379; FONT SERRA, E., *La acción civil...* cit., p. 37; GIMENO, V., *Derecho Procesal Penal...* cit., pp. 322-323; y DE LLERA, E., en Quintero, Cavanillas y de Llera, op. cit., p. 226, considerándose que en tal caso viene a originarse un litisconsorcio cuasinesesario (FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., op. cit., pp. 82-85).

⁶⁴ GIMENO, V., *Derecho Procesal Penal...* cit., pp. 220-221 y 322; FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., op. cit., p. 50; y ARMENTA, T., *Lecciones de Derecho procesal penal...* cit., p. 98.

⁶⁵ Sobre el tema, ARNAIZ, A., op. cit., pp. 32-40; GONZÁLEZ BARRIOS, I. y VALLET, J., "Seguros de daños (6). El seguro de automóviles", en Yzquierdo (dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales con sus implicaciones tributarias*, tomo VIII, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 931-932; y GIMENO, V., *Derecho Procesal Penal...* cit., pp. 227-228.

En relación con otros supuestos de legitimación extraordinaria, v., por ejemplo, art. 168.3 Ley General de la Seguridad Social, cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, y art. 83, párr. 2º *in fine*, LCS, en relación con los gastos derivados de ciertas prestaciones sanitarias; y art. 13 Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, respecto de las ayudas satisfechas a las víctimas de ciertos delitos (en general, sobre el tema, ARNAIZ, A., op. cit., pp. 22-32).

⁶⁶ Por ejemplo, QUINTERO, G., en Quintero, Cavanillas y de Llera, op. cit., pp. 147-149; YZQUIERDO, M., *Aspectos civiles...* cit., pp. 177-198; ALASTUEY, C., op. cit., pp. 459-462; y CARRILLO, F. J., en Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo IV, EDESA, Madrid, 2000, pp. 402-423.

⁶⁷ En relación con el caso particular de quienes hubiesen participado por título lucrativo de los efectos de un delito [art. 122 CP], se dice que propiamente no son responsables civiles, no obstante lo cual pueden ser compelidos al cumplimiento de la obligación de resarcimiento (QUINTERO, G., en Quintero, Cavanillas y de Llera, op. cit., pp. 42-44; y MORENO CATENA, V., en Moreno Catena y Cortés, V., op. cit., p. 136).

⁶⁸ GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios...* II, 1 cit., pp. 453-455; FONT SERRA, E., *La acción civil...* cit., p. 37; y DE LLERA, E., "Responsabilidad civil..." cit., p. 99 (v., igualmente, STS, 2ª, de 15 de abril de 1991, RJ 1991/2739; de 16 de octubre de 1992, RJ 1992/8015; y de 23 de abril de 2002, RJ 2002/6838); sobre la extensión de la llamada responsabilidad civil *ex delicto*, SILVA SÁNCHEZ, J. M., op. cit., pp. 3-8.

⁶⁹ DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños...* cit., p. 273; GIMENO, V., *Derecho Procesal Penal...* cit., p. 322; ROIG, M., op. cit., p. 144; y HORTAL, J. C., op. cit., p. 23; en sentido crítico, YZQUIERDO, M., *Aspectos civiles...* cit., pp. 59-60; y ALASTUEY, C., op. cit., pp. 446-447.

⁷⁰ FONT SERRA, E., *La acción civil...* cit., pp. 125-130; DE LLERA, E., en Quintero, Cavanillas y de Llera, op. cit., p. 227; y SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2001, pp. 326-327. La doctrina expuesta en el texto debe ser necesariamente matizada en un doble sentido: de un lado, a fin de poner de manifiesto la viabilidad de que la sentencia civil pueda servir de complemento a la previamente habida en el proceso penal en relación con aquellos extremos que no se pudieron tener en cuenta en este último orden jurisdiccional, así como en los casos de una imprevisible agravación de los daños; de otro, para descartar que puedan entenderse consumidas aquellas pretensiones indemnizatorias que no fueron efectivamente ejercidas en el proceso penal (PANTALEÓN, A. F., en *Comentario...* cit., pp. 1975-1976; YZQUIERDO, M., *Aspectos civiles...* cit., pp. 72-73, y en Reglero y Busto [coord.], *Tratado...* I cit., pp. 1185-1192; ROCA, E. y NAVARRO, M., op. cit., p. 77; JUAN SÁNCHEZ, R., *La responsabilidad civil...* cit., pp. 431-437; y DE LLERA, E., en Quintero, Cavanillas y de Llera, op. cit., pp. 228-233; sobre el tema, *in extenso*, NADAL, I., op. cit., pp. 203-222).

⁷¹ La exigencia apuntada da frecuentemente pie al dictado de sentencias de condena a una pena ínfima, forzando al máximo la aplicación de las normas, a fin de que el juez penal pueda pronunciarse igualmente sobre la responsabilidad civil *ex delicto*, evitando así al perjudicado la gravosa carga de tener que iniciar un ulterior proceso civil para la obtención del resarcimiento del daño padecido (YZQUIERDO, M., *Aspectos civiles...* cit., pp. 59-61; QUINTERO, G., en Quintero, Cavanillas y de Llera, op. cit., pp. 28-29; y SILVA SÁNCHEZ, J. M., op. cit., p. 10).

⁷² Así, por muerte del presunto culpable (art. 115 LECrim); indulto o amnistía, antes de la sentencia penal firme; paralización del procedimiento penal por rebeldía del procesado (arts. 834 a

846 LECrim); demencia sobrevenida de este (art. 383 LECrim); prescripción del delito (art. 130.5 CP) y despenalización del delito (sobre el tema, LACRUZ, J. L. *et alii*, op. cit., pp. 492-493; JUAN SÁNCHEZ, R., *La responsabilidad civil...* cit., pp. 397-404; REGLERO, L. F., en Reglero y Busto [coord.], *Tratado...* I cit., pp. 1185-1192, YZQUIERDO, M., en Reglero y Busto [coord.], *Tratado...* I cit., p. 1169; y LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., op. cit., pp. 62-66).

⁷³ FONT SERRA, E., *La acción civil...* cit., pp. 125-126 y 130-134; y GIMENO, V., *Derecho Procesal Penal...* cit., p. 318; dicese que se trata de un efecto preclusivo o extintivo de la acción civil, que no se basa en lo juzgado sobre el efecto civil, sino en lo declarado para el efecto penal (GÓMEZ ORBANEJA, E., "Eficacia de la sentencia penal en el proceso civil", *RDP*, núm. 2, 1946, p. 238; sobre el tema, en general, NADAL, I., op. cit., 193-201; YZQUIERDO, M., en Reglero y Busto [coord.], *Tratado...* I cit., pp. 1154-1160; y DE LLERA, E., en Quintero, Cavanillas y de Llera, op. cit., pp. 189-198). Nótese, al respecto, que la vía civil se encuentra cerrada cuando en la penal se declara la inexistencia del hecho que pudiera dar lugar a aquella acción, pero no cuando la absolución se dicta por la inexistencia de material probatorio suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia (STC 59/1996, de 15 de abril; YZQUIERDO, M., *Aspectos civiles...* cit., p. 65; y SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero [dir.], *Ley de Contrato de Seguro...* cit., p. 327).

⁷⁴ DE LLERA, E., en Quintero, Cavanillas y de Llera, op. cit., pp. 200-202; YZQUIERDO, M., en Reglero y Busto (coord.), *Tratado...* I cit., pp. 1160-1169; y ROCA, E. y NAVARRO, M., op. cit., pp. 68-72.

⁷⁵ LACRUZ, J. L. *et alii*, op. cit., pp. 494 y 496; YZQUIERDO, M., en Reglero y Busto (coord.), *Tratado...* I cit., pp. 1118 y 1169; y MORENO CATENA, V., en Moreno Catena y Cortés, V., op. cit., p. 135.

⁷⁶ LACRUZ, J. L. *et alii*, op. cit., p. 494; YZQUIERDO, M., en Reglero y Busto (coord.), *Tratado...* I cit., pp. 1118 y 1153; ROCA, E. y NAVARRO, M., op. cit., p. 73; y JUAN SÁNCHEZ, R., "Nueva doctrina..." cit., p. 18.

⁷⁷ PANTALEÓN, A. F., en *Comentario...* cit., pp. 1975-1976; YZQUIERDO, M., *Aspectos civiles...* cit., p. 67; JUAN SÁNCHEZ, R., "Nueva doctrina..." cit., pp. 22-28; y NADAL, I., op. cit., pp. 201-202.

CAPÍTULO SEGUNDO. “EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA COBERTURA DE LA LLAMADA RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO”

I. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL: CARACTERIZACIÓN GENERAL SUMARIA

1. Concepto, notas definitorias y naturaleza jurídica

Según se recoge en su propia caracterización legal, “[P]or el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho” (art. 73, párr. 1º, LCS). Por consiguiente, la modalidad de seguro examinada tiene por objeto la cobertura del riesgo de quedar gravado el patrimonio del asegurado por una obligación de resarcimiento, derivada de la propia responsabilidad civil de aquel. Empero, lo cierto es que el asegurado se encuentra adicionalmente expuesto al riesgo de tener que afrontar, a su costa, la defensa jurídica precisa frente a la reclamación del perjudicado ordenada a obtener la reparación del daño padecido (v. art. 74 LCS). Desde este primer momento conviene dejar cumplida constancia de la creciente importancia que viene adquiriendo la cobertura de este último riesgo, cuyo examen detenido se llevará a cabo más adelante (v. *infra, in extenso*, el capítulo tercero).

Sentado lo anterior, ha de tenerse presente que en el seguro de responsabilidad civil el daño no lo sufre directamente el asegurado, sino un tercero: así es, ya que el daño padecido por este último sujeto, denominado daño originario, tiene como efecto reflejo el nacimiento de una obligación indemnizatoria a cargo del asegurado, cuyas consecuencias patrimoniales se desplazan, en todo o en parte, al asegurador merced al mecanismo del seguro (STS, 1ª, de 15 de junio de 1995, RJ 1995/5295; y de 22 de diciembre de 2010, RJ 2011/1559)¹. Quiere decirse, pues, que en la modalidad de seguro examinada no quedan cubiertos los daños padecidos directamente por el propio asegurado (STS, 1ª, de 8 de marzo de 2005, RJ 2005/2217; y de 22 de diciembre de 2010, RJ 2011/1559)². El seguro de responsabilidad civil se encuadra

dentro de la categoría genérica de los seguros contra daños, con la particularidad de que el acaecimiento del siniestro no afecta a determinados objetos concretos del asegurado, sino a su patrimonio entero, que queda sujeto en su integridad a la satisfacción de la deuda nacida frente al perjudicado de conformidad con el principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1.911 CC).

Por lo demás, debe tenerse presente que el origen de la expresada obligación resarcitoria puede encontrarse, tanto en la responsabilidad contractual, como en la extracontractual del asegurado (con independencia asimismo de que la conducta que haya originado el daño que debe ser objeto de la correspondiente reparación se encuentre además penalmente tipificada)³. Dícese al efecto que, de no mediar pacto en contrario, ambas clases de responsabilidad civil quedarán cubiertas por el seguro⁴. Esto es, resulta posible que uno u otro tipo de responsabilidad pueda quedar no comprendido en la cobertura como consecuencia de la propia delimitación convencional del riesgo prevista en la póliza (v., por ejemplo, STS, 1ª, de 13 de marzo de 2008, RJ 2008/4349; y de 13 de mayo de 2008, RJ 3065/2008)⁵.

En este sentido se apunta que existen casos en que el propio origen de la responsabilidad civil cubierta determinará que esta sólo pueda ser de una naturaleza (extracontractual) u otra (contractual), mientras que en otras ocasiones será el mismo asegurador el que se encuentre particularmente interesado en la exclusión de la cobertura de la responsabilidad contractual, por causa de la elevada dificultad o incluso de la completa imposibilidad técnica que pueda llegar a presentar su aseguramiento (tal sucedería, por ejemplo, en el supuesto del aseguramiento indiscriminado de la responsabilidad civil contractual empresarial en razón de la extraordinaria amplitud que alcanzaría la cobertura en la tesitura descrita)⁶.

Por lo demás, debe dejarse constancia de las dudas que suscita la cobertura de determinados supuestos particulares de responsabilidad. Tal es el caso, por ejemplo, de la llamada responsabilidad concursal, que es la susceptible de recaer sobre los administradores, los liquidadores, de derecho o de hecho, o los apoderados generales, de la persona jurídica concursada (así como, en ciertos casos, sobre sus propios socios), que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación del concurso, y cuyo objeto consiste en la condena a la cobertura, total o parcial, del

déficit, en la medida que la conducta determinante de la calificación culpable hubiera generado o agravado la insolvencia (art. 172 *bis* LC). Lo propio acontece asimismo en lo concerniente a la responsabilidad solidaria respecto de determinadas obligaciones sociales que recae sobre los administradores de las sociedades de capital como consecuencia del incumplimiento de los deberes relativos a la promoción de la disolución o, en su caso, del concurso (art. 367 TRLSC). Pues bien, en relación con la cuestión apuntada es lugar común la observación, en uno y otro caso, de que la controversia existente sobre la naturaleza jurídica de ambas clases de responsabilidad (respecto de las que se discute enconadamente si constituyen verdaderos supuestos de responsabilidad por daños o más bien de penas o sanciones civiles impuestas por la ley) no empece, en términos generales, la licitud de su aseguramiento⁷. Sin embargo de lo expuesto, no está del todo claro que, de considerarse procedente la segunda de las caracterizaciones expresadas en cualquiera de los dos casos o en ambos, aquellas responsabilidades hubieran de considerarse de suyo comprendidas (esto es, sin necesidad de previsión convencional expresa) en el seguro que se limitara a la cobertura de la responsabilidad civil del asegurado, sin mayores precisiones adicionales sobre el particular, por más que la doctrina se incline mayoritariamente por la respuesta afirmativa⁸.

Como es obvio, la cobertura de cualquier otro tipo de responsabilidad distinta de la estrictamente civil queda al margen de la modalidad de seguro examinada. Tal exclusión viene especialmente referida a la responsabilidad penal y a la responsabilidad administrativa, aun en el caso de que la apreciación de alguna de ellas acabara por traducirse en la imposición de una sanción pecuniaria al asegurado, por lo común bajo la forma de multa (v., por lo que respecta a la primera de las responsabilidades mencionadas, la regulación de la pena de multa contenida en los artículos 32 a 34 y, particularmente, 50 a 53 CP). Nótese que la efectiva existencia de dichas responsabilidades, en ambos casos, vendría exclusivamente a irrogar de suyo un daño directo al propio asegurado, no a un tercero (con independencia, naturalmente, de que la conducta constitutiva de la responsabilidad penal o administrativa pudiera asimismo ser fuente de la correspondiente responsabilidad civil en razón del daño causado a determinados sujetos). A mayor abundamiento, ha de tenerse en cuenta que, en realidad, el problema va mucho más allá de la simple cobertura por el seguro de responsabilidad civil de los mencionados riesgos, pues afecta a la propia asegurabilidad de la responsabilidad penal y de la administrativa, que es objeto

de un generalizado rechazo sustentado en razones de orden público, vinculadas al carácter aflictivo y personal de las penas⁹.

Por otro lado, debe reseñarse asimismo que ciertas coberturas que en ocasiones suelen proporcionar los seguros de responsabilidad civil al uso no pueden considerarse comprendidas, en rigor, dentro del riesgo característico de dicha modalidad asegurativa. Es el caso, por ejemplo, de los gastos de constitución y mantenimiento de fianzas para eludir la prisión preventiva, o incluso de la propia prestación de la mencionada garantía, en los procesos penales seguidos contra el asegurado (v. especialmente arts. 277.6º, 492.3º, 505 y 529 a 544 LECrim), cuya propia licitud puede incluso ponerse asimismo fundadamente en entredicho (v. *infra, in extenso*, capítulo cuarto, II). O incluso de determinadas prestaciones relacionadas con la defensa jurídica del asegurado, especialmente por lo que respecta a la que haya de desarrollarse en el ámbito penal, que plantea delicados problemas de delimitación con el seguro de defensa jurídica (v. *infra*, capítulo tercero, III).

Las consideraciones expuestas hasta el momento permiten apreciar la capital relevancia de la delimitación del riesgo contenida en la póliza, pues la cobertura dispensada por el seguro de responsabilidad civil alcanza únicamente el resarcimiento de los daños derivados de los hechos previstos en el contrato, cuya concreción se lleva a cabo mediante el señalamiento de las circunstancias que deben concurrir para que los referidos eventos queden comprendidos dentro de la cobertura del asegurador. A tal propósito resulta precisa la delimitación objetiva del riesgo, que acostumbra a realizarse con referencia al ejercicio de una determinada actividad (por ejemplo, la propia de los médicos, de los arquitectos, de los abogados...), o al empleo o la posesión de ciertas cosas (así, los daños producidos por la utilización de un determinado vehículo a motor o los causados por la tenencia de animales). Igualmente suelen precisarse los límites personales (en relación con lo cual merece destacarse, sobre todo, la usual exclusión de la cobertura de los daños padecidos por familiares, socios, directivos y empleados del asegurado), espaciales (mediante la determinación del ámbito geográfico en el que debe producirse el hecho dañoso a los efectos de la cobertura del seguro) y temporales (que plantean una especial problemática en el caso de las llamadas cláusulas *claims made*, como se verá más adelante, v. *infra*, I.2) de la cobertura del asegurador. Lo propio sucede en el plano cuantitativo, donde no es infrecuente que, en lugar de un único límite general a la

prestación del asegurador (art. 27 LCS), se establezca una pluralidad de topes máximos (así, por ejemplo, mediante la combinación de la fijación de una suma asegurada global y de una cuantía máxima de indemnización por víctima; por lo demás, la vigencia de dicha clase de limitaciones puede suscitar problemas en lo concerniente a su aplicación a la cobertura de los gastos de defensa jurídica, que serán examinados más adelante, v. *infra*, capítulo tercero, II.1). Estrechamente relacionada con lo anterior se encuentra igualmente la previsión contractual por cuya virtud una pluralidad de daños viene a considerarse un mismo siniestro cuando obedecen a una misma causa, en cuyo caso la suma asegurada representará el límite máximo de la obligación de indemnizar a cargo del asegurador por todos aquellos daños (unidad de siniestro)¹⁰.

En este sentido ha de ponerse de manifiesto que, entre los presupuestos del nacimiento de la obligación del asegurador, se encuentra el consistente en la realización del evento dañoso determinado en el contrato, pues, de tratarse de daños producidos por otra clase de hechos, habrá, en su caso, responsabilidad civil del asegurado, pero no del asegurador. Por lo demás, el expresado motivo de exclusión de la cobertura es oponible igualmente a la víctima, a la que la ordenación vigente reconoce una acción directa contra el asegurador (art. 76 LCS), toda vez que es un hecho constitutivo de la pretensión del tercero perjudicado frente al asegurador que su derecho de crédito a obtener la indemnización esté dentro de la cobertura del seguro (v. *infra*, I.3)¹¹. En efecto, para que surja el derecho del tercero contra el asegurador es indispensable que aquel tenga su origen en un hecho previsto en el contrato. Porque es presupuesto de la obligación del asegurador que se verifique el evento dañoso delimitado en la póliza. Si falta tal presupuesto, el derecho del tercero frente al asegurador no llegará a nacer, de forma que no se estará ante un hecho que extinga o limite ese pretendido derecho, sino simplemente ante la ausencia del mismo (en el sentido indicado, entre otras, STS, 1ª, de 25 de noviembre de 2004, RJ 2004/7558, y de 10 de mayo de 2006, RJ 2006/2349).

Finalmente, debe ponerse de manifiesto que los seguros de responsabilidad civil merecerán la calificación de contratos de seguro por grandes riesgos en los supuestos establecidos al efecto (art. 11 LOSSEAR)¹², lo que tiene como consecuencia que en tales casos los preceptos contenidos en la LCS perderán su carácter imperativo (art. 44, párr. 2º, LCS), frente a la regla general que les atribuye la

mencionada condición a no ser que en ellos se disponga otra cosa, con la salvedad adicional de la validez de las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado [art. 2 LCS]¹³.

2. El siniestro en el seguro de responsabilidad civil y la delimitación temporal de la cobertura

La determinación de lo que deba tenerse por siniestro ha venido representando desde antiguo una cuestión sumamente controvertida en el caso particular del seguro de responsabilidad civil. En relación con el extremo planteado ha de traerse inicialmente a colación que el siniestro suele identificarse genéricamente con la realización del evento asegurado¹⁴. A lo que ha de agregarse, en términos igualmente generales, que su cobertura por el seguro exige que el mencionado acontecimiento haya tenido lugar durante la vigencia del contrato (sin perjuicio de que deba concurrir asimismo una serie de circunstancias adicionales para que dicha cobertura se origine)¹⁵. De haberse producido con posterioridad a la expiración de la antedicha vigencia, el siniestro no quedará cubierto, mientras que, si se verificó con anterioridad a la conclusión del seguro, el contrato será, en principio, radicalmente nulo [ex art. 4 LCS]¹⁶. El origen del problema suscitado en el ámbito de seguro de responsabilidad civil reside en la circunstancia de que, en abstracto, el siniestro resulta susceptible de reconducirse a una pluralidad de eventos, cada uno de ellos sucedido en un momento distinto, con la trascendental significación que posee esta última circunstancia respecto de la propia delimitación temporal de la cobertura¹⁷.

Tal estado de cosas es, en gran medida, inmediato corolario del propio sistema de responsabilidad civil, que tiene como presupuesto (dejando de lado en este momento lo relativo al título de imputación) la concurrencia de una determinada relación de causalidad entre una acción u omisión y un daño, cuya manifestación a su vez puede ser inmediata o producirse transcurrido un lapso de tiempo desde la verificación de aquella conducta. Asimismo, ha de recordarse que la responsabilidad civil se sustancia en el nacimiento de una obligación de resarcimiento, cuya exacción se produce mediante la correspondiente reclamación del perjudicado y culmina con la liquidación de la indemnización a percibir por dicho sujeto en concepto de reparación del daño padecido, seguida finalmente de su efectiva satisfacción. Nótese, por lo demás, que los expresados acontecimientos se suceden sin solución de continuidad

sólo en casos verdaderamente excepcionales¹⁸, lo que posee una extraordinaria relevancia a los efectos de la delimitación temporal de la cobertura del seguro de responsabilidad civil.

Pues bien, a la vista de la caracterización sumariamente trazada no puede causar extrañeza la acusada diversidad de pareceres existente en la doctrina, tanto en la nacional, como en la de los países de nuestro entorno, respecto de la definición de siniestro en el seguro de responsabilidad civil, sin perjuicio del reconocimiento de la relevante influencia que en la antedicha disparidad han ejercido igualmente las propias particularidades de la legislación nacional tenida en cada caso en cuenta al tiempo de abordar la cuestión apuntada. En este sentido ha de ponerse de manifiesto que, mientras un sector de la doctrina identifica el siniestro con el hecho del que deriva la deuda de responsabilidad, otro lo hace con el daño mismo efectivamente manifestado, lo que puede revestir una enorme trascendencia en el caso de los daños diferidos, sin que falten quienes lo sitúan en la reclamación, judicial o extrajudicial, del perjudicado, o incluso, más allá, en la liquidación del importe de la indemnización, so pretexto de que sólo en este último momento puede considerarse realmente gravado el patrimonio del asegurado con una obligación de resarcimiento a su cargo, y todavía hay quien considera que el siniestro sólo se produce realmente cuando se realiza el pago de la referida deuda. Con semejante panorama tampoco puede sorprender, en fin, que se haya llegado al extremo de postular que en el seguro de responsabilidad civil no existe, en rigor, el siniestro, por considerarse que el patrimonio del asegurado no padece daño alguno merced a la cobertura dispensada por el propio seguro¹⁹.

No obstante la expresada disparidad de pareceres, en la actualidad es ampliamente dominante en nuestro país la tesis que identifica el siniestro con el hecho de cuyas consecuencias (esto es, el daño infligido a un tercero) es civilmente responsable el asegurado, conforme a Derecho, sobre la base, tanto del tenor literal de la definición legal de la modalidad de seguro analizada (art. 73, párr. 1º, LCS), como de la propia doctrina general de la responsabilidad civil, según la cual el nacimiento de la deuda de indemnización tiene lugar de manera inmediata a la verificación del hecho dañoso. De modo particular, ha de destacarse que la enunciada de forma sucinta constituye la doctrina reiteradamente mantenida de manera constante por el Tribunal Supremo, que, desde la importantísima STS, 1ª, de 20 de marzo de 1991

(RJ 1991/2423), viene señalando que “[...] el legislador español, en materia de responsabilidad civil, de entre los sistemas determinantes de indemnización de su hecho motivador, de la reclamación o de ambos, ha optado simplemente por el hecho motivador [...], que es, en definitiva, lo que constituye el siniestro y comporta en consecuencia la obligación de indemnizar, de tal modo que ésta surge meramente de aquél [...], y todo ello con independencia de la fecha en que el perjudicado por tal acto formule su reclamación”²⁰.

Como corolario de la doctrina enunciada, el Tribunal Supremo (siempre en relación con el tenor literal originario del artículo 73 LCS) terminó por reputar nulas, en razón de su carácter lesivo (ex art. 3 LCS), las cláusulas contractuales de supe-ditación de la cobertura del asegurador, respecto de hechos dañosos sucedidos durante la vigencia del contrato, a determinadas exigencias adicionales: señaladamente, al requisito de la formulación de la reclamación por el perjudicado en un determinado lapso de tiempo, generalmente coincidente con el de la propia duración material del seguro²¹. Al cabo, la doctrina jurisprudencial expuesta forzaba a los aseguradores a tener que hacer frente, en todo caso, a los daños derivados de hechos, previstos en el contrato, sucedidos durante la vigencia del seguro de responsabilidad de civil, con independencia del momento en que llegara finalmente a producirse la reclamación de la víctima, lo que es conocido en la práctica aseguradora como sistema *occurrence basis*.

La consideración de la situación descrita como gravemente perjudicial para los intereses de los aseguradores (a los que se cerraba por completo la posibilidad de introducir en las pólizas restricciones temporales en orden a la exclusión de la cobertura de determinados daños, en relación con la noción de siniestro anteriormente precisada, hasta el punto de encontrarse obligados a atender reclamaciones formuladas incluso mucho tiempo después de la extinción del seguro, cuando obedecieran a daños originados por hechos acaecidos durante la vigencia del contrato) acabó por propiciar la modificación del propio artículo 73 LCS. A tal efecto, como es sabido, la disposición adicional sexta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, añadió un segundo párrafo a aquel precepto, de manera que en la actualidad “[S]erán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquellas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados ajustadas al artículo 3º de la presente Ley que circunscriban la cobertura de la aseguradora a los supuestos en que la reclamación del perjudicado haya tenido lugar dentro de un período de tiempo, no inferior a

un año, desde la terminación de la última de las prórrogas del contrato o, en su defecto, de su período de duración. Asimismo y con el mismo carácter de cláusulas limitativas conforme a dicho artículo 3º serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquellas que circunscriban la cobertura del asegurador a los supuestos en que la reclamación del perjudicado tenga lugar durante el período de vigencia de la póliza siempre que, en este caso, tal cobertura se extienda a los supuestos en los que el nacimiento de la obligación de indemnizar a cargo del asegurado haya podido tener lugar con anterioridad, al menos de un año desde el comienzo de efectos del contrato, y ello aunque dicho contrato sea prorrogado” (art. 73, párr. 2º, LCS)²². Nótese, de manera particular, que la validez de la delimitación temporal de la cobertura de cualquiera de los modos descritos se encuentra legalmente supeditada a la observancia de los requisitos de inclusión previstos para las cláusulas limitativas (art. 3 LCS)²³.

La relevante modificación normativa enunciada, en cuyo examen pormenorizado no es posible detenerse, ha venido a consagrar, en muy resumidos términos, la validez de ciertas cláusulas de reclamación, conocidas usualmente en el ámbito asegurador con la expresión *claims made*, de manera que en la actualidad la cobertura del seguro puede quedar lícitamente condicionada en la póliza a que la reclamación del perjudicado se formule dentro de un determinado plazo: en el primero de los casos contemplados en la norma transcrita, dicese que se estará ante cláusulas de cobertura posterior, mientras que, en el segundo, se consideran reconocidas las denominadas cláusulas de cobertura retroactiva²⁴, sin que exista inconveniente alguno para la coexistencia de ambos tipos de cláusulas en un mismo contrato. De manera particular, interesa destacar la posibilidad de que, por medio de la segunda clase de cláusulas, la cobertura pueda extenderse a daños ocasionados por hechos sucedidos con anterioridad al comienzo de efectos del contrato (art. 73, párr. 2º, *in fine* LCS)²⁵. Naturalmente, de no hacerse uso del margen legalmente concedido a la regulación convencional de la delimitación temporal de la cobertura (art. 73, párr. 2º, LCS), quedarán cubiertos los daños derivados de hechos, previstos en el contrato, acontecidos durante la duración material del seguro, cualquiera que sea el momento en que se produzca la reclamación del perjudicado (por supuesto, siempre que no haya prescrito la acción correspondiente).

En fin, debe dejarse constancia de que en los denominados seguros por grandes riesgos, donde rige en toda su amplitud el principio de autonomía de la voluntad

(art. 44, párr. 2º, LCS, en relación con el art. 11 LOSSEAR), no son aplicables las condiciones y los límites establecidos a las llamadas cláusulas de reclamación (art. 73, párr. 2º, LCS), las cuales podrán ser precisadas, por consiguiente, del modo que tengan a bien las partes (art. 1.255 CC). Tal fijación convencional de la delimitación temporal de la cobertura en función del momento en que tenga lugar la reclamación del perjudicado se considera oponible a dicho sujeto en cuanto que resulta determinante del propio contenido del contrato de seguro²⁶.

3. La acción directa del perjudicado

La ordenación legal confiere al perjudicado (o a sus herederos, que constituye un término que debe entenderse propiamente referido a los causahabientes, de modo que resulta comprensivo de cualquier supuesto de transmisión *inter vivos* o *mortis causa* del derecho al resarcimiento del tercero)²⁷ una acción directa (así denominada por contraposición a la acción subrogatoria, indirecta u oblicua) contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de seguro de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a Derecho²⁸. A tal propósito se previene el deber del asegurado de comunicar al tercero la existencia y el contenido del seguro (art. 76 LCS).

Para apreciar la enorme trascendencia del antedicho reconocimiento legal basta con advertir que el perjudicado es un sujeto ajeno por completo al contrato de seguro. Por consiguiente, de no existir una previsión como la examinada, el mencionado sujeto habría de verse forzado necesariamente, en línea de principio, a exigir el resarcimiento del daño padecido al asegurado, quien, con posterioridad, habría de dirigirse contra su asegurador para obtener el reintegro de la cantidad satisfecha²⁹. En este sentido la propia jurisprudencia ha tenido oportunidad de destacar que “(...) *la acción directa contra el asegurador de quien presuntamente ha causado el daño, constituye un derecho del perjudicado para exigirle el cumplimiento de la obligación nacida en cabeza del asegurado y ello para evitar el circuito de acciones a que llevaría la necesidad de reclamar en primer lugar al causante-asegurado, para que éste reclamase a su aseguradora, una vez hubiese pagado la correspondiente indemnización. Se trata, por tanto, de un derecho propio del tercero perjudicado frente al asegurador, reconocido en el seguro de responsabilidad civil*” (STS, 1ª, de 23 de abril de 2009, RJ

2009/3164). Esto es, se “[...] ha reconocido la existencia de un derecho propio —sustantivo y procesal— del perjudicado frente al asegurador, con el propósito, de una parte, de un resarcimiento más rápido mediante el ejercicio de la acción directa contra el profesional del negocio asegurador y, de otra parte, de eludir la vía indirecta en virtud de la cual el perjudicado habría de reclamar al causante del daño y éste al asegurador, lo que provocaba una innecesaria litigiosidad. De esta forma, el tercero perjudicado tiene dos derechos frente a dos obligados: contra el asegurado-causante del daño y contra el asegurador (STS, 1ª, de 4 de marzo de 2015, RJ 2015/714). Puede afirmarse, al cabo, que la norma comentada representa la culminación de un largo y afanoso proceso dentro del régimen jurídico del seguro de responsabilidad civil encaminado al logro de la más completa protección de la víctima, que se articula en este caso particular mediante la permisón de que el perjudicado pueda obtener directamente del asegurador lo que antes solo podía reclamarle al asegurado (STS, 1ª, de 27 de noviembre de 1989, RJ 1989/788)³⁰. Por lo demás, la expresada orientación tuitiva ha terminado por prevalecer en la propia configuración de la modalidad de seguro examinada, como pone de manifiesto de modo elocuente el frecuente recurso a su utilización como criterio decisivo en la resolución judicial de las controversias suscitadas con ocasión del aseguramiento de la responsabilidad civil, singularmente respecto de la extensión de la cobertura prestada por el asegurador³¹.

Sentado lo anterior, es preciso poner seguidamente de manifiesto que el derecho propio del perjudicado para reclamar al asegurador la obligación de indemnizar no es el mismo que el que tiene dicho tercero para exigir la indemnización del asegurado, causante del daño. De forma que el perjudicado, cuando tal causante está asegurado, tiene dos derechos a los que corresponden, en el lado pasivo, dos obligaciones que no se confunden: de un lado, la del asegurado causante del daño (que nace del hecho ilícito en el ámbito extracontractual o en el contractual); de otro, la del asegurador (que también surge de ese mismo hecho ilícito, pero que presupone la existencia de un contrato de seguro, cuyo contenido determina el objeto de la obligación del asegurador, y que está sometida al régimen especial del artículo 76 LCS; así, entre otras, STS, 1ª, de 10 de mayo de 2006, RJ 2006/2349; y de 17 de abril de 2015, RJ 2015/1199)³². No obstante lo expuesto, resulta obvio que el perjudicado tiene vedada la obtención de un doble resarcimiento del daño padecido, de modo que pueda terminar experimentando un enriquecimiento patrimonial. Como se indicó con anterioridad, la responsabilidad civil posee en nuestro Ordenamiento una

función normativa estrictamente compensatoria (v. *supra*, capítulo primero, I.1), de manera que dicha reparación se encuentra limitada a la indemnidad del perjudicado. De ahí la constatación de la conexión existente entre la obligación del asegurado y la del asegurador, de quienes la jurisprudencia predica su condición de deudores solidarios en sentido impropio, ya que las prestaciones a que se encuentran respectivamente obligados nacen de un mismo hecho y cumplen una idéntica función, consistente en el resarcimiento de perjudicado (v., por ejemplo, STS, 1ª, de 18 de junio de 1990, RJ 1990/4855; de 8 de abril de 1996, RJ 1996/298; y de 2 de diciembre de 1997, RJ 1997/8697)³³.

En efecto, se señala que en el seguro de responsabilidad civil existe una solidaridad pasiva impropia (art. 1.140 CC), ya que el derecho del perjudicado contra el asegurado no posee idéntico contenido que el derecho atribuido a aquel sujeto contra el asegurador, no sólo porque la obligación de este último se encuentre restringida por determinados límites, tanto legales, como convencionales (entre los que destaca, por lo que respecta a los de la última naturaleza apuntada, el consistente en la suma asegurada, v. STS de 7 de mayo de 1993, RJ 1993/3464; de 30 de noviembre de 2000, RJ 2000/9170; y de 4 de marzo de 2015, RJ 2015/714), sino también por la circunstancia de que el asegurador puede esgrimir frente al tercero excepciones que resultan inoponibles por el asegurado (art. 76 LCS). Así las cosas, el cumplimiento de la obligación de indemnización a cargo de cualquiera de los dos responsables solidarios extinguirá la deuda contraída por ambos (art. 1.145, párr. 1º, CC), a menos que el asegurador no cubra en su totalidad el resarcimiento del daño causado al tercero por ser de un importe superior a la suma asegurada, o por la existencia de alguna franquicia, en cuyo caso el perjudicado podrá dirigirse contra el asegurado a fin de lograr la completa reparación del daño padecido. Por lo demás, el hecho de que en el supuesto examinado el objeto debido por cada deudor sea diferente explica que en la relación interna el asegurador no pueda repetir contra el asegurado lo satisfecho al tercero (salvo en el supuesto de haberse visto forzado a realizar dicho pago como consecuencia de la inoponibilidad al perjudicado de las excepciones personales de que el propio asegurador disponía frente al asegurado, v. art. 76 LCS), así como que el asegurado que paga al tercero pueda proceder posteriormente, en su caso, a reclamar el correspondiente reintegro al asegurador en virtud de lo convenido en el contrato (y no por causa del pretendido cumplimiento de una obligación solidaria en

sentido propio, ex art. 1.145, párrs. 2º y 3º, CC). Por lo demás, la solidaridad existente permite que el perjudicado pueda exigir el resarcimiento del daño padecido ya únicamente al asegurado, ya exclusivamente al asegurador mediante el ejercicio de la acción directa, ya demandando asimismo al asegurado al tiempo de ejercer la mencionada acción (ex arts. 1.144 CC y 12 LEC)³⁴. Esto es, la víctima no se encuentra impelida a acumular la acción de responsabilidad civil que tiene contra el asegurado y la acción directa de que dispone contra el asegurador, dada la inexistencia de un litisconsorcio pasivo necesario (STS, 1ª, de 13 de junio de 1991, RJ 1991/4452; y de 26 de julio de 1994, RJ 1994/6780)³⁵.

Como significativa manifestación de la orientación de política legislativa consistente en extremar la protección del tercero, se establece asimismo que la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra este (art. 76 LCS, en relación con lo previsto en el art. 1.148 CC). La enorme importancia de la norma enunciada, que viene a consagrar la autonomía del derecho propio del tercero respecto del derecho del asegurado frente al asegurador (así, por ejemplo, STS, 1ª, de 23 de abril de 2009, RJ 2009/3164), no requiere particular encarecimiento. Valga a tal propósito con poner de manifiesto, como ilustrativo botón de muestra, que semejante estado de cosas da pie a la existencia de supuestos en los que las reclamaciones a los aseguradores de responsabilidad civil puedan encontrarse destinadas a suertes radicalmente distintas en función de su formulación, bien por la víctima mediante el ejercicio de la acción directa, bien por el propio asegurado. El recto entendimiento de esta diferente posición del perjudicado, de un lado, y del asegurado, de otro, frente al asegurador resulta capital, pues, a los efectos del adecuado planteamiento de muchas de las más relevantes cuestiones que se suscitan en el seguro de responsabilidad civil (entre ellas, como se tendrá cumplida ocasión de comprobar, la relativa a la cobertura de la defensa jurídica frente a reclamaciones basadas en hechos dolosos del asegurado; sobre el tema, v. *infra*, capítulo tercero, *in extenso*). Puede decirse, al cabo, que la trascendencia del reconocimiento de la acción directa depende, a la postre, del régimen concretamente establecido en lo concerniente a las excepciones oponibles al perjudicado.

Pues bien, en relación con la cuestión apuntada cabe señalar, en términos generales, que en la actualidad domina, especialmente en el plano jurisprudencial, la opinión que se inclina decididamente por una interpretación del marco normativo vigente proclive a la extensión, en la mayor medida posible, del elenco de excepciones inoponibles, precisamente con la confesada intención de favorecer al máximo la tutela de las víctimas (como efecto reflejo, en cierto modo, de la regulación protectora específicamente establecida para algunos relevantes seguros obligatorios, como son los señalados casos del que se ordena a la cobertura de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor, v. arts. 5 y 6 TRLRCSCVM; o el que cubre la responsabilidad civil del cazador; v. art. 8 Reglamento del Seguro de Responsabilidad Civil del Cazador, de suscripción obligatoria, aprobado por el Real Decreto 63/1994, de 21 de enero)³⁶.

En este sentido cabe reseñar, muy sucintamente, que los hechos constitutivos del derecho del perjudicado, en relación con el ejercicio de la acción directa, pueden resumirse en la existencia de un contrato de seguro de responsabilidad civil válido que cubra exactamente el tipo de responsabilidad que venga a exigirse al asegurado, el cual habrá de ser asimismo civilmente responsable del daño sufrido por el tercero. De modo particular, debe destacarse que, según tiene reiteradamente señalado la jurisprudencia, el asegurador puede esgrimir frente al perjudicado todas aquellas condiciones establecidas convencionalmente relativas al objeto del contrato que podría haber opuesto frente a su asegurado en el caso de que este fuera quien hubiese reclamado: así, por ejemplo, límites cuantitativos de la cobertura, franquicias, riesgos excluidos... [STS, 1ª, de 22 de noviembre de 2006, RJ 2007/297; de 12 de noviembre de 2013, RJ 2013/7865; y de 20 de mayo de 2014, RJ 2014/3761]³⁷. Con todo, debe dejarse constancia de que recientemente se ha introducido una importante matización sobre el tema, al declararse que, si bien la ordenación legal permite al asegurador oponer al perjudicado que el daño sufrido es realización de un riesgo no cubierto en el contrato, no le autoriza a alegar aquellas cláusulas de exclusión de riesgos que tengan su fundamento en la especial gravedad de la conducta dañosa del asegurado, como sucede en el supuesto paradigmático de causación dolosa del daño [STS, 1ª, de 17 de abril de 2015, RJ 2015/1199, que será examinada con detenimiento más adelante; v. *infra*, III.3]³⁸.

Por lo que atañe a las excepciones propiamente dichas, las personales que no pueden ser opuestas por el asegurador frente a la reclamación del perjudicado son las referidas a los incumplimientos del contrato de seguro, siempre que no hayan llegado a producir su extinción, en aquellos supuestos en que, como consecuencia de tales contravenciones, el asegurador no llegaría a estar obligado frente al asegurado, o llegaría a estarlo solo parcialmente. Tales son los casos, señaladamente, de las infracciones relativas al deber de declaración del riesgo o de comunicación de su agravación (arts. 10 y 12 LCS), de la suspensión de la cobertura derivada de la falta de pago de la prima (art. 15, párr. 2º, LCS), del incumplimiento del deber de información sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro (art. 16, párr. 2º, LCS), del incumplimiento del deber de salvamento (art. 17, párrs. 1º y 2º, LCS) y del incumplimiento del deber de comunicar la existencia de otros seguros (art. 32 LCS). En cambio, el asegurador sí podrá oponer a la víctima, tanto las excepciones basadas en la relación entre el asegurado y el tercero (que son las derivadas de la naturaleza de la obligación de indemnizar y se califican como comunes, porque afectan al asegurador y al asegurado, art. 1.148 CC), como las personales del asegurador frente al perjudicado (art. 76 LCS, que reitera la regla general del art. 1.148 CC)³⁹.

Finalmente, debe reseñarse que la naturaleza atribuida, cuando proceda, a un contrato de seguro de responsabilidad civil como seguro por grandes riesgos, por más que autorice a las partes a separarse en sus relaciones de lo establecido imperativamente en la LCS (v. arts. 44, párr. 2º, LCS y 11 LOSSEAR), no permite considerar suprimidos los derechos de los terceros perjudicados, ajenos al contrato, que tengan su fuente en una ley, que de forma expresa los reconozca, como ocurre señaladamente con la acción directa aquí examinada (art. 76 LCS)⁴⁰.

II. LA COBERTURA DE LOS DAÑOS DOLOSOS EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

1. La progresiva expansión de la cobertura en el seguro de responsabilidad civil

Si se aborda la cuestión de la cobertura de los daños dolosos en el seguro de responsabilidad civil bajo una perspectiva histórica, puede decirse que el problema examinado se enmarca, en cierta medida, dentro del proceso de continua

ampliación de la extensión de la cobertura experimentado por este tipo de seguro, cuyos últimos hitos han terminado por incidir acusadamente en su propia funcionalidad.

En este sentido resulta muy llamativo que en los albores de su desarrollo en el siglo XIX en el ámbito terrestre, en un entorno normativo caracterizado por la generalizada vigencia de un sistema de responsabilidad civil subjetiva, el principal problema planteado por la modalidad de seguro analizada fuera precisamente el relativo a su misma validez, pues se llegó a sostener que pretendidas razones relativas al obligado respecto a la moral y al orden público habían de determinar, como ineludible corolario, que el asegurador quedara liberado de su obligación frente al asegurado cuando este hubiera ocasionado culposamente el siniestro. A tal propósito una significativa línea de pensamiento de aquel entonces consideraba a todas luces ilícito que, merced al mecanismo del seguro, el asegurado pudiera terminar eludiendo las consecuencias derivadas de su negligente proceder, dado que la indemnización del daño causado habría de quedar a cargo de su asegurador de responsabilidad civil⁴¹.

El reconocimiento de la licitud del seguro de responsabilidad civil en este estadio inicial de su evolución vino a ser el resultado de un cúmulo de razones, entre las que cabe destacar las seguidamente relacionadas en apretada síntesis. Así, en primer término, el dato incontestable de que en un sistema de responsabilidad subjetiva (o, cuando menos, predominantemente subjetiva) la exclusión de la cobertura de los daños culposamente causados determinaría la inutilidad misma del seguro de responsabilidad civil (o, como mínimo, un significativo menoscabo de su propia funcionalidad, que quedaría circunscrita a la cobertura de la responsabilidad objetiva, sin perjuicio de no poderse ignorar la paulatina consagración normativa de supuestos de responsabilidad de esta última índole). Por otro lado, la consideración de que la protección de las víctimas, erigida en criterio prioritario de política jurídica, se encuentra enormemente favorecida mediante el aseguramiento de la responsabilidad civil, a la vista del incremento cuantitativo experimentado por los daños susceptibles de originarse como consecuencia del desarrollo industrial y tecnológico, cuya íntegra reparación, al cargo exclusivo del causante, podría ocasionar el incompleto resarcimiento del perjudicado en los casos en que el patrimonio de aquel resultara insuficiente para ello. En fin, los motivos de orden moral ligados a la licitud de la causa del contrato deben estimarse más bien referidos a la proscripción del

aseguramiento del dolo, toda vez que la concurrencia de negligencia en la conducta del asegurado es de suyo insuficiente para considerar intencionalmente causado el siniestro. El expresado cúmulo de argumentos propició, al cabo, el que puede considerarse como primer gran jalón en la expansión de la cobertura del seguro de responsabilidad civil, consistente en la abierta admisibilidad del aseguramiento de la culpa, cuya licitud se encuentra firmemente asentada en la actualidad⁴².

A poco que se profundice en el examen del asunto se comprobará que la evolución habida en el ámbito del seguro de responsabilidad civil, arriba expuesta, se inscribía dentro de las líneas maestras de la experimentada por el propio contrato de seguro, genéricamente considerado, respecto de la admisibilidad del aseguramiento de la culpa⁴³, cuya validez se encuentra igualmente fuera de toda duda en la época presente (sin perjuicio de la vigencia de ciertas reglas especiales, relativas a la exclusión de la cobertura de la culpa grave del asegurado en determinadas modalidades de seguro, como sucede en el de incendios, v. art. 48, párr. 2º, LCS, o en el de robo, art. 52.1ª LCS, donde la liberación del asegurador tiene asimismo lugar en los casos de concurrencia de dicha clase de culpa en el tomador del seguro o en las personas dependientes de dicho sujeto o del asegurado o que con ellos convivan). En este sentido cabe afirmar categóricamente que la cobertura del seguro no se encuentra exclusivamente circunscrita a los sucesos meramente fortuitos, acaecidos por puro azar (aun comprendiendo dentro de esta noción los debidos a hechos de terceros, incluso de carácter intencionado), pues alcanza también, en línea de principio, los eventos cuyo acontecimiento responda al comportamiento culposo observado por el propio asegurado, siempre con el límite infranqueable de la inasegurabilidad del dolo (art. 19 LCS)⁴⁴.

Por su parte, la evolución del seguro de responsabilidad civil conoce un ulterior hito, como consecuencia del progresivo reconocimiento de supuestos de responsabilidad por riesgo (frente a la regla general, aún vigente en el presente instante, de la responsabilidad por culpa, arts. 1.101 y 1.902 CC; sobre el tema, v. *supra*, capítulo primero, I.2), que constituye la principal causa de la aparición del aseguramiento obligatorio en el ámbito examinado. En este sentido resulta muy llamativo que las regulaciones particulares de estos seguros de responsabilidad civil de suscripción obligatoria contengan con relativa frecuencia un régimen especial de oponibilidad

de excepciones al perjudicado más restrictivo que el establecido con carácter general sobre la materia (v., en la actualidad, por ejemplo, arts. 5 y 6 TRLRCSVM y 8 Reglamento del Seguro de Responsabilidad Civil del Cazador, de suscripción obligatoria, aprobado por el Real Decreto 63/1994, de 21 de enero). Semejante estado de cosas evidencia que en los casos apuntados el seguro obligatorio pretende ser, ante todo, un instrumento de protección de las eventuales víctimas⁴⁵.

En fin, una postrera etapa, por el momento, en la evolución del seguro de responsabilidad civil es la que se dice consistente, precisamente, en su generalizada transformación en una modalidad contractual que va más allá de la protección del asegurado para convertirse, ante todo, en un seguro concertado a favor de las propias víctimas, lo que ha terminado por originar una suerte de socialización del riesgo (en verdad, hartamente cuestionable)⁴⁶. Como elocuente manifestación de esta última orientación cabe reseñar precisamente la significativa matización de que es objeto el principio general de la inasegurabilidad del dolo (art. 19 LCS), en el estadio actual de nuestra legislación (y muy especialmente de la interpretación dominante de la misma en el plano jurisprudencial, por demás severamente reprobada por un autorizado sector de la doctrina), respecto del concreto supuesto del seguro de responsabilidad civil. En efecto, las peculiares características de la mencionada clase de seguro, unidas al propósito de llevar al extremo la tutela de las víctimas, ha llevado a concluir que la causación dolosa del daño resulte inoponible por el asegurador al perjudicado cuando este último procede a reclamar el resarcimiento del daño padecido mediante el ejercicio de la acción directa, como se habrá de comprobar seguidamente (v. *infra* II.3). Semejante estado de cosas, por más que en la tesitura descrita se reconozca al asegurador el derecho a dirigirse ulteriormente contra el asegurado para obtener el reintegro de la suma satisfecha a la víctima (art. 76 LCS), ha terminado por dotar al seguro de responsabilidad civil de una acusada singularidad respecto de la cobertura frente a terceros de los daños intencionadamente originados por el asegurado.

2. El principio general de la inasegurabilidad del dolo

La dogmática del seguro coincide en poner de manifiesto que el riesgo constituye un elemento esencial de dicho contrato, que integra la causa del mismo, pues la obligación asumida por el asegurador, a cambio de la percepción de una prima,

consistente en la indemnización, dentro de los límites pactados, del daño padecido al asegurado, o en la satisfacción de un capital, una renta u otras prestaciones convenidas, se encuentra supeditada al acaecimiento del evento cuyo riesgo es objeto de cobertura (art. 1 LCS). En este sentido el riesgo puede definirse como la posibilidad de acaecimiento de un determinado evento⁴⁷. Dícese atinadamente al respecto que la posibilidad es un juicio que resulta de los conocimientos del hombre y que se sitúa entre dos conceptos opuestos, como son el de la imposibilidad, de un lado, y el de la necesidad o certeza, de otro⁴⁸.

De manera particular, debe destacarse a los efectos del presente estudio que, entre las notas definitorias del concepto de riesgo, se incluye igualmente la de la no dependencia de la voluntad de las partes, ya que, si la realización del evento cubierto quedara al arbitrio de la voluntad exclusiva de alguna de ellas, especialmente del asegurado, no habría incertidumbre⁴⁹. Tal circunstancia se encuentra explícitamente reconocida en la previsión legal por cuya virtud "*(E)l asegurador estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado*" (art. 19 LCS, que debe ponerse a su vez en relación con las reglas particulares contenidas en los arts. 92 y 102 LCS), donde se consagra una exclusión causal subjetiva del riesgo de índole imperativa⁵⁰.

En cuanto a la fundamentación de tal exclusión legal, la propia jurisprudencia (que ha llegado a perfilar un importante cuerpo de doctrina sobre el particular, que se verá cumplidamente reflejada en la presente exposición) ha tenido oportunidad de poner de manifiesto asimismo que el aseguramiento de los siniestros causados por dolo o mala fe sería contrario al orden público (STS, 2ª, de 14 de marzo de 1991, RJ 1991/2139), o determinaría la ilicitud de la causa del contrato (STS, 2ª, de 12 de noviembre de 1994, RJ 1994/8917)⁵¹. Abundando en la última de las ideas expresadas, se señala que la exclusión de la cobertura de los siniestros debidos a la mala fe del asegurado responde a razones de moralidad del contrato ligadas a la licitud de su causa, esto es, la inasegurabilidad del dolo tiene su principal fundamento en la proscripción de los contratos con causa ilícita (art. 1.275 CC y STS, 1ª, de 7 de julio de 2006, RJ 2006/6523). Además, como se ha indicado, el dolo suprime la nota de la incertidumbre que es inherente a la idea misma de seguro. En cambio, se considera asegurable la culpa del asegurado, incluso en el caso de tratarse de una culpa grave [así, por ejemplo, STS, 1ª, de 22 de diciembre de 2008, RJ 2008/161, y de 15 de

diciembre de 2011, RJ 2012/932)⁵². De modo especial, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de rechazar expresamente la opinión doctrinal que asimila los supuestos de temeridad manifiesta a los de intencionalidad en la causación del siniestro, habida cuenta de que los términos intencionalidad, dolo o mala fe, empleados en diversas ocasiones por la LCS, no dejan lugar a dudas acerca de que no comprenden la negligencia, aunque sea manifiesta, especialmente si se tiene en cuenta que, cuando la LCS quiere incluir, junto a los casos de dolo, los de culpa grave por parte de alguno de los intervinientes en el contrato de seguro, lo hace constar expresamente, como sucede, por ejemplo, en los arts. 10, párr. 2º y 3º, 16, párr. 3º, y 48, párr. 2º, LCS (STS, 1ª, de 7 julio de 2006, RJ 2006/6523)⁵³.

En términos generales, se indica que sólo son susceptibles de reputarse intencionales las situaciones en las que el asegurado provoca consciente y voluntariamente el siniestro o, cuando menos, se lo representa como altamente probable y lo acepta para el caso de que se produzca; esto es, los supuestos de dolo directo o eventual sobre el resultado, lo que viene a excluir los casos en que se comete intencionadamente una infracción, pero no se persigue la consecuencia dañosa producida o no se asume o representa como altamente probable⁵⁴. De ahí que se concluya que no todo supuesto de dolo penal, en su modalidad de dolo eventual, comporta dolo del asegurado equivalente a la producción intencional del siniestro, ya que en el ámbito civil del seguro se requiere la concurrencia de una relación de causalidad entre la intencionalidad y el resultado producido, mientras que en el ámbito penal el dolo puede referirse a conductas de riesgo. La exclusión de las conductas dolosas del ámbito del seguro no tiene sentido como un reproche de la conducta en sí misma, sino en cuanto integra una intencionalidad del asegurado en la provocación del siniestro (STS, 1ª, de 7 julio de 2006, RJ 2006/6523; de 11 noviembre de 2011, RJ 2012/1487; y de 23 de noviembre de 2015, RJ 2015/5319; v., asimismo, STS, 1ª, de 8 marzo de 2006, RJ 2006/5706)⁵⁵. En particular, debe tenerse presente que la intencionalidad que exige la LCS para producir la exclusión de la cobertura no se refiere, en abstracto, a cualquier conducta de la que se siga el resultado del siniestro, sino a la causación o provocación de este. A tal propósito ha de observarse que el dolo civil comprende, según reiterada jurisprudencia, no sólo los daños intencionadamente producidos, sino también, en sintonía con el concepto de mala fe, la infracción voluntaria del deber jurídico, es decir, con la conciencia de que con la conducta observada se realiza un acto antijurídico, haciendo lo que no debe hacerse (entre

otras, STS, 1ª, de 9 de marzo de 1962, RJ 1962/1230; de 19 de mayo de 1973, RJ 1973/2339; de 5 de diciembre de 1995, RJ 1995/9260; y de 30 de marzo de 2005, RJ 2005/2618). Empero, sucede que en el ámbito del seguro la expresada concepción amplia del dolo no puede acogerse a los efectos aquí examinados: así es, no basta la existencia de una conducta dolosa del asegurado para enervar el nacimiento de la obligación de indemnizar a cargo del asegurador, pues para ello resulta preciso, además, que tal comportamiento sea el origen del siniestro (STS, 1ª, de 1 de octubre de 1994, RJ 1994/7440; de 9 junio de 2006, RJ 2006/8202; y de 21 abril de 2009, RJ 2009/1769)⁵⁶. Como corolario de lo expuesto, acaba por concluirse que admitir que, por principio, todo resultado derivado de una conducta tipificada como delictiva, aunque se trate de figuras de riesgo, no puede ser objeto de aseguramiento (dado que la exclusión de los supuestos de mala fe del asegurado responde a razones de moralidad del contrato ligadas a la licitud de su causa), no es compatible, desde el punto de vista lógico-formal, con el principio de libre autonomía de la voluntad que rige en esta materia contractual; y, desde una perspectiva lógico-material, no soporta una verificación del argumento cuando se contrasta con sus consecuencias desproporcionadas y contradictorias en relación con el ámbito usual del contrato de seguro y con el contenido que le asigna la Ley en diversas modalidades obligatorias relacionadas con actividades susceptibles de causar accidentes (STS, 1ª, de 7 julio de 2006, RJ 2006/6523, y de 11 noviembre de 2011, RJ 2012/1487)⁵⁷.

Por otro lado, si se examina seguidamente la cuestión bajo el prisma subjetivo, es preciso poner de manifiesto que la exclusión de cobertura analizada sólo opera cuando el siniestro es causado por el asegurado (o por el beneficiario en el seguro de vida, art. 92 LCS)⁵⁸, no cuando se debe a la conducta de cualquier otro sujeto, como puede ser el caso del tomador en el seguro por cuenta ajena (STS, 1ª, de 1 de octubre de 1994, RJ 1994/7440; de 31 de marzo de 2004, RJ 2004/2071; de 9 junio de 2006, RJ 2006/8202; y STS, 2ª, de 22 de noviembre de 2002, RJ 2003/76)⁵⁹. De igual modo, tampoco enerva el nacimiento de la obligación de indemnizar a cargo del asegurador la causación del siniestro por parte de los mismos dependientes o colaboradores del asegurado, aun a pesar de que este último deba responder civilmente de los daños causados por aquellos (ex arts. 1.903, párr. 4º, y 1.904, párr. 1º, CC, y 120.3º y 4º CP), ya que en la tesis apuntada no se está ante actos propios del asegurado, sino que se trata de conductas ajenas al mencionado sujeto (STS, 2ª, de 1 julio de 2002, RJ 2003/72; y de 28 de marzo de 2003, RJ 2003/2692)⁶⁰.

Finalmente, resulta necesario realizar una somera indicación sobre el ámbito material de aplicación de la norma analizada (art. 19 LCS), máxime si se atiende a la especial relevancia que la aludida indagación posee a los efectos del presente estudio. En este sentido ha de ponerse de manifiesto que tradicionalmente se viene señalando, sin mayores precisiones sobre el particular, que el principio de la inasegurabilidad del dolo constituye un hecho impeditivo del nacimiento de la obligación de pago de la indemnización debida en caso de producción del siniestro (entendido el término indemnización en su significado genérico, ajeno por completo a la polémica doctrinal existente en torno a la concepción dualista o unitaria del contrato de seguro, en cuanto *nomen iuris* empleado reiteradamente por el legislador para aludir a la prestación debida por el asegurador tras la verificación del riesgo objeto de cobertura). Con ser ello rigurosamente cierto, no lo es menos que aquella no es la única obligación a cargo del asegurador cuyo origen se ve imposibilitado por la causación intencionada del siniestro por parte del asegurado. En efecto, ha de considerarse más ampliamente, si no se quiere llegar a conclusiones de todo punto inaceptables, que la expresada conducta dolosa veda el nacimiento de la obligación de satisfacer cualquier prestación (que es la voz exacta empleada en el precepto examinado, donde a su vez el vocablo pago ha de entenderse en su acepción técnica, como todo acto de cumplimiento, con independencia de su naturaleza, de una obligación) a cargo del asegurador susceptible de tener su origen en el acaecimiento del siniestro, aun cuando pueda revestir un carácter meramente accesorio. Tal es, por lo demás, la interpretación que más se ajusta al propósito perseguido por la norma examinada, pues evita que determinadas obligaciones del asegurador puedan quedar extramuros del campo de aplicación de la regla general de la inasegurabilidad del dolo.

El posicionamiento defendido resulta singularmente relevante en lo concerniente a la defensa jurídica frente a la reclamación del perjudicado que corre a cargo del asegurador de responsabilidad civil, salvo pacto en contrario (art. 74 LCS). A tal efecto es meridianamente claro que la mencionada actividad de defensa constituye una prestación a cargo del asegurador que tiene su inmediata razón de ser en el acaecimiento del siniestro (por más que resulte suficiente el carácter meramente hipotético de dicho evento, ya que aquella ha de desplegarse igualmente en el caso de reclamaciones infundadas), cuyo desenvolvimiento, entre otros propósitos, se ordena a procurar la indemnidad patrimonial del asegurado (v. *infra*, capítulo

tercero, II.1). Pues bien, aun a pesar de que la aludida defensa jurídica no pueda reputarse una indemnización, ni siquiera concibiendo este término en el sentido genérico reseñado más arriba, no parece discutible, por las razones previamente expuestas, su sometimiento a la previsión que establece que el asegurador no estará obligado al pago de la prestación cuando el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado (art. 19 LCS). Cuestión distinta es la relativa a los problemas asociados a la constatación de dicho comportamiento del asegurado al tiempo de tener que cumplirse la obligación de defensa por parte del asegurador, que serán examinados más adelante (v. *infra*, capítulo tercero, III). Lo que en este momento corresponde formular es sencillamente un planteamiento de principio, a saber: la defensa jurídica propia del seguro de responsabilidad civil representa una obligación del asegurador que debe considerarse incluida, como no podía ser menos, dentro del ámbito de aplicación del precepto comentado (art. 19 LCS).

3. La inoponibilidad del dolo del asegurado a la víctima en el seguro de responsabilidad civil

Como se sabe, la exclusión de la cobertura de los siniestros intencionadamente causados por el asegurado se encuentra establecida en un precepto de aplicación general (el art. 19 LCS, incluido en el Título I de la Ley 50/1980, que lleva la rúbrica de "Disposiciones generales"). Se trata, pues, de una prohibición aplicable inicialmente a todas las clases de seguros, con la salvedad de lo que al respecto se indique para alguna modalidad específica en su concreta regulación particular. En este sentido debe tenerse presente, por lo que concierne al seguro de responsabilidad civil, la vigencia de la previsión por cuya virtud "*(E)l perjudicado, o sus herederos, tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño causado a tercero (...)*" (art. 76 LCS). Los aparentemente contradictorios mandatos que encierran ambas disposiciones han originado un arduo problema interpretativo, como evidencian no sólo la enconada controversia doctrinal existente sobre el particular, sino también los vaivenes experimentados por la propia jurisprudencia respecto de la cobertura de los daños intencionados por el seguro de responsabilidad civil, a los que no ha sido ajena la circunstancia de su enjuiciamiento, tanto por la jurisdicción civil, como por la penal (en este último caso, a la hora de

determinar la llamada responsabilidad civil *ex delicto*). Nótese, a tal propósito, que la causación dolosa del daño constituye las más de las veces una conducta delictiva penalmente sancionada⁶¹. En fin, a lo expuesto ha de agregarse que la cuestión se ha visto enturbiada aún más, si cabe, por la vigencia de un régimen especial relativo al aseguramiento obligatorio de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor, donde las principales dudas han venido a concentrarse en lo que haya de entenderse por hecho de la circulación a los efectos de la cobertura de dicha clase de seguro.

La resolución del espinoso problema planteado ha enfrentado apasionadamente a la doctrina, que se muestra dividida en dos grandes líneas de pensamiento, en función de la prevalencia atribuida por algunos a la regla general (art. 19 LCS), frente a la asignada por otros a la previsión especial propia del seguro de responsabilidad civil (art. 76 LCS)⁶².

Según la primera de las mencionadas orientaciones, el seguro de responsabilidad civil se encuentra igualmente sujeto, como no podía ser menos, al mandato que excluye la cobertura de los daños intencionadamente causados por el seguro, en cualquiera de sus modalidades (art. 19 LCS), no sólo por el alcance general de la expresada regla, conforme a su formulación positiva en la regulación vigente, sino también por razones de orden público, estrechamente vinculadas a la ineficacia absoluta con que se sanciona a los contratos con causa ilícita (art. 1.275 CC). En apoyo de la tesis enunciada se señala asimismo que el seguro de responsabilidad civil se ordena, en puridad, a la preservación del patrimonio del asegurado, que se encuentra expuesto al riesgo de verse disminuido por la realización de eventos dañosos que hagan surgir a cargo del mencionado sujeto una obligación de resarcimiento, de lo que se concluye la manifiesta improcedencia de que el mecanismo protector del seguro pueda operar en los casos de producción intencionada del daño por el propio asegurado. De esta suerte acaba por concluirse que la previsión especial establecida para el seguro de responsabilidad civil, por cuya virtud se reconoce al asegurador una acción de regreso contra el asegurado en el caso de que sea debido a la conducta dolosa de este el daño originado a un tercero (art. 76 LCS), debe considerarse exclusivamente referida al supuesto consistente en la apreciación de la causación consciente y voluntaria del siniestro por parte del asegurado tras la satisfacción al perjudicado de la indemnización debida por el asegurador. Esto es, la

previsión del artículo 76 LCS ha de interpretarse no como una norma que consagre el derecho de repetición en caso de dolo porque este sea inoponible de derecho, sino como el necesario mecanismo corrector para la hipótesis de que no haya sido posible oponerlo de hecho por no estar acreditada en ese momento la actuación dolosa del asegurado⁶³. En consonancia con ello, se acaba concluyendo que la causación intencionada del daño por el asegurado constituye en todo caso una excepción oponible a la víctima por el asegurador⁶⁴.

Por su parte, según otra línea de pensamiento, el problema examinado debe resolverse a la luz de lo dispuesto en la norma especial (art. 76 LCS), por considerarse que resulta de preferente aplicación para el seguro de que se trata (conforme al principio *lex specialis derogat legi generali*) sobre la regla general de la inasegurabilidad del dolo (art. 19 LCS; v., en el sentido indicado, STS, 1ª, de 20 de julio de 2005, RJ 2005/5099). De este modo se sostiene que la exclusión establecida en el segundo de los preceptos citados no resulta alegable por el asegurador al perjudicado, pues el derecho de repetición reconocido en la regla particular vigente en el ámbito del seguro de responsabilidad civil sólo tiene cabal sentido si se admite que el asegurador no puede oponer al perjudicado que el daño padecido tuvo su origen en una conducta dolosa, precisamente porque es obligación del asegurador indemnizar al tercero el daño que deriva del referido comportamiento del asegurado. A lo que se agrega que el derecho de repetición conferido al asegurador en la tesitura descrita, caracterizado por su automatismo, viene a salvaguardar debidamente (bien es cierto que de modo hartamente discutible) las exigencias derivadas de la prohibición general de la inasegurabilidad del dolo (art. 19 LCS). Dícese que en este punto la ordenación legal de la cuestión examinada sigue una orientación marcadamente socializadora, guiada por el propósito de extremar la protección de la víctima, pues el asegurador de responsabilidad civil asume frente a aquella, por ministerio de la ley (art. 76 LCS), la obligación de indemnizar todos los daños producidos por la conducta prevista en el contrato, por más que puedan derivarse de una actuación dolosa del asegurado. Lo que viene a significar, al cabo, que será el asegurador quien haya de soportar el riesgo de insolvencia del autor, que a la postre hará estéril el reconocimiento legal de su derecho de repetición, y nunca la víctima. En definitiva, el asegurado que actúa dolosamente nunca se verá favorecido y la víctima tampoco se verá perjudicada, porque la cobertura de los daños intencionadamente causados se encuentra excluida respecto de aquel, pero no respecto del perjudicado⁶⁵.

Si se traslada seguidamente la atención al plano jurisprudencial, cabe reseñar que, tras una vacilante serie de pronunciamientos en los que llegaron a tener acogida las diversas soluciones propuestas por la doctrina, el Tribunal Supremo ha terminado por inclinarse decididamente por la tesis que considera inoponible a la víctima la producción intencionada del siniestro por parte del asegurado⁶⁶. Eso sí, una vez satisfecha la correspondiente indemnización, el asegurador podrá repetir lo pagado al asegurado, sin que la esterilidad de dicho derecho, en razón de la eventual insolvencia de dicho sujeto, pueda servir de argumento para excluir la cobertura de los daños dolosamente causados frente a la víctima⁶⁷.

Dentro de este accidentado y tortuoso proceso de decantación cabe destacar especialmente, como principales hitos, un par de resoluciones que marcaron decisivamente la tendencia jurisprudencial seguida con posterioridad.

Así, de un lado, con el expreso propósito de unificar la doctrina sobre la materia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, se declaró primeramente con carácter general que, del tenor literal del artículo 76 LCS “[...] *se deduce necesariamente que los daños ocasionados como consecuencia de eventos dolosos no están excluidos de la cobertura del seguro con respecto a las víctimas del daño, y únicamente permiten repetir frente al asegurado, pues, en tales casos el seguro no ampara el patrimonio del asegurado frente a las consecuencias negativas de su propio comportamiento doloso*”, esto es, “[E]l art. 19 de la Ley de Contrato de Seguro, tiene su aplicación en las relaciones entre partes pero no afecta al derecho indemnizatorio propio y autónomo de la víctima del siniestro” (STS, 2ª, de 29 de mayo de 1997, RJ 1997/3367)⁶⁸. A pesar de algunos pronunciamientos disonantes⁶⁹, consecuencia del encendido debate existente sobre el asunto, el seguimiento del criterio expresado marcó, en términos generales, la posterior jurisprudencia del Tribunal Supremo (tanto la de su Sala 2ª, como la de su Sala 1ª).

No obstante lo expuesto, cabía pensar en todo caso que la cobertura de los daños dolosamente causados en el seguro de responsabilidad civil podría ser convencionalmente excluida en virtud de la correspondiente previsión expresa en la póliza en tal sentido. Nótese que la funcionalidad de la referida exclusión residiría propiamente en erigirse en un medio de defensa esgrimible por el asegurador frente a la reclamación

de la víctima, ya que respecto del asegurado, por imperativo legal, nunca puede producirse la cobertura de los daños que el mismo haya originado dolosamente (art. 19 LCS), siendo por completo irrelevante a tal propósito que dicha exclusión se encuentre o no prevista en el contrato⁷⁰. Aun cuando el asegurador dispone de un derecho de repetición contra el asegurado cuando ha satisfecho a la víctima una indemnización debida a una conducta dolosa de aquel (art. 76 LCS), no cabe desconocer que la satisfacción de los intereses del asegurador no será, por lo común, inmediata, sino que se verá afectada por dilaciones y gastos, al tiempo que pudiera darse igualmente el caso de que finalmente no llegara a producirse, como por demás sucede con relativa frecuencia, en razón de la insolvencia del asegurado. Así las cosas, se comprende fácilmente que los aseguradores pretendan cerrar tajantemente el paso a las reclamaciones basadas en daños dolosamente originados por el asegurado mediante la expresa previsión en la póliza de la pertinente exclusión de la cobertura.

En este sentido debe traerse a colación que las partes pueden precisar el riesgo asegurado del modo que tengan por conveniente (art. 1.255 CC), lo que debe ponerse en relación con la circunstancia de que la cobertura del seguro de responsabilidad civil comprende únicamente la obligación de resarcimiento a un tercero de los daños y perjuicios ocasionados por un hecho previsto en el contrato (art. 73, párr. 1º, LCS)⁷¹. Por consiguiente, de haberse pactado la no cobertura del dolo, semejante exclusión sería alegable a la víctima, de conformidad con la asentada doctrina jurisprudencial por cuya virtud el asegurador puede oponer al perjudicado todas aquellas condiciones establecidas en el contrato y relativas a su contenido que podría haber opuesto al asegurado en el caso de que fuera este quien hubiera efectuado la reclamación (por ejemplo, STS, 1ª, de 22 de noviembre de 2006, RJ 2007/297; de 12 de noviembre de 2013, RJ 2013/7865; y de 20 de mayo de 2014, RJ 2014/3761)⁷².

Empero, semejante planteamiento ha sido rechazado de plano por el Tribunal Supremo, en el que constituye el segundo gran referente jurisprudencial sobre la materia analizada: la STS, 1ª, de 17 de abril de 2015 (RJ 2015/1199). En dicha resolución se declara que *"[A]l establecer el artículo 76 de la LCS que la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador frente al asegurado, se ha configurado una acción especial, que deriva no solo del contrato sino de la ley, que si bien permite a la aseguradora oponer al perjudicado que el daño sufrido es realización de un riesgo excluido en el contrato, no le autoriza oponer*

aquellas cláusulas de exclusión de riesgos que tengan su fundamento en la especial gravedad de la conducta dañosa del asegurado, como es la causación dolosa del daño, «sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado»; derecho de repetición que sólo tiene sentido si se admite que el asegurador no puede oponer al perjudicado que el daño tuvo su origen en una conducta dolosa precisamente porque es obligación de la aseguradora indemnizar al tercero el daño que deriva del comportamiento doloso del asegurado»⁷³. Con la expresada doctrina el Tribunal Supremo ha terminado por decantarse, a lo que parece definitivamente, al menos por el momento, del lado de la tutela de la víctima, al inclinarse en grado máximo por la prevalencia de la función social y tuitiva del seguro de responsabilidad civil, sustentada en la interpretación de las normas implicadas conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 3.1 CC), sobre la puramente privada consistente en la protección de la indemnidad patrimonial del asegurado⁷⁴. En efecto, según la doctrina jurisprudencial expuesta, cualquier cláusula de exclusión de la cobertura cuyo fundamento descansa en la especial gravedad del comportamiento dañoso del asegurado resultará inoponible a la víctima⁷⁵, por considerarse constitutiva de una excepción puramente personal (art. 76 LCS)⁷⁶, no de carácter objetivo⁷⁷.

A lo que creemos, la conclusión expresada resulta extensible al supuesto de exclusión convencional de la cobertura en el caso de culpa grave, que representa el otro supuesto paradigmático en que el siniestro se origina por causa de un comportamiento severamente censurable del asegurado. Aunque en este último caso el grado de reproche no llega a alcanzar la cota máxima de que resulta merecedor el dolo del asegurado, sustanciado en la provocación consciente e intencionada del siniestro, parece incuestionable que la ausencia de la diligencia mínima exigible a cualquier persona (*non intelligere quod omnes intelligunt*), esto es, la falta grosera de cuidado o la actuación extremadamente imprudente tendrán que considerarse como un comportamiento dañoso del asegurado caracterizado por su especial gravedad, por más que el siniestro no haya sido provocado voluntariamente (que es la nota que permite defender, al cabo, que la culpa grave constituye un riesgo perfectamente asegurable, a diferencia de lo que acontece con el dolo, *ex art. 19 LCS*), para finalmente concluir que cualquier exclusión convencional de la cobertura por tal motivo resultará inoponible a la víctima, según la doctrina sentada al efecto por el Tribunal Supremo (v., sobre todo, STS, 1ª, de 17 de abril de 2015, RJ 2015/1199).

Nótese, con relación a lo expuesto, en la palmaria contradicción en que se incurriría en caso contrario, toda vez que acabaría por sostenerse la inoponibilidad del dolo a la víctima, no obstante el pacto expreso ordenado derechamente a su exclusión, al tiempo que se estaría postulando, en cambio, la oponibilidad de la culpa grave, so pretexto de que en este segundo caso el correspondiente acuerdo de las partes entrañaría una delimitación convencional del riesgo objeto de cobertura esgrimible frente a terceros⁷⁸. Por consiguiente, de seguirse la tesis propuesta, si se estableció en la póliza la ausencia de cobertura de la culpa grave, el asegurador, todo lo más, podrá repetir al asegurado la indemnización que se haya visto obligado a satisfacer al perjudicado (ex art. 76 LCS)⁷⁹.

Con todo, la aplicación de la tesis enunciada debe quedar exceptuada, a lo que creemos, en la tesitura de que la condición de perjudicado recaiga en el tomador y el seguro de responsabilidad civil haya sido concertado por cuenta ajena (como sucede señaladamente en el caso de los referidos a administradores y directivos, en los que la cualidad de contratante suele corresponder a la propia sociedad, respecto de lo cual puede plantearse con relativa asiduidad la hipótesis aquí examinada, v. arts. 236 a 240 TRLSC). En efecto, no parece de recibo que, en el supuesto de que la póliza contuviese una expresa exclusión de la cobertura de los daños dolosamente causados por el asegurado, el tomador pudiera razonablemente invocar, en cuanto perjudicado, la inoponibilidad de la mencionada exclusión (ex art. 76 LCS), dado que no sólo resultaría plenamente conocedor de su propia existencia, sino también, muy especialmente, responsable de su incorporación al contrato, toda vez que la cláusula en cuestión habría sido pactada en su momento entre el mismo tomador y el asegurador⁸⁰. En la tesitura examinada el tomador es parte del contrato de seguro de responsabilidad civil y debe quedar sujeto, como no podía ser menos, al contenido de lo pactado (art. 1.091 CC).

Téngase en cuenta, en fin, que el derecho de repetición que asiste al asegurador contra el asegurado (o, en su caso, contra quien proceda)⁸¹, como consecuencia de haber tenido que satisfacer al perjudicado la indemnización debida en los supuestos de daños dolosamente causados (así como, en general, en todas aquellas situaciones en que semejante pago haya tenido que verificarse por causa de no resultar oponibles a la víctima las excepciones personales del asegurador contra el asegurado; v. *supra* l.3), deberá ejercerse, en su caso, al margen del proceso penal

que pudiera seguirse contra el asegurado a fin de depurar su eventual responsabilidad criminal⁸². En efecto, en la tesitura descrita el asegurador no podría comparecer como actor civil en el referido proceso penal, toda vez que ni sería admisible considerarlo tercero perjudicado, ya que el pago realizado traería causa de las obligaciones asumidas en el correspondiente contrato de seguro, ni se produciría subrogación alguna en los derechos y acciones de la víctima (v. art. 43 LCS), por ser el propio asegurado el causante de los daños resarcidos por el asegurador. Por consiguiente, el derecho de repetición reconocido al asegurador habría de deducirse en la jurisdicción civil a través del correspondiente proceso declarativo⁸³.

III. ALGUNAS CUESTIONES PARTICULARES RELACIONADAS CON LA COBERTURA DE LA LLAMADA RESPONSABILIDAD CIVIL *EX DELICTO*

1. La reclamación al asegurado en el proceso penal y las denominadas cláusulas *claims made*

La acusada singularidad que presenta la exacción de la denominada responsabilidad civil *ex delicto* en el proceso penal, expuesta someramente con anterioridad (v. *supra*, capítulo primero, I.2), lleva a la necesidad de establecer el momento en que debe entenderse producida, si es el caso, la reclamación del perjudicado en el seno de dicho procedimiento. Aun cuando la cuestión apuntada posee una enorme trascendencia en relación con diversos extremos de la mencionada responsabilidad, entre los que destaca sobremanera el concerniente a la prescripción de la acción ordenada a su exacción, a continuación nuestra atención se concentrará exclusivamente en el relativo a la determinación temporal de la cobertura del seguro que tuviera por objeto el expresado riesgo. Nótese, a tal propósito, que la inmensa mayoría de los contratos de seguro de responsabilidad civil se encuentran configurados, en la práctica de nuestro país, como pólizas de reclamaciones (al amparo de lo previsto en el art. 73, párr. 2º, LCS, donde se reconoce la validez, con arreglo a determinados requisitos, de las llamadas cláusulas *claims made*), de modo que resulta capital la precisión del momento en que haya de considerarse realizada dicha actuación, tendente a la obtención del resarcimiento del daño padecido, a los efectos de la constatación de la propia cobertura en el plano temporal (incluida,

como es obvio, la prestación de la defensa jurídica). En cambio, cuando el contrato carece de previsión alguna de la especie anteriormente descrita, el asegurador se encontrará obligado a hacer frente a los daños derivados de eventos sucedidos durante la vigencia de la póliza, cualquiera que sea el momento en que tenga lugar la reclamación del perjudicado (sobre el tema, v. *supra*, l.2).

Sentado lo anterior, ha de procederse seguidamente a resolver si determinadas actuaciones habidas durante el desarrollo del proceso penal, especialmente en relación con su inicio, son susceptibles de reputarse constitutivas de una genuina reclamación del perjudicado en aquellos contratos en los que se haya optado por el llamado sistema *claims made* para la delimitación temporal de la cobertura (todo ello en el bien entendido de que no resulta indispensable, a los efectos aquí examinados, que la reclamación de la víctima tenga que producirse necesariamente dentro de un procedimiento de dicha naturaleza).

En términos generales, se sostiene atinadamente que por reclamación del perjudicado ha de tenerse la actuación llevada a cabo por el mencionado sujeto con el propósito de exigir la reparación del daño del que resulta civilmente responsable el asegurado. En la línea indicada se ha señalado que el vocablo reclamación no puede tacharse de oscuro, pues viene a significar la pretensión que judicial o extrajudicialmente se ejercite frente al asegurado de responsabilidad civil (STS, 1ª, de 10 de marzo de 1993, RJ 1993/1789). Por lo demás, se discute si dicha reclamación tiene que llegar a conocimiento del asegurador (bien directamente por el perjudicado, bien por medio del asegurado) en el plazo convenido al efecto a fin de quedar comprendida dentro de la delimitación temporal de la cobertura del seguro. A favor de la vigencia de la exigencia enunciada cabe aducir que propicia el adecuado equilibrio de la posición de las partes contratantes, así como el fomento de la cobertura de los daños diferidos; de otro modo, se dice que habría de producirse un incremento de las provisiones técnicas que terminaría afectando a la *ratio* de siniestralidad y generaría una serie de problemas para dar cobertura a esta clase de riesgos a través de los contratos de reaseguro⁸⁴. Por su parte, en contra de la opinión expresada puede sostenerse el decisivo argumento de que el requisito contemplado no se encuentra establecido por la ordenación legal (v. art. 73, párr. 2º, LCS), unido al hecho de que su vigencia resultaría gravemente perjudicial para los intereses de los asegurados⁸⁵.

Pues bien, en relación con la cuestión examinada se suscita la espinosa cuestión de la validez, en términos generales, de aquellas cláusulas por cuya virtud viniera a considerarse el instante en que hubiera tenido lugar la práctica de determinadas actuaciones (así, señaladamente, la consistente en la iniciación de un procedimiento de cualquier índole contra el asegurado) que finalmente pudieran estar relacionadas con la exigencia de responsabilidad civil al asegurado como el momento en verdad relevante a los efectos de la cobertura temporal del seguro, por más que aquellas no fueran susceptibles de considerarse constitutivas, en puridad, de una genuina reclamación del perjudicado en el sentido anteriormente indicado (cuya formulación se produciría, si es el caso, con posterioridad al desarrollo de las referidas actuaciones)⁸⁶. Por lo demás, ha de tenerse presente que el ámbito natural de empleo de las previsiones expuestas es el representado por los contratos que contemplen la llamada cobertura retroactiva del seguro, a la que con relativa frecuencia se confiere una extensión ilimitada (art. 73, párr. 2º *in fine*, LCS, v. *supra*, l.2).

A poco que se preste una cierta atención al asunto se reparará en que las cláusulas de la especie descrita se ordenan prioritariamente a la protección de los intereses del asegurador de responsabilidad civil, supuesto que este podría invocar su existencia, en la antedicha clase de pólizas de reclamaciones (*claims made*), a fin de quedar exonerado de su obligación de cobertura respecto de los siniestros en los que cupiera constatar la práctica de alguna de las actuaciones previstas a tal propósito antes de la celebración del contrato, aun cuando posteriormente se realizara una auténtica reclamación del perjudicado durante la vigencia del seguro. Así las cosas, no cabe sino concluir que, en línea de principio, las cláusulas de la índole descrita no pueden considerarse válidas en la medida en que por su medio llegue a establecerse una delimitación temporal de la cobertura, en perjuicio del asegurado, que no se compedezca con la regulación legal de la materia, puesto que la reclamación del perjudicado debe entenderse como pretensión judicial o extrajudicialmente ejercitada en orden al resarcimiento del daño supuestamente padecido (art. 73, párr. 2º, LCS, en relación con la naturaleza imperativa que expresamente se atribuye a los preceptos contenidos en la Ley 50/1980, a no ser que en ellos se disponga otra cosa, art. 2 LCS)⁸⁷. En cambio, distinto es el caso particular de los seguros de responsabilidad civil calificables como seguros por grandes riesgos (v. arts. 44, párr. 2º, LCS y 11 LOSSEAR), dado que para este tipo de seguros la ordenación legal no posee el aludido carácter imperativo, de manera que las partes pueden acordar la

delimitación temporal de la cobertura que tengan por conveniente con arreglo a los límites generales impuestos a la autonomía privada (art. 1.255 CC).

En nuestra opinión, a lo expuesto debe agregarse que el asegurado, por su parte, sí podría alegar la existencia de una cláusula de la especie examinada en lo que le pudiera aprovechar, al amparo de la previsión legal que consagra la validez de las cláusulas más beneficiosas para el asegurado⁸⁸, en comparación con la aplicación de lo previsto en preceptos de índole imperativa (art. 2 LCS)⁸⁹. En este sentido no ofrece duda que las referidas cláusulas, en las pólizas que acojan el sistema *claims made*, vendrían a procurar una significativa ventaja, en abstracto, al asegurado, cuando le proporcionasen una cobertura de la que no gozaría si hubiera que atenerse estrictamente al momento de formulación de una auténtica reclamación del perjudicado, ya que esta última podría haber tenido lugar una vez finalizada la duración temporal de la cobertura. En términos generales, se señala que la validez de las cláusulas más beneficiosas requiere ineludiblemente que formen parte de un verdadero contrato de seguro, toda vez que el provecho del asegurado no puede llegar al extremo de producir una desnaturalización del contrato, transformándolo en uno diverso⁹⁰. Empero, tal desvirtuación no podría considerarse producida, a lo que creemos, en el concreto caso aquí analizado⁹¹.

Sentado lo anterior, ha de ponerse de manifiesto, por lo que respecta a la responsabilidad civil cuya exacción viniera a producirse en el seno de un procedimiento penal, que la reclamación del perjudicado, concebida aquí como pretensión ejercida judicialmente contra el asegurado, habría de considerarse producida, en línea de principio, a través del ejercicio de la llamada acción civil (sin perjuicio de que previamente pudiera estimarse formulada una genuina reclamación extrajudicial a los efectos de la cobertura temporal del seguro). Como se indicó con anterioridad (v. *supra*, capítulo primero, I.2), el sujeto originariamente legitimado al efecto es el propio perjudicado, quien podrá ejercer la acción civil por medio de querrela⁹², con ocasión del trámite de ofrecimiento de acciones realizado por medio del letrado de la Administración de Justicia o mediante adhesión (arts. 109 y 110 LECrim). Téngase en cuenta, asimismo, que en el caso de que el dañado no hubiera renunciado a la acción civil ni se hubiera reservado su ejercicio para después de finalizado el juicio criminal, la mencionada acción habrá de entablarse juntamente con la penal por el ministerio fiscal (arts. 108 y 773.1 LECrim y 3.4.I EOMF).

La circunstancia de que en el clausulado del contrato pueda acogerse una noción amplia de lo que deba reputarse como reclamación, a los efectos de la delimitación temporal de la cobertura, en la que se comprenda, señaladamente, la iniciación de un procedimiento penal contra el asegurado, obliga a formular algunas consideraciones sobre el particular, siempre bajo las premisas anteriormente expresadas en relación con el alcance del mencionado tipo de cláusulas. En este sentido ha de tenerse en cuenta que dicho proceso comienza en el momento en que el juez tiene conocimiento de la *notitia criminis* (o sospecha de la comisión de una acción que revista los caracteres de delito), lo que puede acontecer de diversas formas, para cuya determinación y la de su presunto autor habrá de incoarse precisamente la fase instructora (art. 299 LECrim)⁹³.

- i) Entre los modos en que puede alcanzarse el mencionado conocimiento cabe reseñar primeramente el consistente en la formulación de la correspondiente denuncia, que constituye una declaración de ciencia (y, en su caso, de voluntad, cuando el denunciante es el ofendido) mediante la que se participa la comisión de un delito (v. arts. 259 a 269 LECrim). La condición de denunciante puede recaer en cualquier persona física, aunque fuera incapaz, así como en el ministerio fiscal, si bien respecto de los delitos perseguibles a instancia de parte el denunciante ha de reunir los requisitos de capacidad y legitimación establecidos al efecto. Por lo demás, como regla general, quien presenciare la perpetración de cualquier delito público se encuentra obligado a denunciar el hecho, so pena de multa (arts. 259 y 262 LECrim; aunque en determinados casos no rige el expresado deber de denunciar, v. arts. 260, 261 y 263 LECrim). La determinación e identificación del imputado no constituye requisito alguno de la denuncia, pues una de las funciones de la fase instructora es precisamente la de averiguar el presunto autor del hecho punible (art. 299 LECrim). Pero, si llegara a indicarse, la autoridad judicial habrá de darle traslado de ella al denunciado, una vez concluidas las primeras diligencias (art. 118.1 LECrim)⁹⁴. Los órganos competentes para entender de una denuncia son el juez (sea o no el competente), el ministerio fiscal y la policía (arts. 259, 262, 264 y 773.2 LECrim, 3 y 5 EOMF y 11 Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad). Téngase en cuenta, además, que los atestados que redactaren y las manifestaciones que hicieren los funcionarios de la policía judicial, a consecuencia de las averiguaciones que hubiesen practicado, se considerarán

denuncias para los efectos legales (art. 297 LECrim). En cuanto a su formalización, la denuncia podrá hacerse por escrito o de palabra, personalmente o por medio de mandatario con poder especial (arts. 265 LECrim). Respecto de su contenido, la denuncia no requiere ningún requisito especial fuera de la transmisión de la *notitia criminis*, de un lado, y de la identificación y ratificación del denunciante, de otro, lo que evidencia el principio antiformalista que inspira la regulación de la materia (arts. 267 y 268 LECrim). Asimismo debe tenerse presente que el denunciante no se encuentra obligado a probar los hechos denunciados, ni a formalizar querrela, y que no contraerá en ningún caso otra responsabilidad que la correspondiente a los delitos que hubiese cometido por medio de la denuncia, o con su ocasión (art. 264 LECrim). Formalizada que sea la denuncia, se procederá o mandará proceder inmediatamente por el juez o funcionario a quien se hiciese a la comprobación del hecho denunciado, salvo que este no revistiere carácter de delito, o que la denuncia fuere manifiestamente falsa. En cualquiera de estos dos casos, el tribunal o funcionario se abstendrán de todo procedimiento, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurran si desestimasen aquella indebidamente (art. 269 LECrim). Dado que el denunciante no posee la condición de parte acusadora, el auto de inadmisión de la denuncia no es impugnabile, salvo para el ministerio público, que podrá interponer los recursos de reforma y de queja (arts. 218 y 219, párr. 2º, LECrim)⁹⁵.

Así las cosas, resulta meridianamente claro que la denuncia no es susceptible de considerarse como reclamación del perjudicado. Si acaso, todo lo más, podrá atribuírsele semejante condición, aun cuando la cuestión no está exenta de fundadas dudas, en el concreto supuesto de su formulación por el mencionado sujeto con la indicación del asegurado como imputado. Empero, no cabe desconocer que mediante la denuncia el denunciante no ejerce acción alguna, ni civil ni penal (ni siquiera en el caso particular anteriormente reseñado), de modo que, como se ha indicado más arriba, no puede reputarse parte del proceso. Por consiguiente, la eventual consideración de la denuncia como reclamación del perjudicado a los efectos de la cobertura del seguro de responsabilidad civil quedará, como regla general, a expensas de lo previsto en la póliza sobre el particular. Tal sería el caso paradigmático de la inclusión en el clausulado de una previsión por cuya virtud la iniciación por cualquier medio de un procedimiento penal contra el asegurado hubiera de tenerse por reclamación.

- ii) También el proceso penal pueda dar comienzo en virtud de la pertinente querrela, que es una declaración de voluntad que tiene por objeto transmitir al órgano judicial la comisión de un hecho delictivo y manifestar la voluntad inequívoca del querellante de formar parte en el proceso que haya de seguirse por ello como parte acusadora. La querrela es, pues, un acto de ejercicio de la acción penal (v. arts. 100 a 117 y 270 a 281 LECrim).

Pueden formular querrela, en primer término, los ofendidos por el delito, quienes son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en cuyo caso se habla de *querrela privada*, que origina la aparición en el proceso penal de un acusador particular (art. 270.1 LECrim)⁹⁶. Asimismo, puede querrellarse cualquier ciudadano español, incluidas las personas jurídicas, no ofendido por el delito⁹⁷ (en ejercicio de la llamada acción popular, v. arts. 125 CE y 101, 102 y 103 LECrim, que es un derecho constitucionalmente reconocido que no alcanza la consideración de derecho fundamental, ya que el derecho a la tutela judicial efectiva pertenece exclusivamente al ofendido)⁹⁸, así como el ministerio fiscal, que tiene la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones vigentes, todas las acciones penales que considere procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada (arts. 105 y 271 LECrim, en relación con los arts. 124 CE y 3.4º y 5 EOMF). En estos dos últimos supuestos la querrela es calificada como *pública*.

La querrela se presentará siempre por medio de procurador con poder bastante y suscrita por letrado. En ella habrá de recogerse la identificación del querellante y su ratificación, y la identificación, en su caso, del querrellado, así como la relación circunstanciada del hecho presuntamente delictivo y la declaración de voluntad de que se tenga al querellante como parte acusadora y, en su caso, las medidas cautelares cuya adopción se interesa (art. 277 LECrim). En términos generales, la querrela se interpondrá por escrito ante el órgano judicial competente (arts. 272 y 313 LECrim, en relación con el art. 14 LECrim). La admisibilidad de la querrela se encuentra supeditada a la prestación de fianza, de la clase y en la cuantía que fije el juez o tribunal para responder de los resultados del juicio en los supuestos de querrela pública o popular, así como, en principio, con respecto a la querrela privada de los extranjeros; en cambio, como se advierte, la fianza no es reclamable al ofendido ni a sus herederos o representantes

legales (arts. 280 y 281 LECrim). La inadmisión de la querella procederá cuando no concurren los presupuestos y requisitos que condicionan su validez formal, mientras que la desestimación (o rechazo por motivos de fondo) tendrá lugar cuando los hechos en que se funde no constituyan delito. Contra el auto de inadmisión o desestimación de la querella cabe la interposición de recurso de reforma y subsidiario, en ambos efectos, de apelación (art. 313 LECrim). Nótese, en fin, que la falta de requisitos de la querella no empece que en ocasiones se le puede atribuir validez como denuncia⁹⁹.

A la luz de lo expuesto resulta meridianamente claro que la querella interpuesta por el ofendido ha de considerarse, en línea de principio, como reclamación del perjudicado a los efectos del seguro de responsabilidad civil, salvo que el ofendido hubiera renunciado a la acción civil o la hubiera reservado expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal (art. 112 LECrim). En este sentido es lugar común poner de manifiesto que el ejercicio de la llamada querella privada obedece con relativa frecuencia a móviles económicos, como consecuencia de la acumulación de acciones, penal y civil, que suele realizar la víctima, asumiendo simultáneamente los roles de ofendido y de perjudicado¹⁰⁰. Lo propio debe decirse igualmente en el caso de interposición de la querella por el ministerio fiscal, ya que la acción civil ha de entablar-se juntamente con la penal por el ministerio público, haya o no en el proceso acusador particular (art. 108 LECrim). En cambio, comoquiera que los acusadores populares (esto es, los ciudadanos que, sin ser ofendidos por el delito, deciden ejercitar la acción penal en forma de querella, v. arts. 125 CE y 101 y 270 LECrim) carecen de legitimación activa para el ejercicio de la acción civil, la interposición de la querella en este concreto supuesto no puede reputarse como reclamación del perjudicado, a menos que en la póliza se contenga una previsión que permita sostener semejante conclusión.

- iii) En fin, debe tenerse presente que se encuentra asimismo prevista la iniciación de oficio del procedimiento penal, que tendrá lugar en el caso de que el juez tenga conocimiento de la comisión de un hecho delictivo por cualquier medio distinto de los anteriormente señalados, como suele acontecer de modo particular en el supuesto de la comisión de hechos punibles de cierta notoriedad y respecto de los delitos que puedan cometerse contra la Administración de

Justicia en el curso de un determinado proceso. Dado que los jueces tiene vedado el ejercicio de la acción penal *ex officio* (art. 102.3º LECrim), cuando el órgano judicial conozca directamente la noticia del hecho delictivo, deberá llevar a cabo un sumario sucinto para prevenir que no se pierda información, y el letrado de la Administración de Justicia dará traslado del mismo con posterioridad al ministerio fiscal, a fin de que este lleve a cabo las actuaciones procedentes, así como al Presidente de la Audiencia correspondiente (art. 308 LECrim). Es claro que mediante la expresada iniciación de oficio no cabe entender formulada una reclamación de responsabilidad civil por el perjudicado, de modo que su consideración como tal dependerá nuevamente de la inclusión en el clausulado del correspondiente seguro de una definición de la mencionada exigencia en unos términos de tal amplitud que tengan cabida en su seno las actuaciones procesales aquí reseñadas (art. 308 LECrim).

2. El asegurador de responsabilidad civil en el proceso penal: caracterización general

A modo de idea general, cabe adelantar que, según la discutible orientación jurisprudencial abrumadoramente dominante sobre la materia aquí examinada, la intervención del asegurador de responsabilidad civil en el proceso penal se encuentra circunscrita a las cuestiones relacionadas con el ejercicio de la acción civil en el seno del expresado procedimiento (de conformidad con las reglas establecidas respecto de la exacción de la llamada responsabilidad civil *ex delicto*; v. *supra*, capítulo primero, II.2). Quiere decirse, pues, que está vedado al asegurador de responsabilidad civil, en su condición de tal, entrar a discutir la responsabilidad penal del encausado. Todo ello, en fin, sin perjuicio de que dicho asegurador pueda llegar a asumir la llamada defensa penal del asegurado en virtud de lo establecido en la póliza sobre el particular, en el bien entendido de que dicha prestación no es susceptible de considerarse propiamente comprendida dentro del ámbito de la defensa jurídica propia del seguro de responsabilidad civil (v. *infra*, capítulo tercero, III).

Así pues, limitada la mencionada intervención del asegurador al objeto procesal civil eventualmente acumulado con carácter accesorio al proceso penal, nuestra atención se centrará seguidamente en la desarrollada en calidad de responsable civil (que habrá de completarse con lo señalado más adelante respecto de la

cobertura de las fianzas; v. *infra*, capítulo cuarto, III y IV)¹⁰¹. A tal propósito se señala, en términos generales, que se trata del supuesto no sólo más frecuente y de mayor relevancia, con mucho, en la práctica procesal, sino también del que suscita los principales problemas interpretativos derivados de la intervención de las compañías aseguradoras en el proceso penal, estrechamente relacionados con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)¹⁰².

En este sentido, si se pone en relación la circunstancia de que la denominada responsabilidad civil *ex delicto* puede ventilarse en el proceso penal, por razones de economía procesal que atienden, sobre todo, a la protección del perjudicado, con la posibilidad de que la mencionada responsabilidad se encuentre cubierta por medio del correspondiente contrato de seguro, se alcanza derechamente la conclusión de la admisibilidad del ejercicio de la acción directa contra el asegurador de responsabilidad civil en el seno del proceso encaminado principalmente a determinar la responsabilidad criminal de su asegurado. Por más que no se indique explícitamente, tal es el sentido que viene generalmente a atribuirse, en razón de su ubicación sistemática, a la previsión por cuya virtud "*(L)os aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda*" (art. 117 CP)¹⁰³. Tradicionalmente ha venido considerándose que la norma enunciada resulta superflua en razón de la vigencia de una regulación general del seguro de responsabilidad civil en nuestro Ordenamiento (v. arts. 73 a 76 LCS)¹⁰⁴.

En términos generales, debe tenerse presente que la intervención del asegurador de responsabilidad civil en el proceso penal se encuentra circunscrita, como se indicó más arriba, a la discusión de los denominados extremos relativos a su propia condena como responsable civil (título causal, bases de la determinación cuantitativa, proporción en su caso...), pues no se le permite que entre a cuestionar la responsabilidad penal del asegurado (SAP Madrid, Sección 16ª, de 20 de mayo de 2002, JUR 2002/178503; en la misma línea, por ejemplo, SAP de Burgos, Sección 1ª, de 7 de marzo de 2012, JUR 2012/113630; y SAP de Madrid, Sección 23ª, de 6 de julio de 2006, JUR 2007/32709). Esto es, la intervención del asegurador está limitada a la

pretensión civil, por considerarse que sus intereses son ajenos al enjuiciamiento y calificación jurídico-penal de la conducta del autor del delito (STC 90/1988, de 13 de mayo). Pero semejante restricción ha sido severamente reprobada con razón por un autorizado sector de la doctrina, pues la adecuada defensa de los intereses del asegurador requiere que pueda poner en entredicho que el asegurado sea realmente responsable penal de los hechos de que se le acusa, toda vez que la competencia del juez penal para pronunciarse sobre la responsabilidad civil *ex delicto* está condicionada, como regla general, a la existencia de una sentencia penal condenatoria (*iudex criminalis non potest expresse absolvere a criminalitate et eundem civiliter condemnare*; se trata, como es sabido, de una competencia *secundum eventum litis*; sobre el tema, v. *supra*, capítulo primero, II.2)¹⁰⁵.

Por lo demás, sucede asimismo que, por razones que se nos escapan, la intervención del asegurador en el proceso penal, según la ordenación vigente, varía notablemente, de forma injustificada, en función del carácter obligatorio o voluntario del seguro de responsabilidad civil en cuestión¹⁰⁶.

- i) Así, respecto del primer caso y en relación con el llamado procedimiento abreviado, se establece lo siguiente: “*En los supuestos en que las responsabilidades civiles estén total o parcialmente cubiertas por un seguro obligatorio de responsabilidad civil, se requerirá a la entidad aseguradora o al Consorcio de Compensación de Seguros, en su caso, para que, hasta el límite del seguro obligatorio, afiance aquéllas. Si la fianza exigida fuera superior al expresado límite, el responsable directo o subsidiario vendrá obligado a prestar fianza o aval por la diferencia, procediéndose en otro caso al embargo de sus bienes*” (art. 764.3, párr. 1º, LECrim, en relación con lo previsto en el art. 7.7 TRLRCSVM). A lo que se añade una previsión que limita considerablemente la mencionada intervención, ya que “*(L)a entidad responsable del seguro obligatorio no podrá, en tal concepto, ser parte del proceso, sin perjuicio de su derecho de defensa en relación con la obligación de afianzar, a cuyo efecto se le admitirá el escrito que presentare, resolviéndose sobre su pretensión en la pieza correspondiente*” (art. 764.3, párr. 2º, LECrim). Resulta palmario, pues, que el tenor literal de la norma enunciada deja pocos resquicios a la posibilidad de considerar al asegurador, en virtud de seguro obligatorio, parte en el proceso penal seguido por el cauce del procedimiento abreviado, lo que viene a restringir notablemente los medios de defensa de que

disponen las compañías de seguros cuando la responsabilidad civil *ex delicto* se exige en un procedimiento de tal índole¹⁰⁷.

En este sentido se entiende que el papel del asegurador obligatorio se limita bien a la prestación de la fianza, bien a la posibilidad de oponerse al requerimiento judicial para ello, cuestionado así su carácter de responsable civil, en cuya tesitura el incidente habrá de resolverse en pieza separada, pero a esos solos efectos. En el primer caso se considera que el perjudicado no precisará de la deducción de pretensión indemnizatoria alguna contra el asegurador, lo que determinará a su vez que este último no llegue a adquirir, en consecuencia, la calidad de parte en el proceso penal; en el segundo, en el supuesto de que la oposición del asegurador (que habría de tramitarse con arreglo a lo previsto en los arts. 616 a 621 LECrim) fuera finalmente desestimada, la jurisprudencia dominante señala que, a pesar de ello, el asegurador no podrá asumir la condición de parte en el proceso penal a fin de sostener su oposición en el juicio oral (por ejemplo, STS, 2ª, de 18 de marzo de 1987, RJ 1987/2185; y de 1 de abril de 1987, RJ 1987/2431)¹⁰⁸.

Pues bien, a la vista de lo expuesto no puede causar extrañeza que se hayan llegado a suscitar fundadas dudas sobre la propia constitucionalidad de la muy restrictiva regulación de la intervención del asegurador de responsabilidad civil, en el caso del seguro obligatorio, en el ámbito del proceso penal, so pretexto de una pretendida violación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). La cuestión apuntada ha dado pie a la emisión de una serie de significativos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, de los que cabe extraer, como principal (al tiempo que sorprendente) conclusión, la consistente en el abierto reconocimiento de la constitucionalidad de la disciplina de la materia aquí examinada¹⁰⁹.

A tal propósito, el Tribunal Constitucional empieza por traer a colación su doctrina general sobre el principio *audiatur et altera pars*, poniendo de manifiesto que “[...] el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE comporta la exigencia de que en ningún momento pueda producirse indefensión, lo que significa que en todo proceso judicial debe respetarse el derecho a la defensa contradictoria de las partes contendientes mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos o intereses, sin que pueda justificarse la resolución judicial inaudita parte más que en el caso de incomparecencia por voluntad expresa o

tácita, o por negligencia imputable a la parte que pretende hacer valer dicho derecho fundamental” (entre otras, STC 112/1987, de 2 de julio; 114/1988, de 10 de junio; 25/1997, de 11 de febrero; 102/1998, de 18 de mayo; 219/1999, de 29 de noviembre; 145/2000, de 29 de mayo; 77/2001, de 26 de marzo; y 19/2002 de 28 enero). A lo que se agrega que “[...] si bien el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 24 de la Constitución ha de ser singularmente exigente en el ámbito penal ... no hay inconveniente en que tal derecho experimente matizaciones en relación con la acción civil derivada del delito contra terceras personas que responden en forma subsidiaria o por insolvencia del responsable principal o cuando la condena de responsabilidad civil nace de la existencia de un seguro de carácter legal o voluntario, como ocurre en la circulación de vehículos de motor” (STC 4/1982, de 8 de febrero; 48/1984, de 4 de abril; 31/1989, de 13 de febrero; 43/1989, de 20 de febrero; 57/1991, de 14 de marzo; y 48/2001 de 26 febrero). Todo lo cual lleva a sostener, al cabo, que “[...] resulta constitucionalmente legítimo negar a las entidades aseguradoras su condición de parte en los procedimientos penales si su condena como responsable civil se limita al seguro obligatorio y que, aun admitiendo su legitimidad como parte, resulta igualmente admisible restringir sus posibilidades de alegación al objeto indemnizatorio o de resarcimiento en los casos de seguros voluntarios” (STC 4/1982, de 8 de febrero; 48/1984, de 4 de abril; 90/1988, de 13 de mayo; y 48/2001, de 6 de febrero). En este sentido se indica que, en materia de seguro obligatorio, “[...] el derecho y el interés de las compañías de seguros se limita a su obligación de pagar la indemnización y, por ello, a discutir tal obligación en relación con una regular vigencia del contrato de seguro, pues sólo si el seguro no existiera o derivara del contrato una excepción al pago, la compañía podría liberarse de su obligación” (STC 48/1984, de 4 de abril; 43/1989, de 20 de febrero, y 19/2002, de 28 de enero). A modo de explicación de la situación descrita se aduce que “[E]stas limitaciones se consideraron fundadas, no sólo en virtud de la razón general ya advertida de la menor entidad de los derechos controvertidos, puesto que, aun sustanciada en el marco de un proceso penal, nos encontramos ante una pretensión de carácter civil, sino atendiendo a la necesidad de agilizar el proceso (STC 4/1982, de 8 de febrero) y a las características particulares del ámbito en el que se producen los daños, el tráfico rodado (STC 48/1984, de 4 de abril)” (STC 48/2001 de 26 febrero).

De manera particular, en el concreto plano del contrato de seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria, el Tribunal Constitucional ha tenido reiterada

oportunidad de declarar que "(...) para condenar a una compañía aseguradora como responsable civil directa o subsidiaria, con base en la existencia de una póliza de seguro obligatorio o voluntario, es en todo caso necesaria la audiencia de la misma, salvo que no exista oposición alguna, aunque el alcance del derecho de contradicción puede ser limitado al peculiar objeto indemnizatorio o de resarcimiento. Por ello, en los supuestos de seguro obligatorio, en los cuales las compañías aseguradoras tienen únicamente la condición de terceros civiles responsables, existe una suficiente dación de conocimiento de la existencia del proceso y, por tanto, oportunidad de intervenir en el mismo, cuando aquéllas son requeridas a fin de que presten fianza (...), pues se instrumenta por dicha vía una defensa de derechos limitada respecto a dichas entidades, que no son terceros ofendidos por el delito, sino responsables por mandato legal o por contrato en virtud de la relación surgida del seguro obligatorio, y que en principio es bastante para una correcta decisión, dada la entidad menor de los derechos controvertidos y la necesidad de agilizar el procedimiento" (STC 4/1982, de 8 de febrero, y 19/2002 de 28 enero; v. asimismo, sobre el tema, STC 48/1984, de 4 de abril; 114/1988, de 10 de junio; 57/1991, de 14 de marzo; 56/1992, de 8 de abril; 155/1994, de 23 de mayo; 114/1996, de 25 de junio; y 48/2001, de 26 de febrero)¹¹⁰. En suma, en el caso del seguro obligatorio, se le habrá de dar siempre audiencia al asegurador de responsabilidad civil, aunque con la importante restricción de que el contenido de sus alegaciones se encontrará limitado al aspecto indemnizatorio y, sobre todo, a la obligación de afianzar. Todo ello en el bien entendido de que se dará cumplimiento al principio de audiencia con el mero hecho de que la aseguradora sea requerida para prestar fianza, siendo suficiente a estos efectos la simple dación de conocimiento de la existencia del proceso (por ejemplo, SAP de Pontevedra, Sección 4ª, de 20 de diciembre de 2005, JUR 2006/41959; SAP de Cantabria, Sección 1ª, de 11 de enero de 2008, JUR 2008/88152; SAP de Burgos, Sección 1ª, de 7 de marzo de 2012, JUR 2012/113630; y SAP de Madrid, Sección 6ª, de 14 de noviembre de 2012, JUR 2012/401192).

Por lo demás, el Tribunal Constitucional ha llegado incluso a considerar, de modo cuando menos hartamente cuestionable, que tampoco produce indefensión la falta de legitimación del asegurador de responsabilidad civil para la interposición del recurso de apelación, establecida en la ordenación vigente (v. art. 764.3, párr. 2º, LECrim), cuando las cantidades a las que haya sido condenado como responsable civil directo se encuentren comprendidas dentro de los

límites del seguro obligatorio (STC 19/2002, de 28 de enero). En apoyo de la tesis expuesta se arguye que “(E)n la fase de recurso el principio *pro actione* pierde intensidad pues el derecho al recurso no nace directamente de la Constitución, sino de lo que hayan dispuesto las leyes procesales, correspondiendo al ámbito de libertad del legislador, salvo en materia penal, el establecimiento y regulación de los recursos procedentes en cada caso (STC 37/1995, de 7 de febrero), por lo que las decisiones judiciales de inadmisión no son, en principio, revisables en la vía de amparo, salvo que la interpretación y aplicación de la norma en que se funden resulte arbitraria, manifiestamente infundada o sean el producto de un error patente (STC 119/1998, de 4 de junio)” (STC 19/2002, de 28 de enero)¹¹¹.

No obstante, la doctrina enunciada ha suscitado una fuerte contestación, pues relevantes y autorizadas voces consideran que la ordenación de la materia produce una indefensión material del asegurador, en el caso del seguro obligatorio de responsabilidad civil (v. art. 764.3 LECrim). A tal propósito se pone de manifiesto que en el procedimiento abreviado no existe obligación de notificar al asegurador, en el seno de la instrucción, su derecho a comparecer como parte civil responsable, más allá de su intervención en el incidente para cumplir su obligación de afianzar (que se sujetará, como se ha indicado, a las previsiones generales contenidas en los artículos 615 a 621 LECrim); tampoco asiste al asegurador el derecho de defensa en el juicio oral y, además, carece de legitimación para recurrir en apelación el fallo civil de la sentencia penal. Si se tiene presente adicionalmente que sobre el asegurador pesa una serie de obligaciones que exceden del mencionado afianzamiento, se alcanza derechamente la conclusión de que la circunstancia de no poder contradecirlas ni en el juicio oral, ni en la segunda instancia (a diferencia de lo que sucedería si la exigencia de responsabilidad se hubiera planteado en un proceso civil declarativo), unida a la extensión de los efectos materiales de la cosa juzgada del fallo civil de la sentencia penal, ocasionan la negación, para el asegurador, de su derecho a un proceso justo o debido (art. 24.1 CE)¹¹². Nótese, al efecto, que el responsable civil, a diferencia de lo que sucede con el actor civil, no puede optar por defender sus pretensiones en la jurisdicción civil, sino que, una vez ejercitada la acción civil en el proceso penal, la única posibilidad de defensa que tiene es la que pueda llevar a cabo en dicho procedimiento (STC 48/2001, de 26 de febrero).

- ii) Por su parte, en vivo contraste con lo anteriormente expuesto, el asegurador de responsabilidad civil, tratándose del seguro de contratación voluntaria, es considerado parte en el proceso penal, mas con la importante restricción de que sus posibilidades de alegación se encuentran circunscritas, como se sabe, al objeto indemnizatorio o de resarcimiento (STC 4/1982, de 8 de febrero; 48/1984, de 4 de abril; 90/1988, de 13 de mayo, y 48/2001, de 26 de febrero)¹¹³. En efecto, respecto de esta clase de asegurador ha de ponerse de manifiesto la ausencia de restricción expresa de su ámbito de actuación en el proceso penal, en relación con su objeto civil, semejante a la que afecta a las entidades aseguradoras cuando la responsabilidad civil está cubierta por un seguro obligatorio (STC 48/2001, de 26 de febrero). No obstante, también en el caso ahora examinado se considera que el asegurador puede llegar a padecer una cierta indefensión, desde luego de menor intensidad que la sufrida en el caso de los seguros obligatorios de responsabilidad civil. En este sentido ha de reiterarse que resulta preciso, para una completa y eficaz defensa de sus intereses, que el asegurador pueda cuestionar la responsabilidad penal del asegurado, pues la competencia del juez penal para pronunciarse sobre la responsabilidad civil *ex delicto* se encuentra supeditada, como regla general, al pronunciamiento de una sentencia penal condenatoria¹¹⁴. En todo caso, el asegurador podrá discutir en el proceso penal el efectivo nacimiento de la obligación a su cargo, en relación con la vigencia del contrato de seguro o la existencia de alguna excepción al pago, así como el propio *quantum* de la indemnización (STC 48/1984, de 4 de abril; 90/1988, de 13 de mayo; y 19/2002, de 28 de enero)¹¹⁵.

La intervención del asegurador voluntario en el proceso penal, en cuanto responsable civil, vendrá a producirse con ocasión de la exigencia de la obligación resarcitoria que pueda correr a su cargo, en razón de la cobertura de la responsabilidad civil del asegurado (quien, en la tesis examinada, poseerá la condición de investigado o, en su caso, encausado), que se deducirá en el procedimiento incidental establecido al efecto a fin de evitar una eventual condena *inaudita parte*. En este sentido se previene con carácter general que, cuando en la instrucción del sumario aparezca indicada la existencia de la responsabilidad civil de un tercero con arreglo a los artículos respectivos del Código Penal, o por haber participado alguno por título lucrativo de los efectos del delito, el juez, a instancia del actor civil, exigirá fianza a la persona contra quien resulte

la responsabilidad. Si no se prestase, el letrado de la Administración de Justicia embargará con arreglo a lo dispuesto en el Título IX de la LECrim los bienes que sean necesarios a tal efecto (art. 615 LECrim).

La adopción de la medida anteriormente reseñada determinará que el asegurador adquiera la condición de parte civil en el proceso penal, de modo que podrá intervenir en su desarrollo, en todo caso exclusivamente respecto del objeto puramente indemnizatorio, tanto durante la investigación, en la pieza separada que se forme (art. 619 LECrim), como en el juicio oral. En términos generales, ha de insistirse en que la mencionada intervención no se encuentra sujeta a las restricciones anteriormente apuntadas respecto de los seguros de suscripción obligatoria.

Así, en lo concerniente a la garantía de la eventual responsabilidad civil a cargo del investigado, debe tenerse presente que la persona a quien se exigiere la fianza o cuyos bienes fueren embargados podrá, durante el sumario, manifestar por escrito las razones que tenga para que no se la considere civilmente responsable y las pruebas que pueda ofrecer para el mismo objeto (art. 616 LECrim). A tal fin el letrado de la Administración de Justicia dará vista del escrito a la parte a quien interese, y esta lo evacuará en el término de tres días, proponiendo también las pruebas que deban practicarse en apoyo de su pretensión (art. 617 LECrim). Seguidamente, el juez decretará la práctica de las pruebas propuestas, y resolverá sobre las pretensiones formuladas siempre que pudiere hacerlo sin retraso ni perjuicio del objeto principal de la instrucción (art. 618 LECrim). Los autos dictados en estos incidentes se llevarán a efecto, sin perjuicio de que las partes a quienes perjudiquen puedan reproducir sus pretensiones en el juicio oral, o de la acción civil correspondiente, que podrán entablar en otro caso (art. 621 LECrim). Por lo demás, en el juicio oral se ordena comunicar la causa a las terceras personas civilmente responsables para que manifiesten por conclusiones numeradas y correlativas a las de la calificación que a ellos se refiera, si están o no conformes con cada una, o en otro caso consignen los puntos de divergencia (art. 652 LECrim, en relación con los arts. 650, párr. 2º, y 651, párr. 2º, LECrim). Y, después de practicada la prueba, elevarán a definitivas las conclusiones provisionales, presentando el correspondiente informe (arts. 732 y 736 LECrim).

Por lo que concierne al procedimiento abreviado, se previene que en el escrito de acusación tendrán que aparecer debidamente determinados las personas civilmente responsables y los demás pronunciamientos sobre entrega y destino de cosas y efectos (art. 781.1 LECrim). Una vez abierto el juicio oral, habrá de darse traslado de las actuaciones originales, o mediante fotocopia, a los designados como terceros responsables en los escritos de acusación, para que en el plazo de diez días presenten escrito de defensa (art. 784.1 LECrim). La ausencia injustificada del tercero responsable civil citado en debida forma no será por sí misma causa de suspensión del juicio (art. 786.1, párr. 3º, LECrim, que encierra una regla a la que debe atribuirse carácter general, toda vez que el emplazamiento realizado con las garantías requeridas enerva la apreciación de una situación de indefensión).

En fin, ni la legislación procesal sobre el recurso de apelación, ni la relativa al recurso de casación, contienen limitación expresa respecto de las posibilidades de alegación de los responsables civiles para interponer dichos recursos, siempre en cuanto afecte exclusivamente al objeto civil del proceso penal (v. art. 854 LECrim)¹¹⁶.

Notas al capítulo segundo

¹ SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., p. 1218; CALZADA, M. A., *El seguro de responsabilidad civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 13-14; y REGLERO, L. F., en Reglero y Busto (coord.), *Tratado...* I cit., pp. 1380-1381. Según uno de los criterios de clasificación de las modalidades de seguro empleado en el ámbito anglosajón (v., por ejemplo, BAKER, T., *Insurance Law and Policy: Cases, Materials and Problems*, Aspen Publishing, New York, 2003, p. 20), se dice que el seguro de responsabilidad civil es el paradigma de la categoría del *third-party insurance* (pues cubre el riesgo de la causación de daños a terceros por el asegurado), que se opone a la denominada *first-party insurance* (donde el objeto de la cobertura son los daños padecidos directamente por el propio asegurado).

² En cambio, es perfectamente admisible que el llamado daño originario lo experimente el propio tomador en el seguro de responsabilidad civil por cuenta ajena: por ejemplo, cuando se recurre a la contratación de esta clase de seguros por parte de las sociedades mercantiles a fin de cubrir las eventuales deudas de responsabilidad civil contraídas por sus administradores y directivos con ocasión del desempeño de las funciones propias de sus respectivos cargos [YZQUIERDO, M., *El seguro de responsabilidad civil ante los daños causados intencionadamente*, Civitas, Cizur Menor, 2013, pp. 108-109; RONCERO, A., *El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima (sujetos, interés y riesgo)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 67-71 y 279-287, y "El seguro de responsabilidad civil de los administradores", 2ª ed., *InDret*, núm. 1, 2015, pp. 10-11; GUERRERO LEBRÓN, M. J., *El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos*, La Ley, Las Rozas, 2004, pp. 55-57; PÉREZ CARRILLO, E. F., *La administración de la sociedad anónima. Obligaciones, responsabilidad y aseguramiento*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 248; y REGLERO, L. F., en Reglero y Busto [coord.],

Tratado... I cit., p. 1379; en cambio, en alguna resolución judicial se ha deslizado la declaración de que el seguro de responsabilidad civil no cubre los daños propios del asegurado, o tomador del seguro; así, STS, 1ª, de 22 de diciembre de 2010, RJ 2011/1559). Cuestión distinta es que en la delimitación personal de la cobertura se excluya de la condición de perjudicados a determinados sujetos, entre los que pueden encontrarse los propios tomadores (como se verá más adelante en este mismo apartado).

³ Así, entre otros, SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero [dir.], *Ley de Contrato de Seguro...* cit., p. 1217; CALZADA, M. A., *El seguro de responsabilidad civil...* cit., pp. 37-38; REGLERO, L. F., en Reglero y Busto (coord.), *Tratado...* I cit., p. 1368; OLIVENCIA, M., "Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro", en Verdura (ed.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, I, CUNEF, Zaragoza, 1982, p. 900; ATIENZA, M. L. y EVANGELIO, R., en Boquera, Bataller y Olavarría (dir.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 817; y RONCERO, A., "El seguro de responsabilidad...", p. 23.

⁴ En nuestro país llegó a rechazarse en su momento la cobertura de la responsabilidad civil contractual, so pretexto de que ello terminaría haciendo legítimo por vías indirectas el incumplimiento de las obligaciones contractuales: así, GONZÁLEZ PORRAS, J. M., "Modificaciones convencionales de la responsabilidad civil (Contribución al estudio de tales pactos en el contrato de transportes y su conexión con el seguro de responsabilidad civil general)", *RDM*, núm. 150, 1978, pp. 506 y 540-542, y, a lo que parece, GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, Imprenta Aguirre, Madrid, 1982, p. 368-369. Empero, la admisibilidad del aseguramiento de dicha clase de responsabilidad se encuentra en la actualidad firmemente asentada, tanto en el plano doctrinal (entre otros, CALZADA, M. A., *El seguro voluntario de responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1983, pp. 243-245, SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero [dir.], *Ley de Contrato de Seguro...* cit., p. 1223; REGLERO, L. F., en Reglero y Busto [coord.], *Tratado...* I cit., p. 1403; NAVARRO, I. A. y VEIGA, A. B., op. cit., p. 509; y RONCERO, A., *El seguro...* cit., p. 237), como en el jurisprudencial (entre otras, STS, 1ª, de 3 de octubre de 1996, RJ 1996/7009; de 10 de julio de 1997, RJ 1997/5822; de 27 de marzo de 2003, RJ 2003/2933; de 19 de septiembre de 2003, RJ 2003/6995; de 10 de mayo de 2006, RJ 2006/2349; de 14 de diciembre de 2006, RJ 2006/8233; de 13 de marzo de 2008, RJ 2008/4349; y de 13 de mayo de 2008, RJ 2008/3065), en el bien entendido de que la cobertura dispensada por el seguro habrá de circunscribirse a la indemnización debida por el incumplimiento contractual, de modo que nunca podrá comprender la sustitución del asegurado en el cumplimiento de sus obligaciones.

⁵ La circunstancia de que la concreta cobertura proporcionada en cada caso por el seguro de responsabilidad civil derivará de la delimitación convencional del riesgo prevista en la póliza al amparo del principio de autonomía de la voluntad no impide reconocer que resultan muy infrecuentes los contratos en que únicamente es objeto de cobertura la responsabilidad contractual, ya que para este propósito resulta más apropiada la utilización de otras modalidades de seguros contra daños, como es el caso señalado del seguro de caución (v. art. 68 LCS; incluso llega a señalarse que el seguro dirigido a cubrir la responsabilidad civil contractual sería, en rigor, un seguro de caución, en lugar de un genuino seguro de responsabilidad civil, FERNÁNDEZ DEL MORAL, J., *El seguro de responsabilidad civil de administradores y altos directivos de la sociedad anónima (póliza D&O)*, Comares, Granada, 1998, pp. 73-74; y RONCERO, A., *El seguro...* cit., p. 237). En verdad, la responsabilidad civil cuya cobertura acostumbra a asegurarse es la extracontractual, con el eventual añadido de la contractual (REGLERO, L. F., en Reglero y Busto [coord.], *Tratado...* I cit., p. 1368; y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., op. cit., p. 12).

Por lo demás, no cabe ocultar que los problemas derivados de la calificación, en el caso concreto, de una concreta responsabilidad civil como contractual o extracontractual, que con relativa frecuencia llega a presentar una elevada dificultad (v. *supra*, capítulo primero, I.1), tienen su efecto reflejo en el ámbito del seguro cuando la delimitación del riesgo contenida en la póliza restringe exclusivamente la cobertura dispensada a uno u otro tipo de responsabilidad (v., sobre el tema,

GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Solidaridad impropia...* cit., pp. 112-128; en cambio, para DíEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños...* cit., p. 202, no sería oponible al perjudicado el pacto contenido en la póliza que hubiera cualificado el tipo de responsabilidad cubierta por el seguro). Tales circunstancias vienen usualmente a erigirse, al cabo, en fuentes de enconados litigios.

Un ejemplo harto ilustrativo de lo expuesto se encuentra en el supuesto enjuiciado por la STS, 1ª, de 10 de junio de 1991 (RJ 1991/4434). Los hechos que dieron lugar a la contienda judicial comentada fueron, resumidamente, los siguientes: el usuario de un telesquí de remonta-pendiente, que estaba provisto del correspondiente billete o tarjeta de *forfait* que le autorizaba para su utilización, sufrió importantes daños personales como consecuencia del descarrilamiento y la caída del cable de arrastre de la mencionada instalación. La entidad que explotaba la estación de esquí en que tuvieron lugar los hechos contaba con un seguro que le cubría la responsabilidad civil extracontractual que pudiera serle imputada por los daños directos ocasionados a terceros, en sus personas o en sus bienes, con motivo de la explotación y propiedad de las instalaciones que se reseñaban al efecto, entre las que se incluía el referido telesquí. Exigida la indemnización del daño padecido por el usuario, tanto a la entidad titular de las instalaciones, como a su compañía aseguradora de responsabilidad civil, esta última pretendió quedar completamente exonerada de cualquier obligación resarcitoria con el argumento de que la responsabilidad que se había originado en el supuesto debatido era propiamente de carácter contractual, de modo que estaba excluida de la cobertura del seguro. Nótese que el enunciado puede erigirse en un alegato recurrente en todos aquellos casos en que la circunstancia de encontrarse amparada por la póliza únicamente un concreto tipo de responsabilidad civil (bien la contractual, bien la aquiliana) lleve al asegurador, en los casos dudosos, a denegar la cobertura, tras el ejercicio de la acción directa por el perjudicado, so pretexto de estimar que el daño cuyo resarcimiento se reclama cae fuera de la delimitación del riesgo prevista en el contrato.

Pues bien, en relación con la concreta controversia sucintamente apuntada el Tribunal Supremo tuvo ocasión de declarar lo siguiente: “[...] la culpa imputada a la entidad titular de las instalaciones no nace de un defectuoso cumplimiento por ella de las obligaciones originadas en el contrato de transporte concertado con el perjudicado sino que se trata de un accidente sobrevenido por un funcionamiento defectuoso de las instalaciones que motivó el descarrilamiento del cable y su caída por falta de las medidas de seguridad adecuadas para evitar daños a los usuarios de ese medio de transporte, de todo lo cual se desprende que no obstante la existencia de una relación contractual, el hecho causante del daño no pueda incardinarse como producido dentro de la órbita de esa relación y como desarrollo de su contenido negocial”. Como tuvo ocasión de señalar con su proverbial agudeza DíEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños...* cit., p. 262, el Tribunal Supremo hubo de realizar toda clase de equilibrios en la cuerda floja sobre las líneas de distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual a fin de atender la reclamación de resarcimiento de la víctima, cuando seguramente hubiera sido mucho más sencillo resolver la cuestión por la vía de la interpretación del clausulado de la póliza, sobre la base de la doctrina de la *interpretatio contra stipulatorem* (v., en la actualidad, art. 6.2 LCGC), porque, si el asegurado era una estación de esquí, resultaba difícil entender que dentro de ella se generase una responsabilidad extracontractual, de manera que la única forma de que el contrato tuviera su más adecuado efecto y de que se justificasen las primas percibidas era interpretarlo más allá de sus palabras (sobre el tema, MARTÍNEZ MARTÍN, M., “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1991. Condiciones generales del contrato. Ámbito de cobertura de póliza de seguro. Responsabilidad civil contractual-extracontractual. Contrato suscrito por el menor. Legitimación para recurrir”, *CCJC*, núm. 27, 1991, pp. 777-792). En todo caso, la delimitación convencional del riesgo mediante cláusulas del estilo de la aquí analizada debe evitarse por los asegurados, toda vez que la amplitud de la zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la extracontractual permite pronosticar que las previsiones negociales de dicha especie vendrán a originar abundantes problemas respecto de la propia cobertura dispensada por el seguro (YZQUIERDO, M. y VALLET, J., “El seguro de responsabilidad civil. El seguro de defensa jurídica”, en Yzquierdo [dir.], *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales con sus implicaciones tributarias*, tomo VIII, Aranzadi,

Cizur Menor, 2014, pp. 782-783). E incluso se ha llegado a señalar que, en los casos como el examinado en que los daños susceptibles de originarse deben reconducirse, por lo común, al ámbito de la responsabilidad contractual, la póliza que sólo cubriese la responsabilidad extracontractual estaría proporcionando realmente, al cabo, una cobertura prácticamente vacía de contenido, con el consiguiente enriquecimiento del asegurador (REGLERO, L. F., en Reglero y Busto [coord.], *Tratado...* I cit., pp. 1370-1371).

Por su parte, en el supuesto enjuiciado por la STS, 1ª, de 4 de febrero de 2003 (RJ 2003/844), respecto de un seguro multirriesgo concertado por los propietarios y la usufructuaria de un local de negocio, que incluía, entre otros extremos, la cobertura de la responsabilidad civil en que pudieran incurrir, en su condición de tales, se entendió que no quedaban amparados los daños causados al arrendatario como consecuencia del desalojo a que se vio forzado debido al inminente peligro de derrumbe del edificio, toda vez que la póliza excluía de la garantía del seguro las reclamaciones basadas, entre otras, en obligaciones contractuales aceptadas por los asegurados. En efecto, en el supuesto descrito resultaba meridianamente clara la violación del deber de conservación que recaía sobre los arrendadores, que originó una responsabilidad claramente contractual en cuanto derivada directamente de la rigurosa órbita de lo pactado (REGLERO, L. F., en Reglero y Busto [coord.], *Tratado...* I cit., p. 1369; y "Comentario a la sentencia de 4 de febrero de 2003: Seguro de multirriesgo de local de negocio. Cobertura de responsabilidad civil del propietario del local. Exclusiones de cobertura: daños sufridos en el local arrendado como consecuencia del mal estado del mismo. Perjuicios sufridos por la empresa arrendataria del local. Responsabilidad contractual y no extracontractual", *CCJC*, núm. 63, 2003, pp. 1031-1046).

En relación con la cuestión examinada merece reseñarse asimismo la STS, 1ª, de 13 marzo de 2008 (RJ 2008/4349), relativa a un supuesto en que la cobertura estaba circunscrita a la responsabilidad extracontractual del empresario, que había asumido contractualmente la realización de determinadas labores de mantenimiento de cierta maquinaria, en el curso de las cuales uno de sus empleados causó graves daños materiales como consecuencia de la aplicación de una técnica inadecuada (dicha acción negligente consistió en enroscar una manguera a la boca de entrada de la caja en una máquina de fabricar papel que debía llenar con agua lentamente, cosa que provocó la entrada a presión del agua y la deformación de la pieza del labio inferior de la máquina, que quedó inservible, lo que a su vez originó la paralización de la producción de la empresa en cuestión). Pues bien, respecto del supuesto descrito, entendió el Tribunal Supremo que, del examen del clausulado contractual, cabía concluir que ciertos supuestos de daños causados por negligencia de los empleados del asegurado en el marco de las labores de mantenimiento, no referidos directamente al objeto de las mismas, podían resultar de dudosa calificación y, de esta suerte, en último término podría ser admisible, sólo en ese determinado ámbito, la invocación del principio de la unidad de la culpa civil como regla adecuada para la interpretación del contrato de seguro concertado, en el que se contemplaba la cobertura de la responsabilidad civil extracontractual. Sin embargo, en el concreto caso debatido se advirtió que la actuación del empleado se proyectaba directamente sobre las máquinas objeto de mantenimiento y de ello derivaba, por una parte, una estrecha relación entre las obligaciones contractuales y el daño causado por cumplimiento inadecuado de las mismas, que impedía la apreciación de una pretendida responsabilidad extracontractual del asegurado y, por otra, la aplicabilidad de una cláusula expresa contenida en las condiciones generales del contrato, que en coherencia con esta misma idea, excluía los "*daños causados a bienes o personas sobre los que esté trabajando el asegurado o persona de quien éste sea responsable*". Todo lo cual, al cabo, llevó a concluir que los daños producidos no quedaban cubiertos por la referida póliza.

Por lo demás, no puede dejar de reseñarse la decisiva influencia que sobre la propia extensión de la cobertura tiene, en supuestos como los aquí analizados, el previo posicionamiento que se adopte respecto de la compleja cuestión de la delimitación entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual (v. *supra*, capítulo primero, I.1). En este sentido es evidente que, si el problema expuesto viniera a resolverse sobre la base, bien de la teoría del concurso de normas

(o de la unidad de la culpa civil), bien de la de la opción o acumulación de acciones, la circunstancia de encontrarse únicamente amparada por el seguro la responsabilidad civil extracontractual no sería obstáculo para que, a la postre, pudieran quedar igualmente cubiertos los daños ocasionados por el incumplimiento de un contrato, so pretexto de que en tal caso vendría a producirse asimismo una infracción del deber genérico consistente en *neminem laedere* (por demás, la cuestión reviste un carácter capital en aquellos condicionados en los que se excluye la cobertura de cualquier reclamación que alegue, derive de, se base en, o sea atribuida a una garantía o responsabilidad asumida o aceptada por el asegurado por acuerdo o bajo contrato). En cambio, si el asunto se enjuiciara a la luz de la teoría de la no acumulación (o de la incompatibilidad de pretensiones), que es la preferible con arreglo al marco normativo vigente en nuestro país, no podría sino concluirse que la calificación de un concreta responsabilidad como contractual llevaría finalmente aparejada la exclusión de la cobertura del daño originado cuando el correspondiente contrato de seguro únicamente comprendiese, como riesgo asegurado, la responsabilidad extracontractual.

⁶ CALZADA, M. A., *El seguro voluntario...* cit., pp. 243-244.

⁷ YZQUIERDO, M., *El seguro de responsabilidad civil...* cit., pp. 197-198; a favor de la asegurabilidad de la responsabilidad concursal, resaltando la conveniencia de pactar expresamente su cobertura, IRIBARREN, M., "La extensión de la cobertura del seguro D&O a la responsabilidad concursal de los administradores por el déficit patrimonial de la sociedad", *ADC*, núm. 7, 2006, pp. 88-90.

Asimismo debe considerarse asegurable la llamada responsabilidad contable, por cuya virtud el que por acción u omisión contraria a la ley originare el menoscabo de los caudales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados (art. 38.1 Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas; v. igualmente art. 49.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas). Inicialmente caracterizada como una subespecie de la responsabilidad civil extracontractual (art. 1.902 CC), la responsabilidad contable se considera en la actualidad como un tipo específico y autónomo de responsabilidad, que posee una índole reparadora y patrimonial, esto es, constituye una modalidad singular de responsabilidad por daños. Esta última circunstancia permite deslindarla nítidamente de la responsabilidad penal, ya que la responsabilidad contable no posee carácter sancionador o punitivo, de forma que el responsable sólo está obligado a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados en los fondos públicos. Por lo demás, tampoco cabe identificar la responsabilidad contable con la disciplinaria, ya que esta última constituye una manifestación de una potestad atribuida legal y constitucionalmente a la Administración con el objeto de velar por el correcto funcionamiento de su propia organización y disciplina interna (sobre el tema, CASANA, F., *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2005, pp. 70-77).

⁸ En este sentido se ha señalado que la desvinculación de la responsabilidad respecto de la producción de un daño efectivo no significa que la misma pierda su carácter de responsabilidad civil, ni tampoco que adquiera el carácter personalísimo que tienen las sanciones penales y administrativas (RONCERO, A., *El seguro...* cit., pp. 237-243, y "El seguro de responsabilidad..." cit., pp. 20 y 23; SÁNCHEZ CALERO, F., "El seguro de responsabilidad civil para administradores, directores y gerentes de sociedades mercantiles", *RES*, núm. 107, 2001, p. 411; GUERRERO LEBRÓN, M. J., op. cit., pp. 175-176; IRIBARREN, M., "El seguro de la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales en el artículo 262.5 TRLSA [A propósito de la sentencia de la Sala 2ª de la Audiencia Provincial de Burgos de 19 de diciembre de 2002]", *RDM*, núm. 254, 2004, pp. 1467-1471; y SILVA SÁNCHEZ, J. M. y ORTIZ DE URBINA, I., "El artículo 31.2 del Código penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?", *InDret*, núm. 2, 2006, p. 29; contra, MORRAL, R., "Algunas consideraciones sobre el seguro de responsabilidad civil de los administradores de sociedades mercantiles", *RES*, núm. 115, 2003,

p. 326). *In extenso*, sobre el problema analizado, con una completa noticia sobre la caracterización doctrinal y jurisprudencial de la responsabilidad concursal (art. 172 *bis* LC), v. YZQUIERDO, M., *El seguro de responsabilidad civil...* cit., pp. 155-197; en general, con una amplia información sobre ambos tipos de responsabilidad, VINUELAS, M., *Responsabilidad por obligaciones sociales y responsabilidad concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 51-60 y 217-229.

⁹ SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., pp. 1223-1224; GARRIGUES, J., op. cit., p. 458; ALONSO SOTO, R., *El seguro de la culpa*, Montecorvo, Madrid, 1977, pp. 390-392; YZQUIERDO, M., *El seguro de responsabilidad civil...* cit., p. 200; OLIVENCIA, M., "Seguros de caución..." cit., p. 903; RONCERO, A., *El seguro...* cit. p. 236, y "El seguro de responsabilidad civil..." cit., p. 23; GUERRERO LEBRÓN, M. J., op. cit., pp. 134 y 138-139; PERÁN ORTEGA, J., *La responsabilidad civil y su seguro*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 172-173; FERNÁNDEZ DEL MORAL, J., op. cit., p. 72; y CALZADA, M. A., *El seguro de responsabilidad civil...* cit., pp. 37-38, y *El seguro voluntario...* cit., pp. 241-242, quien destaca que, aun en el caso de ausencia de exclusión expresa de la responsabilidad penal y de la administrativa, tales riesgos quedarían, en todo caso, fuera de la cobertura dispensada por el seguro de responsabilidad civil por tratarse de riesgos inasegurables (v. STS, 2ª, de 27 de noviembre de 1989, RJ 1989/9326). Nótese que, respecto del seguro de defensa jurídica, su ordenación legal excluye explícitamente "el pago de multas y la indemnización de cualquier gasto originado por sanciones impuestas al asegurado por las autoridades administrativas o judiciales" (art. 76 b) LCS; sobre dicho particular, destacan TAPIA, A. J., en Sánchez Calero [dir.], *Ley de Contrato de Seguro*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2001, p. 1434; OLMOS, A., *El seguro de defensa jurídica*, Aranzadi, Elcano, 1997, pp. 242-244; e YZQUIERDO, M. y VALLET, J., op. cit., p. 849, que la prohibición enunciada obedece a motivos de orden público, pues la asegurabilidad de tales multas o sanciones resultaría radicalmente incompatible con su propia finalidad e incrementaría, desde el punto de vista práctico, el riesgo de que el asegurado incurriera en las conductas constitutivas de las infracciones sancionadas o, en los casos de multas coercitivas, sostuviera una resistencia contumaz a la ejecución de los actos administrativos; sobre el tema, SAP de Madrid, Sección 21ª, de 11 de noviembre de 2011, AC 2012/118). En este sentido debe tenerse presente que el deber de pago de la multa es, como el deber de cumplimiento de cualquier pena, un deber altamente personal, hasta el punto de que tradicionalmente se ha considerado inadmisibles, tanto su pago por parte de un tercero, como la donación al condenado de la cantidad para que este pueda pagarla, por más que no quepa ignorar que en el ámbito penal, a diferencia de lo que ocurre con la pena de prisión, resulta casi imposible garantizar que sea el propio condenado el que sufra la pena de multa (SILVA SÁNCHEZ, J. M. y URBINA, I., op. cit., p. 18).

Por lo demás, el expuesto en el texto es el criterio mantenido por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones en su respuesta, de 31 de enero de 2008, a una consulta sobre la posibilidad de aseguramiento de multas penales, sanciones administrativas y multas coercitivas, en el caso de ser impuestas por órganos administrativos, juzgados y tribunales españoles o de terceros países. A tal propósito el mencionado organismo supervisor ha tenido ocasión de señalar lo siguiente: "[...] se entiende que es contrario al orden público que el asegurador pueda hacer frente a las consecuencias de la responsabilidad penal o administrativa, mediante el pago de las multas o sanciones impuestas al responsable. Las penas o multas tienen un componente sancionador que no puede eludirse con la intervención de un asegurador.

La posibilidad de cobertura de las multas y sanciones a través de un seguro vaciaría de contenido la sanción de algunas conductas y la exigencia de diligencia en la realización de determinadas funciones, al trasladarse al asegurador el pago de la sanción impuesta al responsable.

Tal prohibición abarca no sólo el mecanismo directo de cobertura consistente en la entrega de una cantidad, igual o proporcional a la cuantía de la sanción impuesta, sino también a los mecanismos de cobertura indirecta mediante la entrega de un subsidio igual, parcial o proporcional a la cuantía de la sanción.

Como consecuencia de todo lo anterior, se concluye que la cláusula de cobertura de las sanciones administrativas no es admisible porque podría ser contraria al orden público y por no ser objeto de cobertura en el seguro de responsabilidad civil que únicamente pretende resarcir el daño patrimonial

que sufre el asegurado como consecuencia de la reclamación de daños e indirectamente asegurar que el tercero perjudicado percibe la indemnización, no siendo posible asegurar las consecuencias punitivas derivadas de ilícitos penales o administrativos”.

Por lo que respecta a la responsabilidad administrativa, debe dejarse constancia de la vigencia, últimamente, de una línea de opinión que, con diversidad de matices, se muestra proclive a la admisibilidad de su aseguramiento (dentro del ramo de pérdidas pecuniarias diversas, que constituye un ramo diferenciado de los de responsabilidad civil en la disciplina de ordenación, v. Anexo A).a.10, 11, 12, 13 y 16 LOSSEAR), fuera siempre de los casos de las infracciones dolosamente cometidas, que se consideran de todo punto inasegurables (ex art. 19 LCS, en relación con lo previsto en el art. 1.275 CC). Tal posicionamiento, por demás, ha encontrado un cierto refrendo en la práctica aseguradora, donde cabe constatar la existencia de condicionados generales de seguros de responsabilidad civil en los que se contempla la cobertura de las multas y sanciones administrativas impuestas por una autoridad competente a al asegurado.

A tal propósito se aduce que el carácter sancionador o alictivo debe predicarse con mayor intensidad de las sanciones penales que de las administrativas, por lo que estas últimas han de estimarse asegurables, sobre la base asimismo de la distinción realizada por el legislador respecto de la pena de multa en el propio Código Penal, donde se establece que “no se reputarán penas, las multas y demás correcciones que, en uso de atribuciones gubernativas o disciplinarias, se impongan a los subordinados o administrados” (art. 34.2 CP). O, más restrictivamente, se ha llegado a sostener que existen dos tipos de sanciones administrativas, a saber: de un lado, las que protegen el interés público general, que se aproximan a las penales, de modo que no resultarían asegurables en razón de su índole marcadamente punitiva; de otro, las que tutelen intereses distintos, en ningún caso confundibles con el interés público, en las que primaría su carácter resarcitorio, que sí serían susceptibles de aseguramiento (recientemente, para una completa noticia sobre el estado de la cuestión, ATIENZA, M. L., “El aseguramiento de las sanciones administrativas”, en Bataller, Quintáns y Veiga [dir.], *La reforma del Derecho del Seguro*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 151-178). Pero los intentos someramente esbozados se enfrentan al obstáculo infranqueable de la sustancial identidad de las sanciones penales y administrativas, que resulta de la propia ordenación constitucional de la materia, donde se tratan conjuntamente los ilícitos penales y los administrativos, poniendo de manifiesto la voluntad de que ambos se sujeten a principios de básica identidad (v. art. 25 CE). En este sentido, se pone de manifiesto la coexistencia paralela en nuestro Ordenamiento de dos potestades sancionadoras, la penal y la administrativa, configuradas como ramas o manifestaciones de una unidad superior, el *ius puniendi* del Estado, en razón de lo cual se concluye que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador (STC 18/1981, de 8 de junio; sobre el tema, NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2005, pp. 86-94).

¹⁰ Sobre el tema, entre otros, SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., pp. 1224-1228; REGLERO, L. F., en Reglero y Busto (coord.), *Tratado...* I cit., pp. 1403-1430; CALZADA, M. A., *El seguro voluntario...* cit., pp. 243-245, y *El seguro de responsabilidad civil...* cit., pp. 56-58; CARMONA, M., “Las cláusulas definitorias y las cláusulas limitativas del contrato de seguro”, *RES*, núm. 89, 1997, pp. 70-82; PAVELEK, E., “La suma asegurada en el seguro de responsabilidad civil”, en Herrador (dir.), *Derecho de daños 2013*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, pp. 765-772, 778-791 y 799-816; PERÁN ORTEGA, J., op. cit., pp. 175-199; RONCERO, A., “El seguro de responsabilidad...” cit., pp. 22-33; y FERNÁNDEZ DEL MORAL, J., op. cit., pp. 160-161.

¹¹ En relación con la delimitación convencional del riesgo ha venido suscitándose tradicionalmente de manera recurrente el problema de si las cláusulas que precisan determinadas exclusiones de cobertura deben considerarse limitativas de los derechos del asegurado (art. 3 LCS). La trascendencia del asunto reside en que, de optarse por la respuesta afirmativa al interrogante planteado, el eventual incumplimiento de los requisitos particulares de inclusión establecidos para dicha clase de cláusulas (que, como se sabe, han de destacarse de manera especial y aceptarse específicamente por escrito) determinaría su no incorporación al contrato, de manera que no pasarían a formar parte

de su contenido. La sucintamente expuesta constituye una cuestión enormemente polémica y controvertida, sobre la que la jurisprudencia no ha logrado establecer aún unos criterios del todo claros y precisos, acaso por el enorme casuismo que caracteriza a la materia (sobre la que ha venido a incidir recientemente la exigencia de que la póliza deberá contener, entre otras indicaciones, la relativa a la naturaleza del riesgo cubierto, describiendo de forma clara y comprensible las garantías y coberturas otorgadas en el contrato, así como respecto de cada una de ellas, las exclusiones y limitaciones que les afecten destacadas tipográficamente, art. 8.3 LCS, en la redacción dada por el número uno de la disposición adicional primera LOSSEAR). A tal efecto ha de tenerse presente, en términos generales, que, según la importante STS, 1ª (Pleno), de 11 de septiembre de 2006 (RJ 2006/6576), "(L)as cláusulas delimitadoras del riesgo son, pues, aquéllas mediante las cuales se concreta el objeto del contrato, fijando qué riesgos, en caso de producirse, por constituir el objeto del seguro, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación, y en la aseguradora el recíproco deber de atenderla. La jurisprudencia mayoritaria declara que son cláusulas delimitativas aquellas que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial (SSTS 2 de febrero 2001; 14 mayo 2004; 17 marzo 2006)". La importancia de la resolución mencionada reside en la declaración general de que las cláusulas delimitadoras del riesgo no están sujetas a los requisitos de incorporación legalmente impuestos a las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado (art. 3 LCS). Empero, no puede pasarse por alto que la mencionada doctrina jurisprudencial ha resultado posteriormente matizada mediante la reiterada indicación de que las cláusulas delimitadoras del riesgo deben considerarse en determinados casos limitativas: así, cuando restringen derechos reconocidos al asegurado en la parte de la póliza que negoció (condiciones particulares), o cuando contienen exclusiones infrecuentes o inusuales (entre otras, STS, 1ª, de 18 de mayo de 2009, RJ 2009/2924; de 15 de julio de 2009, RJ 2009/4707; de 1 de octubre de 2010, RJ 2010/7306; de 30 de noviembre de 2011, RJ 2012/3519; de 27 de junio de 2013, RJ 2013/4985; de 15 de octubre de 2014, RJ 2014/5809; y de 22 abril de 2016, RJ 2016/3846; sobre el tema, entre otros, *in extenso*, GUIASOLA, A., *Cláusulas limitativas de derechos y delimitadoras del riesgo en el contrato de seguro*, Edersa, Madrid, 2000, pp. 119-156, y, últimamente, VEIGA, A. B., *Tratado del Contrato de Seguro*, tomo I, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 475-488; y, de manera particular, respecto del seguro de responsabilidad civil, REGLERO, L. F., en Reglero y Busto [coord.], *Tratado...* I cit., pp. 1390-1391 y 1399-1402).

¹² El mencionado artículo 11 LOSSEAR (al que se ha trasladado la regulación originariamente recogida en el art. 107.2 LCS) establece lo siguiente:

"A efectos de lo establecido en esta Ley y en las demás disposiciones reguladoras de la supervisión y contratación de los seguros privados, se entenderá por contratos de seguro de grandes riesgos los siguientes:

- a) *Los de vehículos ferroviarios, vehículos aéreos, vehículos marítimos, lacustres y fluviales, mercancías transportadas (comprendidos los equipajes y demás bienes transportados), la responsabilidad civil en vehículos aéreos (comprendida la responsabilidad del transportista) y la responsabilidad civil de vehículos marítimos, lacustres y fluviales (comprendida la responsabilidad civil del transportista).*
- b) *Los de crédito y de caución cuando el tomador y el asegurado ejerzan a título profesional una actividad industrial, comercial o liberal y el riesgo se refiera a dicha actividad.*
- c) *Los de vehículos terrestres (no ferroviarios), incendio y elementos naturales, otros daños a los bienes, responsabilidad civil en vehículos terrestres automóviles (comprendida la responsabilidad del transportista), responsabilidad civil en general y pérdidas pecuniarias diversas, siempre que el tomador supere los límites de, al menos, dos de los tres criterios siguientes:*
 - *Activo total del balance: 6.200.000 euros.*
 - *Importe neto del volumen de negocios: 12.800.000 euros.*
 - *Número medio de empleados durante el ejercicio: 250 empleados.*

Si el tomador del seguro formara parte de un grupo de sociedades cuyas cuentas consolidadas se establezcan con arreglo a lo dispuesto en los artículos 42 a 49 del Código de Comercio, los criterios mencionados anteriormente se aplicarán sobre la base de las cuentas consolidadas".

¹³ El fundamento de la relevante excepción introducida respecto de los contratos de seguro por grandes riesgos, al igual que la recogida en relación con el reaseguro (art. 79 LCS), se estima esencialmente consistente en la presunta inexistencia de una situación de desequilibrio de las partes del contrato, supuesto que tal estado de cosas deja carente de justificación el despliegue de una especial protección al asegurado: en el sentido indicado, entre otros, SANCHEZ CALERO, F., "Sobre la imperatividad del contrato de seguro", en Iglesias (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, III, Civitas, Madrid, 1996, pp. 3002-3003, y *Ley de Contrato...* cit., pp. 71 y 683; CABALLERO SANCHEZ, E., *El consumidor de seguros: protección y defensa*, Fundación MAPFRE, Madrid, 1997, pp. 59-60; BATALLER, J., "La aplicación de la Ley de Contrato de Seguro 50/1980 al seguro marítimo [Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª de 20 de febrero de 1995 RAJ 1995/883]", *RDM*, núm. 220, 1996, p. 512; ALMAJANO, L. M., "El Derecho Comunitario y su aplicación en el Derecho español en materia de responsabilidad civil por grandes riesgos", p. 71; OLIVENCIA, M., "El seguro de responsabilidad civil y la protección de la víctima. En especial, en los daños causados por la gran empresa: la acción directa y las excepciones oponibles", p. 201; y MUÑOZ, A., "El reaseguro de los grandes riesgos", p. 516 (los tres últimos en Sánchez Calero [dir.], *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, Musini, Madrid, 1994); y EMBID, J. M., "La protección del asegurado: su condición de consumidor", en AA. VV., *Derecho de Seguros*, Cuadernos de Derecho Judicial, XIX, Madrid, 1996, pp. 22-23.

¹⁴ Así, por ejemplo, ALONSO SOTO, R., "Consideraciones sobre la noción de siniestro en la nueva Ley de Contrato de Seguro", en Verdera (ed.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, I, CUNEF, Zaragoza, 1982, pp. 202-203, quien destaca asimismo la sorprendente circunstancia de que el siniestro no venga definido de modo preciso en la ordenación legal, a pesar de tratarse de un factor capital de la relación de seguro. Sobre el tema, igualmente, NICOLAS, V., en Bigot (dir.), *Traité de Droit des Assurances*, tomo III, LGDJ, Paris, 2002, pp. 971-988.

¹⁵ SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., pp. 312-313; v. asimismo, DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, Vol. 2º, Giuffrè, Milano, 1954, p. 179.

¹⁶ En la línea indicada, tiene declarado al respecto el Tribunal Supremo que la aquí examinada es una nulidad imperativa que priva a la relación de su propia eficacia (STS, 1ª, de 22 de diciembre de 2001, RJ 2002/1036, y de 5 de marzo de 2012, RJ 2012/4997).

Con todo, no cabe obviar que la determinación de la propia producción del siniestro en los llamados riesgos complejos presenta una notable dificultad, ya que en estos casos aquel evento se caracteriza por representar el resultado de un proceso integrado por varias fases. A tal propósito, según una línea de pensamiento que ha tenido cumplida acogida en nuestra jurisprudencia, cabría sostener razonablemente que la nulidad del contrato producida por la previa ocurrencia del siniestro comprende no sólo el supuesto de completa verificación del referido suceso, sino también aquellos casos en que ha tenido lugar el acaecimiento del hecho que supone el comienzo del proceso ordenado a su formación, aún no concluido por completo, cuando la consumación del siniestro se produce una vez iniciada la vigencia material del contrato: así, SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., pp. 126-127. En la línea indicada se consideran inasegurables aquellos eventos cuyos presupuestos causales hayan tenido lugar con anterioridad a la conclusión del contrato, cuando sus consecuencias resulten inevitables, aun en el caso de manifestarse con posterioridad a la aludida perfección (FANELLI, G., *Le assicurazioni*, tomo I [volumen XXXVI, tomo I, del *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, dirigido por Cicu y Messineo], Giuffrè, Milano, 1973, p. 133).

¹⁷ En este punto se sigue la exposición que hubo oportunidad de desarrollar en LA CASA, R., "La cobertura retroactiva del seguro", *RDM*, núm. 298, 2015, pp. 88-92.

¹⁸ CALZADA, M. A., *El seguro de responsabilidad civil...* cit., pp. 29-31.

¹⁹ Sobre el tema siguen siendo indispensables en la actualidad las pormenorizadas exposiciones sobre el estado de la cuestión de SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., pp. 1228-1238, y CALZADA, M. A., *El seguro voluntario...* cit., pp. 153-181, y *El seguro de responsabilidad civil...* cit., pp. 47-51. Como botón de muestra, respecto de algunos Ordenamientos de nuestro entorno, DE STROBEL, D., *L'assicurazione di responsabilità civile*, 5ª ed., Giuffrè, Milano, 2004, pp. 199-207; VOLPE PUTZOLU, G., "La clausola *claims made*. Rischio e sinistro nell'assicurazione r.c.", *Assicurazioni*, fasc. 1, 2010, pp. 3-18; BOGLIONE, A., "Le clausole *loss occurrence* e *claims made* nell'assicurazione di responsabilità civile (R. C.)", *Assicurazioni*, fasc. 4, 2009, pp. 469-485; LAMBERT-FAIVRE, L. y LEVENEUR, L., *Droit des assurances*, 12ª ed., Dalloz, Paris, 2005, pp. 485-502; MAYAUX, L., "La durée de la garantie en assurances de responsabilité depuis la loi de sécurité financière du 1er août 2003: les rayons et les ombres", *RGDA*, núm. 4, 2003, pp. 647-672, y L'ÉLEU DE LA SIMONE, P., "Assurances de responsabilité civile: la légalisation du trou de garantie", *RGDA*, núm. 1, 2006, pp. 13-33.

²⁰ En el mismo sentido, además, entre otras, STS, 1ª, de 23 de abril de 1992 (RJ 1992/3323); de 10 de marzo de 1993 (RJ 1993/1789); de 15 de junio de 1995 (RJ 1995/5295); de 14 de junio de 2002 (RJ 2002/4901); de 14 de julio de 2003 (RJ 2003/4630); de 19 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6995); de 16 de octubre de 2003 (RJ 2003/7391); de 8 de febrero de 2006 (RJ 2006/543); de 1 de diciembre de 2006 (RJ 2006/8156); de 28 de mayo de 2007 (RJ 2007/3128); de 3 de julio de 2009 (RJ 2009/477); de 14 de febrero de 2011 (RJ 2011/787); y de 20 de mayo de 2014 (RJ 2014/3761). En la línea expuesta, el APLCM establece que el seguro de responsabilidad civil cubre el riesgo del resarcimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños causados por un hecho previsto en el contrato y producido durante su vigencia de cuyas consecuencias el asegurado sea civilmente responsable (art. 582-44-1 APLCM; sobre el tema, TAPIA, A. J., "El seguro de responsabilidad civil en la Propuesta de Código Mercantil", *RAEAERCS*, núm. 49, 2014, pp. 9-24).

A lo indicado ha de agregarse que algunas resoluciones que reconocieron la cobertura del seguro de responsabilidad civil en atención a la formulación de la reclamación del asegurado durante la vigencia de la póliza, con independencia del momento en que se hubiera producido el hecho causante, que fueron dictadas con arreglo a una regulación legal en la que todavía no se había acogido la admisibilidad de las cláusulas *claims made*, siguieron el expresado criterio en beneficio, tanto del asegurado, como del perjudicado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2 *in fine* LCS (v., por ejemplo, STS, 1ª, de 10 de noviembre de 1995, RJ 1995/8254; de 28 de enero de 1998, RJ 1998/357; y de 8 de septiembre de 1998, RJ 1998/7458; pero también STS, 1ª, de 20 de mayo de 2014, RJ 2014/3761). Empero, no se puede dejar de llamar la atención sobre la circunstancia de que semejante interpretación, respecto de los hechos dañosos sucedidos con anterioridad a la perfección del contrato, suscita serios reparos si se atiende a las exigencias derivadas del principio de la realidad del riesgo (art. 4 LCS).

²¹ Incluso llegaba a establecerse el requisito añadido, considerado igualmente nulo, de la necesidad de la comunicación del siniestro en idéntico período de tiempo al precisado convencionalmente para la reclamación del tercero (v., especialmente, STS, 1ª, de 20 de marzo de 1991, RJ 1991/2267, y de 23 de abril de 1992, RJ 1992/3323).

Sobre el tema, en relación con el tenor originario del artículo 73 LCS, resultan muy ilustrativos, especialmente, JIMÉNEZ DE PARGA, R., "Reflexiones sobre la cuestión del daño diferido en el seguro de responsabilidad civil [A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 20 de marzo de 1991]", en Polo Díez (coord.), *Estudios de Derecho bancario y bursátil: homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, vol. 2, La Ley, Madrid, 1994, pp. 1341-1376; VERDERA, E., "La cláusula *claims made* ante la jurisprudencia del Tribunal Supremo", pp. 75-134; MANSILLA, F., "Ámbito temporal de la cobertura aseguradora en el Seguro de Responsabilidad Civil, en relación con el momento de producción del siniestro", pp. 211-238 [los dos últimos, en Sánchez Calero (dir.), *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, Musini, Madrid, 1994]; HILL, M. C., "Las cláusulas «*claims made*»: ¿fin de la polémica?", en Morillas, Perales y Porfirio

Carpio (dir.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III, Madrid, 2015, pp. 1404-1411.

²² Téngase presente, por demás, que las pólizas al uso incluyen con relativa frecuencia una previsión por cuya virtud todas las reclamaciones derivadas de una misma causa de origen serán consideradas como una sola y única reclamación, y esta reclamación se considerará que ha sido realizada dentro del período de seguro en que se hizo la primera reclamación.

²³ Para una reconocida línea de opinión, la calificación de las cláusulas *claims made* como limitativas [art. 73, párr. 2º, LCS] resulta harto discutible si se atiende al dato de que este tipo de clausulado viene realmente a precisar la duración temporal de la cobertura (SÁNCHEZ CALERO, F., "La delimitación temporal del riesgo en el Seguro de Responsabilidad Civil, tras la modificación del artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro", *RES*, núm. 89, 1997, p. 34, y VEIGA, A. B., *La dimensión temporal en el contrato de seguro*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 174-175)

Empero, la consideración como limitativa es plenamente apropiada, a lo que creemos, si se repara en que, como consecuencia de la previsión en la póliza de alguna cláusula de tal especie, el acaecimiento del siniestro (identificado, como se indicó con anterioridad, con el hecho dañoso) durante la vigencia del contrato deja de ser condición suficiente y, en el caso de la cobertura retroactiva, también necesaria, para que el asegurador quede obligado al correspondiente resarcimiento. Esto es, las cláusulas *claims made* producen un recorte de la posición jurídica que el asegurado disfrutaría de no haberse hecho uso del margen concedido a la autonomía de la voluntad en lo concerniente a la delimitación temporal de la vigencia del seguro de responsabilidad civil mediante la configuración del contrato como una póliza de reclamaciones, con la consiguiente restricción de la cobertura [CALZADA, M. A., "La delimitación del riesgo en el Seguro de Responsabilidad Civil: el nuevo párrafo segundo del artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro", *RES*, núm. 89, 1997, pp. 62-65].

Con todo, la conclusión expuesta debe ser matizada, ya que, aunque resulta plenamente predicable de las llamadas cláusulas de cobertura posterior, no puede decirse exactamente otro tanto respecto de las denominadas cláusulas de cobertura retroactiva. En este sentido ha de observarse que, si bien es cierto que la circunscripción de la cobertura a los supuestos en que la reclamación del perjudicado tenga lugar durante el período de vigencia de la póliza supone una restricción de los derechos del asegurado frente al sistema *occurrence basis*, que rige en defecto de pacto en contrario ajustado a los requisitos establecidos al efecto [art. 73, párr. 1º, LCS], no cabe desconocer, en cambio, que la cobertura de los eventos dañosos sucedidos un año antes, al menos, del comienzo de los efectos del contrato proporciona al asegurado una protección de la que, de otro modo, carecería, ya que la cobertura vendría a proyectarse asimismo hacia el pasado, con arreglo al período de retroactividad convenido [VEIGA, A. B., *La dimensión... cit.*, pp. 168-169].

Quiere decirse, pues, que el aspecto limitativo de este tipo de cláusulas es, en puridad, el referido a la exigencia de que la reclamación de la víctima se produzca estando en vigor la póliza. A pesar de lo expuesto, una eventual cláusula de cobertura retroactiva que no se ajustara a las exigencias generales previstas para las cláusulas limitativas no quedaría incorporada al contrato en ninguno de sus extremos; esto es, no resultaría posible entender que la mencionada sanción habría de reducirse a la inexistencia de plazo alguno para la reclamación del perjudicado, pues debería considerarse que también afectaría a la eficacia hacia el pasado del seguro, que en la hipótesis examinada no se desplegaría. A lo que parece, según el planteamiento del legislador, la cobertura retroactiva viene a ser la contrapartida precisada en beneficio del asegurado a la configuración convencional del contrato como una póliza de reclamaciones, de modo que, si este último efecto no llegara a desplegarse, tampoco lo haría el relativo a aquella modalidad singular de cobertura [LA CASA, R., "La cobertura retroactiva..." cit., pp. 92-93].

²⁴ Por lo que respecta a las denominadas cláusulas de cobertura posterior, ha de reseñarse que, en la práctica, algunas pólizas modulan el rigor de su delimitación temporal de la cobertura,

incluyendo previsiones que extienden dicha cobertura a las circunstancias comunicadas por el asegurado al asegurador durante el periodo de seguro que puedan dar lugar a una reclamación futura, una vez finalizado el plazo previsto en la póliza al efecto, siempre y cuando se precisen las razones de aquella eventual litigiosidad (TAPIA, A. J., "El seguro de responsabilidad civil en la Propuesta..." cit., p. 14; últimamente, en la jurisprudencia, STS, 4ª, de 18 de febrero de 2016, RJ 2016/942).

²⁵ Tal posibilidad, en cambio, debe entenderse excluida en las denominadas cláusulas de cobertura posterior, a pesar de la imprecisa redacción de la norma examinada; así, entre otros, SÁNCHEZ CALERO, F., "La delimitación..." cit., pp. 39-40; CALZADA, M. A., "La delimitación..." cit., p. 52; y ATIENZA, M. L. y EVANGELIO, R., op. cit., p. 827.

²⁶ SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., p. 1251; SÁNCHEZ-CALERO, J. y TAPIA, A. J., "La responsabilidad civil derivada de los delitos de los administradores y directivos de sociedades y su aseguramiento: reflexiones sobre la jurisprudencia reciente", *La Ley Mercantil*, núm. 10, enero, 2015, p. 7; OLIVENCIA, M., "El seguro de responsabilidad civil..." cit., pp. 208 y 209; y RONCERO, A., "El seguro de responsabilidad..." cit., p. 26.

²⁷ SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., pp. 1321-1322; y CALZADA, M. A., *El seguro de responsabilidad civil...* cit., p. 125.

²⁸ El sentido crítico respecto de la calificación como directa de la acción atribuida al tercero, CALZADA, M. A., *El seguro voluntario...* cit., pp. 378-383, y *El seguro de responsabilidad civil...* cit., pp. 123-124.

²⁹ En relación con lo expuesto en el texto, debe tenerse presente que, en sus inicios, la modalidad de seguro examinada se encontraba concebida como un seguro en el que el asegurador se obligaba a reembolsar al asegurado la suma pagada por este a un tercero en razón de su responsabilidad civil, de manera que, una vez que el asegurado había satisfecho la deuda de responsabilidad, recibía del asegurador la correspondiente indemnización. Pues bien, los inconvenientes asociados a la configuración descrita, cuyo mantenimiento habría tenido fatales consecuencias sobre la propia difusión del seguro de responsabilidad civil, ejercieron una destacada influencia en la consagración legal de la acción directa del perjudicado (CALZADA, M. A., *El seguro voluntario...* cit., pp. 48-52, y *El seguro de responsabilidad civil...* cit., pp. 14-17 y 32-34; y ALONSO SOTO, R., "Responsabilidad civil..." cit., p. 201; por su parte, en relación con la situación anterior a la entrada en vigor de la LCS, SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., pp. 1303-1306; y CARRO DEL CASTILLO, J. A., "La acción directa del perjudicado contra el asegurador de responsabilidad civil en la Ley de Contrato de Seguro", en Verdura (ed.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, I, CUNEF, Zaragoza, 1982, pp. 960-962).

Con anterioridad al expresado reconocimiento se propuso, en aras de la protección del perjudicado, el ejercicio por este de la acción subrogatoria frente al asegurador (art. 1.111 CC). Empero, al colocarse en el mismo lugar del asegurado, el tercero quedaba expuesto a las excepciones que pudiera oponerle el asegurador derivadas, tanto de la relación de responsabilidad civil (esto es, la relación perjudicado-asegurado), como de las relaciones entre asegurador y asegurado (de esta suerte, pues, el perjudicado se veía afectado por las vicisitudes propias del contrato de seguro). Además, la cantidad eventualmente obtenida se ingresaba en el patrimonio del asegurado, por lo que quedaba afectada al pago de sus deudas, lo que tenía particular relevancia en el caso de insolvencia del propio asegurado (sobre el tema, entre otros, SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., pp. 1301-1302; OLIVENCIA, M., "La acción directa contra el asegurador", en AA. VV., *Coloquio sobre el seguro obligatorio de automóviles*, Madrid, 1963, pp. 4-5; GARRIGUES, J., op. cit., pp. 385-388; CLAVERO, M. F., *La acción directa del perjudicado contra el asegurador de responsabilidad*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 12-14; GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Solidaridad y Derecho de daños: los límites de la responsabilidad civil colectiva*, Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 265). A tal propósito se ha puesto atinadamente de manifiesto que el derecho

propio del tercero no es más que la consecuencia lógica y última del tránsito, en el curso de su evolución, del seguro de responsabilidad civil reparador al seguro de responsabilidad civil preventivo (CALZADA, M. A., *El seguro de responsabilidad civil...* cit., p. 119).

³⁰ Para una noticia histórica de la evolución experimentada sobre la materia por nuestro Ordenamiento, SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., pp. 1300-1308; y CALZADA, M. A., *El seguro de responsabilidad civil...* cit., pp. 119-121; en sentido crítico, respecto de la trascendencia del reconocimiento de la acción directa en el seguro de responsabilidad civil, CALZADA, M. A., *El seguro voluntario...* cit., pp. 378-383, y *El seguro de responsabilidad civil...* cit., pp. 117-120, para quien la ley no consagra realmente un derecho que de otro modo no tendría el tercero, sino que reconoce un derecho que deriva del propio contrato de seguro por exigencia del principio indemnizatorio y se impone a la voluntad de las partes; en suma, en opinión de la mencionada autora, la atribución de un derecho propio al perjudicado va más allá de la mera corrección de eventuales disfunciones del seguro.

³¹ En aras de alcanzar la más completa tutela del perjudicado se permite incluso el ejercicio de la acción directa sin determinar la cuantía del daño, cuyo concreto importe cabe dejar a un juicio posterior, cuando exista una gran dificultad o imposibilidad de precisarlo en la demanda (STS, 1ª, de 17 de abril de 2015, RJ 2015/1198; sobre el tema, TAPIA, A. J., “La adaptación de las pólizas de responsabilidad civil de administradores y directivos de sociedades a las modificaciones legislativas”, ponencia presentada al *XVII Congreso de Responsabilidad Civil y Seguro*, INESE, Madrid, 25 de junio de 2015, pp. 7-10). En términos generales, se señala que, cuando se produce una situación de la índole de la anteriormente descrita, cabe acudir a dos criterios que impidan la indefensión de las partes: de un lado, es admisible remitir la cuestión a otro proceso; de otro, de forma excepcional, se defiende permitir la posibilidad operativa del incidente de ejecución. Ambas soluciones han sido utilizadas en algunas sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo en atención a las circunstancias singulares de cada caso, lo que ha supuesto una significativa matización de las reglas previstas en los artículos 209.4º y 219 LEC, a fin de conjurar un grave menoscabo del derecho a la tutela judicial efectiva (STS, 1ª, Pleno, de 16 de enero de 2012, RJ 2012/1785).

³² La relevancia de la distinción entre responsabilidad civil contractual y extracontractual (v. *supra*, capítulo primero, I.1) se refleja asimismo en el ámbito de la prescripción de la acción directa. En este sentido debe tenerse presente que “[...] el derecho propio del perjudicado contra el asegurador en el seguro de responsabilidad civil no está sometido al régimen del artículo 23 LCS, en la medida que no nace del contrato de seguro, suscrito entre asegurado-tomador y asegurador, y respecto del cual, el perjudicado es un tercero, sino del hecho que ha generado la obligación de indemnizar a cargo del asegurado, es decir, de la responsabilidad civil del asegurado frente a terceros. Y tratándose de un derecho propio del perjudicado, ajeno al contrato de seguro, el plazo de prescripción dependerá de la naturaleza de la acción de responsabilidad de que sea titular [...]” (STS, 1ª, de 27 de septiembre de 2007, RJ 2007/5450). Por consiguiente, si la responsabilidad es extracontractual, el plazo de prescripción será, en principio, el de la culpa aquiliana, fijado en un año, sin perjuicio de la vigencia de regímenes especiales (art. 1.968.2º CC); pero, si es contractual, será el que corresponda a la relación jurídica de la que el asegurador cubra la responsabilidad civil de su asegurado, que viene establecido con carácter general en cinco años (art. 1.964 CC), sin perjuicio, igualmente, de lo previsto en disposiciones particulares. En suma, el plazo de prescripción para ejercer la acción directa contra el asegurador es el mismo que el correspondiente a la acción del perjudicado contra el asegurado (sobre el tema, SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero [dir.], *Ley de Contrato de Seguro...* cit., pp. 406-407; y COELLO DE PORTUGAL, I., “El plazo de prescripción de la «acción directa» del tercero perjudicado frente a la aseguradora”, *RAEAERCS*, núm. 53, 2015, pp. 27-34; con matices, CALZADA, M. A., *El seguro de responsabilidad civil...* cit., p. 124).

³³ Debe hacerse notar que, mientras la apreciación de una situación de solidaridad pasiva impropia entre asegurado y asegurador se encuentra muy extendida en el ámbito jurisprudencial,

hasta el punto de alcanzar la condición de opinión pacífica, no ocurre otro tanto en el plano doctrinal, pues, frente al nutrido elenco de autores que se alinean en la orientación expuesta [así, entre otros, SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero [dir.], *Ley de Contrato de Seguro...* cit., pp. 1315-1318; ATIENZA, M. L. y EVANGELIO, R., op. cit., pp. 847-848; BAÍLLO, J., *La acción directa en el seguro obligatorio de responsabilidad civil automovilística*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Bolonia, 2000, pp. 133-136; CARRO DEL CASTILLO, J. A., op. cit., pp. 968-971; ROCA, E. y NAVARRO, M., op. cit., p. 227; y ARNAIZ, C., op. cit., p. 47], se alza otra línea de pensamiento que rechaza abiertamente que el asegurador se encuentre obligado solidariamente con el asegurado frente al tercero, para concluir que la obligación del asegurador es de naturaleza especial y más onerosa que las obligaciones solidarias [en el sentido indicado, sobre todo, CALZADA, M. A., *El seguro voluntario...* cit., pp. 387-397, y *El seguro de responsabilidad civil...* cit., pp. 127-130; REVILLA, J. A., *La acción directa contra el asegurador en el proceso civil*, Trivium, Madrid, 1996, pp. 127-131; asimismo, GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Solidaridad impropia...* cit., pp. 91-92, y *Solidaridad y Derecho de daños...* cit. pp. 273-276, para quien no existe responsabilidad solidaria entre el asegurador y el causante del daño].

³⁴ En relación con las distintas posibilidades expuestas en el texto, SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero [dir.], *Ley de Contrato de Seguro...* cit., pp. 1349-1354; CALZADA, M. A., *El seguro de responsabilidad civil...* cit., pp. 130-133; FONT SERRA, E., "La oposición del asegurador a la acción directa del artículo 76 de la Ley 50/80 de Contrato de Seguro", *RGD*, núm. 552, 1990, pp. 6313-6316; ATIENZA, M. L. y EVANGELIO, R., op. cit., p. 848; REVILLA, J. A., op. cit., pp. 93-103; SOTO NIETO, F., *La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo*, Montecorvo, Madrid, 1982, pp. 264-278; y ARNAIZ, A., op. cit., p. 47, quienes coinciden en destacar la conveniencia de demandar conjuntamente a asegurado y asegurador, toda vez que el éxito de la acción directa requiere el reconocimiento del derecho de crédito del perjudicado contra el tercero.

En la tesitura de haber sido demandado sólo el asegurado, este podrá exigir posteriormente al asegurador, dentro de los límites del seguro, el reembolso de la cantidad correspondiente (y asimismo, en su caso, el de los gastos de defensa que haya tenido que soportar en el supuesto de negativa injustificada del asegurador a la asunción de la defensa jurídica frente a la reclamación del perjudicado; sobre el tema, v. *infra*, capítulo tercero, III.3). A tal efecto, tiene señalado el Tribunal Supremo que el plazo de prescripción (que es el de dos años previsto en el artículo 23 LCS) comienza a correr desde el momento de la firmeza de la sentencia que condena al asegurado a indemnizar al tercero (STS, 1ª, de 28 febrero de 2006, RJ 2006/1565; y de 8 de marzo de 2013, RJ 2013/2170), siguiendo así lo establecido en el artículo 1.969 CC, por considerar que es a partir de dicho momento cuando la acción puede ejercitarse en toda su plenitud, ya que se habrá determinado judicialmente la obligación de indemnizar y la cuantía de la indemnización que ha de satisfacer el asegurado. En este sentido se indica que una interpretación adecuada del citado artículo 1.969 CC requiere que la posibilidad de ejercicio sea efectiva y no una mera eventualidad legal, siendo así que sólo en aquel caso la inactividad involuntaria del reclamante producirá efectos prescriptivos. En concreto, la STS, 1ª, 8 de marzo de 2013 (RJ 2013/2170), afirmó lo siguiente: "El día a quo para el ejercicio de la acción es aquel en que puede ejercitarse (SSTS de 27 de febrero de 2004 y 24 de mayo de 2010, 12 de diciembre 2011). Este principio exige, para que la prescripción comience a correr en su contra, que la parte que propone el ejercicio de la acción disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar. Pues bien, es cierto que el ejercicio de la acción estaba condicionada al resultado de una sentencia previa civil que determinó el importe de la condena que la ahora recurrente pretende recuperar de la compañía aseguradora, por lo que sería la firmeza de la sentencia, que se produce por ministerio de la ley, una vez agotados los recursos legales o transcurrido el término sin interponerlos, la que debería tomarse como día inicial para computar el plazo de su ejercicio, que es el de dos años" (últimamente, en la línea indicada, STS, 1ª, de 17 de marzo de 2016, JUR 2016/70141; sobre el tema, CALZADA, M. A., *El seguro de responsabilidad civil...* cit., pp. 55-56).

³⁵ SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., pp. 1351-1352; CALZADA, M. A., *El seguro de responsabilidad civil...* cit., p. 132; y REVILLA, J. A., op. cit., pp. 95-98.

³⁶ En opinión de CALZADA, M. A., *El seguro de responsabilidad civil...* cit., p. 136, la mentalidad de protección a las víctimas, sustanciada en el mayor grado posible de inoponibilidad de excepciones al perjudicado (art. 76 LCS), debía haber quedado precisamente circunscrita al ámbito de los seguros obligatorios.

³⁷ VEIGA, A. B., *La acción directa del tercero perjudicado en los seguros de responsabilidad civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 271-272; y CARRO DEL CASTILLO, J. A., op. cit., p. 971. En este punto, el principal foco de controversia reside, una vez más, en la discutida consideración de las exclusiones de cobertura como limitativas de los derechos del asegurado, de modo que no quedarían incorporadas al contrato de no haberse observado los requisitos establecidos al efecto para este tipo de cláusulas (v. art. 3 LCS); sobre el tema, CALZADA, M. A., *El seguro de responsabilidad civil...* cit., pp. 144-145).

³⁸ En cambio, respecto del contrato de pasaje marítimo se establece la obligación de suscribir un seguro de responsabilidad (civil) por la muerte y lesiones corporales de los pasajeros que transporte el porteador efectivo, en cuyo régimen se consagra asimismo, con carácter indisponible, la acción directa del perjudicado contra el asegurador hasta el límite de la suma asegurada, mas con la particularidad de que, entre las excepciones oponibles por el asegurador, se contempla la causación dolosa del accidente por el asegurado (art. 300 LNM).

³⁹ Para una exposición general sobre el tema, entre otros, SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., pp. 1332-1345; CALZADA, M. A., *El seguro de responsabilidad civil...* cit., pp. 134-151; TAPIA HERMIDA, A. J., "Aspectos polémicos del seguro de responsabilidad civil. Reflexiones sobre la jurisprudencia reciente", *RDM*, núm. 233, 1999, pp. 1009-1029; CARRO DEL CASTILLO, J. A., op. cit., pp. 966-975; REVILLA, J. A., op. cit., pp. 133-210; VEIGA, A. B., *La acción directa...* cit., pp. 209-216 y 249-283; FONT SERRA, E., "La oposición del asegurador..." cit., pp. 6320-6345; CAVANILLAS, S., en Quintero, Cavanillas y de Llera, op. cit., pp. 158-166; HILL, M. C., "Reflexiones en torno a la acción directa en el seguro voluntario de responsabilidad civil", en AA. VV., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 1740-1758; ATIENZA, M. L. y EVANGELIO, R., op. cit., pp. 849-863; y ATIENZA, M. L., "Inoponibilidad del dolo, como excepción pactada en el contrato de seguro de responsabilidad civil, frente a la reclamación del perjudicado. Sentencia del 17 de abril de 2015 [RJ 2015, 1199]", *CCJC*, núm. 99, 2015, pp. 615-616. Un planteamiento acusadamente original, al tiempo que minoritario, es el sostenido por PANTALEÓN, A. F., "Notas sobre la nueva Ley del Contrato de Seguro", en Verdura (ed.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, I, CUNEF, Zaragoza, 1982 cit., pp. 937-941 (para una crítica, MEDINA, M., "El asegurador de la responsabilidad civil y los daños intencionados. Definición de bases para aproximación al tema", en Soto Nieto [dir.], *El nuevo Código Penal y el contrato de seguro*, Editorial Española de Seguros, Madrid, 1998, pp. 27-28), para quien el asegurador no puede oponer ni la falta de culpa del asegurado, ni la posible concurrencia de culpa del perjudicado, de modo que podrá llegar a producirse el nacimiento de la obligación del asegurador sin que exista responsabilidad civil del asegurado (v. en la línea indicada, STS, 1ª, de 5 de julio de 1989, RJ 1989/5297, reprobada severamente por ILLESCAS, R., "Seguro de responsabilidad civil. Absolución del asegurado y condena de la aseguradora", *CCJC*, núm. 20, 1989, pp. 633-648; y ATIENZA, M. L., "La protección de la víctima en el seguro de responsabilidad civil", en Bataller y Vega [dir.], *La protección del cliente en el mercado asegurador*, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 1171-1173).

Nótese que en ocasiones, tanto en las exposiciones doctrinales, como en las resoluciones judiciales sobre la materia, la falta de los hechos constitutivos del derecho del perjudicado viene a ser considerada como excepción, cuando técnicamente no lo es: todo lo más, podrá reputarse excepción en sentido impropio (esto es, como cualquier medio de defensa esgrimible por el

demandado). Por lo demás, el régimen de las excepciones oponibles por el asegurado es, naturalmente, único, de modo que es el mismo cuando la responsabilidad civil se exige en el procedimiento penal o en el procedimiento civil (ARNAIZ, A., op. cit., p. 60).

⁴⁰ SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., p. 753; OLIVENCIA, M., "El seguro de responsabilidad civil..." cit., pp. 199-204; CALZADA, M. A., *El seguro de responsabilidad civil...* cit., p. 25; y RONCERO, A., "El seguro de responsabilidad..." cit., pp. 8-9 (v., asimismo, STS, 2ª, de 29 de julio de 2002, RJ 2002/6357).

⁴¹ CALZADA, M. A., *El seguro voluntario...* cit., pp. 32-37; SÁNCHEZ CALERO, en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., p. 1207; GARRIGUES, J., op. cit., p. 361; ALONSO SOTO, R., *El seguro de la culpa...* cit., pp. 146-149; MEDINA, M., op. cit., p. 17; PICARD, M. y BESSON, A., *Les assurances terrestres en Droit français*, tomo I, 3ª ed., LGDJ, Paris, 1970, pp. 509-511; y DONATI, A. *Trattato...* 2º cit., pp. 121-123, y *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, Vol. 3º, Giuffrè, Milano, 1956, p. 325.

⁴² ALONSO SOTO, R., *El seguro de la culpa...* cit., pp. 150-154; CALZADA, M. A., *El seguro voluntario...* cit., pp. 37-47; y DONATI, A., *Trattato...* 3º cit., pp. 325-329.

⁴³ Así, en los propios orígenes del seguro, referidos al seguro marítimo y datados en las expediciones comerciales desarrolladas en el Mediterráneo en el siglo XIV, sólo se consideraban asegurables aquellos riesgos que provinieran del caso fortuito o de los accidentes naturales y nunca, por el contrario, aquellos siniestros que tuvieran su origen en la acción directa o negligente del asegurado (ALONSO SOTO, R., *El seguro de la culpa...* cit., pp. 91-98 y 122-124).

⁴⁴ DONATI, A. *Trattato...* 2º cit., pp. 121-123; y ALONSO SOTO, R., *El seguro de la culpa...* cit., pp. 222-227 y 258-264.

⁴⁵ ALONSO SOTO, R., "Responsabilidad civil y seguro", *AFDUAM*, núm. 4, 2000, pp. 199-200; REGLERO, L. F., en Reglero y Busto (coord.), *Tratado...* I cit., p. 1372; PERÁN ORTEGA, J., op. cit., p. 252; ATIENZA, M. L., "La protección..." cit., pp. 1168-1169; y MEDINA, M., op. cit., p. 18; asimismo, entre otras, STS, 1ª, de 28 de marzo de 2003 (RJ 2003/2692); y, especialmente, de 17 de abril de 2015 (RJ 2015/1199). Por lo demás, semejante estado de cosas ha tenido el discutible efecto de que los criterios protectores de las víctimas, propios de los seguros de suscripción obligatoria, han terminado por extenderse al ámbito de los seguros voluntarios (CALZADA, M. A., *El seguro de responsabilidad civil...* pp. 135-136; y PANTALEÓN, A. F., "Notas..." cit., p. 937).

⁴⁶ ALONSO SOTO, R., "Responsabilidad civil y seguro..." cit., pp. 200-202; OLIVENCIA, M., "Seguros de caución..." cit., p. 903; DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños...* cit., pp. 201-202; ATIENZA, M. L. y EVANGELIO, R., op. cit., pp. 819-821; y DONATTI, A., *Trattato...* 3º cit., pp. 328-332; en sentido crítico, CALZADA, M. A., *El seguro de responsabilidad civil...* cit., pp. 121-123, para quien el seguro de responsabilidad civil, como tal, no ha cambiado de propósito, supuesto que la aludida finalidad social habría de predicarse propiamente de la mentalidad de protección a las víctimas generada por los nuevos casos de daños y de la política legislativa que, conforme a esa mentalidad, lleva a instaurar determinados seguros obligatorios (en una línea similar, TAPIA, A. J., "Las fianzas y los gastos de defensa jurídica en los seguros de responsabilidad civil profesional de los administradores y directivos de sociedades [Seguros de D&O]", ponencia presentada al XVIII Congreso de Responsabilidad Civil y Seguro, INESE, Madrid, 28 de junio de 2016, p. 7, y "La adaptación..." cit., pp. 20-21).

⁴⁷ En el sentido indicado en el texto, señala VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, II, 1ª ed., Tirant lo Blanch, 2010, p. 1532, que riesgo asegurable es todo suceso incierto, pero estadísticamente calculable (de modo análogo, en la doctrina italiana, entre otros, FANELLI, G., *Saggi di Diritto delle Assicurazioni*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 717; y VOLPE PUTZOLU, G., en Rescigno (dir.), *Trattato di Diritto Privato*, tomo 5º, UTET, Torino, 1985, p. 68). Tradicionalmente ha venido

añadiéndose que dicho acontecimiento debe poseer asimismo carácter dañoso o, más genéricamente, desfavorable (por ejemplo, MENÉNDEZ, A., "Preliminar. Artículos 1 a 4", en Verdera [ed.], *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, I, CUNEF, Zaragoza, 1982, p. 105; SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero [dir.], *Ley de Contrato de Seguro...* cit., pp. 121-122, y ALONSO SOTO, R., *El seguro de la culpa...* cit., p. 245, en línea con el posicionamiento clásico sobre la materia mantenido, entre otros, por DONATI, A., *Trattato...* 2º cit., pp. 114-115; y GASPERONI, N., *Assicurazioni Private*, CEDAM, Padova, 1972, p. 65). En verdad, la noción que se defiende del riesgo se encuentra condicionada por la concepción que se postule del propio contrato de seguro, sobre la que existe desde antiguo una enconada controversia. Muy resumidamente cabe señalar al respecto que, para quienes se inclinan por una caracterización unitaria del mencionado instituto, según la cual el seguro posee siempre una función indemnizatoria (aun sin dejar de reconocer que tal indemnización es susceptible a su vez de fijarse, bien con posterioridad al acaecimiento del siniestro con arreglo a criterios objetivos, como sucede en los seguros sobre intereses patrimoniales, bien *a priori* de acuerdo con una valoración subjetiva del interés, como acontece señaladamente en el seguro de vida), el riesgo tendrá como nota consustancial su condición de evento dañoso. En cambio, para los valedores de una concepción dualista del contrato de seguro (sustentada esencialmente en la consideración de que la función indemnizatoria sólo puede predicarse con propiedad de los llamados seguros contra daños, frente a los cuales existe otra categoría de seguros, los llamados seguros de sumas, cuyo paradigma es el seguro de vida, en los que la prestación del asegurador se encuentra establecida de antemano y el nacimiento de la obligación consistente en su satisfacción depende exclusivamente de la producción del hecho contemplado en el contrato, con independencia de que dicho acontecimiento revista carácter dañoso), el riesgo no puede ser considerado, con carácter general, como un evento desfavorable (LA CASA, R., "La cobertura retroactiva..." cit., p. 54, nota 3).

⁴⁸ SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero [dir.], *Ley de Contrato de Seguro...* cit., p. 120; GARRIGUES, J., op. cit., pp. 13-14; y VEIGA, A. B., *Tratado...* I cit., p. 133.

Abundando en la caracterización del riesgo, una autorizada línea de pensamiento agrega que la expresada nota de la posibilidad ha de referirse a un acontecimiento futuro e incierto: así, entre otros, SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero [dir.], *Ley de Contrato de Seguro...* cit., p. 120; VEIGA, A. B., *Tratado...* I cit., p. 133; GARRIDO COMAS, J. J., *El contrato de seguro*, Spes, Barcelona, 1954, p. 147; y ALONSO SOTO, R., en Paz-Ares, Díez-Picazo, Bercovitz, R. y Salvador Coderch [dir.], *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1721. Por lo demás, la referida corriente de opinión tiene cumplido reflejo en el plano jurisprudencial. En este sentido, por ejemplo, en la STS, 1ª, de 9 de julio de 1994 (RJ 1994/6383), se señala que el seguro "(...) se refiere a acontecimientos futuros e inciertos, no se proyecta sobre los pasados y consolidados". En la misma orientación, se indica en la STS, 1ª, de 19 de junio de 1997 (RJ 1997/579), que, "(...) al haber sido suscritas las pólizas con posterioridad a la ocurrencia del siniestro no puede exigirse responsabilidad alguna a las compañías demandadas que han de verse, así, libres de cualquier reclamación judicial". En fin, la STS, 1ª, de 3 de noviembre de 1987 (RJ 1987/8132), alude igualmente a la exigencia de que el suceso apto para ser calificado como siniestro y susceptible de ser cubierto en concepto de riesgo tiene que ser futuro e incierto.

No obstante lo expuesto, la exigencia de que asimismo la posibilidad haya de considerarse ineludiblemente alusiva a un acontecimiento que tendrá que producirse, en su caso, con posterioridad a la perfección del contrato debe ser matizada, toda vez que ello representa únicamente la regla general vigente al respecto en nuestro Ordenamiento, pues en ocasiones se encuentra expresamente autorizada la cobertura de eventos sucedidos con anterioridad a la celebración del negocio (v. arts. 6, párr. 2º, y 73, párr. 2º *in fine*, LCS, y 422 LNM). De manera particular, interesa destacar la expresa admisión de la llamada cobertura retroactiva en el seguro de responsabilidad civil, con arreglo a determinadas condiciones (v. *supra*, I.2). Al cabo, las mencionadas disposiciones particulares permiten concluir que la cualidad definitoria del riesgo es, en puridad, la incertidumbre genéricamente considerada (LA CASA, R., "La cobertura retroactiva..." cit., pp. 54-63;

en el mismo sentido en la doctrina italiana, entre otros, DONATI, A., *Trattato...* 2º cit., pp. 117-118; FANELLI, G., *L'assicurazione contro gli infortuni*, Giuffrè, Milano, 1945, p. 68; BUTTARO, L., "Assicurazione in generale", en Calasso [dir.], *Enciclopedia del Diritto*, III, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 449-450; y VOLPE PUTZOLU, *Trattato...* 5º cit., p. 69; por su parte, también en la doctrina francesa domina en la actualidad el expresado planteamiento, como consecuencia de la admisión de la suficiencia de la incertidumbre meramente subjetiva para la validez del contrato: así, por ejemplo, BIGOT, J., en Bigot [dir.], *Traité de Droit des Assurances*, tomo III, LGDJ, Paris, 2002, pp. 74-75; MAYAUX, L., *ibidem*, pp. 767-774, y "Qu'est-ce qu'un contrat d'assurance?", *RGDA*, núm. 3, 2001, pp. 631-633; y BERTOLASO, S., "L'aléa en droit des assurances: état des lieux et perspectives", *RGDA*, núm. 2, 2009, pp. 434-435).

⁴⁹ CALZADA, M. A., *El seguro de responsabilidad civil...* cit., pp. 38-41; ALONSO SOTO, R., *El seguro de la culpa...* cit., pp. 246-247 y 327-329, quien invoca asimismo la vigencia del principio *ne dolus praestetur*; YZQUIERDO, M., *El seguro de responsabilidad civil...* cit., p. 27; VEIGA, A. B., *Tratado...* I cit., p. 640; DONATI, A., *Trattato...* 2º, cit., p. 137; y PICARD, M. y BESSON, A., op. cit., pp. 36-37.

Téngase en cuenta asimismo que en la regulación del seguro marítimo se establece expresamente (por más que, en puridad, resulte innecesario) la invalidez del pacto por cuya virtud viniera a establecerse la cobertura del dolo del asegurado (art. 419.1 LNM). Sobre las consecuencias de un eventual acuerdo de tal especie sobre la vigencia del contrato de seguro, DONATI, A., *Trattato...* 2º, cit., p. 138.

⁵⁰ La deficiente redacción del precepto examinado no puede llevar a la equivocada conclusión de que el asegurador, en todo caso, está obligado al pago de la indemnización, salvo en la tesitura de que el siniestro se produzca por mala fe del asegurado; antes bien, lo que realmente viene a consagrarse es un concreto supuesto de exclusión de dicha obligación en razón de la inasegurabilidad del dolo. Por lo demás, tal es el término que hubiera debido emplearse en la redacción del precepto, en consonancia con el preferentemente utilizado en el resto del articulado (v. arts. 10, párrs. 2º y 3º; 16, párr. 3º; 28, párr. 3º; 32, párr. 1º; 43, párr. 3º; 48, párr. 2º; 76; 89, párr. 1º; 92; y 102, párr. 2º LCS), en lugar de la imprecisa expresión mala fe, introducida durante la tramitación parlamentaria de la LCS por el temor existente, en el sector asegurador, de que el dolo se identificase sólo con el dolo penal y, por tanto, las entidades aseguradoras sólo hubieran de quedar exoneradas de satisfacer la prestación comprometida en esos casos y no en otros supuestos no delictivos, aunque sí intencionados (sobre el tema, entre otros, SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero [dir.], *Ley de Contrato de Seguro...* cit., pp. 321-322; PANTALEÓN, A. F., "Notas...", p. 933, nota 2; BADILLO, J. A., "El dolo y la culpa grave en el contrato de seguro", *Revista de Estudios Jurídicos UNESP*, núm. 20, 2010, p. 90; y ATIENZA, M. L., en Boquera, Bataller y Olavarría [dir.], *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 275-276). En relación con lo últimamente apuntado, debe dejarse constancia de que en el Anteproyecto del Código Mercantil, en el precepto paralelo al aquí examinado, se sustituye la referencia a la mala fe por la alusión al dolo (v. art. 581-19 APLCM; con un juicio positivo sobre la modificación proyectada, ILLESCAS, R., "El contrato de seguro en el futuro Código mercantil", en Bataller, Quintáns y Veiga [dir.], *La reforma del Derecho del Seguro*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 54).

Por lo demás, en nuestra opinión, la exclusión examinada opera imperativamente también en el ámbito de los seguros por grandes riesgos (en contra, RONCERO, A., *El seguro...* cit., pp. 232 y 234-235, con información detallada sobre el estado de la cuestión).

⁵¹ ALONSO SOTO, R., *El seguro de la culpa...* cit., pp. 336-339; SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero [dir.], *Ley de Contrato de Seguro...* cit., p. 323; YZQUIERDO, M., *El seguro de responsabilidad civil...* cit., pp. 28-29; BADILLO, J. A., op. cit., pp. 94-95 y 110-111; PICARD, M. y BESSON, A., op. cit., p. 107; JACOB, N., *Les assurances*, Dalloz, Paris, 1974, p. 90; BRIÈRE DE L'ISLE, G., *Droit des assurances*, Presses Universitaires de France, Paris, 1973, pp. 98-99; MAYAUX, L., en Bigot [dir.], *Traité de Droit des Assurances*, tomo III, LGDJ, Paris, 2002, pp. 831-837; FANELLI, G., *Le assicurazioni...* cit., pp. 115-116; y DONATI, A., *Trattato...* 2º cit., p. 137; en sentido diverso, RONCERO, A.,

El seguro... cit., pp. 234-235, para quien la existencia de excepciones al carácter inasegurable del dolo determina que no constituya realmente un principio de orden público.

⁵² SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., pp. 330-333; CALZADA, M. A., *El seguro voluntario...* cit., pp. 237-241; ALONSO SOTO, R., *El seguro de la culpa...* cit., pp. 289-290; ATIENZA, M. L., en Boquera, Bataller y Olavarría (dir.), *Comentarios...* cit., pp. 282-283; y BADILLO, J. A., op. cit., p. 109, se hacen eco de la opinión ampliamente extendida que considera asegurable, en abstracto, la culpa grave, fundamentalmente sobre la base de la falta de intencionalidad del asegurado en la producción del siniestro y la ausencia de contravención de la moral y del orden público mediante su aseguramiento (v., asimismo, PICARD, M. y BESSON, A., op. cit., pp. 509-511; MAYAUX, L., en Bigot [dir.], *Traité...* III cit., p. 819; y DONATI, A., *Trattato...* 2º cit., pp. 152-153). En el mismo sentido, respecto del seguro de incendios (art. 48, párr. 2º, LCS), DUQUE, J. F., "Seguros de incendios, contra el robo, de transportes terrestres y lucro cesante (Arts. 45 a 67)", en Verdura (ed.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, I, CUNEF, Zaragoza, 1982, pp. 773-774; y TIRADO, F. J., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2001, p. 818; o respecto del seguro de defensa jurídica, OLMOS, A., *El seguro de defensa...* cit., p. 247.

Por su parte, en el caso singular del seguro marítimo se establece, en principio, la exclusión de la cobertura de la culpa grave, si bien cabe pacto en contrario, con la particularidad de que, en caso de acordarse, en diez por ciento del daño habrá de quedar necesariamente a cargo del asegurado (art. 491.1 LNM). Tal es, por lo demás, el criterio general seguido en el artículo 1990 *Codice Civile* (SALANDRA, V., "Assicurazione", en Scialoja y Branca [dir.], *Commentario del Codice Civile*, 3ª ed., Zanichelli, Bologna, 1980, pp. 280-281).

⁵³ En general, sobre la máxima *culpa lata dolo aequiparatur*, YZQUIERDO, M., *El seguro de responsabilidad civil...* cit., pp. 17-26, y, en el supuesto del seguro, ALONSO SOTO, R., *El seguro de la culpa...* cit., pp. 281-290; y CALZADA, M. A., *El seguro de responsabilidad civil...* cit., pp. 41-42. En todo caso, se considera admisible que en la delimitación convencional del riesgo se excluya la cobertura de la culpa, respecto de lo cual se plantea una vez más la espinosa cuestión de la necesidad del cumplimiento de los requisitos previstos para las cláusulas limitativas en orden a la incorporación al contrato de una cláusula de tal especie, como se ha exigido en algunas resoluciones judiciales (STS, 1ª, de 9 de noviembre de 1990, RJ 1990/8535; de 22 de diciembre de 2008, RJ 2008/161; y de 15 de diciembre de 2011, RJ 2012/932; sobre el tema, SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero [dir.], *Ley de Contrato de Seguro...* cit., pp. 330-333, y OLMOS, A., *El seguro de defensa...* cit., p. 247, para quien la exclusión convencional de la culpa grave tendría que efectuarse con observancia de los requisitos previstos para la cláusulas limitativas).

⁵⁴ En este punto es importante destacar que un reputado sector de nuestra doctrina se muestra contrario a la exclusión de la cobertura del dolo eventual; así, por ejemplo, ALONSO SOTO, R., *El seguro de la culpa...* cit., pp. 318-319; y SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., p. 324, para quienes no basta la mera representación mental de un resultado, sino que ese resultado ha de ser querido por el sujeto (asegurado). En la misma línea, por ejemplo, MAYAUX, L., en Bigot (dir.), *Traité...* III cit., pp. 821-824; y JACOB, N., op. cit., pp. 90-92. En cambio, DUQUE, J. F., op. cit., pp. 765-766, se muestra favorable a la mencionada exclusión, llegando al extremo de considerar que la expresión mala fe del artículo 19 LCS comprende incluso la llamada culpa con representación (en la que, si bien no se quiere causar un determinado resultado lesivo, se advierte su posibilidad y, sin embargo, se actúa en la confianza de que dicho resultado no se producirá; MIR, S., op. cit., pp. 271-276 y 294).

⁵⁵ La provocación dolosa del siniestro es un hecho impositivo del nacimiento de la obligación del asegurador que debe ser probado por este, si es que el asegurado ha logrado acreditar anteriormente la existencia del propio siniestro (v. art. 217 LEC, y STS, 1ª, de 7 de noviembre de 1997, RJ 1997/7936; ALONSO SOTO, R., *El seguro de la culpa...* cit., pp. 357-360; SÁNCHEZ CALERO, F., en

Sánchez Calero [dir.], *Ley de Contrato de Seguro...* cit., p. 328; BADILLO, J. A., op. cit., p. 98; DUQUE, J. F., op. cit., pp. 772-773; TIRADO, F. J., op. cit., p. 823; ATIENZA, M. L., en Boquera, Bataller y Olavarría [dir.], *Comentarios...* cit., pp. 281-282; PICARD, M. y BESSON, A., op. cit., p. 111; MAYAUX, L., en Bigot [dir.], *Traité...* III cit., pp. 828-829; LAMBERT-FAIVRE, L. y LEVENEUR, L., op. cit., pp. 294-295; y DONATI, A., *Trattato...* 2º cit., p. 138].

⁵⁶ CALZADA, M. A., *El seguro de responsabilidad civil...* cit., p. 39; ATIENZA, M. L., "Inoponibilidad del dolo..." cit., pp. 615-616; y SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., p. 326. En este sentido se indica que la apreciación de la relación de causalidad requerirá que la acción realizada por el asegurado pueda considerarse causa adecuada para la producción del siniestro [DUQUE, J. F., op. cit., pp. 71-72; ALONSO SOTO, R., *El seguro de la culpa...* cit., p. 68; DONATI, A., *Trattato...* 2º cit., pp. 163-176; GASPERONI, N., op. cit., pp. 215-242; y FANELLI, G., *Le assicurazioni...* cit., pp. 121-132].

En cambio, no se considera precisa para la apreciación de la provocación dolosa del siniestro la concurrencia del propósito de percibir la indemnización del seguro como motivación del acto [ALONSO SOTO, R., *El seguro de la culpa...* cit., pp. 42, 68 y 319; SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero [dir.], *Ley de Contrato de Seguro...* cit., pp. 324-325; ATIENZA, M. L., en Boquera, Bataller y Olavarría [dir.], *Comentarios...* cit., p. 277; DONATI, A., *Trattato...* 2º cit., p. 132; y FANELLI, G., *Le assicurazioni...* cit., p. 116].

⁵⁷ El problema examinado vino a plantearse de manera especial en relación con la cobertura de los daños causados conduciendo en estado de embriaguez o sin el pertinente permiso por el seguro de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor (y también, respecto del primer supuesto, en lo concerniente al daño padecido por el propio asegurado en el seguro de accidentes). En un primer momento se apreció la concurrencia de dolo civil, representado por una conducta antijurídica, en quien asume la conducción de un vehículo a motor en el mencionado estado de intoxicación ética (o sin el necesario permiso), instaurando de esta manera evidentes riesgos circulatorios. De ahí que se concluyera, en relación con el marco normativo entonces vigente, que habían de atribuirse al expresado sujeto las responsabilidades de los resultados negativos que pudieran producirse, tanto a las personas, como a las cosas, configurando el dolo este acto antijurídico proveniente de la voluntad del conductor, en contradicción con la normativa prohibitiva que debió observar y con las condiciones de seguridad impuestas cuando se manejan vehículos de motor por las vías públicas. Todo ello, en fin, se ponía en relación con el principio general del deber que pesa sobre el asegurador de pago de la prestación, del que queda liberado cuando el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado (art. 19 LCS), que es lo que en este caso se entendía que procedía apreciar (STS, 1ª, de 8 julio de 2003, 2003/4338; y de 8 de marzo de 2006, RJ 2006/5706). Por lo demás, acaso a semejante orientación obedezca la previsión contenida en la regulación especial del seguro obligatorio de responsabilidad civil del cazador, según la cual, a los efectos del ejercicio del derecho de repetición que atribuye al asegurador el artículo 76 LCS, se consideran supuestos de daño o perjuicio causado a un tercero debido a conducta dolosa del asegurado, sin perjuicio de cualesquiera otros en que pudiera concurrir dolo, los siguientes, a saber: los ocasionados cazando sin haber obtenido la correspondiente licencia o careciendo esta de validez, con armas prohibidas, en época de veda o bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes; los ocasionados por hacer uso temerario de armas de caza en zonas de seguridad; y aquellos en los que el causante del daño incurra en delito de omisión de socorro (art. 8 Reglamento del Seguro de Responsabilidad Civil del Cazador, de suscripción obligatoria, aprobado por el Real Decreto 63/1994, de 21 de enero).

Empero, en el ámbito jurisprudencial domina en la actualidad la tesis de que la exclusión de la cobertura del seguro de los siniestros ocasionados o padecidos por el asegurado conduciendo un vehículo a motor en situación de exceso de alcoholemia no puede aceptarse (y lo mismo se señala respecto de la conducción sin el correspondiente permiso), aun reconociendo la gran relevancia de la función social del seguro, y aunque se considere necesaria su introducción en virtud de políticas de prevención o de otra índole, si no es objeto de una previsión específica en la norma. A tal propósito se apunta certeramente que no toda situación que incrementa el riesgo

debe equipararse a la existencia de dolo, intencionalidad o mala fe y son las aseguradoras quienes, en la economía del contrato de seguro, deben ponderar, mientras lo permita la Ley, con sujeción a los requisitos en ella establecidos, la oportunidad de excluir determinados riesgos en uso de la libertad de pactos. De lo que se concluye que, en la medida en que la conducción con exceso de alcoholemia no demuestra por sí misma una intencionalidad en la producción del accidente, ni siquiera la asunción de un resultado altamente probable y representado por el sujeto como tal, sino sólo un acto ilícito administrativo o delictivo según las circunstancias, resulta evidente que la mera demostración de la concurrencia de dicho exceso no es suficiente para fundamentar la falta de cobertura de la póliza de accidentes respecto del sufrido por el conductor. En suma, la intencionalidad sólo puede apreciarse cuando el propio asegurado se representa como altamente probable el resultado producido y lo asume para el caso de que se origine (STS, 1ª, de 7 julio de 2006, RJ 2006/6523; de 21 abril de 2009, RJ 2009/1769; y de 11 noviembre de 2011, RJ 2012/1487; sobre el tema, YZQUIERDO, M., *El seguro de responsabilidad civil...* cit., pp. 36-38; BADILLO, J. A., op. cit., pp. 91-94; y CARBAJO, F., "La protección del cliente en el seguro de accidentes", en Battaller y Vega [dir.], *La protección del cliente en el mercado asegurador*, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 1381-1382). Así, por ejemplo, en el caso enjuiciado por la primera de las resoluciones citadas se concluyó que la valoración efectuada por el tribunal de instancia, que asimiló una elevada tasa de alcoholemia, unida a la carencia de permiso administrativo de conducir, a la intencionalidad en la producción del accidente, no figuraba respaldada por los hechos que la propia sentencia declaró probados y que consistieron, esencialmente, en que el asegurado conducía un vehículo sin permiso y con una tasa de alcohol etílico en sangre de 2,7 gramos por litro por una carretera nacional e invadió el carril contrario y colisionó con otro vehículo que circulaba correctamente en sentido opuesto, con resultado de daños, lesiones en los ocupantes del último de los vehículos y muerte del citado conductor; pero sin constancia de que en el caso concreto enjuiciado la persona accidentada pretendiera quitarse la vida o, al menos, se representase como altamente probable el fatal resultado producido y lo asumiese para el caso de que se produjera, pues sólo en estas circunstancias podría hablarse de intencionalidad.

Debe dejarse constancia, en fin, de que las consideraciones arriba expuestas vienen exclusivamente referidas a la cuestión del carácter intencional o no de la producción del siniestro en los supuestos examinados. En relación con la cobertura del asegurador, ha de tenerse presente la vigencia, en la actualidad, de ciertas reglas especiales en el régimen del seguro obligatorio de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor, donde se establece que el asegurador no podrá oponer frente al perjudicado ninguna otra exclusión, pactada o no, de la cobertura fuera de las legalmente establecidas de forma tasada. En particular, no podrá hacerlo respecto de aquellas cláusulas contractuales que excluyan de la cobertura la utilización o conducción del vehículo designado en la póliza por quienes carezcan de permiso de conducir (v. STS, 1ª, de 20 noviembre de 2014, RJ 2014/5970), incumplan las obligaciones legales de orden técnico relativas al estado de seguridad del vehículo o, fuera de los supuestos de robo, utilicen ilegítimamente vehículos de motor ajenos o no estén autorizados expresa o tácitamente por su propietario. Tampoco podrá oponer aquellas cláusulas contractuales que excluyan de la cobertura del seguro al ocupante sobre la base de que este supiera o debiera haber sabido que el conductor del vehículo se encontraba bajo los efectos del alcohol o de otra sustancia tóxica en el momento del accidente (arts. 5 y 6 TRLRCSVM). Todo ello sin perjuicio del reconocimiento de un derecho de repetición a favor del asegurador en ciertos casos, entre los que se cuentan, de un lado, la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y, de otro, conforme a lo previsto en el contrato, la conducción del vehículo por quien carezca del permiso de conducir, que son los supuestos originadores de una especial litigiosidad en la materia aquí examinada (art. 10 TRLRCSVM; sobre el tema, REGLERO, L. F. y VEIGA, A. B., en Reglero [dir.], *Accidentes de Circulación: Responsabilidad Civil y Seguro*, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 867-876).

⁵⁸ En relación con el asegurado persona jurídica, dicese que se estará ante un supuesto de provocación dolosa del siniestro cuando el hecho haya sido efectuado como consecuencia de un acto

de las personas físicas integrantes del órgano que pueda formar la voluntad de la persona moral (SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero [dir.], *Ley de Contrato de Seguro...* cit., pp. 325-326; DUQUE, J. F., op. cit., p. 771; ALONSO SOTO, R., *El seguro de la culpa...* cit., 51; PICARD, M. y BESSON, A., op. cit., pp. 110-111; y SALANDRA, V., op. cit., p. 280).

⁵⁹ Así, BADILLO, J. A., op. cit., p. 96; ATIENZA, M. L., en Boquera, Bataller y Olavarría (dir.), *Comentarios...* cit., pp. 279-280; PICARD, M. y BESSON, A., op. cit., p. 110; MAYAUX, L., en Bigot (dir.), *Traité...* III cit., p. 827; y LAMBERT-FAIVRE, L. y LEVENEUR, L., op. cit., pp. 294-295; en contra, ALONSO SOTO, R., *El seguro de la culpa...* cit., p. 47; SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., p. 325; DUQUE, J. F., op. cit., pp. 768-769; TIRADO, F. J., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., pp. 820-821; DONATI, A., *Trattato...* 2º cit., p. 132; y SALANDRA, V., op. cit., p. 280.

⁶⁰ ALONSO SOTO, R., *El seguro de la culpa...* cit., pp. 437-447; SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., pp. 334-336; CALZADA, M. A., *El seguro voluntario...* cit., pp. 235-237, y *El seguro de responsabilidad civil...* cit., p. 41; ATIENZA, M. L., "Daños dolosamente causados y seguro de responsabilidad civil (reflexiones a propósito de alguna jurisprudencia reciente)", *RES*, núm. 93, 1998, p. 176, nota 38, y en Boquera, Bataller y Olavarría (dir.), *Comentarios...* cit., p. 280; y BADILLO, J. A., op. cit., pp. 96-97.

En línea con lo expuesto, el APLCM, tras señalar que el asegurador no estará obligado al pago de la indemnización si el siniestro ha sido causado por dolo del asegurado (art. 518-18.1 APLCM), indica que, sin perjuicio de lo anterior, subsistirá la obligación del asegurador del pago de la prestación si el siniestro ha sido causado por dolo de las personas de las que es civilmente responsable el asegurado (art. 518-18.2 APLCM).

Por su parte, en el caso particular del seguro marítimo se establecen determinadas reglas especiales. Así, se señala que la responsabilidad del asegurador por los daños ocasionados con dolo o culpa grave por los dependientes del asegurado que desempeñen en tierra funciones de gerencia o dirección de las que dependa el estado de conservación o de mantenimiento del objeto asegurado, se encuentra excluida de la cobertura, a menos que se acuerde lo contrario, en cuyo caso un diez por ciento del daño, al menos, habrá de quedar a cargo del asegurado (art. 419.2 LNM). En cambio, el asegurador responderá de los siniestros causados por dolo o culpa de los demás dependientes del asegurado (art. 419.3 LNM).

Por lo demás, como atinadamente señala YZQUIERDO, M., *El seguro de responsabilidad civil...* cit., pp. 99-109, la defensa de los intereses de los aseguradores no debe fundamentarse en la exclusión de la cobertura de los daños intencionadamente producidos, pues no habrán sido originados por el asegurado en los supuestos descritos, sino en la consideración, atendidos los concretos términos de la delimitación convencional del riesgo en cada caso, de que los referidos daños han sido causados al margen de los servicios encomendados, en orden a lo cual será preciso demostrar que el desempeño de las funciones confiadas no constituyó la ocasión necesaria para la ocurrencia del daño.

⁶¹ CALZADA, M. A., *El seguro de responsabilidad civil...* cit., p. 147, quien pone asimismo de manifiesto el carácter marginal que posee el fenómeno de la provocación intencionada del siniestro por el asegurado en el seguro de responsabilidad civil.

⁶² Últimamente, para una circunstanciada exposición general sobre el estado de la cuestión, YZQUIERDO, M., *El seguro de responsabilidad civil...* cit., pp. 26-98.

⁶³ La tesis sucintamente expuesta en el texto tiene como principal valorador a SOTO NIETO, quien la ha plasmado en un nutrido conjunto de trabajos (entre los que destacan, "El seguro de responsabilidad civil general y el dolo. Solución a un tema conflictivo", *RES*, núm. 92, 1997, pp. 19-50; y "El dolo y el seguro. Daños causados por delito doloso y el seguro de suscripción obligatoria", en Soto Nieto [dir.], *El nuevo Código penal y el contrato de seguro*, Editorial Española de Seguros, Madrid, 1998, pp. 75-96), así como en el circunstanciado voto particular que formuló (al que se

adhirió el magistrado Manzanares Samaniego) a la importantísima STS, 2ª, de 29 de mayo de 1997 (RJ 1997/3637), a la que más adelante se aludirá en este mismo apartado. En la línea enunciada se inscriben asimismo otros autores, como REGLERO, L. F., en Reglero (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, II, 4ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 148-149; ATIENZA, M. L., “La protección...” cit., pp. 1192-1199; MONER, E., “Los daños dolosos como causa de exclusión del seguro de responsabilidad civil”, *RGD*, núm. 613-614, 1995, p. 11312; BAÍLLO, J., *La acción directa...* cit., pp. 339-360, y “El aseguramiento de la responsabilidad civil de los administradores: especial referencia al problema del dolo como excepción oponible o inoponible”, en AA. VV., *Derecho de sociedades. Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, II, McGraw Hill, Madrid, 2002, pp. 1283-1284; y algunos más que han experimentado un significativo cambio de opinión al respecto, como son los señalados casos de CALZADA, M. A., *El seguro de responsabilidad civil...* cit., pp. 146-148 (frente a lo sostenido en *El seguro voluntario...* cit., p. 412); e YZQUIERDO, M., *El seguro de responsabilidad civil...* cit., pp. 34-35, y “El seguro de los administradores societarios ante el concurso de acreedores calificado como culpable”, en López García de la Serrana y Sánchez Ruiz de Valdivia (dir.), *Cuestiones actuales sobre responsabilidad civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 183-188.

También desde una perspectiva estrictamente economicista se ha mantenido que la exclusión absoluta de los daños dolosamente causados en el seguro de responsabilidad civil beneficia, tanto a los aseguradores, como al conjunto de los asegurados, que se aprovecharán de un ahorro en el importe de las primas (GÓMEZ POMAR, F. y ARQUILLO, B., “Daños dolosos y seguro”, *InDret*, núm. 3, 2000, *passim*).

⁶⁴ Debe reseñarse igualmente la posibilidad de ensayar otras interpretaciones alternativas de la norma examinada, en verdad menos acabadas que la expuesta en el texto, siempre en el sentido de excluir la cobertura por el asegurador, frente a la víctima, de los daños dolosamente causados por el asegurado.

Así cabría limitar dicha cobertura a los casos de dolo eventual. Sin embargo, con ello no solo se cuartearía el principio cuya vigencia quiere salvarse (el de la no cobertura del dolo), sino que además se forzaría sin base alguna la dicción del propio artículo 76 LCS.

También podría sugerirse que el mencionado precepto estaría pensando propiamente en delitos contra la seguridad vial, dolosos solo en relación con el peligro, no en cuanto al resultado. Empero, esta última exégesis tampoco cohonesta adecuadamente con el tenor literal del precepto, que habla de daño o perjuicio causado por conducta dolosa, amén de suponer una visión muy reduccionista de esa previsión, que posee carácter general: esto es, se encuentra pensada para todos los seguros de responsabilidad civil y no únicamente para los concertados en el ámbito de la circulación rodada.

⁶⁵ En el sentido indicado, entre otros, SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., pp. 1226-1227; OLIVENCIA, M., “Seguros de caución...” cit., p. 908; TAPIA HERMIDA, A. J., “Aspectos polémicos...” cit., pp. 1044-1048, y “La adaptación...” cit., pp. 21-23; PANTALEÓN, A. F., en *Comentario...* cit., pp. 2002-2003; GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Solidaridad y Derecho de daños...* cit., pp. 266-271; PERÁN ORTEGA, J., op. cit., pp. 130-131; ATIENZA, M. L. y EVANGELIO, R., op. cit., pp. 858-863; MORILLAS, M. J., “Dolo del asegurado y responsabilidad civil. El caso automovilístico en especial”, *DN*, núm. 32, 1993, pp. 12-21; BARRÓN, J. L., “Delitos de robo, robo y hurto de uso, conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de drogas, y omisión del deber de socorro, en relación con el contrato de seguro de responsabilidad civil”, en Soto Nieto (dir.), *El nuevo Código Penal y el contrato de seguro*, Editorial Española de Seguros, Madrid, 1998, pp. 173-174; ALASTUEY, C., op. cit., pp. 463-464; GARRIGUES, J., op. cit., p. 391; REVILLA, J. A., op. cit., pp. 202-206; y MONTÉS, V. L., en Vives Antón (dir.) *Comentarios...* I cit., pp. 625-626.

⁶⁶ Para una pormenorizada noticia de la evolución de la oscilante jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia, YZQUIERDO, M., *El seguro de responsabilidad civil...* cit., pp. 55-111.

⁶⁷ En este sentido, la SAP Barcelona, Sección 16ª, de 17 de septiembre de 2014 (JUR 2014/266706), tuvo ocasión de señalar lo siguiente: “Y, en fin, la alegación sobre la hipotética

insolvencia del asegurado o de sus herederos y la previsible esterilidad de la acción de repetición tampoco se erige en circunstancia obstativa del derecho del tercero a ser indemnizado. La acción que el ordenamiento jurídico otorga a este es ejercitable con independencia del pronóstico del resultado de la acción de repetición que se confiere a quien debe indemnizarle, y, en todo caso, huelga apuntar que ni el art. 76 de la Ley del Contrato de Seguro ni el art. 117 del Código Penal introducen condicionamiento alguno al derecho del tercero, y mucho menos relacionado con la posible insolvencia del asegurado. Ya se ha expuesto también que tal posibilidad de insolvencia del asegurado forma parte del riesgo empresarial de las compañías aseguradoras” (sobre el tema, TAPIA, A. J., “La adaptación...” cit., p. 15). Frente a lo reseñado se ha sostenido que, de ese modo, se está admitiendo la asegurabilidad del dolo, ya que, desde el punto de vista práctico, es evidente la escasa eficacia del derecho de repetición (BAÍLLO, J., *La acción directa...* cit., pp. 351-352).

⁶⁸ A nuestro juicio, la trascendencia de la resolución citada en el texto reside realmente en la declaración de carácter general que recoge en relación con la cobertura de los daños dolosos por el seguro de responsabilidad civil (incluido el circunstanciado voto particular que contiene), por más que no quepa desconocer que la cuestión enjuiciada venía referida a la cobertura de dicha clase de daños por el seguro obligatorio de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor, respecto de lo cual se realiza asimismo una serie de relevantes pronunciamientos particulares a luz del régimen especial vigente en aquel tiempo (sobre la STS, 2ª, de 29 de mayo de 1997, RJ 1997/3367, pueden verse, entre otros, ATIENZA, M. L., “La asegurabilidad de los daños causados dolosamente por el asegurado. [Comentario a la STS de 29 de mayo de 1997 (Penal). Arz. 1997/3637]”, en Bataller, Boquera y Olavarría [coord.], *El contrato de seguro en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 779-790; SERRERA, P. L., “Nuevos problemas en el seguro obligatorio de vehículos automóviles”, en de Angulo y Camacho [coord.], *Cuestiones actuales del Derecho de Seguros*, Atelier, Barcelona, 2002, pp. 132-133; y BADILLO, J. A., op. cit., pp. 89 y 100-101).

En lo concerniente a este último extremo, debe señalarse la vigencia inicial de una pacífica y reiterada doctrina de la Sala 2ª del Tribunal Supremo (así, entre otras, STS, 2ª, de 27 de marzo de 1989, RJ 1989/2195; de 27 de noviembre de 1989, RJ 1990/788; de 22 de diciembre de 1989, RJ 1990/923; de 14 de marzo de 1991, RJ 1991/2139; de 8 de julio de 1992, RJ 1992/6782; y 10 de julio de 1995, RJ 1995/5438) que afirmaba, con toda claridad y contundencia, la exclusión del seguro automovilístico, especialmente si del de suscripción voluntaria se trataba, de aquellas conductas dolosas, atentatorias contra la vida, la integridad o el patrimonio de terceros, en las que el vehículo fuera utilizado como mero instrumento para la causación de tales perjuicios. Sin embargo, el 6 de Marzo de 1997 se convocó el Pleno de la Sala Segunda, con este asunto una vez más en el orden del día, adoptándose, por mayoría, el Acuerdo siguiente: “*Las Sentencias condenatorias por delitos dolosos o culposos cometidos con vehículos de motor que determinen responsabilidad civil para las víctimas, deben incluir la condena a la entidad aseguradora dentro de los límites del seguro obligatorio, siempre que el daño se haya ocasionado “con motivo de la circulación”*”. Así pues, la importantísima STS, 2ª, de 29 de mayo de 1997 (RJ 1997/3637), vino a dictarse de acuerdo con el expresado criterio, al igual que posteriormente lo fueron, entre otras, las STS, 2ª, de 24 de octubre de 1997 (RJ 1997/7768), de 4 de noviembre de 1998 (RJ 1998/7777), o de 23 de febrero de 2000 (RJ 2000/1145).

Asimismo debe reseñarse que la STS, 2ª, de 29 de mayo de 1997 (RJ 1997/3637), ejerció una destacada influencia en la aprobación de una posterior modificación de la regulación vigente en aquel entonces relativa a la definición legal de lo que habría de entenderse por hecho de la circulación a los efectos de la cobertura del expresado seguro obligatorio (en este sentido, el art. 71 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social dio nueva redacción al art. 1.4 de la derogada Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, cuyo texto refundido fue aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo, y modificado por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, cuyo tenor literal quedó fijado en los siguientes términos: “*Reglamentariamente se definirán los conceptos de vehículos a motor y hecho de la circulación a los efectos de la*

presente Ley. En todo caso no se considerarán hechos de la circulación los derivados de la utilización del vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes”, lo que fue desarrollado, en lo que aquí interesa, por medio del art. 3.3 Real Decreto 7/2001, de 12 de enero, por el que se aprobó el anterior Reglamento sobre la responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor).

Por su parte, la ordenación vigente coincide plenamente con la derogada (arts. 1.6 TRL-RCSCVM y 2.3 Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto 1507/2008, de 12 de septiembre). En relación con el asunto examinado, el Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, a la hora de determinar si debe condenarse a la aseguradora, con la que el responsable civil tiene concertado el seguro obligatorio, cuando el origen de esa responsabilidad civil derive de una responsabilidad penal dolosa por el hecho que origina el daño a indemnizar, adoptó el 24 de abril de 2007 el siguiente Acuerdo no jurisdiccional: “No responderá la aseguradora, con quien se tenga concertado el seguro obligatorio de responsabilidad civil, cuando el vehículo de motor sea el instrumento directamente buscado para causar daño personal o material derivado del delito. Responderá la aseguradora por los daños diferentes de los propuestos directamente por el autor”. El criterio enunciado ha tenido fiel acogida en la jurisprudencia posterior sobre la materia (v., entre otras, STS, 2ª, de 8 de mayo de 2007, RJ 2007/2873; de 10 de mayo de 2007, RJ 2007/4732; de 7 de octubre de 2009, RJ 2009/7453; y de 3 de noviembre de 2009, RJ 2009/5841; sobre el tema, entre otros, CALZADA, M. A., *El seguro de responsabilidad civil...* cit., pp. 39-40; SOTO NIETO, F., “El dolo y el seguro...” cit., pp. 75-96, y “Daños dolosamente causados con vehículo de motor. Inasegurabilidad e inatendibilidad de la responsabilidad civil por el seguro de suscripción obligatoria. Aclaración legal y reglamentaria. La Ley 14/2000, de 29 de diciembre y Real Decreto 7/2001, de 12 de enero”, *RES*, núm. 106, 2001, pp. 309-330; YZQUIERDO, M., *Las peripecias del asegurador de automóviles en el proceso penal*, Fundación MAPFRE, Madrid, 2003, pp. 108-157; ALASTUEY, C., op. cit., pp. 464-466; BADILLO, J. A., op. cit., pp. 100-108; REGLERO, L. F. y BADILLO, J. A., en Reglero [dir.], *Accidentes de Circulación: Responsabilidad Civil y Seguro*, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 210-231; MADRIGAL, M., “Algunas consideraciones sobre el derecho de repetición de las compañías aseguradoras en el ámbito de la circulación”, *La Ley*, 1997, pp. 1370-1375; GONZÁLEZ BARRIOS, I. y VALLET, J., op. cit., pp. 893-897; y BARRERO, R., “La exclusión de la utilización dolosa de vehículos a motor como hecho de la circulación: estado actual de una previsible polémica”, en de Angulo y Camacho [coord.], *Cuestiones actuales del Derecho de Seguros*, Atelier, Barcelona, 2002, pp. 67-72).

Por lo demás, el mencionado acuerdo ha dado pie a la paradójica situación de que, mientras que en el seguro obligatorio de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor puede producirse la exoneración del asegurador de resultados de la aplicación de dicha doctrina legal, en el caso del llamado seguro voluntario no sucede lo mismo, como consecuencia de la aplicación del criterio general de la inoponibilidad del dolo del asegurado (ATIENZA, M. L., “Inoponibilidad del dolo...” cit., p. 623; ARQUILLO, B., “Acción directa en el seguro de responsabilidad civil y daños dolosos de vigilante de seguridad”, *InDret*, núm. 2, 2006, pp. 11-12; y REYES VARGAS, C., “El derecho de repetición del asegurador. Supuestos generales previstos en el TRL-RCSCVM y en el contrato de seguro”, *RAAERCS*, núm. 56, 2015, pp. 48-50). Nótese al efecto que, según una extendida línea pensamiento que ha encontrado amplio eco en la jurisprudencia, la exclusión de la cobertura de los daños dolosos del asegurado, por no ser susceptibles de reputarse derivados de un hecho de la circulación, sólo opera en relación con el denominado seguro obligatorio, por representar la única modalidad de seguro de responsabilidad civil respecto de la que dicha exclusión se encuentra afirmada normativamente (v., entre otras, STS, 2ª, de 2 de junio, RJ 2005/5047; de 24 de abril de 2008, RJ 2008/2909; de 16 de abril de 2011, RJ 2011/3466; de 8 de noviembre de 2011, RJ 2012/1515; y de 20 de marzo de 2013, RJ 2013/8070).

Empero tal conclusión no puede compartirse, a menos que en el mencionado seguro voluntario expresamente se contemple la cobertura de la responsabilidad civil susceptible de derivarse de acciones que no puedan calificarse como hechos de la circulación. Téngase presente, al efecto, que el seguro voluntario cumple principalmente la función de cubrir la responsabilidad en que

pueda incurrir el propietario o conductor de un vehículo por los daños materiales causados a terceros, o incluso por los daños corporales, en cuanto la indemnización exceda de las sumas garantizadas por el seguro obligatorio (v. arts. 2.5 y 4.2 TRLRCSVM), sin que exista diferencia alguna entre una y otra modalidad de seguro en lo concerniente al origen de dicha responsabilidad, que en ambos casos debe consistir necesariamente en un hecho de la circulación (así, STS, 1ª, de 29 de junio de 2009, RJ 2009/4763; y de 29 de junio de 2009, RJ 2009/6456; e igualmente, GONZÁLEZ BARRIOS, I. y VALLET, J., op. cit., pp. 876-879). De otro modo se estaría propiciando, so pretexto de la protección de la víctima, una palmaria desnaturalización del seguro voluntario de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor.

⁶⁹ Así, como elocuente ejemplo de las aisladas desviaciones habidas respecto de la doctrina sentada en el texto, puede verse la STS, 2ª, de 29 julio de 2002 (RJ 2002/6357), donde se señaló lo siguiente: *“Cualquiera que sean las consideraciones que podamos hacer en torno a la naturaleza específica de esta póliza denominada de alto riesgo y al contenido del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguros, lo cierto es que no puede incluirse válidamente en la cobertura de la responsabilidad civil la ocasionada por hechos delictivos fraudulentos o dolosos, aunque hayan sido aceptadas por el asegurador, ya que es un principio general no discutido el de la no asegurabilidad del dolo criminal, pues sería contrario a la moralidad y la ética, que la gente asegure su patrimonio contra las consecuencias negativas que se le puedan derivar de sus propios comportamientos delictivos”* (para una crítica, IRIBARREN, M., *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*, Civitas, Cizur Menor, 2005, pp. 306-308).

⁷⁰ Por ejemplo, VEIGA, A. B., *La acción directa...* cit., p. 182; y RONCERO, A., *El seguro...* cit., p. 297. En el caso del seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos es frecuente que se contemple la exclusión de la cobertura de los actos deshonestos o en los que concurra mala fe, fraude, uso indebido de información privilegiada... (TAPIA, A. J., “Las fianzas...” cit., p. 13).

⁷¹ Tiene asimismo declarado el Tribunal Supremo que no cabe entender de suyo excluida la cobertura de los daños intencionadamente originados por el asegurado en los seguros de la responsabilidad civil derivada del ejercicio de actividades profesionales, ya que en tal caso el seguro ofrece no solo una garantía, sino también un reforzamiento de la profesión ejercida, que aparece ante el público como segura y fiable, en la medida en que los daños que puedan derivarse de la mala praxis profesional, negligente o voluntaria, están cubiertos por el seguro, y su cobertura indemnizatoria no va a depender de la eventual solvencia del responsable, por causa de la inoponibilidad de la causación dolosa del daño a la víctima (STS, 2ª, de 25 de julio de 2014, RJ 2014/4165; y ATS, 2ª, de 17 de marzo de 2016, RJ 2016/2224; SÁNCHEZ-CALERO, J. y TAPIA, A. J., op. cit., pp. 8-9; y TAPIA, A. J., “El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos de sociedades (D&O) ante las novedades legislativas y jurisprudenciales”, *RAEAERCS*, núm. 54, 2015, p. 37).

⁷² Así, por ejemplo, CARRO DEL CASTILLO, J. A., op. cit., pp. 971-973; CLAVERO, M. F., op. cit., pp. 20-21; TAPIA, A. J., “El seguro de responsabilidad civil en la Propuesta...” cit., p. 13; CAVANILLAS, S., en Quintero, Cavanillas y de Llera, op. cit., pp. 161-162; *contra*, RONCERO, A., *El seguro...* cit., pp. 296-297.

La tesis expuesta (salvedad hecha en este momento de su procedencia) ha dado pie tradicionalmente a plantear asimismo la espinosa cuestión de si la exclusión convencional de la cobertura de los daños dolosamente causados resultaría merecedora de la calificación de cláusula limitativa, de modo que únicamente pudiera considerarse incorporada al contrato tras la observancia de los requisitos legalmente establecidos al efecto (art. 3 LCS). Empero, semejante consideración, aunque haya sido acogida en algunos pronunciamientos judiciales (entre otras, STS, 2ª, de 22 de junio de 2001, RJ 2001/6362, y de 18 de octubre de 2010, RJ 201/7862), debe rechazarse si se tiene presente que una cláusula de tal especie no produciría realmente restricción alguna de los derechos del asegurado, ya que este nunca podría quedar a cubierto de los daños

que intencionadamente originase, por razones de orden público ligadas a la causa del contrato (art. 19 LCS). Nótese que los daños dolosamente causados en el seguro de responsabilidad civil siempre quedan a cargo del asegurado, por más que inicialmente el asegurador no hubiera podido oponer a la víctima ninguna excepción basada en dicho motivo (art. 76 LCS). De ahí que, en abstracto, la circunstancia de que el asegurado tenga que hacer frente directamente a la reparación de los daños que haya causado intencionadamente no resulte suficiente para la calificación como cláusula limitativa de la que establezca la exclusión de la cobertura de dicha clase de daños (de cualquier modo, en el momento presente parece no haber ya lugar a la discusión, dado que las cláusulas del tenor de la examinada no se consideran oponibles al perjudicado, como se verá seguidamente). Todo ello con independencia, a mayor abundamiento, de la vigencia de la doctrina legal según la cual las cláusulas delimitadoras del riesgo (y tal sería el carácter que habría de atribuirse a la de ausencia de cobertura del dolo) no están sujetas a los requisitos de inclusión impuestos a las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado (por todas, STS, 1ª, Pleno, de 11 de septiembre de 2006, RJ 2006/6576), como igualmente se ha destacado en algunas resoluciones relativas al seguro de responsabilidad civil (por ejemplo, STS, 1ª, de 18 de septiembre de 1999, RJ 1999/6940; y de 16 de octubre de 2003, RJ 2003/7391; sobre el tema, REGLERO, L. F., en Reglero y Busto [coord.], *Tratado...* I cit., pp. 1426-1428).

⁷³ La STS, 1ª, de 17 de abril de 2015 (RJ 2015/1199; sobre el tema, TAPIA, A. J., "La adaptación..." cit., pp. 7-10) tiene como antecedente inmediato la STS, 1ª, de 22 de noviembre de 2006 (RJ 2007/297), que versó sobre un seguro de responsabilidad civil en cuyas condiciones particulares se excluían de la cobertura las responsabilidades que pudieran resultar de la inobservancia de leyes y reglamentos que específicamente o de forma genérica regulasen el ejercicio de la actividad asegurada, que fue efectivamente incumplida de forma voluntaria por el asegurado. Empero, este sujeto no causó dolosamente el daño que sirvió de fundamento a la acción directa ejercida por la esposa y los herederos de la víctima, cuyo fallecimiento se produjo por causa de no haber funcionado los mecanismos de seguridad de una grúa, que no fueron objeto de los controles, ensayos o pruebas necesarias para garantizar que así fuera. En este sentido resultaba meridianamente claro que de la expresada circunstancia no cabía inferir que el siniestro fuera provocado intencionadamente por el asegurado (como sí habría sucedido, en cambio, si se hubiera empleado la grúa, por ejemplo, como arma homicida). No obstante lo expuesto, lo cierto es que en la STS, 1ª, de 22 de noviembre de 2006 (RJ 2007/297), ya puede encontrarse la declaración de que "(E)l asegurador puede oponer al perjudicado que el daño sufrido por él es realización de un riesgo excluido en el contrato. Lo que no puede es oponerle aquellas cláusulas de exclusión de riesgos que tengan su fundamento en la especial gravedad de la conducta dañosa del asegurado, al tratarse de una excepción de carácter personal, eficaz ante la otra parte de la relación convencional, pero inoponible caso de ejercicio de la acción directa contra el asegurador, sin perjuicio del derecho de repetición que asiste a éste contra el asegurado, cuando haya de pagar la indemnización al tercero (...)" (lo que dio pie, al cabo, para concluir, concretamente, que la ausencia de los mencionados controles, ensayos o pruebas sobre la grúa representaba una circunstancia personal del asegurado no proyectable frente al perjudicado).

Por su parte, con anterioridad a la STS, 1ª, de 17 de abril de 2015 (RJ 2015/1199), la jurisdicción penal, por lo común más proclive que la civil a orientar sus resoluciones siempre en el sentido más favorable a la tutela del perjudicado, tenía reiteradamente declarado que la exclusión convencional de la cobertura de los daños causados dolosamente por el asegurado resultaba inoponible a la víctima (entre otras, STS, 2ª, de 22 de junio de 2001, RJ 2001/6362; de 2 de junio de 2005, RJ 2005/5047; de 27 de febrero de 2009, RJ 2008/2909; y de 16 de abril de 2011, RJ 2011/3466). Y la misma línea argumental ha sido mantenida con posterioridad a la expresada resolución (por ejemplo, STS, 2ª, de 15 de octubre de 2015, RJ 2015/6159). Con todo, no puede dejar de apuntarse que la Sala 2ª, en su afán por extremar la protección del perjudicado, ha incurrido en algunos palmarios despropósitos, como cuando declaró que la franquicia establecida en la póliza no era oponible a la víctima (STS, 2ª, de 2 de junio de 2005, RJ 2005/5047; en cambio,

acertadamente en sentido contrario, STS, 2ª, de 22 junio de 2001, RJ 2001/6362), o cuando llegó incluso al punto de señalar que la delimitación temporal de la cobertura representaba una excepción personal que, por consiguiente, no cabía esgrimir frente al perjudicado (STS, 2ª, de 25 de julio de 2014, RJ 2014/4165; frente al carácter objetivo atribuido a dicho medio de defensa por la STS, 2ª, de 2 de julio de 2014, RJ 2014/4631).

⁷⁴ Así, se ha llegado incluso al extremo de afirmar que "(L)egalmente se asigna al seguro de responsabilidad civil una función que va más allá de los intereses de las partes contratantes y que supone introducir un factor de solidaridad social", a lo que se ha agregado que "[...] modernamente el contrato de seguro de responsabilidad civil ha[ya] enriquecido su designio primigenio como instrumento de protección del patrimonio del asegurado. La ley le ha adosado otra función: la protección del tercero perjudicado" (por ejemplo, STS, 2ª, de 20 de marzo de 2013, RJ 2013/8070, y de 25 de julio de 2014, RJ 2014/4165).

⁷⁵ Así, PANTALEÓN, A. F., en *Comentario...* cit., pp. 2002-2003, y "Responsabilidad civil extracontractual. Accidente de circulación. Seguro voluntario de responsabilidad civil. Excepciones oponibles por el asegurador al perjudicado", *CCJC*, núm. 7, 1985, pp. 2036-2037, quien pone de manifiesto que el asegurador nunca podrá oponer al perjudicado aquellas cláusulas de exclusión de la cobertura que se basen en el riesgo especialmente elevado que suponga la conducta del asegurado. En la línea indicada, entre otros, SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., p. 1344; REGLERO, L. F., "Sentencia de 15 de noviembre de 1991. Accidente de circulación. Seguro de responsabilidad civil de automóviles. Acción directa contra la compañía de seguros. Excepciones inoponibles. Prueba de la existencia del seguro. Rescisión del contrato. Transmisión del vehículo. Falta de notificación a la compañía aseguradora", *CCJC*, núm. 27, 1991, pp. 1080-1081; MORILLAS, M. J., *El seguro del automóvil: el aseguramiento obligatorio de la responsabilidad civil automovilística*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 678, nota 44; MONTÉS, V. L., en Vives Antón (dir.), *Comentarios...* I cit., pp. 625-626; y DE ÁNGEL, R., *Tratado...* cit., p. 40.

⁷⁶ Al efecto se ha señalado que resultará indiferente, por ejemplo, que el estado de embriaguez o de drogadicción del asegurado sean la causa del daño, o que las cláusulas de exclusión de dichas conductas cumplan o no los requisitos de incorporación previstos para las cláusulas limitativas (art. 3 LCS), ya que, en cualquier caso, resultarán inoponibles por el asegurador frente a la víctima, al tratarse de excepciones personales (ATIENZA, M. L., "Inoponibilidad del dolo..." cit., p. 620; y REYES VARGAS, C., op. cit., pp. 51-52). Pero dicha tesis debe matizarse, pues cabe la posibilidad de que convencionalmente se establezcan motivos de exclusión de la cobertura basados en la conducta del asegurado no susceptibles de ser reconducidos al ámbito de la causación dolosa del daño, en cuyo caso su incorporación al contrato podría requerir la observancia del régimen señalado a las cláusulas limitativas (art. 3 LCS), de llegar a estimarse, de acuerdo con la doctrina general sentada sobre la materia, que restringen derechos reconocidos al asegurado en la parte de la póliza que negoció (condiciones particulares), o cuando contienen exclusiones infrecuentes o inusuales (entre otras, STS, 1ª, de 18 de mayo de 2009, RJ 2009/2924; de 15 de julio de 2009, RJ 2009/4707; de 1 de octubre de 2010, RJ 2010/7306; de 30 de noviembre de 2011, RJ 2012/3519; de 27 de junio de 2013, RJ 2013/4985; de 15 de octubre de 2014, RJ 2014/5809; y de 22 abril de 2016, RJ 2016/3846). En la tesitura descrita, el incumplimiento de los mencionados requisitos de inclusión cerraría el paso al ejercicio de la acción de repetición del asegurador contra el asegurado.

⁷⁷ Ha llegado asimismo a plantearse si determinadas delimitaciones convencionales del riesgo excluyen de suyo la cobertura de los daños dolosamente causados por el asegurado. Tal acontece especialmente respecto de los seguros que cubren la responsabilidad civil profesional. En este sentido, por ejemplo, en relación con un seguro de responsabilidad civil cuya cobertura se extendía a los errores o faltas profesionales cometidos en el ejercicio de la actividad de procurador, se sostuvo que sólo cabía considerar cubiertos, frente a los terceros perjudicados, los supuestos de

error o negligencia (por ejemplo, pérdida de la indemnización correspondiente a un cliente por ingresarla erróneamente en una cuenta equivocada), pero no los supuestos de extralimitación voluntaria en el ejercicio de las funciones de la procuraduría, que estarían fuera de la cobertura pactada [en el concreto caso suscitado, la apropiación indebida de determinadas cantidades pertenecientes a la parte perjudicada procedentes de procedimientos ejecutivos, recibidas de los órganos jurisdiccionales]. Empero, según el Tribunal Supremo, la argumentación expuesta no puede ser compartida, pues “[E]l sentido del seguro de responsabilidad civil profesional, máxime cuando se contrata por el propio Colegio Profesional al que pertenece el asegurado, es precisamente dotar a las actividades desempeñadas por los profesionales de la Procura de una garantía eficiente de responsabilidad frente a terceros, de modo que quienes contraten a estos profesionales, y les confíen sus intereses patrimoniales, cuenten con la seguridad de que serán económicamente resarcidos en caso de pérdidas derivadas directamente de una mala praxis profesional, negligente o voluntaria. Por ello se incluyen expresamente en la cobertura objetiva del contrato tanto la responsabilidad civil derivada de daños negligentes (errores) como voluntarios (faltas), responsabilidad que en ambos casos puede ser reclamada directamente al asegurador por el perjudicado (art 76 LCS), sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que el daño o perjuicio causado al tercero sea debido a conducta dolosa del asegurado, acción directa que es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado” (STS, 2ª, de 25 de julio de 2014, RJ 2104/4165, que contiene un interesante voto particular formulado por el magistrado Maza Martín; sobre el tema, TAPIA, A. J., “El seguro de responsabilidad civil de administradores...” cit., p. 37).

⁷⁸ PANTALEÓN, A. F., en *Comentario...* cit., pp. 2002-2003.

⁷⁹ Supuesto que no parece cuestionable que las cláusulas que establezcan exclusiones de la cobertura en razón de la gravedad de la conducta del asegurado son merecedoras, en cualquier caso, de la consideración de cláusulas delimitadoras del riesgo, cabe concluir que la orientación jurisprudencial enunciada viene a consagrar, al cabo, una importante salvedad al principio de que las condiciones que precisan la cobertura de la póliza resultan oponibles al tercero perjudicado, en cuanto que determinan el objeto del seguro. En razón de lo expuesto puede decirse que la caracterización misma de las cláusulas delimitadoras del riesgo, tan afanosamente llevada a cabo por el propio Tribunal Supremo, se ve notablemente enturbiada, a la postre, como consecuencia de la distinción realizada en el caso particular del seguro de responsabilidad civil entre las cláusulas de la mencionada especie oponibles a la víctima, que representan la regla general, y las que no lo son, de modo que sólo permiten al asegurador repetir contra el asegurado la indemnización satisfecha al perjudicado (art. 76 LCS).

⁸⁰ Sobre el tema, RONCERO, A., “El seguro de responsabilidad...” cit., p. 10, y STS, 2ª, de 29 de julio de 2002 (RJ 2002/6357). En relación con la cuestión apuntada se ha hecho notar la frecuente actuación de las propias entidades tomadoras de las pólizas colectivas de D&O (por ejemplo, las entidades de crédito, tales como los bancos procedentes de las antiguas cajas de ahorros, rescatadas por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria) como querellantes y acreedoras de la responsabilidad civil derivada de delitos societarios (SÁNCHEZ-CALERO, J., “El incremento del riesgo de responsabilidad civil a resultas de las reformas de la ley de sociedades de capital y la ley concursal”, ponencia presentada en el XVII Congreso de Responsabilidad Civil y Seguro, organizado por INESE junto con el Colegio de Abogados de Madrid, Madrid, 25 y 26 de Junio de 2015, p. 4).

⁸¹ Aunque lo usual es que el derecho de repetición se ejerza contra el propio asegurado, debe hacerse notar que, en ciertos supuestos, se encuentra asimismo legalmente reconocido respecto de otra clase de sujetos (v., en el sentido indicado, art. 8 TRLRCSVM, que encierra igualmente una regla especial en materia de prescripción, al señalar que la acción de repetición del asegurador prescribe por el transcurso del plazo de un año, contado a partir de la fecha en que hizo el pago al perjudicado, frente a lo dispuesto con carácter general en el art. 23 LCS). En línea con lo expuesto, la ordenación legal de la llamada responsabilidad civil *ex delicto* reconoce al

asegurador un derecho de repetición contra quien corresponda (art. 117 *in fine* CP y, respecto de los menores, art. 63 LORPM; sobre el tema, YZQUIERDO, M., *Aspectos civiles...* cit., pp. 232-234; y ARNAIZ, A., op. cit., pp. 70-72).

⁸² En sentido contrario, GONZÁLEZ PALACIOS, I. y VALLET, J., op. cit., pp. 931-932, quienes consideran extrapolables los argumentos y la solución adoptados respecto de la subrogación del asegurador (v. art. 43 LCS y Acuerdo del Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2007, que reconoce en tal caso una legitimación extraordinaria al asegurador en el proceso penal, en cuanto actor civil, frente al responsable criminal), al derecho de repetición reconocido en el artículo 76 LCS (sobre el tema, v. *infra*, III.2).

⁸³ Sobre el tema, entre otros, ARNAIZ, A., op. cit., pp. 41-43; DE LLERA, E., en Quintero, Cavanillas y de Llera, op. cit., pp. 216-218; YZQUIERDO, M., *Aspectos civiles...* cit., p. 143; y FONT SERRA, E., *La acción civil...* cit., p. 33.

⁸⁴ SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., p. 1247, y “El seguro de responsabilidad civil...” cit., p. 413.

⁸⁵ RONCERO, A., “El seguro de responsabilidad...” cit., p. 28, para quien no serán válidas aquellas cláusulas que exijan que no sólo la reclamación, sino también su notificación al asegurador, se haya realizado dentro del período de vigencia material del seguro.

⁸⁶ El expediente utilizado a tal propósito suele ser la inclusión, dentro de las condiciones generales, de una definición de lo que ha de entenderse como reclamación a los efectos de la cobertura del seguro en la que encuentran cabida una serie de actuaciones no susceptibles de reputarse, de suyo, como ejercicio judicial o extrajudicial de una pretensión de resarcimiento del perjudicado contra el asegurado. Así, por ejemplo, llega a considerarse como reclamación, siempre bajo el presupuesto de encontrarse relacionada con el riesgo de responsabilidad civil cubierto por la póliza, cualquier procesamiento penal (o incluso cualquier diligencia o instrucción penal) contra un asegurado o cualquier procedimiento administrativo o reglamentario (incluyéndose en ocasiones hasta el proceso de información o de actuaciones previas del artículo 55 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) contra un asegurado; esto es, se llega al extremo de estimarse como reclamación la iniciación cualquier procedimiento contra el asegurado, con independencia de su naturaleza administrativa, arbitral o judicial (y, respecto de este último supuesto, con independencia asimismo de la jurisdicción ante la que se haya iniciado el referido procedimiento). De igual modo, se confiere en ocasiones el carácter de reclamación a cualquier hecho o circunstancia concreta conocida por vez primera por el tomador del seguro o el asegurado y del que conste notificación de forma fehaciente por estos al asegurador, que pueda razonablemente determinar la ulterior formulación de una petición de resarcimiento, o hacer entrar en juego las coberturas de la póliza. Estrechamente relacionado con lo anterior se encuentra la previsión recogida en algunos condicionados, por cuya virtud se considera fecha de reclamación el momento en que un asegurado tiene conocimiento, por primera vez, de cualquier tipo de circunstancias o informaciones, según las cuales quepa razonablemente esperar que una reclamación será formulada contra él o contra otro asegurado o contra el asegurador. Por lo demás, para el caso de que determinadas responsabilidades civiles originadas con ocasión de un concurso de acreedores puedan encontrarse aseguradas, viene a considerarse como reclamación cualquier notificación judicial ordenando el embargo de bienes y derechos del asegurado, en cuanto administrador o directivo de la persona jurídica concursada, a los efectos de la cobertura del aval sustitutivo del expresado embargo (*ex art. 48 ter LC*), o la emisión de alguno de los informes previstos en el artículo 169 LC, en el que se solicite la declaración del concurso como culpable y se señale al asegurado como persona afectada por la calificación (en relación con lo estatuido en el art. 172 *bis LC*). Todo lo cual viene a poner de manifiesto la enorme relevancia de la regulación convencional de la materia aquí examinada (RONCERO, A., “El seguro de responsabilidad...” cit., p. 27).

⁸⁷ Cabría considerar, pues, que las cláusulas de la mencionada clase tendrían carácter lesivo para el asegurado (art. 3 LCS; últimamente sobre el tema, con carácter general, STS, 1ª, de 22 abril de 2016, RJ 2016/3846), a semejanza del criterio mantenido respecto de las cláusulas *claims made* con anterioridad a la modificación del artículo 73 LCS por medio de la Ley 30/1995 (singularmente, STS, 1ª, de 20 de marzo de 1991, RJ 1991/2267; y de 23 de abril de 1992, RJ 1992/3323).

Naturalmente, las consideraciones expresadas en el texto deben entenderse sin perjuicio de la posibilidad, siempre abierta al asegurador de responsabilidad civil, de alegar el conocimiento por el asegurado del acaecimiento del siniestro con anterioridad a la propia celebración del contrato y durante el período de retroactividad convenido, ya que tal circunstancia impediría la apreciación de una situación de incertidumbre subjetiva en los casos en que el seguro concertado contemplara algún tipo de eficacia hacia el pasado, de modo que, por exigencia del principio de la realidad del riesgo (art. 4 LCS), el daño originado no quedaría cubierto (sobre el tema, v. *infra*, capítulo tercero, V.3). De manera particular, en relación con la llamada responsabilidad civil *ex delicto*, habrán de ser tenidos especialmente en cuenta los eventuales actos de imputación de que pueda haber sido objeto el asegurado con anterioridad a la contratación del seguro de responsabilidad civil que comprenda la cobertura retroactiva (sobre la mencionada clase de actos, GIMENO, V., *Derecho procesal penal...* cit., pp. 415-438).

⁸⁸ Al efecto se indica que el término asegurado ha de entenderse en sentido amplio, comprensivo del conjunto de personas susceptibles de verse afectadas por los efectos del contrato: esto es, también del tomador, del beneficiario, e incluso de los terceros que puedan tener un derecho propio contra el asegurador (SÁNCHEZ CALERO, en Sánchez Calero [dir.], *Ley de Contrato de Seguro...* cit., pp. 68-69).

⁸⁹ Como pone de manifiesto la STS, 1ª, de 30 de abril de 1999 (RJ 1999/3424), “[E]videntemente este precepto consagra una excepción a la normativa general de nuestro Código Civil. Si según el artículo 6 del básico cuerpo legal son nulos los actos realizados contra las normas imperativas, la consecuencia de esta premisa sería la categórica nulidad de las cláusulas que discrepan del articulado de la ley. Excepcionalmente (sic) se consagra la validez de las condiciones favorecedoras para el asegurado, cuyas cláusulas, de no reconocerse esta singularidad, serían rigurosamente nulas como opuestas a la ley”; sobre el tema, entre otros, SÁNCHEZ CALERO, en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., pp. 65-69, y MENÉNDEZ, A., op. cit., pp. 121-124.

⁹⁰ En general, sobre los límites a la licitud de las cláusulas más beneficiosas para el asegurado, entre otros, SÁNCHEZ CALERO, en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., pp. 68-69; MENÉNDEZ, A., op. cit., p. 121; y EMBID, J. M., en Boquera, Bataller y Olavarría (dir.), *Comentarios...* cit., p. 66.

⁹¹ Por lo demás, el argumento genérico de la validez de las cláusulas más beneficiosas para el asegurado ha sido empleado de manera determinante para la resolución de ciertas controversias suscitadas en relación con el seguro de responsabilidad civil. Así, cabe constatar la existencia de algunas sentencias que, en el enjuiciamiento de litigios en los que no resultaba aún de aplicación la regulación de las llamadas cláusulas *claims made* (art. 73, párr. 2º, LCS), de modo que el siniestro debía considerarse producido en el momento del acaecimiento del hecho dañoso (v. *supra*, II.2), reconocieron, no obstante, la cobertura de siniestros sucedidos con anterioridad a la conclusión del seguro por haberse realizado la reclamación de los perjudicados durante la vigencia del respectivo contrato, de conformidad con lo establecido en cada una de las pólizas, por considerar que dicha solución entrañaba un innegable beneficio para el asegurado [por ejemplo, STS, 1ª, de 10 de noviembre de 1995, RJ 1995/8254; de 28 de enero de 1998, RJ 1998/357; y de 8 de septiembre de 1998, RJ 1998/7548].

⁹² La interposición de la querrela es identificada como reclamación del asegurado, a los efectos de la determinación de la cobertura en los seguros de responsabilidad civil, por la STS, 2ª, de 2 de julio de 2014 (RJ 2014/4631).

⁹³ ARMENTA, T., *Lecciones de Derecho procesal penal...* cit., p. 146; CORTÉS, V., en Moreno Catena y Cortés, op. cit., pp. 191-192; y GIMENO, V., *Derecho procesal penal...* cit., p. 328, quien añade que, de la regla general expuesta en el texto, cabe exceptuar los procesos que pudieran instaurarse por la comisión de un delito perseguible a instancia de parte, donde la titularidad que ostenta el ofendido acerca del derecho a la perseguibilidad del delito, impone el cumplimiento de especiales requisitos formales y presupuestos procesales.

⁹⁴ GIMENO, V., *Derecho procesal penal...* cit., pp. 330-331.

⁹⁵ GIMENO, V., *Derecho procesal penal...* cit., p. 344; en sentido diverso, ARMENTA, T., *Lecciones de Derecho procesal penal...* cit., p. 146.

⁹⁶ A su vez, el acusador particular puede ostentar o no la titularidad de la acción penal, e incluso del procedimiento; de ahí que, fuera del ámbito de los delitos perseguibles de oficio, se realice una ulterior distinción, a saber: de un lado, las *querellas privadas exclusivas y necesarias* (que obedecen a la comisión de un delito privado, que constituye una categoría integrada únicamente en la actualidad por los delitos de calumnia e injuria contra particulares, donde el llamado acusador privado ostenta la titularidad de la pretensión y goza del monopolio de la acción penal, v. arts. 105 LECrim y 86 y 215 CP); y de otro, las *querellas privadas exclusivas y eventuales* (referidas a los llamados delitos semipúblicos, donde el ofendido conserva la titularidad de la acción penal, pero ni la querella constituye un auténtico presupuesto procesal, ya que cabe el inicio del proceso penal mediante denuncia del propio ofendido, ni este dispone de la pretensión penal, pues, junto a él, la ejercerá también el ministerio fiscal, de modo que el perdón del ofendido no extingue, por sí solo, la responsabilidad penal; sobre el tema, GIMENO, V., *Derecho procesal penal...* cit., pp. 334-336; ARMENTA, T., *Lecciones de Derecho procesal penal...* cit., pp. 98-100; y CORTÉS, V., en Moreno Catena y Cortés, op. cit., p. 198).

⁹⁷ En cambio, la acción penal sólo se reconoce a los ciudadanos extranjeros en el caso de los delitos cometidos contra sus personas o sus bienes, o sobre las personas de sus representados (arts. 270, párrs. 1º y 2º, LECrim, en relación con los arts. 280 y 281 LECrim).

⁹⁸ ARMENTA, T., *Lecciones de Derecho procesal penal...* cit., pp. 96 y 98-99.

⁹⁹ GIMENO, V., *Derecho procesal penal...* cit., pp. 343-346; y ARMENTA, T., *Lecciones de Derecho procesal penal...* cit., p. 148.

¹⁰⁰ GIMENO, V., *Derecho procesal penal...* cit., p. 335.

¹⁰¹ En general, sobre el tema, GIMENO, V., *Derecho Procesal Penal...* cit., pp. 227-232; FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., op. cit., pp. 98-106; ARNAIZ, A., op. cit., 43-70; y VELASCO, E., "La compañía aseguradora como parte en el proceso penal y la pensión provisional", *RGD*, núm. 606, 1995, pp. 2045-2069.

¹⁰² Con carácter general, el asegurador puede intervenir igualmente como actor civil en el proceso penal, por más que el expuesto no represente un supuesto habitual en la práctica. El caso paradigmático viene a ser el producido por la subrogación en los derechos del asegurado, en cuanto perjudicado, frente al tercero civilmente responsable del daño (ex art. 43 LCS), que habilita al asegurador para el ejercicio de la correspondiente acción civil en el proceso penal seguido contra dicho sujeto. Frente a un posicionamiento inicialmente contrario al reconocimiento de dicha legitimación, en la actualidad se encuentra firmemente asentada la admisión de la intervención del asegurador en el proceso penal en el supuesto descrito. En tal sentido tiene acordado el Tribunal Supremo lo siguiente: "*Cuando la entidad aseguradora tenga concertado un contrato de seguro con el perjudicado por el delito y satisfaga cantidades en virtud de tal contrato, sí puede reclamar frente al responsable penal en el seno del proceso penal que se siga contra el mismo, como actor civil, subrogándose en la posición del perjudicado*" (Acuerdo del Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2007, JUR 2007/51313, y, entre otras, STS, 2ª, de 1 de marzo de 2007,

RJ 2007/1808; de 25 de junio de 2008, RJ 2008/4181; y de 7 de julio de 2011, RJ 2011/5355; sobre el tema, entre otros, ARNAIZ, A., op. cit., pp. 32-40; GIMENO, V., *Derecho Procesal Penal...* cit., p. 227-228; YZQUIERDO, M., *Las peripecias...* cit., pp. 196-201; y GONZÁLEZ BARRIOS, I. y VALLET, J., "Seguros de daños (6). El seguro de automóviles", en Yzquierdo [dir.], *Contratos Civiles, Mercantiles, Públicos, Laborales e Internacionales, con sus implicaciones tributarias*, Tomo VIII (Contratos Aleatorios), Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 931-933).

Por lo demás, resulta preciso poner asimismo de manifiesto que se encuentra vedada al asegurador la asunción de la condición de acusador particular sobre la base de la indemnización satisfecha al perjudicado, supuesto que el cumplimiento de su obligación *ex contractu* sólo le faculta para adquirir la condición de actor civil (STS, 2ª, de 14 de mayo de 2014, RJ 2014/2727). En este sentido se indica que el asegurador sólo puede ser acusador particular cuando el delito, y no otra razón, sea la causa de su agravio (VELASCO, E., op. cit., pp. 2051-2055; YZQUIERDO, M., *Las peripecias...* cit., pp. 195-196; JUAN SÁNCHEZ, R., *La responsabilidad civil...* cit., pp. 354-355; y TAPIA, A. J., "El seguro de responsabilidad civil de administradores..." cit., p. 43).

En cambio, no parece existir inconveniente en que el asegurador pueda actuar como acusador popular, habida cuenta de que el término ciudadano (mencionado en los artículos 125 y 53.2 CE) ha sido interpretado en el sentido de incluir, tanto a las personas físicas, como las jurídicas, en calidad de legitimadas a tal efecto (STC 241/1992, de 21 de diciembre; 34/1994, de 31 de enero; 50/1998, de 2 de marzo; y 129/2001, de 4 de junio; y STS, 2ª, de 14 de mayo de 2014, RJ 2014/2727; sobre el tema, GIMENO, V., *Derecho Procesal Penal...* cit., pp. 220-221; ARMENTA, T., *Lecciones de Derecho procesal penal...* cit., pp. 96-97; YZQUIERDO, M., *Las peripecias...* cit., pp. 191-194; y VELASCO, E., op. cit., pp. 2046-2051).

Por último, ha de traerse a la memoria que el derecho de repetición que tiene el asegurador de responsabilidad civil contra el asegurado, como consecuencia de haber tenido que satisfacer al perjudicado la indemnización debida en los supuestos de daños dolosamente causados (art. 76 LCS), deberá ejercerse, en su caso, al margen del proceso penal que pudiera seguirse contra el asegurado a fin de depurar su eventual responsabilidad criminal (v. *supra*, II.3).

¹⁰³ Así, por ejemplo, ARNAIZ, A., op. cit., p. 46; CAVANILLAS, S., en Quintero, Cavanillas y de Llera, op. cit., pp. 163-165; SOTO NIETO, F., "Ejercicio de la acción directa contra la compañía aseguradora en el proceso penal. Cuestiones suscitadas", en Soto Nieto (dir.), *El nuevo Código Penal y el contrato de seguro*, Editorial Española de Seguros, Madrid, 1998, pp. 45-46; JUAN SÁNCHEZ, R., *La responsabilidad civil...* cit., pp. 355-363; y MOLINA BLÁZQUEZ, M. C., "La responsabilidad civil en el proyecto de Código Penal de 1994", *PJ*, núm. 38, 1995, pp. 132-133; en cambio, para CALZADA, M. A., *El seguro de responsabilidad civil...* cit., p. 25, el artículo 117 CP viene a suponer el reconocimiento legal de la posibilidad de ejercer la acción directa dentro del proceso penal (en sentido crítico, FONT SERRA, E., *La acción civil...* cit., p. 46).

Por otro lado, la regla enunciada en el texto viene a reiterarse en la disciplina de la responsabilidad penal de los menores, en los siguientes términos: "*Los aseguradores que hubiesen asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas de los actos de los menores a los que se refiere la presente Ley serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio de su derecho de repetición contra quien corresponda*" (art. 63 LORPM).

¹⁰⁴ YZQUIERDO, M., *Aspectos civiles...* cit., p. 200, e YZQUIERDO, M. y VALLET, J., op. cit., pp. 818-819; y CAVANILLAS, S., en Quintero, Cavanillas y de Llera, op. cit., p. 166. Con todo, debe hacerse notar que el ámbito de aplicación de la norma examinada, según un reciente pronunciamiento jurisprudencial (STS, 2ª, de 8 de marzo de 2016, RJ 2016/1922), excede del seguro de responsabilidad civil. En el sentido indicado dicha resolución señala lo siguiente: "*El artículo 117 del Código Penal resulta correctamente aplicado pues el mismo no hace exclusión alguna respecto del tipo de seguro del que se deriva la responsabilidad civil directa de la aseguradora, sea de responsabilidad civil, de caución o de otra clase, cuando el evento que determina la producción del riesgo asegurado*

se encuentre previsto en el Código Penal, debiendo añadir que precisamente, en un seguro de caución como en el caso presente, ni tan siquiera podría oponerse el dato de que nos hallemos ante una conducta dolosa generadora del daño, toda vez que el carácter objetivo del mismo, integrando en su cobertura una desviación del destino recto de las cantidades entregadas que, en la mayor parte de los casos, se debe en la práctica a un ilícito de esa naturaleza, ha de suponer la obligada responsabilidad de quien asegura tal clase de riesgos”.

¹⁰⁵ En el sentido indicado, especialmente, SOTO NIETO, F., “Responsabilidad civil subsidiaria. Cuestiones procesales”, *RES*, núm. 84, 1995, p. 23, y “Ejercicio de la acción directa...” cit., pp. 58-70; además, entre otros, CORTÉS, V. en Moreno Catena y Cortés, op. cit., p. 366; ARNAIZ, A., op. cit., pp. 57-58; YZQUIERDO, M., en Reglero y Busto (coord.), *Tratado...* I cit., pp. 1207-1214; YZQUIERDO, M. y VALLET, J., op. cit., pp. 821-822; GONZÁLEZ BARRIOS, I. y VALLET, J., op. cit., pp. 938-940; TAPIA, A. J., “El seguro de responsabilidad civil de administradores...” cit., p. 42; y VE-LASCO, E., op. cit., pp. 2061-2062.

¹⁰⁶ En sentido muy crítico respecto de dicha diferenciación, entre otros, FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., op. cit., p. 97; YZQUIERDO, M., *Aspectos civiles...* cit., p. 203; y REGLERO, L. F. y GONZÁLEZ BARRIOS, I., en Reglero (dir.), *Accidentes de Circulación: Responsabilidad Civil y Seguro*, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 1294.

¹⁰⁷ Las previsiones enunciadas en el texto son igualmente aplicables al procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos (ex art. 795.4 LECrim); en cambio, no existe ninguna limitación normativa para que el asegurador obligatorio ostente la condición de parte en el proceso ordinario y en el seguido ante el tribunal del jurado (GONZÁLEZ BARRIOS, I. y VALLET, J., op. cit., p. 940; e YZQUIERDO, M., *Las peripecias...* cit., p. 41).

¹⁰⁸ FONT SERRA, E., “La posición jurídica de la entidad aseguradora del vehículo de motor en el proceso penal”, *RDCir*, núm. 6, 1988, pp. 292-293; ARNAIZ, A., op. cit., pp. 53-54; y FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., op. cit., pp. 98-104, las dos últimas con amplia información sobre el estado de la cuestión.

¹⁰⁹ REGLERO, L. F. y GONZÁLEZ BARRIOS, I., op. cit., pp. 1299-1306.

¹¹⁰ En aras de su adecuada apreciación debe tenerse presente que la doctrina jurisprudencial invocada ha tenido como referente diferentes marcos normativos. En este sentido ha de reseñarse que la limitación de la intervención de las entidades aseguradoras en los procesos penales a la prestación de fianzas para asegurar las responsabilidades civiles, en el caso del seguro obligatorio, se introdujo por medio de la Ley 3/1967, de 8 de abril, sobre modificación de determinados artículos del Código Penal y de Ley de Enjuiciamiento Criminal, que dio nueva redacción al artículo art. 784 LECrim, estableciéndose en su regla quinta que, en ningún caso y por concepto alguno, la intervención en el proceso de tales entidades pudiera ser otra que la anteriormente indicada. Posteriormente, ambas normas recibieron una nueva redacción merced a la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, de los Juzgados de lo Penal, y por la que se modifican diversos preceptos de las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y de Enjuiciamiento Criminal. Finalmente, la ordenación de la materia se trasladó, sin modificación de su contenido, al artículo 764.3 LECrim (en la redacción recibida por medio de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado). Pues bien, no obstante los diversos avatares sucintamente expuestos, ha de ponerse de manifiesto que el régimen establecido ha guardado en todo momento, como acontece singularmente con el vigente en la actualidad, una línea de marcada continuidad con la disciplina introducida por medio de la referida Ley 3/1967.

¹¹¹ En el sentido indicado, el Acuerdo de la Junta de Magistrados de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid, celebrada el 29 de mayo de 2004, también delimita la intervención de las aseguradoras en el ámbito de los recursos en términos muy restrictivos: “Las

entidades aseguradoras carecen de legitimación para impugnar el aspecto estrictamente penal: las cuestiones que atañen a la responsabilidad penal o al enjuiciamiento y calificación jurídico-penal de la conducta del autor de la infracción. En aplicación del artículo 764.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (el cual no ha sido modificado respecto de la redacción anterior del art. 784.5), la entidad aseguradora carece de legitimación necesaria para interponer recurso de apelación contra una condena de responsabilidad civil dentro de los límites del seguro obligatorio". En la línea expuesta, entre otras, SAP de Barcelona, Sección 5ª, de 20 de junio de 2007 (JUR 2007/300274); y SAP de Madrid, Sección 4ª, de 1 de abril de 2003 (JUR 2003/217539).

¹¹² GIMENO, V., *Derecho Procesal Penal...* cit., pp. 230-232. En una línea semejante, entre otros, CORTÉS, V., en Moreno Catena y Cortés, op. cit., p. 366; GONZÁLEZ BARRIOS, I. y VALLET, J., op. cit., pp. 938-940; YZQUIERDO, M., en Reglero y Busto [coord.], *Tratado...* I cit., pp. 1223-1230; RUIZ VADILLO, E., "Incidencia de los seguros de responsabilidad civil del automóvil en el campo penal. Jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo", *RES*, núm. 50, 1987, pp. 9-12; FONT SERRA, E., *La acción civil...* cit., p. 48; SOTO NIETO, F., "Ejercicio de la acción directa..." cit., pp. 50-58, y "El seguro obligatorio y el seguro voluntario. Diferenciaciones y coincidencias", *BIMJ*, núms. 1788-1789, 1997, pp. 14-15; y ARNAIZ, A., op. cit., pp. 50-56. Por consiguiente, debe reconocerse al asegurador obligatorio la condición de parte civil, con plenitud de facultades, en el proceso penal, a pesar de la doctrina negacionista del propio Tribunal Constitucional sobre la materia (con todo, ha de reseñarse que no cabe sostener a tal propósito el argumento de que la caracterización de los aseguradores como responsables civiles directos se encuentra contenida, dentro del régimen sustantivo de la responsabilidad civil *ex delicto*, en una norma de rango orgánico —art. 117 CP, que por tal motivo, según la opinión expuesta, debería prevalecer sobre la regulación posterior recogida en el art. 764.3 LECrim—, supuesto que pasa por alto que a aquella regulación se atribuye expresamente el rango de ley ordinaria, v. disposición final sexta CP). Así se ha señalado, que "[E]n lo relativo al contenido del art. 764.3, este Consejo, comparte la objeción formulada por la Asociación Progresista de Fiscales, en la medida en que "... con independencia de compartir su contenido, y que con su idéntica regulación aprovecha el visto bueno que dio el Tribunal Constitucional al tratamiento procesal de la representación del seguro obligatorio y Consorcio de Compensación de Seguros, es lo cierto que desconoce el art. 117 del Código Penal que confiere a la Compañía de Seguro Obligatorio y al Consorcio la condición de terceros civilmente responsable lo que implicaría la aplicación de los arts. 615 y ss. de la L.E.Crim. con posibilidad de actuar en juicio oral como prevé el art. 621" (Consejo General del Poder Judicial, *Informe a la Proposición de Ley de grupos parlamentarios del congreso (núm. 122/000199) de reforma parcial de la ley de enjuiciamiento criminal para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y la modificación del procedimiento abreviado*, p. 27; también en la línea indicada, entre otros, CARMONA, M., op. cit., p. 103; FONT SERRA, E., *La acción civil...* cit., p. 48; SOTO NIETO, F., "Ejercicio de la acción..." cit., p. 58, y "Responsabilidad civil directa en el proceso penal de las compañías del seguro de responsabilidad civil. Seguro de suscripción obligatoria (artículo 117 del Código penal)", *La Ley*, 1996, p. 1166; JUAN SÁNCHEZ, R., *La responsabilidad civil...* cit., p. 364; YZQUIERDO, M., en Reglero y Busto [coord.], *Tratado...* I cit., pp. 1227-1230; FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., op. cit., pp. 102-104; VELASCO, E., op. cit., p. 2061; y REGLERO, L. F. y GONZÁLEZ BARRIOS, I., op. cit., p. 1316).

¹¹³ ARNAIZ, A., op. cit., pp. 56-58, y GIMENO, V., *Derecho Procesal Penal...* cit., pp. 226 y 228-229, para quien dicha limitación al objeto procesal civil alcanza incluso a los supuestos de conformidad penal: en este sentido, se entiende que el asegurador, ante una conformidad de tal naturaleza, carece de legitimación para discutir el objeto penal.

¹¹⁴ Entre otros, CORTÉS, V., en Moreno Catena y Cortés, op. cit., p. 366; SOTO NIETO, F., "El ejercicio de la acción directa..." cit., pp. 58-69; PICÓ, J., "Nuevos aspectos legales y jurisprudenciales sobre la intervención de la compañía aseguradora en el proceso penal en materia de daños derivados de accidentes de circulación", *Justicia*, núm. 2, 1992, p. 421; FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., op. cit., pp. 105-106; y ARNAIZ, A., op. cit., pp. 57-58.

¹¹⁵ Recientemente, sobre la eventual indefensión de las compañías aseguradoras en el proceso penal, el ATS, 2ª, de 17 de marzo de 2016 (RJ 2016/2224), tuvo ocasión de señalar, respecto del supuesto enjuiciado, que no podían sentirse indefensas, en la medida en que, desde un primer momento, fueron citadas como responsables civiles, comparecieron al acto de la vista oral, y alegaron cuanto a su derecho pudieron y, finalmente, en manifiesto desacuerdo con la sentencia utilizaron las vías de recurso legalmente establecidas.

¹¹⁶ En general, sobre el tema, MORENO CATENA, V., en Moreno Catena y Cortés, V., op. cit., pp. 140-142; GIMENO, V., *Derecho Procesal Penal...* cit., pp. 228-229; ARMENTA, T., *Lecciones de Derecho procesal penal...* cit., pp. 123-124; y FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., op. cit., pp. 104-106.

CAPÍTULO TERCERO. “LA DEFENSA JURÍDICA DEL ASEGURADO POR EL ASEGURADOR DE RESPONSABILIDAD CIVIL FRENTE A RECLAMACIONES BASADAS EN DAÑOS DOLOSAMENTE CAUSADOS”

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

La defensa jurídica del asegurado por el asegurador de responsabilidad civil, cuando en la reclamación formulada contra aquel se le atribuye la producción dolosa del daño cuyo resarcimiento se solicita, viene a suscitar un nutrido elenco de relevantes e intrincados problemas, estrechamente vinculados al principio general de la inasegurabilidad del dolo (art. 19 LCS). De igual modo, ha de tenerse presente que el mencionado comportamiento lesivo podrá originar incluso el inicio de actuaciones penales contra el asegurado en razón de la imputación de la comisión de un hecho punible. Pues bien, la circunstancia apuntada motivará a su vez la consiguiente necesidad de defensa en dicho ámbito (art. 118 LECrim), que vendrá a sumarse, en su caso, a la que tenga que desarrollarse en el plano estricto de la responsabilidad civil. Es claro que también en esta última coyuntura se plantearán interrogantes análogos a los anteriormente anunciados, con el importante extremo añadido consistente en la imprescindible determinación de si la defensa penal del asegurado se encuentra de suyo comprendida, en términos generales, dentro de la actividad de defensa jurídica frente a la reclamación del perjudicado a cargo del asegurador, salvo pacto en contrario (art. 74, párr. 1º, LCS). Tal sucederá, de modo paradigmático, cuando la conducta delictiva imputada pueda ser igualmente fuente de daños susceptibles de provocar el surgimiento de una eventual responsabilidad civil específicamente cubierta por el concreto seguro concertado.

Como fácilmente puede adivinarse, en la tesitura descrita se plantea la cuestión capital de si el asegurador de responsabilidad civil se encuentra obligado y, en su caso, hasta qué punto o en qué condiciones, a hacerse cargo de la defensa del asegurado en cumplimiento del deber de asunción de la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado (art. 74, párr. 1º, LCS). Asimismo ha de dilucidarse,

de manera particular, si la antedicha defensa penal, cuando efectivamente haya de correr por cuenta del asegurador de responsabilidad civil, se extiende igualmente a la requerida en el supuesto de imputación al asegurado de delitos que únicamente admitan su comisión dolosa. Los expuestos son, en resumidas cuentas, los principales problemas que se originan respecto de la prestación de la actividad de defensa jurídica por el asegurador de responsabilidad civil cuando en la reclamación formulada al asegurado se le atribuye una conducta dolosa. Por lo demás, en función de la respuesta que reciban las mencionadas cuestiones de principio, habrá de resolverse seguidamente una abundante serie de problemas particulares directamente vinculados con aquellas.

Antes de proceder al tratamiento pormenorizado de los extremos apuntados resulta altamente conveniente, a lo que creemos, esbozar de modo somero las que pudieran considerarse como coordenadas generales más representativas del panorama, tanto negocial, como conflictual, en que se inscribe el presente estudio.

Así, en primer término, ha de ponerse de manifiesto a tal propósito que, al incesante incremento en los últimos tiempos de las reclamaciones que persiguen el resarcimiento de un pretendido daño a cargo de quien se estima civilmente responsable de su causación, se ha unido, en época relativamente reciente, el fenómeno consistente en la exigencia, paulatinamente creciente, de dicho tipo de responsabilidad en el seno de procedimientos penales¹. Pues bien, cuando esta última clase de reclamaciones se encuentra referida a un supuesto de responsabilidad civil subsumible dentro del riesgo cubierto por medio del correspondiente seguro, resulta evidente que la actividad de defensa del asegurado revestirá unas acusadas peculiaridades, en gran medida derivadas de la vigencia de un marco normativo específico, tanto en el plano sustantivo, como en el procesal, que suscita abundantes y complejas cuestiones interpretativas (v. *supra*, capítulo primero, II). Nótese, a mayor abundamiento, que las exigencias de responsabilidad civil cuyo origen se atribuye a una conducta dolosa del asegurado suelen ventilarse en el seno de procesos penales. En efecto, lo que viene a suceder, por lo común, en tales casos es que, con motivo del seguimiento de un procedimiento de la referida índole contra el asegurado como consecuencia de la imputación de determinados hechos punibles que sólo admitan su comisión dolosa (susceptibles a su vez de generar, en abstracto, la consiguiente responsabilidad civil *ex delicto*

comprendida en la cobertura del seguro), el asegurado proceda a solicitar la prestación de la defensa jurídica que precisa, en todos los órdenes, a su asegurador de responsabilidad civil.

En segundo lugar, ha de señalarse que, en no pocas ocasiones, el régimen convencional de la defensa jurídica a cargo del asegurador de responsabilidad civil, que posee una capital importancia en razón de la naturaleza meramente dispositiva de la ordenación legal en este punto (art. 74, párr. 1º, LC), resulta sumamente oscuro e impreciso, de modo singular por causa de una redacción innecesariamente alambicada, cercana al fárrago, y de la deficiencia sistemática que supone la regulación de la materia de forma fragmentaria en diversos apartados de la póliza, sin la adecuada correlación entre ellos. Todo lo cual tiene como indeseable corolario la enorme dificultad que puede llegar a entrañar la recta inteligencia de la extensión de la cobertura del asegurador en relación con aquella prestación, con grave quebranto de la seguridad jurídica². La ceremonia de la confusión llega al extremo de plantearse con relativa recurrencia la cuestión de si la defensa jurídica concertada en el caso concreto es realmente la propia del seguro de responsabilidad civil o, más bien, la característica del seguro de defensa jurídica (arts. 76 a) a 76 g) LCS), a cuya decantación, en uno u otro sentido, una arraigada línea de pensamiento acostumbra a conferir una influencia decisiva en lo concerniente a la determinación del alcance de la prestación de defensa comprometida por el asegurador.

Por último, ha de llamarse la atención sobre la circunstancia de que los problemas aquí examinados son susceptibles de trascender del marco estricto de las relaciones entre el asegurador de responsabilidad civil y su asegurado para llegar a afectar directamente a los intereses de los propios perjudicados. Piénsese especialmente, en este sentido, en el caso de que la concreta suma asegurada se encontrase establecida conjuntamente para los riesgos de defensa jurídica y de responsabilidad civil (o, en general, para todos los riesgos cubiertos por el seguro): pues bien, en la tesitura descrita podría incluso suceder, como supuesto extremo que dista mucho de ser una hipótesis meramente académica, que los gastos de defensa llegaran a consumir la totalidad de la prestación del asegurador, sin dejar margen alguno para el pago de las indemnizaciones a cuya satisfacción fuera finalmente condenado el asegurado³. En verdad, siempre que la cobertura

del riesgo de defensa jurídica pueda suponer un correlativo menoscabo de la cobertura del riesgo de responsabilidad civil, la extensión que haya de darse a la primera se revela capaz de afectar seriamente al perjudicado cuando, a la postre, la deuda de responsabilidad civil no se halle plenamente cubierta por el seguro y el asegurado no posea los recursos necesarios para el resarcimiento íntegro del daño causado.

II. LA DEFENSA JURÍDICA DEL ASEGURADO FRENTE A LA RECLAMACIÓN DEL PERJUDICADO

1. La asunción de la defensa jurídica del asegurado por el asegurador de responsabilidad civil

El punto de partida de la presente indagación ha de situarse en la previsión por cuya virtud el asegurador asumirá la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado y serán de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen, salvo pacto en contrario (art. 74, párr. 1º, LCS). Para la recta inteligencia de la norma enunciada resulta indispensable la averiguación de las razones que le sirven de justificación. A tal propósito ha de comenzarse por señalar que, en la modalidad de seguro examinada, el resarcimiento del llamado daño originario (que es el experimentado por un tercero y del cual resulta civilmente responsable el asegurado) termina pesando, en todo o en parte, sobre el asegurador. Pues bien, esta última circunstancia explica que el fundamento de la atribución de la mencionada defensa jurídica acostumbre a situarse, según un generalizado consenso existente desde antiguo, en la adecuada preservación de los intereses de los aseguradores de responsabilidad civil. La preeminencia conferida a la aludida finalidad lleva asimismo a sostener que, incluso cuando la reclamación del perjudicado exceda la suma asegurada, la dirección jurídica haya de corresponder también al asegurador, en obsequio igualmente al carácter indivisible de dicha actividad. En la línea indicada, se apunta además que la asunción de la defensa jurídica frente a la reclamación del perjudicado pretende conjurar una eventual colusión entre dicho sujeto y el asegurado, de modo que el asegurador pudiera terminar satisfaciendo indemnizaciones por reclamaciones total o parcialmente infundadas. Dado que, según lo expuesto, el asegurador defiende fundamentalmente intereses propios

mediante la dirección jurídica del asegurado, se considera plenamente congruente con ello que los gastos derivados del ejercicio de la citada actividad corran a su cargo. A la vista de lo argumentado no puede causar extrañeza, al cabo, que la defensa jurídica del asegurado frente a la reclamación del perjudicado llegue a considerarse como un verdadero derecho (o facultad) del asegurador de responsabilidad civil⁴.

Analizada ahora la cuestión desde la perspectiva de los intereses de los asegurados, puede decirse que la gestión de su propia defensa poseerá una relativa significación para aquellos, las más de las veces, cuando no vayan a tener que soportar las consecuencias económicas del daño causado. E incluso cuando la pretendida deuda de responsabilidad civil pueda no encontrarse cubierta en su totalidad por el seguro contratado, cabe sostener que convendrá al asegurado, en línea de principio, que la defensa jurídica, con la consiguiente asunción de los gastos ocasionados por el desarrollo de dicha actividad, corra a cargo del asegurador, ya que, de no suceder así, el asegurado tendría que soportar el coste de aquella, lo cual, en último término, iría en detrimento de la indemnidad de su patrimonio, cuya salvaguarda representa el propósito por antonomasia que mueve a la contratación de un seguro de responsabilidad civil. En suma, la dejación de la defensa en manos del asegurador no tiene que deparar, como regla general, un perjuicio para el asegurado. Y, cuando ello pudiera realmente acontecer, debe tenerse presente que el poder de decisión frente a la reclamación del perjudicado correspondería al asegurado, con lo que también los intereses de este último quedarían debidamente protegidos (ex art. 74, párr. 2º, LCS)⁵.

Sin dejar de reconocer que la dirección jurídica constituye un derecho conferido al asegurador por el cúmulo de razones arriba expuestas, nos parece que debe propugnarse un decidido cambio de enfoque en la caracterización de la defensa propia del seguro de responsabilidad civil, en la línea de su consideración, ante todo, como un derecho del asegurado y una correlativa obligación del asegurador, cuyo cumplimiento puede llegar incluso a serle judicialmente exigido por aquel. Se trata, por consiguiente, de poner el acento especialmente en la preservación de los intereses de los asegurados, y no tanto de los aseguradores, mediante la prestación de la defensa requerida como consecuencia de las reclamaciones formuladas por los perjudicados. En este sentido ha de remarcarse que la defensa

jurídica constituye un riesgo, en cuanto que la necesidad de su desenvolvimiento frente a una exigencia de responsabilidad civil supondrá un quebranto económico para quien haya menester de dicha actividad. Téngase en cuenta, al efecto, que el montante de dicha defensa jurídica puede terminar ascendiendo a cantidades elevadas, como consecuencia de las cuantiosas sumas que con cierta asiduidad alcanzan las indemnizaciones reclamadas por los perjudicados y la propia complejidad que suele adornar a los litigios que se suscitan en materia de responsabilidad civil⁶. Así las cosas, la cobertura del referido riesgo determinará que la asunción del coste de la defensa jurídica se termine desplazando del patrimonio del asegurado al patrimonio del asegurador. Quiere decirse, al cabo, que la adecuada protección de la indemnidad patrimonial del asegurado por medio de seguro de responsabilidad civil precisa que se encuentre también a cubierto del riesgo de tener que afrontar a sus expensas la defensa jurídica necesaria frente a la exigencia de resarcimiento de un pretendido daño⁷.

Sin embargo de lo anterior, no cabe ignorar que la defensa jurídica propia del seguro de responsabilidad civil presenta unas acusadas singularidades. A tal propósito ha de señalarse, de antemano, que no constituye una prestación consustancial a la referida modalidad de seguro, puesto que se encuentra expresamente permitido el pacto ordenado a la exclusión de su cobertura (art. 74, párr. 1º, LCS). La obligación de asumir la defensa jurídica del asegurado frente a la reclamación del perjudicado es, pues, un mero elemento natural del seguro de responsabilidad civil. De igual modo, suele destacarse la índole complementaria y accesorio del riesgo de defensa jurídica frente al de responsabilidad civil (cuya cobertura, por lo que respecta a este último, representa un elemento esencial del contrato y se traducirá en el desplazamiento al asegurador de la deuda indemnizatoria que pudiera llegar a contraer el asegurado frente a un tercero)⁸. Si con la aludida nota de la accesoriedad quiere significarse que en el caso examinado la cobertura de la defensa jurídica depende de la cobertura, en abstracto, de la responsabilidad civil del asegurado, en relación con la cual aquella posee una incuestionable índole complementaria, nada cabe objetar a la caracterización expuesta (sin perjuicio de la formulación de determinadas matizaciones). En efecto, de no concurrir la vinculación expuesta, la defensa jurídica comprometida por el asegurador sería realmente, en línea de principio, la propia de otra modalidad de seguro, a saber: el de defensa jurídica (v. arts. 76 a) a 76 g) LCS; sobre el tema, v. *infra* II.2).

Con todo, ha de hacerse notar que la defensa jurídica propia del seguro de responsabilidad civil no tiene que encontrarse necesariamente circunscrita al supuesto de que la reclamación formulada se fundamente en un hipotético daño susceptible de reputarse comprendido en el riesgo de responsabilidad asegurado. Tal es sólo lo que habrá de suceder en defecto de pacto sobre el particular, ya que la naturaleza dispositiva de la regulación legal de la materia permite a las partes no sólo la eliminación de la defensa jurídica a cargo del asegurador, sino también conferirle la extensión que tengan por conveniente. Por tanto, resulta perfectamente admisible, en particular, que la cobertura del riesgo de defensa jurídica quede configurada con una mayor o menor amplitud que la del riesgo de responsabilidad civil: así acontecerá, en el primer caso, cuando abarque la defensa frente a reclamaciones en exigencia de una responsabilidad civil excluida de la cobertura; y, en el segundo, cuando no se contemple la defensa respecto de reclamaciones de una responsabilidad civil que se encuentre, en cambio, cubierta por el seguro en cuestión⁹.

Por otro lado, ha de ponerse igualmente de manifiesto que la nota de la accesoriedad no puede significar bajo ningún concepto que la defensa jurídica únicamente tenga que prestarse en caso de reclamación fundada (en el sentido de que esta última haya de obedecer a la efectiva existencia de una deuda de responsabilidad civil del asegurado); antes bien, ha de considerarse suficiente, a menos que otra cosa se hubiera pactado, con que la reclamación planteada se refiera al resarcimiento de un supuesto daño subsumible en el riesgo de responsabilidad civil asegurado. Por consiguiente, el asegurador puede encontrarse obligado a asumir la defensa jurídica del asegurado aun no habiendo finalmente una obligación indemnizatoria a cargo del mencionado sujeto, como también puede terminar declarándose la existencia de una deuda de responsabilidad cubierta por el seguro, sin que el asegurador se haya visto obligado a llevar a cabo la defensa del asegurado, en virtud de lo convenido al respecto (art. 74, párr. 1º, LCS). De ahí, en fin, que la accesoriedad que se predica de la defensa jurídica característica del seguro de responsabilidad civil tampoco pueda estimarse alusiva a la naturaleza puramente secundaria de la mencionada prestación en la economía del contrato.

Sentado lo anterior, dicese que la actividad de defensa ante dicha reclamación comprende el conjunto de actuaciones necesarias, tanto en el orden judicial, como en el extrajudicial, para la determinación y liquidación de la deuda de

responsabilidad contraída por el asegurado. Así pues, tanto el reconocimiento de dicha deuda, como la precisión de su importe, mediante la aceptación de la reclamación extrajudicial del tercero, o la transacción sobre ella¹⁰, corresponde, en principio, al asegurador, a quien también debe considerarse atribuida, en caso de falta de acuerdo al respecto, la defensa jurídica del asegurado frente a la reclamación del perjudicado planteada en sede judicial (o, en su caso, arbitral). En suma, la dirección jurídica del asegurador debe entenderse en un sentido amplio, como el poder de gestión y disposición de la deuda de responsabilidad que pesa sobre el asegurado, que viene referido no sólo a las reclamaciones fundadas, sino también a las infundadas: en esta línea se señala que lo determinante, a los efectos de la cobertura, no es el fundamento de la reclamación, sino el hecho de que esté referida a un supuesto de responsabilidad comprendido en el riesgo asegurado¹¹. Naturalmente, si la exigencia de responsabilidad del tercero se dirige exclusivamente contra el asegurador mediante el ejercicio de la acción directa (art. 76 LCS, v. *supra* capítulo segundo, l.3), es claro que corresponderá al asegurador su defensa por derecho propio¹².

En la tesitura de que el perjudicado se haya visto forzado, ante la falta de acuerdo sobre el resarcimiento del daño pretendidamente padecido, a interponer la correspondiente demanda judicial, se considera que la dirección jurídica del asegurador comprende la facultad de elegir abogado y procurador en el correspondiente procedimiento civil, a menos que se hubiera convenido otra cosa. A tal propósito será indispensable, en todo caso, el concurso del asegurado mediante el otorgamiento de los poderes necesarios, que podrá revocar justificadamente en el supuesto de existencia de una situación de conflicto de intereses (art. 74, párr. 2º, LCS). Por lo demás, se estima asimismo que la dirección jurídica atribuida, salvo pacto en contrario, al asegurador comprende también la determinación de recurrir la sentencia que declare en un procedimiento civil que el asegurado está obligado al pago de una determinada indemnización¹³, así como que no puede impedir que se aparte al asegurado de su participación en la decisión acerca de las resoluciones judiciales que le afecten, ya que semejante privación atentaría contra derechos inalienables de la personalidad¹⁴.

En principio, la defensa jurídica se realiza por el asegurador de responsabilidad civil mediante la organización, gestión y pago de la prestación en sí, con

independencia de quien la lleve a cabo, bien entendido de que habrá de desarrollarse bajo el criterio del asegurador. Sin embargo, nada impide que, mediante el correspondiente pacto, se confiera al asegurado la dirección de su propia defensa (como, por otro lado, puede suceder por imperativo legal en caso de existencia de un conflicto de intereses con el asegurador, v. art. 74, párr. 2º, LCS), con la asunción de la obligación de satisfacer su coste por el asegurador, dentro de los límites convenidos al respecto. Esta última eventualidad suele ir acompañada, en la praxis negocial, del reconocimiento de la facultad del asegurador de intervenir en la adopción de determinadas decisiones, singularmente las de mayor relevancia, relativas a dicha defensa jurídica¹⁵.

Cuando el asegurador asume la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado, serán de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen (art. 74, párr. 1º, LCS). Tales gastos han de concebirse en un sentido amplio, comprensivo de todos los razonables y precisos derivados de la defensa jurídica del asegurado (honorarios de abogado y procurador, de peritos, costas procesales...)¹⁶. A tal propósito se entiende que, en caso de silencio de la póliza sobre el particular, la totalidad de los mencionados gastos correrá a cargo del asegurador. Si se quiere evitar semejante situación habrá de señalarse en el contrato un límite específico respecto de la cobertura de los gastos de defensa, lo que resulta plenamente admisible (en relación con ello ha de tenerse especialmente presente que la suma asegurada eventualmente establecida como límite de la cobertura de la responsabilidad civil del asegurado no se considera aplicable a los gastos de defensa que deba soportar el asegurador, salvo previsión expresa en sentido contrario)¹⁷. De igual modo, ha de reputarse válida la previsión convencional de una contribución proporcional del asegurado para el supuesto de que su deuda de responsabilidad no se encuentre enteramente cubierta. En el sentido apuntado, resulta relativamente frecuente la cláusula por cuya virtud se previene que el asegurador se hará cargo del pago de las costas y gastos judiciales o extrajudiciales inherentes al siniestro, que se abonará en la misma proporción existente entre la indemnización que deba satisfacer el asegurador, de acuerdo con lo previsto en la póliza, y el importe total de la responsabilidad del asegurado en el siniestro¹⁸.

El asegurado habrá de prestar la colaboración necesaria en relación con la defensa jurídica asumida por el asegurador a fin de que esta pueda desarrollarse

del modo más eficaz (art. 74, párr. 1º *in fine*, LCS). El expresado deber genérico se concreta en una serie de obligaciones, entre las que suelen destacarse las siguientes, a saber: la de información al asegurador sobre el evento dañoso y la reclamación del perjudicado, especialmente mediante la facilitación de los medios de prueba ordenados a la mejor defensa, lo cual ha de ponerse en relación con el deber general de información que pesa sobre todo asegurado (art. 16 LCS); la de colaboración en las actuaciones procesales que deban llevarse a cabo en caso de reclamación judicial del perjudicado; y la de no reconocer la propia responsabilidad, incluida la prohibición de transigir, sin previa autorización del asegurador, aunque en ningún caso podrá imponerse al asegurado un comportamiento ilícito, contrario a la buena fe¹⁹. El incumplimiento de estas obligaciones por parte del asegurado determinará, como regla general, que haya de indemnizar al asegurador por los daños y perjuicios causados.

Como se ha indicado, la norma que establece que el asegurador asumirá la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado, y que serán de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen, posee carácter dispositivo (art. 74, párr. 1º, LCS, en relación con el art. 2 LCS). El referido pacto en contrario puede alcanzarse en cualquier momento, incluso con posterioridad al acaecimiento del siniestro. Así pues, el marco normativo vigente permite bien que se suprima la mencionada dirección a cargo del asegurador (aun cuando debe hacerse notar que ello puede resultar contraproducente respecto de la adecuada defensa de sus intereses), bien que esta se configure a voluntad de las partes. En el primer caso, los gastos de defensa correrán íntegramente por cuenta del asegurado, a menos que en la póliza se establezca otra cosa; en el segundo, habrá de estarse a lo concretamente pactado sobre el particular²⁰.

La regla general de atribución al asegurador de la defensa jurídica del asegurado frente a la reclamación del perjudicado se excepciona igualmente cuando quien reclama está asegurado en la misma compañía, o existe algún otro posible conflicto de intereses, en cuyo caso el asegurado puede optar entre el mantenimiento de la dirección jurídica del asegurador o confiar su propia defensa a otra persona. En esta última tesitura el asegurador quedará obligado a abonar los gastos de la dirección jurídica hasta el límite pactado en la póliza, o el acordado de algún otro modo por las partes (art. 74, párr. 2º, LCS)²¹. A dichos supuestos legales añade la

jurisprudencia el consistente en que el asegurador incurriese en pasividad que le fuera imputable, pues si con su dejadez o conducta omisiva causara un daño al asegurado, indudablemente habría de responder frente a este por incumplimiento, no ya de un derecho que le confiere al asegurado la ley y la propia póliza, sino de un deber respecto de los intereses en juego del mismo, comprendiendo tal responsabilidad la asunción de los gastos de defensa que haya tenido que procurarse el asegurado por sus propios medios (STS, 1ª, de 31 enero de 2008, RJ 2008/1305; v. asimismo, STS, 1ª, de 27 octubre de 2010, RJ/2010/7612)²².

2. La problemática delimitación entre la defensa jurídica propia del seguro de responsabilidad civil y el seguro de defensa jurídica

La defensa jurídica característica del seguro de responsabilidad civil ha venido tradicionalmente planteando recurrentes problemas de acotación respecto del seguro de defensa jurídica, que constituye una modalidad diferenciada y autónoma de seguro contra daños, relativamente moderna, en la que el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, a hacerse cargo de los gastos en que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral, y a prestarle los servicios de asistencia jurídica judicial y extrajudicial derivados de la cobertura del seguro (art. 76 a) LCS)²³. A tal propósito ha de tenerse especialmente presente que, en obsequio a su naturaleza, el riesgo de defensa jurídica es exactamente el mismo en el seguro de responsabilidad civil y en el seguro de defensa jurídica, sin perjuicio de que, en aquel, dicho riesgo se cubra junto con el de responsabilidad civil²⁴.

La circunstancia apuntada explica en gran medida que no sean pocas las ocasiones en que viene a suscitarse una enconada discusión, a la vista del clausulado de una determinada póliza, en torno a si el contrato en cuestión debe calificarse, simplemente, como seguro de responsabilidad civil o, más bien, como seguro de defensa jurídica, concertado en tal caso a modo de cobertura adicional a la de la propia responsabilidad civil del asegurado (v., como botón de muestra, el supuesto enjuiciado en la STS, 1ª, de 23 de abril de 2014, RJ 2014/2346)²⁵. Nótese sobre el particular que se encuentra expresamente excluida la aplicación de los preceptos reguladores del seguro de defensa jurídica (arts. 76 a) a 76 g) LCS), entre otros

supuestos, a la defensa jurídica realizada por el asegurador de responsabilidad civil de conformidad con lo previsto en el artículo 74 LCS (art. 76 g).1º LCS).

Si se repara en la enorme incidencia que la resolución de la cuestión apuntada puede llegar a tener sobre el contenido mismo de la prestación de defensa comprometida en cada caso por el asegurador de responsabilidad civil, se convendrá fácilmente en la necesidad de un tratamiento detenido del asunto. En este sentido resulta un lugar común la indicación de la singular relevancia que el complejo problema interpretativo examinado posee en lo concerniente a la designación de abogado y procurador, ya que su libre elección corresponderá al asegurado en el seguro de defensa jurídica (art. 76 d) LCS), mientras que competirá al asegurador, salvo pacto en contrario o existencia de una situación de conflicto de intereses, en el seguro de responsabilidad civil (art. 74 LCS), como ha tenido ocasión de señalar de forma reiterada nuestra jurisprudencia (así, entre otras, STS, 1ª, de 20 de abril de 2000, RJ 2000/2981; de 31 de enero de 2008, RJ 2008/1305; y de 27 de octubre de 2010, RJ 2010/7612)²⁶.

La distinción entre una y otra clase de seguro, por lo que se refiere al concreto extremo aquí considerado, suele establecerse sobre la base de una serie de criterios reconducibles a dos grandes órdenes, unos de tipo material y otros de índole formal, siendo estos últimos los invocados con mayor profusión en las resoluciones judiciales que han tenido ocasión de ocuparse del asunto, quizá por la relativa sencillez con que permiten llevar cabo el mencionado deslinde.

En lo tocante a la primera de las líneas de delimitación propuestas, son diversos los rasgos diferenciadores traídos a colación (amén del arriba reseñado, concerniente a la designación de abogado y procurador). Así, se señala que en el seguro de defensa jurídica el asegurado puede adoptar una posición activa, como parte demandante, o también pasiva, como parte demandada, mientras que en el seguro de responsabilidad civil dicho sujeto sólo puede asumir aquella última condición, siempre frente a una reclamación del perjudicado; de ahí que se indique que en esta modalidad de seguro el asegurador se limita a prestar, en su caso, la que se ha dado en llamar defensa estricta²⁷. A lo que se añade que la defensa jurídica propia del seguro de la misma denominación se presta en interés del asegurado, mientras que la característica del seguro de responsabilidad civil se lleva a cabo

principalmente en interés del propio asegurador²⁸. En fin, esta última modalidad de defensa sólo opera en el ámbito de las reclamaciones civiles que tienen por objeto el resarcimiento del supuesto daño causado por el asegurado, mientras que la específica del seguro de defensa jurídica posee una mayor extensión, pues puede comprender la requerida en cualquier clase de procedimiento administrativo, judicial (civil, penal, contencioso-administrativo...) o arbitral: esto es, en el seguro de responsabilidad civil la cobertura del riesgo de defensa jurídica se vincula a la cobertura del riesgo de responsabilidad civil, de modo que esta última determina el alcance de aquella²⁹. En verdad, la últimamente expuesta representa la diferencia fundamental entre las dos modalidades de seguro comparadas, como evidencia el elocuente dato de que de ella deriven las anteriormente apuntadas.

Por su parte, según el segundo de los criterios esgrimidos, la concreta calificación como seguro de defensa jurídica dependerá del cumplimiento de los requisitos formales establecidos al efecto en la ordenación vigente: así, esta modalidad de seguro deberá ser objeto de un contrato independiente, permitiéndose asimismo que el contrato se incluya en capítulo aparte dentro de una póliza única (que en la tesitura descrita se configurará, en consecuencia, como una póliza compleja o multirriesgo). En este último caso habrán de especificarse el contenido de la defensa jurídica garantizada y la prima que le corresponde (art. 76 c) LCS)³⁰. Pues bien, la inobservancia de la última de las exigencias enunciadas ha sido reiteradamente traída a colación para negar la existencia, en el supuesto concreto, de un genuino seguro de defensa jurídica, estimándose únicamente concertado un seguro de responsabilidad civil (entre otras, STS, 1ª, de 20 de abril de 2000, RJ 2000/2981; de 29 de septiembre de 2004, RJ 2004/6394; de 31 de enero de 2008, RJ 2008/1305; y de 27 de octubre de 2010, RJ 2010/7612)³¹.

En favor de la solución enunciada, ciertamente ayuna de la apoyatura de un razonamiento circunstanciado en el plano jurisprudencial, se ha traído a colación el fundado argumento de que la exigencia legal de contratación independiente o, a lo más, separada del seguro de defensa jurídica entraña una exigencia de forma *ad solemnitatem* prevista con carácter particular para dicha modalidad de seguro, a modo de excepción a la regla general que viene a consagrar, según la interpretación dominante, el carácter consensual del contrato (v. art. 5 LCS). En consecuencia, el incumplimiento de los requisitos examinados determinaría

inexorablemente que el contrato en cuestión no pudiera considerarse como un verdadero seguro de defensa jurídica, de manera que, a lo sumo, habría de estimarse concertada únicamente la defensa jurídica propia del seguro de responsabilidad civil³².

Empero, la ingeniosa solución propuesta no resulta convincente. De antemano, porque la regla general del carácter consensual del contrato de seguro, cuya plena concordancia con el principio espiritualista que preside nuestro Ordenamiento no puede pasarse por alto (arts. 1.278 CC y 51 C. de c.), debe llevar a sostener que cualquier excepción al respecto tenga que venir establecida de modo terminante y categórico. Mas tal no sucede en el caso examinado, supuesto que no se contiene referencia explícita alguna, ni tan siquiera un mero atisbo, en lo concerniente a la incidencia del incumplimiento de las exigencias examinadas sobre la validez del contrato. En este sentido resulta harto llamativo que la contravención de los requisitos relativos a la contratación separada del seguro de defensa jurídica carezca de consecuencia específica alguna en el plano jurídico-privado³³. Tampoco parece que pueda sostenerse la nulidad del contrato celebrado, so pretexto de la naturaleza imperativa de la norma incumplida (ex art. 6.3 CC, en relación con el carácter imperativo atribuido a los preceptos de la Ley 50/1980, a no ser que se disponga otra cosa, v. art. 2 LCS, dado que esto último no sucede en el caso particular que nos ocupa, v. art. 76 c) LCS)³⁴, ya que semejante consecuencia resultaría a todas luces desproporcionada, máxime si se tiene presente que las exigencias formales analizadas constituyen simplemente una de las medidas adoptadas en orden a la evitación de conflictos de intereses entre el asegurador y el asegurado³⁵. Por lo demás, la nulidad pretendida permitiría, al cabo, que el asegurador pudiera escudarse en la falta de contratación independiente o en capítulo aparte para eludir el cumplimiento de las obligaciones contractuales libremente asumidas relativas a la defensa jurídica del asegurado, lo cual no resulta en modo alguno de recibo. En razón de lo expuesto, ha de entenderse más bien que el precepto donde se contiene la exigencia de contratación separada del seguro de defensa jurídica no encierra, en rigor, una exigencia de forma *ad solemnitatem*.

Así las cosas, el enfoque que debe prevalecer en la resolución de la cuestión examinada, en obsequio a la protección de los intereses de los asegurados, es el eminentemente material. De ahí que haya de concluirse que lo verdaderamente

decisivo a la hora de dilucidar si un determinado contrato puede considerarse un genuino seguro de defensa jurídica tendrá que ser el concreto contenido de lo acordado respecto de la extensión de la cobertura. Esto es, la vulneración de los requisitos relativos a la contratación separada del seguro de defensa jurídica no impedirá la aplicación del régimen legal de esta modalidad de seguro cuando, en atención al riesgo objeto de cobertura, el contrato en cuestión haya de calificarse cabalmente como tal³⁶.

III. LA DEFENSA PENAL DEL ASEGURADO POR EL ASEGURADOR DE RESPONSABILIDAD CIVIL

1. Planteamiento general: la no inclusión de la defensa penal en la defensa jurídica propia del seguro de responsabilidad civil

Como es sobradamente conocido a estas alturas, la ordenación vigente establece que, salvo pacto en contrario, el asegurador asumirá la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado, precisando además que serán de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen (art. 74, párr. 1º, LCS). Dicha reclamación, en línea de principio, no es otra que la formulada al asegurado en orden a la reparación del pretendido daño del que dicho sujeto pueda resultar civilmente responsable. En razón de lo expuesto se dice, al cabo, que la aludida dirección jurídica viene referida a la determinación y liquidación, tanto en el ámbito judicial, como en el extrajudicial, de la deuda resarcitoria cuyo cumplimiento se exige al asegurado (v. *supra* II.1). Pues bien, a poco que se paren mientes en lo anterior, se llegará derechamente a la conclusión de que la defensa penal del asegurado no integra la prestación de defensa jurídica propia del seguro de responsabilidad civil³⁷ (por lo demás, dígase lo propio de la defensa requerida por el asegurado en un procedimiento sancionador como consecuencia de la imputación de una conducta presuntamente constitutiva de una infracción administrativa)³⁸. No obstante lo indicado, nada impide, como es obvio, que el asegurado llegue a confiar libre y voluntariamente su defensa penal al asegurador de responsabilidad civil y que este la acepte.

Nótese, al efecto, que aquella modalidad de defensa se orienta, en último término, a conjurar el pronunciamiento de una eventual resolución judicial condenatoria

mediante la que se declare la responsabilidad criminal del asegurado, traducida en la imposición de la correspondiente pena, lo que viene a ser extraño, en línea de principio, al aseguramiento de la responsabilidad civil del mencionado sujeto. A mayor abundamiento, ha de tenerse igualmente presente que la defensa penal comprende un extenso abanico de actuaciones, muchas de las cuales no guardan relación ninguna con una pretensión civil de índole resarcitoria. En efecto, tales actuaciones son susceptibles de tener lugar en unos momentos en que no puede llegar a estimarse formulada, en rigor, reclamación indemnizatoria alguna de ningún hipotético perjudicado, que es el presupuesto asociado normativamente a la prestación de la actividad de defensa jurídica por el asegurador de responsabilidad civil (art. 74 LCS). Incluso la defensa penal puede llegar a desarrollarse cuando resulte harto difícil vislumbrar siquiera una eventual responsabilidad civil a cargo del sujeto a cuyo favor se presta dicha actividad. Tráigase a la memoria que, si la comisión del delito no origina ningún daño, no llegará a desatarse responsabilidad civil alguna de la persona penalmente responsable (lo que debe ponerse a su vez en relación con la existencia de tipos penales en los que de suyo no cabe tal posibilidad, como sucede, por ejemplo, con el delito de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, v. arts. 563 a 570 CP), así como que la mera imputación de un hecho punible no tiene que traducirse necesariamente en una sentencia penal condenatoria (que constituye, como regla general, el requisito al que se encuentra supeditado el pronunciamiento del juez penal sobre la eventual pretensión civil de resarcimiento; v. *supra*, capítulo primero, II.2).

A pesar de lo reseñado, la nitidez del planteamiento enunciado se ensombrece notablemente en ciertas ocasiones, cuando la cabal delimitación de la defensa jurídica frente a una (la civil) y otra (la penal) clase de responsabilidad no resulta nada sencilla. En particular, ha de ponerse de manifiesto que la referida distinción puede verse enturbiada sobremanera cuando en el seno de un procedimiento penal llegue a ventilarse igualmente la llamada responsabilidad civil *ex delicto*, como objeto civil acumulado con carácter eventual y accesorio, de conformidad con el sistema opcional vigente en nuestro Ordenamiento (v. *supra*, capítulo primero, II). A tal propósito ha de recordarse que esta última pretensión se encuentra sujeta al principio dispositivo, de suerte que el dañado puede renunciar a ella (art. 107 LECrim, en relación con lo previsto en el art. 109 LECrim), así como reservarse el ejercicio de la acción civil, lo que habrá de hacer expresamente, para después

de terminado el juicio criminal mediante sentencia firme, si a ello hubiera lugar (arts. 108, 111 y 112 LECrim, en relación con lo estatuido en el art. 109.2 CP). De igual modo, ha de traerse a la memoria que, en el caso de que el dañado no hubiera renunciado a la acción civil ni se hubiera reservado su ejercicio para después de finalizado el juicio criminal, la mencionada acción habrá de entablarse juntamente con la penal por el ministerio fiscal (arts. 108 y 773.1 LECrim y 3.4 EOMF). Repárese, por lo demás, en que el ejercicio de la acción civil en el proceso penal constituye una genuina reclamación del perjudicado a los efectos de la prestación de la actividad de defensa jurídica característica del seguro de responsabilidad civil (art. 74 LCS).

En la tesitura descrita, de no establecerse alguna previsión en la póliza que contemplase la cobertura de la defensa penal, habría de considerarse que la prestación de defensa jurídica del asegurador tendría que quedar circunscrita, en línea de principio, al exclusivo ámbito de la responsabilidad civil a cargo del asegurado que pudiera llegar a declararse en la causa criminal (siempre que la responsabilidad civil exigida pudiera estimarse comprendida dentro del riesgo asegurado y de conformidad con lo pactado por las partes sobre el particular, dado el carácter dispositivo de la regulación legal de la defensa jurídica del asegurado frente a la reclamación del perjudicado, y con la salvedad asimismo de la eventual existencia de una situación de conflicto de intereses entre asegurador y asegurado, v. art. 74 LCS), mientras que el asegurado tendría que asumir su defensa en el plano estrictamente penal, naturalmente a sus propias expensas³⁹.

No obstante resultar formalmente impecable, el planteamiento expuesto puede llegar a originar en verdad espinosos problemas de acotación entre una y otra clase de defensa. Además, no cabe ignorar que, en abstracto, la adecuada preservación de los intereses del asegurador precisa que disponga de la posibilidad de cuestionar que el asegurado sea realmente responsable criminal de los hechos de que se le acusa, toda vez que, como se señaló más arriba, la competencia del juez penal para pronunciarse sobre la denominada responsabilidad civil *ex delicto* se encuentra supeditada, como regla general, a la existencia de una sentencia penal condenatoria. En definitiva, la diferenciación arriba trazada entre la defensa penal y la civil, a más de poseer unos contornos sumamente difusos y adolecer de un cierto grado de artificiosidad, se revela susceptible de terminar menoscabando

los intereses de los propios aseguradores de responsabilidad civil, como podría acontecer en el señalado caso de que el asegurado optara por seguir en su defensa penal una estrategia procesal opuesta o incompatible con la observada por el asegurador en el campo de la defensa civil⁴⁰.

Empero, las consideraciones expresadas no autorizan de ningún modo a concluir atribuyendo al asegurador una suerte de derecho a asumir la defensa penal, de manera que pudiera terminar ejerciendo en su integridad, a su voluntad, la dirección jurídica del asegurado en el proceso criminal en el que resultara posible la determinación asimismo de una responsabilidad civil a cargo del referido sujeto. No cabe compartir semejante planteamiento porque, como se ha indicado más arriba, la defensa penal no tiene cabida dentro de la defensa jurídica propia del seguro de responsabilidad civil (art. 74 LCS), y, sobre todo, porque de la ponderación de los diversos intereses en juego no puede resultar nunca la prevalencia de los correspondientes al asegurador. En este sentido ha de traerse a colación el definitivo argumento de que la principal cuestión a dirimir en el procedimiento penal es precisamente la consistente en la responsabilidad criminal del asegurado (respecto de la cual la pretensión civil acumulada de resarcimiento constituye un objeto eventual y accesorio), que afecta a bienes preciosos de su propia persona como, por ejemplo, la libertad y el buen nombre, poseedores de un valor a todas luces superior a los intereses puramente económicos del asegurador. De ahí que acabe afirmándose, de forma unánime, que corresponde al asegurado, de manera irrenunciable con carácter general, la decisión sobre el modo de llevar a cabo su defensa penal, en cuanto derecho inherente a su personalidad (v. art. 24 CE)⁴¹. En razón de lo expuesto no podría reputarse válida ni siquiera la cláusula por cuya virtud viniera a establecerse el carácter potestativo para el asegurador de la prestación de defensa y representación del asegurado en causas criminales, dada su abierta contradicción con el irrenunciable derecho a su propia defensa penal que debe reconocerse al asegurado, del que no puede ser privado a voluntad del asegurador.

Por otro lado, la circunstancia de deducirse la responsabilidad civil del asegurado en el seno de un procedimiento criminal seguido contra el mismo no permite concluir, por sí sola, que el asegurador tendría que hacerse cargo de la totalidad de los gastos de defensa del asegurado (lo que vendría a traducirse, en último término,

en el reconocimiento de un derecho a la defensa penal a favor del asegurado, en el sentido de la obligada asunción de su coste por el asegurador de responsabilidad civil). Antes bien, ha de entenderse, por más que en semejante tesitura pueda llegar a resultar sumamente difícil disociar la defensa penal de la llevada a cabo frente a la pretensión civil de resarcimiento, que el asegurador sólo tendrá que hacer frente, en su caso, a los gastos originados por el desenvolvimiento de esta última (ex art. 74 LCS)⁴². Asimismo, en aras de la adecuada preservación de sus intereses, deberá garantizarse la efectiva intervención del asegurador en la determinación de la responsabilidad civil del asegurado cuando este se haya hecho cargo de su defensa penal⁴³, bajo la premisa de que, en caso de producirse algún tipo de conflicto sobre el particular, habrán de prevalecer siempre los intereses del asegurado, en razón de la preeminencia que debe atribuirse a los bienes de su persona susceptibles de verse afectados en el proceso criminal⁴⁴.

Todo ello, en fin, en el bien entendido de que lo expuesto no impide en modo alguno que la defensa penal pueda ser asumida por el asegurador de responsabilidad civil en virtud del correspondiente acuerdo en tal sentido, como cobertura adicional accesoria a la que tiene por objeto la defensa jurídica en el plano estricto de la responsabilidad civil del asegurado, que es la propia de la modalidad de seguro examinada (art. 74 LCS). Semejante eventualidad (que origina, en la praxis contractual, la llamada cobertura de la defensa integral, penal y civil) suscita a su vez ciertas cuestiones relativas a los límites a los que haya de considerarse sujeto, en su caso, el contenido del acuerdo de las partes al respecto, así como a la manera en que deba formalizarse tal convenio, que serán examinadas a continuación, de forma separada, en los dos apartados siguientes.

2. La asunción de la defensa penal del asegurado por el asegurador de responsabilidad civil: límites y extensión

Como se ha indicado en el apartado anterior, no existe obstáculo alguno para que el asegurador de responsabilidad civil pueda asumir, a modo de cobertura complementaria, la defensa penal del asegurado mediante el correspondiente acuerdo en tal sentido, como sucede con relativa frecuencia en la práctica contractual española. Por demás, nótese que un pacto de tal especie puede resultar altamente favorable para los intereses de los asegurados, supuesto que les evitará tener que correr,

en todo o en parte, con los gastos derivados del desempeño de dicha actividad, de conformidad con las condiciones eventualmente precisadas al respecto.

La contingencia expuesta plantea derechamente la cuestión capital de la determinación de los límites que constriñen, en su caso, a la autonomía de la voluntad de las partes en la disciplina convencional del extremo aquí examinado. A tal propósito ha de ponerse de manifiesto, de antemano, que no podrá acordarse ningún tipo de regulación que lesione el derecho de defensa que corresponde a cualquier persona en el ámbito penal (arts. 24 CE y 118 LECrim). Así, ha de considerarse proscrita cualquier estipulación mediante la cual viniera a confiarse de manera anticipada y definitiva la defensa penal al asegurador, ya que ello supondría una suerte de renuncia general del asegurado a la gestión de su propia defensa, a todas luces inadmisibles. En razón de lo expuesto, se concluye que la cesión de la defensa penal al asegurador, cuya licitud no se discute en abstracto, debe producirse mediante la correspondiente decisión del asegurado ante el supuesto concreto que se plantee. Esto es, el mencionado encargo tendrá que confiarse *a posteriori* del acaecimiento del hecho determinante de la necesidad de dicha actividad, pues sólo de tal modo quedará garantizada adecuadamente la libertad de actuación del asegurado en lo concerniente a su defensa penal⁴⁵. A lo que se añade que, una vez producida dicha cesión, corresponderá igualmente al asegurado el poder de decisión sobre todos aquellos extremos susceptibles de depararle consecuencias desfavorables⁴⁶.

A la vista de lo expuesto ha de considerarse perfectamente válida la cláusula mediante la que se determine, en lo atinente a las actuaciones penales, que el asegurador pueda asumir la defensa del asegurado con el consentimiento de este, en el bien entendido de que tal asentimiento habría de prestarse específicamente en cada caso⁴⁷. Desde la perspectiva de los intereses del asegurado, debe hacerse notar que una previsión de semejante tenor no garantiza que el asegurador termine haciéndose efectivamente cargo de la defensa penal a su propia costa, toda vez que el desempeño de la referida actividad se encontraría configurado como un derecho del asegurador, no como una obligación cuyo cumplimiento le pudiera ser exigido por el asegurado.

En cambio, la previsión mediante la que viniera a precisarse simplemente el carácter potestativo para el asegurador de la prestación de defensa y representación

del asegurado en causas criminales suscita fundados reparos en cuanto a su licitud. En efecto, como se señaló con anterioridad, el asegurador no puede arrogarse de ningún modo la defensa penal sin el consentimiento del asegurado en cada caso concreto. De ahí que se concluya que la validez de una cláusula de tal especie ha de considerarse limitada, en consonancia con lo expuesto, al supuesto de expresa aceptación por el asegurado, en cada caso particular, de que su defensa penal se efectúe por los abogados del asegurador⁴⁸. Por demás, nótese que en la cláusula aquí examinada, como en la analizada en el párrafo anterior, la compañía aseguradora asumirá la defensa de su asegurado siempre que se realice bajo la dirección letrada de los abogados de la misma, en defecto de previsión en otro sentido (STS, 1ª, de 20 abril de 2000, RJ 2000/2981).

En verdad, la regulación convencional que resultaría más favorable para el asegurado sería aquella en la que se le atribuyese la completa dirección jurídica de su defensa penal, acompañada de la correlativa asunción del coste de su desenvolvimiento por el asegurador de responsabilidad civil⁴⁹. Todo ello en el bien entendido de que el ámbito objetivo en el que la mencionada modalidad de defensa habría de prestarse sería únicamente, en línea de principio, el representado por los hechos punibles imputados al asegurado de los que pudiera derivar asimismo una responsabilidad civil a cargo del mencionado sujeto, susceptible de encontrarse específicamente cubierta por el seguro en cuestión.

Observadas debidamente las exigencias asociadas al derecho de defensa reconocido al asegurado (v., sobre todo, arts. 24 CE y 118 LECrim), las partes disponen de un amplio margen en lo concerniente a la configuración de la defensa jurídica en el ámbito penal a cargo del asegurador de responsabilidad civil, bien a través de la correspondiente ordenación contenida en la póliza, bien mediante el oportuno acuerdo alcanzado sobre el particular de cualquier otro modo. En verdad, la defensa penal del asegurado, concebida en su integridad, no suele contemplarse expresamente en los condicionados al uso, más allá de algunos concretos casos, entre los que destaca el representado por los llamados seguros voluntarios de automóviles, una de cuyas modalidades más difundidas incluye la cobertura de la defensa y fianza criminales⁵⁰, junto con la de la responsabilidad civil obligatoria, la responsabilidad civil ilimitada y la reclamación de daños. Por lo común, lo que viene a recogerse en las pólizas es la cobertura genérica, bajo ciertas condiciones

y límites, de los gastos de defensa originados por las reclamaciones presentadas al asegurado.

En caso de ausencia de convenio expreso al respecto, cabe plantear en último término la posibilidad de deducir del contenido de la póliza la vigencia de la obligación a cargo del asegurador de hacer frente con carácter general a la defensa penal del asegurado. A tal propósito puede traerse a colación la previsión explícita en los condicionados al uso de determinadas prestaciones relacionadas con aquella actividad. Sin ánimo exhaustivo, cabe citar las siguientes, a saber: la cobertura de los gastos de constitución y mantenimiento de las fianzas penales (o, en su caso, su prestación directa por el asegurador), eventualmente impuestas para garantizar la libertad provisional del asegurado (sobre el tema, v. *infra*, capítulo cuarto, II.1 y 2), e incluso (eso sí, de manera más infrecuente) de los gastos originados por un procedimiento de extradición seguido contra el asegurado; y la exclusión del anticipo de los gastos de defensa referidos a una reclamación en la que se hubiera declarado el secreto de sumario, total o parcial, de tal forma que el asegurador no pudiera determinar la cobertura por la póliza (lo que da pie para colegir, *a contrario sensu*, que los demás gastos de defensa penal sí quedarían, en cambio, cubiertos). Con independencia de que la cuestión examinada haya de ser resuelta caso por caso, a la vista del concreto clausulado convenido (lo que en bastantes ocasiones puede constituir una empresa sumamente ardua por causa de la confusa y oscura regulación convencional de la materia), no parece, en línea de principio, que de las previsiones enunciadas quepa inferir la existencia de una obligación genérica de asunción de la defensa penal del asegurado por parte del asegurador de responsabilidad civil, sino más bien, en todo caso, que las expresamente mencionadas son las únicas prestaciones comprometidas en el mencionado ámbito por dicho asegurador.

Otra vía que cabe explorar para sostener la vigencia de la mencionada obligación a cargo del asegurador es la que tiene como apoyo basilar lo que haya de entenderse por reclamación del perjudicado, no con carácter general desde una perspectiva puramente dogmática, sino según lo concretamente establecido en la póliza en cada caso. Como se sabe, la inmensa mayoría de los seguros de responsabilidad civil concertados en nuestro país se configuran como pólizas de reclamaciones (sistema *claims made*), de conformidad con las previsiones legales

vigentes al respecto (art. 73, párr. 2º, LCS, v. *supra*, capítulo segundo, I.2). A lo que ha de agregarse que resulta relativamente frecuente en la práctica negocial la consideración como reclamación del perjudicado, siempre bajo el presupuesto de encontrarse relacionada con el riesgo de responsabilidad civil cubierto por la póliza, de cualquier procesamiento penal (o incluso cualquier diligencia o instrucción penal) contra un asegurado o de cualquier procedimiento administrativo o reglamentario (incluyéndose en ocasiones hasta el proceso de información o de actuaciones previas del artículo 55 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) contra un asegurado; esto es, se llega al extremo de estimarse como reclamación la iniciación de cualquier procedimiento contra el asegurado, con independencia de su naturaleza administrativa, arbitral o judicial (y, respecto de este último supuesto, con independencia asimismo de la jurisdicción ante la que se haya iniciado el referido procedimiento, v. *supra*, capítulo segundo, III.1).

Pues bien, la circunstancia apuntada podría dar pie para sostener que la defensa jurídica del asegurador característica del seguro de responsabilidad civil tendría que comprender la precisada por el asegurado en cualquiera de los procedimientos cuya iniciación se encontrase convencionalmente definida como reclamación del perjudicado, como sucedería con cierta asiduidad con los de índole penal. Quiere decirse, pues, que lo que hubiera de tenerse por reclamación del perjudicado resultaría relevante no sólo a los efectos de la delimitación temporal de la cobertura (art. 73, párr. 2º, LCS; con las matizaciones realizadas anteriormente, v. *supra*, capítulo segundo, III.1), sino también, según el planteamiento expuesto, respecto del contenido de la prestación de defensa jurídica del asegurador de responsabilidad civil (art. 74 LCS). En el concreto caso aquí examinado, si el comienzo de un procedimiento penal contra el asegurado estuviese convencionalmente contemplado como reclamación del perjudicado, la actividad de defensa a que se halla obligado el asegurador, salvo previsión en contrario, habría de alcanzar asimismo, en línea de principio, la que hubiera de desarrollarse en dicho proceso.

Naturalmente, no se ignora que la conclusión expuesta no está exenta de contestación y que, una vez más, las regulaciones previstas en las pólizas, que no acostumbran a ser precisamente un dechado de rigor y de claridad en este punto, podrán suscitar espinosos problemas interpretativos en relación con la efectiva

asunción de alguna obligación en el ámbito de la defensa penal del asegurado por el asegurador de responsabilidad civil, cuyo exacto contenido, si es el caso, habrá de determinarse, de forma particular, en cada supuesto concreto.

3. La formalización de la asunción de la defensa penal del asegurado por el asegurador de responsabilidad civil

Como se ha concluido en los apartados precedentes, la vigencia de algún tipo de obligación en el ámbito de la defensa penal *stricto sensu* del asegurado por el asegurador de responsabilidad civil requiere el correspondiente acuerdo de las partes en tal sentido, supuesto que dicha modalidad de defensa no integra de suyo la prestación de defensa jurídica frente a la reclamación del perjudicado que tiene que asumir, salvo pacto en contrario, el mencionado asegurador (art. 74 LCS). Por consiguiente, la existencia de alguna obligación de la referida especie dependerá del oportuno convenio alcanzado al respecto, bien de forma expresa, bien de modo implícito. En este último caso vendrá a originarse, por lo común, un intrincado problema interpretativo, para cuya resolución habrá de estarse principalmente, tanto al propio clausulado de la póliza (siempre a la luz de las reglas generales establecidas al respecto; v., especialmente, arts. 1.288 CC, 3 y 8.3 LCS y 6.2 LCGC), como a la actuación desarrollada por las partes con ocasión de la solicitud de la prestación de la defensa penal dirigida por el asegurado al asegurador⁵¹.

Pues bien, la circunstancia de que la defensa penal constituya una de las modalidades susceptibles de integrar la actividad de defensa jurídica característica del seguro de la misma denominación (art. 76 a) LCS), el cual deberá ser objeto de un contrato independiente o, al menos, de inclusión en capítulo aparte dentro de una póliza única, en cuyo caso habrán de especificarse el contenido de la defensa jurídica garantizada y la prima que le corresponde (art. 76 c) LCS; sobre el tema, v. *supra*, II.2), lleva derechamente a plantear la necesidad de observar la última de las mencionadas exigencias cuando la defensa penal del asegurado se contemple, de algún modo, como cobertura accesoria dentro de un seguro de responsabilidad civil. La cuestión apuntada se suscita especialmente en el ámbito de los seguros voluntarios de automóviles, donde goza de amplio predicamento una modalidad que contempla, entre otras, las garantías de defensa penal, constitución de fianzas y reclamación de daños⁵².

En nuestra opinión, como se razonó con anterioridad, el problema enunciado ha sido resuelto, en bastantes ocasiones, desde una premisa equivocada, por haberse partido de la vigencia de unas meras exigencias formales, cuya eventual contravención no incide en la validez del contrato, para determinar, en función de su cumplimiento, si un concreto seguro debe calificarse, o no, como seguro de defensa jurídica (entre otras, STS, 1ª, de 20 de abril de 2000, RJ 2000/2981; de 29 de septiembre de 2004, RJ 2004/6394; y de 31 de enero de 2008, RJ 2008/1305). En efecto, el planteamiento correcto debe ser justamente el inverso, a saber: el consistente en precisar si un contrato ha de considerarse, o no, un genuino seguro de defensa jurídica en obsequio a la concreta delimitación convencional del riesgo objeto de cobertura (art. 76 a) LCS). Siendo realmente así, una de las consecuencias jurídicas a ello anudadas será la obligatoriedad de la contratación independiente o diferenciada de esta clase de seguro (art. 76 c) LCS), por más que el hipotético incumplimiento de dicha exigencia se encuentre carente de sanción específica en el plano jurídico-privado (v. *supra*, II.2).

Sentado lo anterior, ha de resolverse seguidamente si cualquier prestación asumida por el asegurador de responsabilidad civil en el ámbito de la defensa penal del asegurado tiene que formalizarse, por tratarse en tal caso de un seguro multirriesgo, en capítulo aparte dentro de una póliza única, con indicación del contenido de la defensa jurídica garantizada y de la prima correspondiente (v. art. 76 c), párr. 2º, LCS). Según ha tenido oportunidad de declarar la jurisprudencia, en la que constituye la orientación dominante sobre el particular, la estipulación de entender comprendida, dentro de la cobertura, la defensa criminal del asegurado, no implica el otorgamiento del contrato autónomo y singular de seguro de defensa jurídica (STS, 1ª, de 20 de abril de 2000, RJ 2000/2981, referida a un contrato de seguro de vehículos a motor, en cuyo espacio relativo a las garantías pactadas, se señalaban, como incluidas en la póliza, la responsabilidad civil obligatoria, la responsabilidad civil ilimitada, y la defensa y fianza criminales, excluyendo todas las demás garantías, de lo que se dedujo, sin género de duda para el juzgador, que en orden a la defensa criminal, la compañía aseguradora asumía la defensa de su asegurado siempre que se realizara bajo la dirección letrada de los abogados de la misma; en similares términos, igualmente, STS, 1ª, de 29 de septiembre de 2004, RJ 2004/6394).

A lo que parece, el Tribunal Supremo pretende significar con la doctrina expuesta que no cabe estimar concertado un auténtico seguro de defensa jurídica, sujeto al régimen específico establecido al efecto (arts. 76 a) a 76 g) LCS), cuando la defensa penal del asegurado se encuentra circunscrita a la requerida por la imputación de un hecho punible del que pueda derivar asimismo una eventual responsabilidad civil a cargo de dicho sujeto cubierta por la póliza en cuestión⁵³. Semejante posicionamiento se explica porque en la tesis descrita la actividad de defensa penal es susceptible de considerarse desarrollada, en abstracto, asimismo en interés del propio asegurador, supuesto que la competencia del juez penal para pronunciarse sobre la responsabilidad civil *ex delicto* está condicionada, como regla general, a la existencia de una sentencia penal condenatoria (v. *supra*, capítulo primero, II.2). En cambio, cuando la defensa penal comprometida por el asegurador de responsabilidad civil excede del estricto ámbito anteriormente delimitado, habrá de considerarse concertada una genuina cobertura de defensa jurídica, sujeta a las prescripciones relativas a dicha modalidad autónoma de seguro (arts. 76 a) a 76 g) LCS).

IV. LA VIGENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEFENSA JURÍDICA A CARGO DEL ASEGURADOR DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CASO DE RECLAMACIONES EN LAS QUE SE IMPUTA AL ASEGURADO LA CAUSACIÓN DOLOSA DEL DAÑO

1. Las pautas generales que deben guiar la resolución del problema

A lo que creemos, la cuestión fundamental sobre la que versa el presente estudio, consistente en dilucidar si el asegurador de responsabilidad civil se encuentra obligado, o no, a asumir la defensa jurídica del asegurado frente a reclamaciones basadas en daños dolosamente causados por dicho sujeto, debe enfocarse, sobre todo, a partir del recto entendimiento de los singulares rasgos que adornan la prestación de la actividad de defensa en la aludida modalidad de seguro. En efecto, la solución del problema aquí examinado tiene necesariamente que construirse sobre la base del sólido andamiaje conceptual proporcionado por las mencionadas notas configuradoras, prescindiendo por completo de cualquier planteamiento simplista, donde el menor indicio o atisbo de un comportamiento doloso del asegurado viniera a erigirse en el criterio exclusivo para resolver de

modo expeditivo el asunto mediante la automática denegación de la cobertura de la defensa jurídica requerida. Por lo demás, la aproximación del modo descrito a la cuestión analizada tendrá que completarse con una obligada referencia a la incidencia que puedan llegar a tener los pactos eventualmente alcanzados por las partes sobre el particular, máxime si se atiende a la naturaleza dispositiva de la regulación legal de la materia (art. 74 LCS). Así las cosas, las premisas generales bajo las cuales ha de abordarse la cuestión examinada son, en nuestra opinión, las seguidamente expuestas.

- i) En primer lugar, ha de repararse en que la defensa jurídica frente a la reclamación del perjudicado constituye una prestación del asegurador que tiene como beneficiario directo y exclusivo al propio asegurado. Tráigase a la memoria que el riesgo cuya cobertura pretende procurarse el asegurado mediante la contratación del seguro de responsabilidad civil no es sólo el consistente en asumir el pago de las indemnizaciones debidas a terceros por los daños a ellos causados, sino también el de tener que satisfacer los gastos de defensa frente a las reclamaciones de tales sujetos. Pues bien, respecto de lo aquí examinado interesa sobremanera poner de manifiesto una trascendental diferencia entre una y otra prestación a cargo del asegurador. En efecto, como se sabe, cuando el cumplimiento de la obligación resarcitoria es reclamado por el perjudicado al asegurador mediante el ejercicio de la acción directa, este último no puede oponer a aquel, según la orientación jurisprudencial dominante en la actualidad, la llamada *exceptio doli*, sin perjuicio de su derecho de repetición contra el asegurado (art. 76 LCS), lo que entraña la vigencia de una regla excepcional cuyo fundamento reside precisamente en la adecuada protección de los dañados. En cambio, en el supuesto de la defensa jurídica opera en toda su extensión el principio general de la inasegurabilidad del dolo (art. 19 LCS), toda vez que se trata de una prestación que sólo puede llevarse a cabo en favor del propio asegurado, sin que resulte de ningún modo posible su percepción o disfrute por el perjudicado (v., sobre el tema, *supra*, capítulo segundo, II.2).

Así pues, si el asegurado se viera forzado a reclamar al asegurador el cumplimiento de su obligación de defensa jurídica, este último podría esgrimir, en línea de principio, la *exceptio doli* (al igual que podría alegarla también cuando

el asegurado le solicitara el reintegro de la indemnización que hubiera abonado directamente al perjudicado). En suma, la previsión que establece la exclusión imperativa de la cobertura del dolo (art. 19 LCS) habrá de aplicarse, si es el caso, en toda su plenitud y sin salvedad alguna, cuando haya de resolverse la procedencia de la exigencia de cumplimiento de las prestaciones comprometidas por el asegurador de responsabilidad civil formulada por el propio asegurado. Cuestión distinta, como se comprobará a continuación, es la relativa a la suerte que haya de correr la oposición de la mencionada excepción, habida cuenta de los singulares rasgos que adornan la prestación de defensa jurídica.

- ii) En segundo término, ha de tenerse presente que, en el orden temporal, la defensa jurídica frente a la reclamación del perjudicado constituye una prestación a cargo del asegurador cuyo desenvolvimiento antecede a la precisión, si es el caso, de la existencia y extensión de la obligación de resarcimiento del asegurado. En verdad, la mencionada determinación, cuando proceda, supondrá la culminación de la actividad de defensa asumida por el asegurador (art. 74 LCS), en cuanto comprensiva del conjunto de actuaciones necesarias, tanto en el orden judicial, como en el extrajudicial, para la constatación y liquidación de la deuda de responsabilidad contraída por el asegurado. Con posterioridad a ello, en el supuesto de haberse establecido finalmente la existencia de la referida obligación y su cobertura por el seguro, el asegurador habrá de realizar el pago de la indemnización debida, siempre dentro de los límites convenidos. O puede suceder, en cambio, que la reclamación acabe demostrándose completamente infundada o no comprendida dentro del riesgo objeto del seguro, de modo que el asegurador no haya de satisfacer a la postre indemnización alguna.

Aun a riesgo de subrayar lo obvio, ha de insistirse en que la situación de la que se parte, como hipótesis de trabajo, se encuentra caracterizada por la ausencia de determinación de responsabilidad civil alguna a cargo del asegurado; por consiguiente, tampoco cabrá sostener de modo definitivo e inconcuso la naturaleza dolosa de la conducta lesiva de aquel, supuesto que se encontrarán en tela de juicio la vigencia y, en su caso, la extensión de la obligación de resarcimiento a su pretendido cargo. Dígase lo propio, en fin,

respecto de las actuaciones que puedan tener lugar en el seno de un procedimiento penal seguido contra el asegurado (incluso cuando se desarrollen respecto de delitos que sólo admitan su comisión dolosa): en efecto, inicialmente aquellas obedecerán a la mera imputación de un hecho punible, cuya existencia y autoría habrán de ser objeto, en su caso, de la pertinente apreciación judicial. En este sentido, es consustancial a la defensa penal que su desenvolvimiento tenga lugar con anterioridad a la emisión de un pronunciamiento judicial firme que declare una responsabilidad criminal (y, en consecuencia, el eventual carácter doloso que haya de predicarse del daño causado, en el supuesto aquí examinado, por la conducta punible del asegurado).

Pues bien, si se atiende al dato apuntado de que la defensa jurídica se desarrolla con anterioridad a la determinación de la responsabilidad civil del asegurado (en relación con lo cual ha de tenerse especialmente presente que el dolo constituye un título de imputación de la mencionada responsabilidad, v. *supra*, capítulo primero, I.2), parece razonable concluir que la atribución de una conducta dolosa al asegurado en la reclamación formulada contra el mismo no podrá utilizarse con éxito por el asegurador para eludir el cumplimiento de aquella obligación cuando la expresada circunstancia no pase de ser (como sucederá las más de las veces) una mera conjetura, carente aún de la debida acreditación de modo definitivo (por ejemplo, por medio de la correspondiente declaración judicial firme o gracias al reconocimiento del propio asegurado). A poco que se profundice en la cuestión podrá apreciarse que resulta palmariamente inconsistente sostener que el siniestro carece de cobertura, so pretexto de una pretendida actuación dolosa del asegurado, cuando el propio acaecimiento de aquel evento no ha quedado todavía constatado en todos sus extremos (incluida, por tanto, la calificación de la conducta que supuestamente lo ha originado) de forma irrefutable.

La conclusión anterior resulta igualmente válida aun en el caso de reclamarse la prestación de defensa jurídica al asegurador de responsabilidad civil como consecuencia de la atribución de la condición de investigado al asegurado en el seno de un procedimiento penal seguido por uno o varios presuntos delitos que únicamente admitan la comisión dolosa. Tal es, por lo demás, el

supuesto que origina el mayor número de controversias en relación con la cuestión examinada (como habrá cumplida ocasión de comprobar en el apartado siguiente, en el que se examinan las resoluciones judiciales más destacadas recaídas sobre la materia), al tiempo que representa también el de mayor repercusión mediática. En efecto, lo único que (por el momento) cabría apreciar en la tesisura descrita sería la simple imputación de determinados delitos en el ámbito de un procedimiento penal, que no tendría necesariamente que finalizar con una sentencia condenatoria. La aludida imputación, por más que viniera referida a delitos que no permitieran su comisión culpable, no podría justificar por sí sola la negativa del asegurador a hacerse cargo de la defensa de los asegurados, ya que ello supondría anticipar los efectos de una sentencia condenatoria (que aún no se habría producido y, lo que es más importante, tampoco tendría por qué dictarse finalmente). Pretender lo contrario acarrearía, por añadidura, un grave atentado a la presunción de inocencia (art. 24.2, párr. 1º, CE).

En términos generales, resulta claro que, si para evitar la asunción de la defensa jurídica, bastara la simple invocación por el asegurador de la conducta dolosa atribuida al asegurado en la reclamación dirigida contra el mismo (con mayor o menor fundamento, pero, en todo caso, sin que dicho extremo se encontrara determinado de modo definitivo e irreformable), quedaría gravemente menoscabada la función que está llamado a desempeñar el seguro de responsabilidad civil. En efecto, de darse por bueno semejante argumento exoneratorio, la cobertura de la defensa jurídica perdería gran parte de su virtualidad práctica, ya que obligaría al asegurado, simplemente ante la negativa inicial del asegurador, a cubrir él mismo los gastos producidos y a reclamarlos posteriormente, lo que, justamente, mermaría sus posibilidades de defensa en la medida en que previamente no contara con medios económicos suficientes para ello (que es el riesgo que se pretende cubrir precisamente con la contratación de este seguro).

Así pues, como corolario de lo expuesto, cabe concluir que, cuando la conducta dolosa imputada al asegurado posea una naturaleza meramente presunta, el asegurador de responsabilidad civil habrá de cumplir, en línea de principio, con su obligación de asumir la defensa jurídica de aquel⁵⁴. Nótese, al efecto,

que en la tesitura descrita la actuación dolosa del asegurado, en cuanto constitutiva de un hecho impeditivo del nacimiento de su derecho a la defensa jurídica, no habría sido debidamente constatada⁵⁵.

Debe insistirse especialmente en la idea de que, en la circunstancia examinada, la asunción de la defensa jurídica del asegurado por parte del asegurador no constituye sólo una mera facultad que se confiere a este último en aras de la adecuada preservación de sus intereses, sino que representa también una genuina obligación a su cargo y un correlativo derecho del asegurado. Esta última nota lleva igualmente a entender que el asegurado puede exigir al asegurador el cumplimiento de la mencionada obligación desde el mismo momento de la formulación de la reclamación en la que se le impute una determinada conducta dolosa, supuesto que desde ese instante surge la necesidad de contar con la correspondiente defensa jurídica. Y ello puede hacerlo sin necesidad de tener que garantizar de ningún modo la eventual devolución de las cantidades que finalmente se declaren indebidamente soportadas por el asegurador como gastos de defensa, a menos que en la póliza se establezca alguna exigencia en tal sentido. Todo ello, naturalmente, en el bien entendido de que debe tratarse de una reclamación susceptible de estimarse referida al concreto riesgo de responsabilidad asegurado.

De las consideraciones desarrolladas se desprende, al cabo, que el principio de la inasegurabilidad del dolo (art. 19 LCS), por más que se encuentre plenamente vigente en toda su extensión en el ámbito de las relaciones entre asegurador y asegurado, sólo entrará en juego en el caso aquí analizado cuando finalmente llegue a declararse, por medio de la correspondiente resolución judicial firme, que el hecho dañoso del que derive la responsabilidad civil del asegurado, finalmente constatada, fue llevado a cabo de manera consciente e intencionada por el mencionado sujeto (v. *infra*, capítulo segundo, II.2)⁵⁶. Mientras tanto, el aludido principio no podría desplegar su operatividad propia en razón de la índole meramente presunta de la conducta dolosa atribuida al asegurado. En cambio, cuando este último extremo hubiera quedado determinado de modo inconcuso, el panorama anteriormente descrito experimentarían un cambio radical, supuesto que el asegurador no habría de hacerse cargo de la defensa jurídica del asegurado (ex art. 19 LCS). En consecuencia,

tendría derecho a obtener del asegurado el reembolso de los gastos de la defensa prestada en virtud de la correspondiente solicitud realizada en tal sentido por el mencionado sujeto (eventualmente incrementada con la indemnización de los daños y perjuicios padecidos), al tiempo que no debería reintegrar al asegurado las sumas que este hubiera llegado a sufragar a su costa.

- iii) De igual modo, habrán de tenerse particularmente en cuenta las hipotéticas previsiones recogidas en la correspondiente póliza respecto de la prestación de la actividad de defensa jurídica por parte del asegurador. Mientras que las observaciones anteriormente realizadas vienen a representar las premisas conceptuales a partir de las cuales tiene que abordarse la cabal dilucidación del problema examinado, las que se desarrollan a continuación constituyen los condicionantes circunstanciales que han de ser tenidos también en la debida consideración a tal propósito. En este sentido ha de empezarse por poner de manifiesto la elevada trascendencia de estos últimos, dada la naturaleza dispositiva de la regulación legal de la defensa jurídica del asegurado en el seguro de responsabilidad civil (art. 74, párr. 1º, LCS). Con ello quiere ponerse de relieve que las posibilidades que se abren a las partes (de modo singular a los aseguradores, habida cuenta de que el seguro suele ser un contrato de adhesión) a la hora de proceder a la regulación convencional de la materia son extraordinariamente amplias. Pues bien, sentado lo anterior, cabe apreciar muy diversas maneras de contemplar la prestación de defensa jurídica por el asegurador de responsabilidad civil en los condicionados al uso en nuestro país. Asimismo ha de dejarse constancia de que en aquellos no suele considerarse de manera expresa y detallada el tratamiento del problema aquí analizado, sino que, a lo más, vienen a recogerse ciertas previsiones genéricas que pueden llegar a tener una particular incidencia en su resolución.

El punto de partida de la indagación que nos proponemos acometer es que el asegurador tiene que asumir la defensa jurídica del asegurado aun en la hipótesis de que la reclamación formulada (en todo caso referida a un supuesto comprendido en el riesgo de responsabilidad civil asegurado, con independencia del carácter fundado o infundado de aquella) se encuentre basada en una actuación dolosa del referido sujeto, a menos que la cobertura de la defensa jurídica respecto de dicha clase de reclamaciones se encuentre excluida en la

póliza. Como es obvio, la cuestión quedaría resuelta de modo taxativo cuando se hubiera convenido la completa exclusión de la cobertura de la defensa jurídica, al amparo de la naturaleza dispositiva de la ordenación legal de la materia (art. 74, párr. 1º, LCS). Pero este tipo de pacto resulta muy infrecuente en la praxis contractual de nuestro país, ya que se estima contraproducente respecto de la adecuada preservación de los intereses de los propios aseguradores; en efecto, más bien lo que acostumbra a suceder es que en las pólizas se contenga una regulación relativamente detallada de la defensa jurídica que correrá a cargo del asegurador de responsabilidad civil. Por otra parte, ha de tenerse presente también que las reclamaciones en las que se imputa al asegurado una conducta dolosa se sustancian frecuentemente ante la jurisdicción criminal, en relación con lo cual ha de recordarse que la defensa penal de aquel no integra de suyo la prestación de defensa jurídica a cargo, en su caso, del asegurador de responsabilidad civil. Por consiguiente, la extensión de la prestación de defensa jurídica a la requerida en los procedimientos penales seguidos contra el asegurado exigirá el correspondiente acuerdo de las partes en tal sentido (v. *supra*, III).

Las consideraciones expuestas permiten colegir, al cabo, que la exclusión de la cobertura de la defensa jurídica en el supuesto aquí examinado habrá de resultar, en su caso, de los términos en que haya quedado configurada por las partes la mencionada prestación del asegurador. Dado que no es habitual que la cuestión abordada se contemple específicamente en los condicionados al uso, lo que vendrá a plantearse en la inmensa mayoría de las situaciones será, en esencia, un delicado problema interpretativo respecto del contenido de la póliza en lo concerniente al consabido extremo. En relación con su cabal resolución, habrá de tenerse particularmente en cuenta que la calificación del seguro como contrato de adhesión exige que las cláusulas contractuales oscuras se interpreten en el sentido más favorable al asegurado (arts. 1.288 CC, 3 y 8.3 LCS y 6.2 LCGC).

De antemano, es preciso poner de manifiesto que la expresa exclusión genérica de la cobertura de los daños dolosamente causados, que acostumbra a recogerse en las pólizas utilizadas en nuestro país, no puede ser traída a colación como fundamento apropiado del rechazo de la cobertura de la defensa

jurídica del asegurado frente a reclamaciones en las que venga a atribuirse una conducta de tal índole al mencionado sujeto. En verdad, a poco que se paren mientes en el asunto, se llegará sin dificultad a la conclusión de que una previsión convencional a todas luces superflua como la indicada, supuesto que la aludida exclusión posee realmente naturaleza imperativa y tiene su razón de ser en graves motivos de orden público ligados a la causa del contrato (art. 19 LCS), no puede amparar la negativa del asegurador a la asunción de la defensa jurídica del asegurado. En efecto, la innecesaria exclusión convencional de la cobertura del dolo no autoriza a sostener que las disposiciones contenidas en la póliza respecto de la actividad de defensa a cargo del asegurador deban entenderse únicamente referidas a las reclamaciones basadas, como mucho, en hechos meramente culposos del asegurado. Por más que se invoque la circunstancia de que en el correspondiente clausulado se contemple que la defensa jurídica sólo se prestará en el caso de reclamaciones cubiertas por la póliza, debe traerse a la memoria que la efectiva vigencia de la singular causa de exclusión aquí examinada sólo podrá determinarse una vez se resuelva definitivamente la reclamación formulada al asegurado.

Por otro lado, ha de reseñarse que la inclusión en la póliza de determinadas previsiones ordenadas a comprender expresamente, dentro de la prestación de defensa jurídica a cargo del asegurador, la que pudiera requerir, en términos generales, el asegurado como consecuencia de su condición de investigado o encausado en un proceso penal, así como las fianzas susceptibles de exigirse en el seno de la mencionada clase de procedimientos para garantizar la libertad provisional del asegurado, representa un sólido indicio de que la defensa jurídica ha de correr a cargo del asegurador también cuando se atribuya una conducta dolosa al asegurado en la reclamación que se le dirija. Piénsese, a tal propósito, que la defensa penal tiene como ámbito principal de desarrollo el relativo a la requerida como consecuencia de la imputación de delitos que sólo admiten la comisión dolosa, toda vez que las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley (art. 12 CP). Por lo demás, repárese asimismo en que la fianza en garantía de la libertad provisional rara vez se impone en los casos de delitos de comisión culposa. Finalmente, ha de tenerse presente que en los condicionados empleados en la práctica negocial no suele establecerse ninguna restricción

ab initio respecto de las prestaciones examinadas, por lo que no resulta de recibo considerar que deban entenderse circunscritas únicamente a los supuestos de imputación de delitos que admiten la comisión imprudente. Si el contrato tiene fuerza de ley entre las partes (art. 1.091 CC), habrá de estarse en este punto, pues, a la conocida regla por cuya virtud *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

En otras ocasiones, por su parte, la regulación convencional de la materia resulta claramente favorable a los intereses de los asegurados. Tal es el caso, por ejemplo, de aquellos clausulados donde la exclusión de la cobertura de las reclamaciones basadas en una (supuesta) conducta dolosa del asegurado se encuentra explícitamente supeditada a la existencia de una resolución judicial firme que así lo declare o al reconocimiento por el propio asegurado de que dicha acción u omisión tuvo efectivamente lugar⁵⁷. Si se atiende a que la reclamación dirigida al asegurado provoca el nacimiento de la necesidad de contar con la oportuna defensa jurídica, se llegará derechamente a la conclusión de que una previsión como la enunciada despeja definitivamente cualquier duda que pudiera llegar a existir, basada en la índole de la conducta pretendidamente observada por el asegurado, respecto de la obligada asunción de su defensa jurídica por el asegurador de responsabilidad civil (incluso en el supuesto de que la aludida defensa viniera requerida por la imputación al asegurado de uno o varios delitos que sólo admitiesen la comisión dolosa, cuando la defensa penal hubiera de considerarse incluida en la cobertura). Aun siendo cierto que el mismo resultado habría de alcanzarse también, conforme a las premisas de orden conceptual anteriormente señaladas, en defecto de una cláusula del tenor de la analizada, no cabe desconocer que su incorporación a la póliza refuerza la posición del asegurado, que se verá exonerado de tener que proceder a una por menorizada argumentación respecto de la cobertura de la defensa jurídica en el caso de reclamaciones sustentadas en hechos presuntamente dolosos, por bastarle a tal propósito con invocar sencillamente el cumplimiento de lo acordado (que en modo alguno puede reputarse incompatible con el principio general de la inasegurabilidad del dolo, art. 19 LCS).

La principal conclusión que cabe extraer de la indagación realizada es que la regulación convencional de la materia examinada no da pie, como regla general,

para considerar excluida de la cobertura del seguro la prestación consistente en la defensa jurídica del asegurado en el caso aquí analizado, singularmente cuando en aquella se comprenda también, en términos genéricos, la defensa penal en virtud del correspondiente acuerdo en tal sentido. A lo que creemos, la verdadera trascendencia de la situación apuntada no ha podido apreciarse en su justa medida por el sector asegurador hasta fechas relativamente recientes, con ocasión de diversas reclamaciones planteadas por determinados asegurados, algunas de las cuales han llegado incluso a estar rodeadas de una llamativa repercusión mediática, con el propósito de obtener la cobertura de los gastos de defensa originados (incluida la prestación de fianzas) como consecuencia de haberseles imputado la comisión de ciertos delitos, todos ellos de carácter doloso, en distintos procedimientos penales. Como es obvio, si los aseguradores quisieran evitar la asunción de la defensa jurídica de sus respectivos asegurados en la tesitura descrita, resultaría indispensable a tal efecto la inclusión en la póliza de la correspondiente previsión en la orientación indicada a fin de zanjar de modo inconcuso la cuestión. Así, por ejemplo, cabría contemplar la exclusión de la cobertura de la defensa jurídica del asegurado en el caso de imputación de delitos que sólo admitan la comisión dolosa⁵⁸. O también, en unos términos más amplios que los anteriores, establecer que la mencionada exclusión operase genéricamente siempre que la reclamación formulada estuviera basada en hechos presuntamente dolosos del asegurado. Por último, cabría precisar que la asunción de los gastos de defensa por el asegurador en la circunstancia apuntada se encontrara supe-ditada a la prestación de algún tipo de garantía suficiente respecto del cumplimiento de la eventual obligación de reintegro a cargo del asegurado, para el supuesto de que finalmente llegara a determinarse su causación dolosa del daño.

- iv) Si es el caso de que el asegurador haya de hacerse cargo de la defensa del asegurado en el supuesto examinado, cabe reseñar finalmente que la atribución al referido sujeto de una conducta dolosa en la reclamación dirigida contra el mismo puede considerarse, en línea de principio, constitutiva de una situación de conflicto de intereses a los efectos de permitir al asegurado optar entre el mantenimiento de la dirección jurídica por el asegurador o confiar su defensa a otra persona. En esta última tesitura, el asegurador quedará

obligado a abonar los gastos de tal dirección jurídica hasta el límite pactado en la póliza (art. 74, párr. 2º, LCS). El fundamento de la conclusión expuesta reside en la circunstancia capital de que, si el asegurador llegara a reconocer la responsabilidad civil por dolo del asegurado al amparo de la dirección jurídica ejercida, tendría derecho a obtener del asegurado no sólo el reintegro de los gastos de defensa (ex art. 19 LCS), sino también a repetirle la indemnización satisfecha al tercero (ex art. 76 LCS)⁵⁹. En cambio, el asegurado estará particularmente interesado, por su parte, en que, de llegarse a declarar su responsabilidad civil, esta se estime derivada de una actuación, todo lo más, culposa, en cuyo caso aquellas perjudiciales consecuencias no llegarían a desatarse.

Por otro lado, dado que las reclamaciones en que se atribuye al asegurado una conducta dolosa en la causación de un supuesto daño suelen ventilarse en la jurisdicción penal, en razón de la imputación de un hecho que resulta igualmente punible, habrán de ser tenidas en la debida consideración las peculiaridades propias de la defensa del asegurado en el mencionado ámbito (v. *supra*, III).

2. El estado de la cuestión en la jurisprudencia: análisis crítico de algunos pronunciamientos destacados

Los pronunciamientos judiciales recaídos sobre el problema examinado, bien es cierto que en número escaso, parecen decantarse de manera decidida, a primera vista, por la tesis de que el asegurador de responsabilidad civil no se encuentra obligado a asumir la defensa jurídica frente a la reclamación del perjudicado cuando el daño cuyo resarcimiento se pretende haya sido presuntamente causado de modo doloso por el asegurado. Sin embargo, a poco que se profundice en el examen del asunto se constatará que la mencionada conclusión representa más bien el fruto de una lectura superficial e interesada de las resoluciones dictadas y, sobre todo, desconocedora de la decisiva influencia ejercida, al tiempo de dilucidar la cuestión, por los concretos clausulados de las pólizas tenidas en consideración en cada uno de los casos enjuiciados. Por lo demás, este último condicionante implica que las soluciones acogidas en las distintas decisiones judiciales existentes sobre el particular hayan de ser tenidas en cuenta *cum grano*

salis a la hora de resolver un determinado conflicto en torno al tema escrutado. No obstante lo expuesto, el análisis crítico de las más destacadas puede aportar valiosos criterios que coadyuven a una más correcta solución de las controversias suscitadas a partir de la adecuada comprensión de las situaciones de las que traen origen (extremo este último que en bastantes ocasiones, en verdad, presenta una elevada dificultad, principalmente derivada de la complejidad característica de los condicionados al uso). Llama poderosamente la atención, en fin, que las alusiones al principio general de la inasegurabilidad del dolo (art. 19 LCS), como fundamento nuclear de las conclusiones alcanzadas, brillen casi siempre por su completa ausencia en los pronunciamientos que serán analizados a continuación.

- i) En la única ocasión, según nuestras noticias, que ha tenido el Tribunal Supremo de abordar directamente el problema analizado (STS, 1ª, de 23 de abril de 2014, RJ 2014/2346), dicho órgano jurisdiccional terminó por declarar la ausencia de cobertura de la defensa jurídica precisada por el asegurado frente a una querrela por hechos dolosos (aunque, de antemano, ha de reseñarse, en consonancia con lo previamente señalado, que el pronunciamiento enunciado se sustentaba fundamentalmente en la interpretación del condicionado de la póliza, que se llevó a cabo, como se expondrá más adelante, a partir del dato fundamental de la cláusula donde se establecía que la cobertura de la defensa jurídica se encontraba referida a la requerida por hechos meramente culposos). En la valoración de la mencionada resolución ha de empezarse poniendo de manifiesto su excesivo laconismo y su redacción un tanto críptica, deficiencias acaso debidas en no poca medida al propio recurso de casación, muy lejos de ser un dechado de rigor y claridad, así como al cierto desorden en el tratamiento del asunto de que adolece la sentencia recurrida (SAP de Madrid, Sección 21ª, de 23 de abril de 2011, AC 2012/228), cuya considerable extensión, rayana en ocasiones con el fárrago, contrasta vivamente con la significativa concisión de la pronunciada por el Tribunal Supremo.

En esencia, el litigio se suscitó por la negativa del asegurador a asumir la defensa jurídica del asegurado frente a una querrela por unos presuntos delitos dolosos (esto es, por delitos que no admitían su comisión en modalidad imprudente, de modo que la exigida no podía calificarse en ningún caso como responsabilidad civil derivada de actos meramente culposos), lo que llevó a

este último a la interposición de una demanda mediante la que solicitaba que se condenara a su asegurador a la satisfacción de una fabulosa suma (más de siete millones de euros), en concepto de gastos presupuestados por defensa jurídica, incrementada con los correspondientes intereses de demora (ex art. 20 LCS). A lo que parece, ante la negativa del asegurador a asumir la defensa jurídica reclamada por el asegurado, este se vio forzado a ejercer la correspondiente acción judicial en tal sentido. Nótese, al efecto, que lo solicitado no era el reembolso de los gastos efectivamente realizados por el asegurado para su propia defensa, sino el anticipo de los meramente presupuestados para el desarrollo de dicha actividad. Esto es, venía a reclamarse una suerte de adelanto (o, cuando menos, el pago de los gastos de defensa a medida que se hubiera ido produciendo su devengo, sin necesidad de aguardar al completo desenvolvimiento de la mencionada actividad), que podía encontrar apoyo en lo indicado en la póliza al respecto (ya que se preveía que el asegurador habría de anticipar todos los gastos de defensa hasta el límite de las coberturas disponibles, antes de la resolución final de la reclamación de acuerdo con un convenio previo establecido entre el asegurador y la sociedad o los asegurados; y aunque solo los gastos de defensa aprobados por el asegurador habrían de ser anticipados, este no podía rehusar su consentimiento sin motivo justificable).

La primera cuestión que vino a plantearse, como sucede de modo recurrente en bastantes litigios similares al aquí examinado, fue la relativa a la propia calificación del contrato. En este sentido, mientras el asegurado fundaba su reclamación sobre la base de su condición de tal en un pretendido seguro de defensa jurídica, el asegurador entendió que el existente entre las partes era propiamente un seguro de responsabilidad civil con defensa jurídica (*sic*).

Naturalmente, el Tribunal Supremo no entró a valorar de nuevo el asunto, sino que se limitó a aplicar su consolidada doctrina de que la calificación del contrato corresponde a los tribunales de instancia, sin que el resultado de esta labor técnica pueda ser controlado en casación, salvo que resulte manifiestamente errónea (así, últimamente, STS, 1ª, de 17 de febrero de 2016, RJ 2016/576; de 5 de mayo de 2016, RJ 2016/2213; y de 7 de octubre de 2016, JUR 2016/225275).

Por su parte, la Audiencia, que sí se ocupó detenidamente del tema, tuvo ocasión de sentar un importante pronunciamiento al respecto, pues declaró que para resolver si se está ante un genuino seguro de defensa jurídica no basta con atender al cumplimiento de las exigencias puramente formales de contratación diferenciada legalmente previstas (art. 76 c) LCS), ya que, de proceder así, se estaría dejando a voluntad del asegurador (del que en último término depende la formalización del contrato) el tipo de riesgo asegurado, sino que resulta preciso, sobre todo, atender al contenido de lo pactado, teniendo en cuenta al efecto lo que gráficamente se ha dado en denominar el total de la póliza (en la misma línea, por ejemplo, SAP de Cáceres, Sección 2ª, de 2 de octubre de 2002, JUR 2003/99459; y SAP de Vizcaya, Sección 3ª, de 17 de septiembre de 2010, JUR 2010/400309). En el supuesto enjuiciado se concluyó finalmente, tras un examen detenido del clausulado de aquella, que el contrato en cuestión era realmente un seguro de responsabilidad civil (en concreto, se trataba de una póliza de responsabilidad civil de administradores y directivos), en obsequio, especialmente, a que solo estaban cubiertos los gastos de defensa originados cuando el asegurado resultara demandado, fuera en un proceso penal o civil; esto es, la garantía del seguro únicamente se extendía a los gastos de defensa derivados de la legitimación pasiva del asegurado. Asimismo merece destacarse singularmente la declaración, realizada igualmente por la Audiencia, de que la cláusula mediante la que se pacte la libre elección de abogado por parte del asegurado no determina inexorablemente la consideración de un contrato como seguro de defensa jurídica, porque es perfectamente admisible que en el seguro de responsabilidad civil se convenga aquella libre nominación al amparo de la autonomía de la voluntad, como tampoco tiene que conducir indefectiblemente a la referida calificación la previsión convencional de la posibilidad de acudir al arbitraje cuando las partes discrepan sobre los gastos a reembolsar por gastos de defensa (v. art. 76 e) LCS), dado que cabe recurrir a dicho modo de resolución de conflictos con carácter general en el ámbito de seguro (art. 97.2 y 4 LOSSEAR)⁶⁰.

Nótese, por lo demás, que el examinado constituía un supuesto paradigmático de seguro de responsabilidad civil con inclusión, como cobertura adicional, de la defensa penal del asegurado (que, como se ha razonado en otro lugar, no integra la prestación de defensa jurídica que debe ser asumida por el

asegurador, salvo pacto en contrario, *ex art. 74 LCS; v. supra, III*), sin que por tal motivo hubiera de estimarse concertado un seguro de defensa jurídica en relación con aquella garantía. En nuestra opinión, cuando la defensa penal se circunscribe a la requerida por la imputación de hechos punibles de los que pueda derivar también una responsabilidad civil específicamente cubierta por la póliza en cuestión, como parecía suceder en el caso comentado, no son de aplicación las normas relativas al seguro de defensa jurídica (*v. supra, III.3*). Tal parece ser la modalidad contractual identificada en algunas ocasiones por los tribunales, como sucedió en el caso examinado, con la imprecisa denominación de *seguro de responsabilidad civil con defensa jurídica*, como modalidad contractual diferenciada de la consistente en la yuxtaposición de un seguro de responsabilidad civil y otro de defensa jurídica (art. 76 c), párr. 2º, LCS). Todo ello con independencia de que en el supuesto enjuiciado se formuló una querrela contra el asegurado (de la que se no explicitaba detalle adicional alguno más allá del mero dato de su interposición), de modo que debía entenderse ejercitada, además de la acción penal, también la civil de resarcimiento, a menos que el dañado hubiera renunciado a ella o se hubiera reservado su ejercicio para después de finalizado el juicio criminal (arts. 107, 108, 112 y 112 LECrim y 109.2 CP).

Con todo, el Tribunal Supremo, con buen criterio, terminó por situar en sus justos términos el problema de la calificación del contrato al declarar lo siguiente: “*Se ha de poner de manifiesto que la razón jurídica por la que tanto el Juzgado como la Audiencia desestiman la demanda es por considerar que el supuesto en que se basa la pretensión de la parte demandante no está comprendido dentro de la cobertura del contrato de seguro y ello resulta de especial relevancia cualquiera que sea la calificación que de aquél se hiciera, esto es se considere seguro de defensa jurídica o seguro de responsabilidad civil con inclusión de la defensa jurídica*” (aunque acto seguido, tras haber mantenido incólume la apreciación del juzgador de instancia de que el contrato en cuestión era un seguro de responsabilidad civil, procedió a invocar textualmente, de modo un tanto incongruente con lo anterior, lo previsto en el art. 76 a) LCS, donde se contiene la definición legal de seguro de defensa jurídica). En este sentido cabe concluir que el razonamiento desarrollado por el asegurado se reveló a la postre, como no podía ser menos, completamente inconsistente: en efecto,

bajo ningún concepto puede pretenderse, en abstracto, que de la mera calificación de un contrato como seguro de defensa jurídica haya de seguirse necesariamente que se encuentre garantizada cualquier prestación de defensa que pueda llegar a necesitar el asegurado, toda vez que para ello habrá de estarse, como se encargó de subrayar oportunamente el Tribunal Supremo, al concreto contenido de la póliza en cada caso (v. art. 76 a) LCS). En suma, la enconada discusión que se suscitó en el litigio analizado sobre la naturaleza del contrato concertado se manifestó, al cabo, estéril.

Centrada seguidamente la atención en la controversia originada respecto de la extensión de la cobertura, ha de reiterarse que, acertadamente, su resolución no se planteó sobre la base principal de criterios apriorísticos, sino a partir del contenido de la póliza⁶¹. En este sentido el Tribunal Supremo tuvo ocasión de destacar que “*(L)la sentencia recurrida se fundamenta esencialmente en la falta de cobertura de la póliza respecto de la defensa en juicio por hechos de carácter doloso, así como en la calificación del contrato como de seguro de responsabilidad civil con defensa jurídica y no como un contrato específico cuya cobertura fuera la defensa jurídica de los asegurados*” (el subrayado es nuestro; por lo demás, como se ha razonado anteriormente, el segundo de los criterios enunciados carecía realmente de una significación decisiva, como el propio Tribunal Supremo vino a reconocer en otro lugar de la sentencia, más arriba recogido). En efecto, no puede procederse de otra manera si se atiende al carácter meramente dispositivo de la regulación legal de la defensa jurídica del asegurado frente a la reclamación del perjudicado (art. 74, párr. 1º, LCS). De igual modo, si se diera el caso de tratarse de un genuino seguro de defensa jurídica, habría de estarse igualmente a la concreta delimitación del riesgo objeto de cobertura recogida en la póliza a fin de determinar el nacimiento de cualquier obligación a cargo del asegurador (art. 76 a) LCS).

Pues bien, en el supuesto enjuiciado el objeto del seguro concertado comprendía expresamente la cobertura del pago de los gastos devengados para la defensa civil (judicial, procedimiento amistoso o arbitral) y penal de los asegurados (conforme a lo dispuesto en las exclusiones pactadas, entre las que se recogían señaladamente las reclamaciones basadas u originadas por una mala conducta intencional o un acto criminal, doloso o fraudulento cometido

por un asegurado), correspondientes a toda reclamación presentada en su contra originariamente durante el periodo contractual, por la cual incurrieran en responsabilidad personal o solidaria, e imputable a todo acto culposo, real o presunto, cometido en el ejercicio de sus funciones como administradores o directivos. El asegurador se obligaba a anticipar dichos gastos de defensa antes de la resolución final de la reclamación, de conformidad con lo previsto en las propias condiciones especiales.

Si se examina con cuidado el contenido de la póliza, cabe apreciar que la clave del asunto se encontraba, a lo que creemos, en la previsión que circunscribía la garantía relativa a los gastos de defensa (civil y penal) a las reclamaciones que trajeran causa de cualquier acto culposo, real o presunto. En efecto, la matización final introducida, aparentemente inocua, representaba un sólido argumento para sustentar que la exclusión de la cobertura de los gastos de defensa originados por reclamaciones derivadas de actos dolosos debía extenderse igualmente, en justa correspondencia con lo anterior, tanto a los originados por actos de tal índole reales o debidamente constatados, como a los meramente presuntos. Por si no pudiera resultar plenamente convincente esta suerte de interpretación *a contrario sensu*, ha de tenerse presente asimismo que la defensa penal, según la interpretación conjunta de la póliza, no se extendía a la requerida por causa de una mala conducta intencional o un acto criminal, doloso o fraudulento cometido por un asegurado. A lo que cabe agregar, en fin, el poderoso argumento de que el concepto de reclamación recogido en la póliza se encontraba siempre referido a la relacionada con actos culposos. De manera particular, debe reseñarse que, entre las distintas previsiones sentadas al respecto, se encontraba la siguiente definición de reclamación: *"Toda diligencia, información judicial, instrucción o investigación penal llevada a cabo contra un asegurado por un acto culposo"*.

En verdad, la exclusión de la garantía de los gastos de defensa frente a las reclamaciones basadas en hechos presuntamente dolosos del asegurado, según la interpretación propuesta, se reveló decisiva en el caso debatido, toda vez que la reclamación enjuiciada se articuló mediante la interposición de una querrela en la que se imputaba al asegurado un delito (o varios, ya que no se sabe a ciencia cierta, dada la ausencia de precisión alguna al respecto) que

no admitía (o no lo permitían todos ellos, en caso de ser varios) su comisión imprudente. En este sentido es en el que parece que debe entenderse la siguiente afirmación, un tanto confusa, contenida en la sentencia de la Audiencia recurrida en casación: *“Porque en el marco de un proceso penal iniciado por una conducta negligente pudiera resultar que la condena fuera por un hecho doloso, o una culpa grave, no cubierta, y es en ese supuesto en el que tiene su razón de ser la obligación de reembolsar, pero en este caso el supuesto es inverso, es un proceso penal no inicialmente seguido por una conducta reprochable a título de culpa o negligencia, sino por una conducta dolosa lo que no está cubierto. No debiéndose confundir lo que es la defensa penal o asistencia penal en su caso, con la cobertura del acto ilícito”*. En la misma línea se indica en la sentencia de la Audiencia, igualmente sin la deseable claridad, que *“(…) no es identificable que se siga un proceso penal o civil por hechos calificables de culposos, negligentes, siendo el tribunal quien resolverá estimando la culpa grave o dolosa, generando ello la obligación de reembolsar en aquellos supuestos en los que de inicio lo que se está exigiendo es responsabilidad no por acto culposo —en el concepto que define la póliza— sino por un hecho doloso ab initio; son dos cuestiones totalmente distintas y diferenciadoras al entender de este tribunal”*.

La conclusión alcanzada sobre la falta de garantía de los gastos de defensa cuando obedecieran a reclamaciones fundadas en actos presuntamente dolosos del asegurado llevó a rechazar el alegato de este último, que entendía que no podía denegarse *a priori* en tal supuesto la cobertura, ya que solo tras la sentencia penal condenatoria podría llegar a afirmarse la exclusión, no antes. Precisamente por este motivo, el asegurado llegó a ofrecer incluso la constitución de los avales precisos para garantizar el cumplimiento de esa hipotética obligación de reembolso a su cargo. Nótese que en el caso examinado, al estimarse existente una genuina ausencia de cobertura en razón del tenor de la póliza, el asegurado no tendría ni siquiera derecho al reintegro de los gastos de defensa que hubiera tenido que efectuar, si finalmente no llegara a declararse responsabilidad civil alguna a su cargo derivada de una actuación dolosa.

Por lo demás, también se rechazó que la cobertura solicitada pudiera entenderse realmente existente en razón de la conducta observada por el asegurador, sustancialmente consistente en su mero silencio ante la reclamación de

defensa jurídica realizada por el asegurado. En este sentido, el Tribunal Supremo, respecto del comportamiento del asegurador, puso de manifiesto de forma categórica que “(...) *no cabe confundir los posibles efectos que, conforme con la buena fe, pudieran producir los llamados “actos propios” (en este caso, omisión por silencio) con la interpretación del contrato que es función propia de los tribunales de instancia, únicamente revisable en casación en casos excepcionales, y que se dirige a determinar el sentido y alcance de las obligaciones contraídas para lo que desde luego no tiene una significación relevante —como precisó la Audiencia— el hecho de no contestar a una reclamación extrajudicial*”⁶².

Por otro lado, no se nos oculta que la resolución a la controversia examinada podía haber sido perfectamente la contraria, esto es, la pretendida por el asegurado. En este sentido cabría haber traído a colación, como principal argumento, que el contenido de la póliza no permitía sostener de modo rotundo y terminante la exclusión de la cobertura de los gastos de defensa en el supuesto enjuiciado, dado que no se encontraba explícitamente establecida. En verdad, semejante posicionamiento fue el resultado de una meritoria labor interpretativa del clausulado de la póliza en su conjunto, que no cerraba el paso por completo a una lectura alternativa. Nótese, por demás, que la conclusión alcanzada en las sentencias comentadas no se compadecía debidamente con la cobertura (a lo que parece, también contemplada en la póliza) de las fianzas para garantizar la libertad provisional de los asegurados, que habría quedado prácticamente vacía de contenido de considerarse que el asegurador no se encontraba obligado a asumir la defensa penal del asegurado por hechos presuntamente dolosos. Si se acepta que ello es así, como a nosotros efectivamente se nos antoja, habría podido seguidamente completarse el razonamiento en pro de la tesis propugnada por el asegurado con la invocación del reiterado criterio jurisprudencial por cuya virtud la falta de claridad de la póliza, que en este punto no parecía cuestionable, no puede terminar aprovechando a quien resulta responsable de ello, que resulta ser el propio asegurador cuando el seguro puede calificarse como un contrato de adhesión (arts. 1.288 CC, 3 y 8.3 LCS y 6.2 LCGC). Lo cierto es, en fin, que, en términos generales, los condicionados al uso adolecen con relativa frecuencia de una cierta oscuridad en la regulación de la cuestión analizada, como consecuencia, fundamentalmente, de su índole fragmentaria y plagada de remisiones.

Empero, tampoco se nos escapa la influencia determinante que sobre la solución propuesta pudo ejercer el elevado importe de los gastos de defensa reclamados, así como muy especialmente el enorme escándalo social originado por las actividades fraudulentas (es verdad que en aquel momento todavía meramente presuntas) desarrolladas por la entidad (tomadora del seguro) en la que el asegurado ocupaba un relevante cargo directivo, que han terminado causando un grave perjuicio patrimonial a decenas de miles de ahorradores. Habrá de convenirse, pues, que el enjuiciado no ha sido, desde luego, el supuesto más apropiado para llevar a cabo un examen objetivo y desapasionado de la cuestión aquí debatida. También han podido contribuir significativamente, para inclinar el asunto en el sentido de las sentencias comentadas, motivos de orden incluso moral, asociados al abierto rechazo que provoca la atención de una reclamación respecto de la que existan fundados indicios, como en el caso escrutado, de que pueda tener su razón última de ser en una actuación dolosa del asegurado.

Finalmente, interesa destacar de manera especial, por si alguna duda al respecto pudiera todavía pervivir, que el Tribunal Supremo no ha llegado en ningún caso a declarar, con un alcance general, que el asegurador de responsabilidad civil se encuentre exonerado de observar la prestación de defensa jurídica frente a una reclamación basada en hechos presuntamente dolosos del asegurado. En efecto, ha de insistirse en que la solución proporcionada al caso enjuiciado se sustentó esencialmente sobre la interpretación del contenido de la póliza, no sobre la vigencia de unos pretendidos principios que hubieran de prevalecer necesariamente sobre lo acordado por las partes. De ahí que el criterio mantenido por el Tribunal Supremo en ese caso concreto únicamente pueda invocarse, en rigor, ante supuestos análogos.

- ii) Estrechamente emparentado con el supuesto contemplado en las resoluciones anteriormente comentadas, hasta el punto de existir una casi completa coincidencia entre ellos, es el enjuiciado por la SAP de Sevilla, Sección 8ª, de 25 de enero de 2010 (AC 2010/461), en razón de la identidad del tomador y del asegurador, así como, a lo que parece, del propio condicionado general (dado que los extractos de su clausulado citados a los efectos de la resolución de la controversia poseían el mismo tenor literal que los arriba analizados). El

demandante (en esta oportunidad otro de los administradores de la entidad contratante de la póliza) pretendía concretamente que se condenara al asegurador al reembolso de determinados gastos de defensa que tuvo que sufragar y al anticipo de otros (así pues, en esta ocasión, a diferencia de la precedente, no se trataba de la solicitud de condena a la realización exclusiva de un adelanto), con motivo de la existencia de un procedimiento penal dirigido contra él por su carácter de administrador de la entidad tomadora del seguro. En particular, los gastos de defensa reclamados en la demanda (que resultó desestimada en ambas instancias) consistían en el reintegro de sesenta mil euros abonados por el actor en concepto de fianza para su libertad provisional (en virtud de un auto dictado por uno de los juzgados centrales de instrucción en el curso de unas determinadas diligencias previas) y el adelanto de los gastos de defensa, representación y peritaje cuya producción se preveía a lo largo del desarrollo de la referida causa. Es especialmente importante destacar que la mencionadas diligencias se estaban tramitando en virtud de una querrela del ministerio fiscal presentada por el presunto delito continuado de estafa, cuyos hechos se basaban fundamentalmente en una investigación realizada por la Agencia Tributaria. En esta indagación se resaltaba la sobrevaloración respecto a su valor real o de mercado de los sellos que eran objeto de la inversión a la que se dedicaba la entidad tomadora, de la que era administrador el asegurado, lo que suponía un desfase patrimonial de un valor superior a los dos mil millones de euros, todo lo cual venía a traducirse en que la contabilidad de la entidad no reflejara en modo alguno la imagen fiel de su patrimonio.

La sentencia en este momento comentada es mucho menos prolija en sus razonamientos que su correspondiente dictada por la AP de Madrid. En verdad, puede decirse, en términos generales, que las conclusiones que alcanza carecen de una completa apoyatura argumental, lo que determina que algunas de las afirmaciones que se realizan en dicha resolución tengan que ser objeto de una inexcusable matización.

En este sentido, una vez más se planteó inicialmente si el contrato concertado, en relación con la cobertura cuya efectividad se reclamaba, era realmente un seguro de defensa jurídica, yuxtapuesto a un seguro de responsabilidad

civil cuya vigencia no se ponía en entredicho, o sólo había de estimarse vigente entre las partes este último contrato. Del análisis del condicionado de la póliza, la sentencia examinada extrajo la siguiente conclusión: *“En consecuencia, lo que se pacte no es la asistencia jurídica de forma independiente, sino que solamente se asegura un riesgo, el de la responsabilidad civil por lo que se denomina en la póliza acto culposo, responsabilidad civil que alcanza a los gastos de defensa que ocasione las reclamaciones, incluso penales, por ese acto culposo, pero que excluyen cualesquiera otras que se refieran a gastos de asistencia jurídica motivados por procedimientos incoados en virtud de actos que por ser intencionales no tengan la característica de culposos”*. En realidad, si se mira detenidamente el asunto, considerando que se entendió concertado solo un seguro de responsabilidad civil, el elemento distintivo a destacar consistía más bien en que el asegurador no se encontraba obligado a prestar más que la defensa jurídica (incluida en este caso la penal) que resultara precisa en relación con hechos previstos en la póliza de los que pudiera derivar la responsabilidad civil del asegurado y no ninguna otra asistencia jurídica adicional, como resultaría de haberse celebrado asimismo un seguro de defensa jurídica.

Por lo que respecta a la cuestión que constituye el objeto principal de nuestra atención, la sentencia analizada se limitó a denegar la cobertura de los gastos de defensa reclamados por el asegurado con el lacónico argumento de que *“(...) siendo clara la naturaleza de delito doloso del delito de estafa, la cobertura de la póliza no ampara las consecuencias de la responsabilidad civil dimanante de esos hechos y por tanto tampoco los gastos de asistencia jurídica”*. Tan escueta aseveración puede refutarse inmediatamente con el contundente argumento de que el carácter doloso de la actuación del asegurado no había sido determinado de modo definitivo, supuesto que el procedimiento penal seguido contra el mismo se encontraba aún en curso. Por otro lado, ha de observarse que, de la circunstancia de que la responsabilidad civil objeto de cobertura sólo pudiera derivarse, según la póliza, de actos culposos cometidos por los asegurados en el ejercicio de sus funciones como administradores o directivos, no había de seguirse inexorablemente la exclusión de la cobertura de los gastos de defensa originados por una actuación presuntamente dolosa del asegurado. Asimismo, merece reseñarse especialmente que los términos de la resolución comentada eran

susceptibles de acabar dando pie a que el asegurado, en caso de que el procedimiento penal seguido contra él finalizara sin una sentencia condenatoria, pudiera reclamar el reembolso de los gastos de defensa que hubiera tenido que satisfacer a su propia costa. Esto es, cabría llegar a sostener existente una situación de mera exclusión provisional de la cobertura. En cambio, semejante eventualidad habría quedado cerrada por completo si se hubiera afirmado, como en nuestra opinión habría sido plenamente pertinente, que los gastos de defensa derivados de reclamaciones derivadas de hechos presuntamente dolosos no se encontraban comprendidos dentro de las garantías de la póliza. Finalmente, la declaración de que la póliza no amparaba la cobertura de la responsabilidad civil dimanante de hechos dolosos debe ser inexcusablemente matizada, toda vez que semejante circunstancia no podrá ser alegada por el asegurador frente al perjudicado en caso de ejercicio de la acción directa (art. 76 LCS).

Como colofón del examen llevado a cabo, cabe señalar finalmente que también el asegurado invocó en su apoyo la teoría de los actos propios. Sin embargo, el argumento expuesto resultó rechazado de modo categórico: *“La teoría de los actos propios exige un acto propio inequívoco y expreso, y que entre el mismo y la conducta posterior exista incompatibilidad o contradicción, y estos requisitos no concurren en la conducta de la aseguradora demandada y ahora recurrida ya que la actuación de la misma respecto a la petición del asegurado de anticipo de gastos de defensa jurídica en modo alguno fue definitiva y se condicionó en todo caso al futuro criterio definitivo sobre la responsabilidad de la aseguradora de la que se dijo que podía rechazar los gastos solicitados a tenor de las novedades que refiriera, circunstancias fácticas de las que se deriva la imposibilidad de aplicar esa teoría de los “actos propios” puesto que no existe el que con el carácter de inequívoco sea incompatible con la actual postura de denegación de la cobertura por gastos de asistencia jurídica que esgrime la aseguradora apelada”*⁶³.

- iii) En el supuesto enjuiciado por la SAP de Madrid, Sección 13^a, de 31 de octubre de 2006 (JUR 2007/165817), referido a una póliza de responsabilidad civil de administradores y directivos, los asegurados pidieron que se declarase la obligación a cargo de su asegurador de anticipar los gastos de defensa y de

constituir las fianzas que, en su caso, pudieran serles impuestas en relación con ciertas actuaciones penales dirigidas contra ellos por el cauce procesal de las diligencias previas, a saber: de un lado, las tramitadas por un determinado Juzgado de Instrucción Madrid contra, entre otros, los referidos asegurados, quienes figuraban como imputados por los presuntos delitos de estafa, apropiación indebida, maquinación para alterar el precio de las cosas, falsedad en documento mercantil y administración fraudulenta (en relación con lo cual el juez fijó la fianza para garantizar su libertad provisional en cien millones de pesetas, que la Audiencia Provincial redujo a veinte); de otro, las seguidas ante uno de los Juzgados Centrales de Instrucción en virtud de querrela presentada, entre otros, contra los mencionados asegurados, por unos presuntos delitos societarios y de alteración del precio de las cosas y estafa. Nótese, al efecto, que todos los expuestos son delitos que sólo admiten su comisión dolosa.

Debe llamarse la atención sobre los relevantes datos de que el asegurador y, a lo que parece, el contenido de las condiciones generales coincidían con los de las contiendas resueltas por las sentencias anteriormente comentadas. En el presente caso, lo cierto es que la denegación de la cobertura judicialmente demandada vino a fundamentarse esencialmente en el incumplimiento del deber de declaración del riesgo (ex art. 10 LCS, sobre lo que se tratará detenidamente más adelante, v. *infra*, V.2). No obstante, comoquiera que el asegurador alegó también en su defensa el carácter doloso y no culposo de los actos de administración de los que dimanaba la responsabilidad que se exigía a los administradores, la sentencia dio respuesta también a dicho motivo de oposición en un sentido igualmente favorable a los intereses del asegurador.

A tal propósito se puso de manifiesto que de las condiciones transcritas del contrato claramente se infería que el objeto de las coberturas de la póliza vigente entre las partes se encontraba referido a las reclamaciones por la responsabilidad en que incurrieran los asegurados (administradores y directivos de la sociedad tomadora) por todo acto culposo cometido en el ejercicio de sus funciones sociales, quedando excluida la cobertura cuando la responsabilidad proviniese de una mala conducta intencional o un acto criminal, doloso

o fraudulento cometido por cualquier asegurado. En obsequio de lo anterior se acabó concluyendo que *“(L)a circunstancia de que se siga un procedimiento penal contra el asegurado efectivamente no excluye la obligación de la aseguradora, sino únicamente cuando aquél tiene por objeto la investigación y, en su caso, el enjuiciamiento de actos criminales dolosos o fraudulentos. En el presente caso ha quedado constatado que los procedimientos penales seguidos contra los demandantes no tienen por objeto la comisión de unos presuntos delitos culposos sino dolosos, con lo que este motivo de la oposición a la demanda también prospera”*.

El principal motivo de interés de la sentencia comentada reside precisamente en el extremo anteriormente transcrito, supuesto que da pie para entender, con carácter general, que la cobertura de los gastos de defensa originados por reclamaciones basadas en hechos presuntamente dolosos del asegurado no puede considerarse en ningún caso proporcionada por el seguro de responsabilidad civil. Empero, en nuestra opinión, el planteamiento expuesto parte de premisas incorrectas. Primeramente, porque la exclusión de la garantía de los daños causados por una conducta intencional o un acto criminal, doloso o fraudulento, cometido por cualquier asegurado no posee realmente naturaleza convencional (en el sentido de que dependa, en última instancia, de la correspondiente previsión al respecto recogida en la póliza), sino imperativa, pues constituye una consecuencia directa del principio general de la inasegurabilidad del dolo (art. 19 LCS; cuestión distinta es que la mencionada exclusión no pueda oponerse al perjudicado, según la orientación jurisprudencial dominante en la actualidad, v. art. 76 LCS). Y, en segundo lugar, porque la expresada ausencia de cobertura, sustentada en razones de orden público, no autoriza a concluir que despliega igualmente efectos cuando aún no se ha determinado de modo definitivo la índole dolosa de la conducta del asegurado. Esto es, el planteamiento recogido en la sentencia analizada viene a adelantar los efectos de la exclusión legal de la cobertura del dolo del asegurado sin aportar razón alguna de peso en apoyo de tan negativa conclusión para los intereses de los asegurados.

- iv) Muy ilustrativa resulta la SAP de Valladolid, Sección 1ª, de 3 junio de 2016 (JUR 2016/206469), que desestimó, entre otros extremos, la pretensión de la

asegurada de obtener el reembolso de los gastos de defensa a los que tuvo que hacer frente en su momento. En este sentido la asegurada exigió a su asegurador que, en cumplimiento de su incuestionada póliza de seguro de responsabilidad civil en vigor (referida a las reclamaciones presentadas por terceros por supuestos daños causados por la asegurada en el ejercicio de su profesión de farmacéutica), procediera a dar cobertura a los gastos habidos por la demandante en el procedimiento penal en que se vio incurso y en el que resultó condenada por delitos de falsedad documental pública y estafa (en concreto, parece ser que se solicitó el reembolso de la suma satisfecha por la asegurada en su defensa, la aplicación de la previsión contractual de cobertura de la cantidad de 3.006 euros mensuales durante los meses de condena a la inhabilitación para el ejercicio de su profesión y la asunción de los gastos que se derivasen del expediente gubernativo abierto contra la asegurada). A tal propósito sostenía esencialmente la demandante que los hechos que sustentaban su reclamación se encontraban comprendidos en la cobertura de la póliza, por tratarse de una responsabilidad penal por dolo eventual, no por dolo directo (sobre la incidencia de esta última distinción en la cobertura del seguro, v. *supra*, capítulo segundo, II.2).

Frente al razonamiento esgrimido, la sentencia de apelación (al igual que la de primera instancia) entendió (con apoyo en lo resuelto en la anteriormente comentada STS, 1ª, de 23 de abril de 2014, RJ 2014/2346) que resultaba plenamente aplicable al supuesto enjuiciado el principio general de la inasegurabilidad de los actos causados por dolo, al apreciarse una conducta claramente intencional y responsable de la asegurada en la producción del siniestro (art. 19 LCS). En definitiva, la pretensión de la asegurada se desestimó sobre la base de la falta de cobertura de la póliza respecto de la defensa en juicio por hechos de carácter doloso (pues, a mayor abundamiento, se encontraban excluidos de las coberturas del seguro los actos intencionados, realizados con mala fe por la asegurada, constitutivos de delito doloso, cometidos con infracción legal o con extralimitación de funciones, considerándose acertadamente que tales fórmulas constituían meras plasmaciones de la *exceptio doli*), así como de la calificación del contrato como de seguro de responsabilidad civil con defensa jurídica (*sic*) y no como un contrato específico cuya cobertura fuera la defensa jurídica de la asegurada (si bien no puede

pasar por alto que este último extremo carecía realmente de una influencia decisiva en la resolución de la controversia planteada, pues también en el seguro de defensa jurídica juega en toda su extensión *inter partes* la regla de la inasegurabilidad del dolo). Por lo demás, es llamativo que no se cuestionara, en abstracto, la cobertura de la llamada defensa penal, que parecía estar efectivamente comprendida en la póliza para el caso de que resultara precisa por causa de la imputación de algún hecho punible que pudiera asimismo ser fuente de una consiguiente responsabilidad civil *ex delicto* cubierta por el seguro.

Al cabo, puede decirse que la sentencia analizada constituye una elocuente muestra de la plena operatividad, en el ámbito de las relaciones entre asegurador y asegurado en el seguro de responsabilidad civil, del principio general de la inasegurabilidad de dolo (art. 19 LCS). Empero, aun compartiendo por completo el sentido del fallo, lo cierto es que en la mencionada resolución se deslizan algunas afirmaciones que requieren la inexcusable formulación de ciertas matizaciones. Así, se indica que “(...) *la conducta dolosa provocando el siniestro, excluye con arreglo al art. 19 de la LCS la obligación de las aseguradoras de cumplimiento de las prestaciones estipuladas contractualmente. Ni deberían indemnizar ni tienen la obligación de asumir la defensa jurídica del mismo. Y ello con independencia de que el dolo sólo se haya determinado a la conclusión de la causa penal, pues el art. 19 de la LCS nada exige respecto al momento de determinación de la mala fe, bastando únicamente su existencia*”. Pues bien, frente al pronunciamiento transcrito, ha de empezarse por recordar, una vez más, que la *exceptio doli* es inoponible al perjudicado (art. 76 LCS). A lo que debe añadirse, como se ha argumentado más arriba (v. *supra*, IV.1) la necesidad de que la conducta dolosa del asegurado haya quedado debidamente constatada a los efectos de estimar producida una exclusión de la cobertura, pues mientras semejante extremo no resulte inconcusos no podrá prosperar la referida excepción.

- v) Por último, una mención destacada en este recorrido jurisprudencial merece asimismo la SJPI núm. 11 de Sevilla, de 15 de febrero de 2016 (sentencia núm. 27/2016). El supuesto enjuiciado versó una vez más sobre un seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos en el que varios asegurados reclamaron la cobertura de la defensa jurídica requerida como consecuencia

de su condición de imputados en unas diligencias previas seguidas por ciertos presuntos delitos (que únicamente admitían su comisión dolosa). En esta ocasión se daba la particularidad de haberse sucedido dos compañías aseguradoras en la cobertura de la responsabilidad civil, sin que estuviera claro, por causa de la alambicada redacción de las pólizas y del propio relato de los hechos, cuál de los dos tenía que asumir a su costa la mencionada prestación. La circunstancia apuntada llevó a los asegurados a plantear una acumulación eventual de carácter subsidiario de acciones contra los aseguradores (de acuerdo con lo establecido en los arts. 71.4 y 399.5 LEC). En este punto resultó capital que en ambas pólizas la exclusión de la cobertura de los hechos dolosos se encontrara prevista en términos coincidentes (y, por demás, como se comprobará seguidamente, muy favorables para los intereses de los asegurados).

Pues bien, sobre la base de lo previsto en los respectivos condicionados, se resolvió lo siguiente: *“Es lo cierto que en las citadas pólizas de seguro, en el apartado correspondiente a exclusiones y limitaciones o delimitaciones del riesgo (Condición especial 4 del seguro de QBE y Sección IV del seguro de ARCH), se exige que para que quede excluida una actuación dolosa del asegurado es necesario que así haya sido declarada por una sentencia firme —que aquí no se ha dado hasta el momento— o reconocida por él mismo, que aquí no ha sucedido. Si esto es así, que lo es, son las propias aseguradoras (las partes contratantes, en realidad) las que con la redacción de tal cláusula están impidiendo que no se dé cobertura a las pretensiones de la demandante. No se puede hablar de cláusula oscura por cuanto de acuerdo con el art. 1.281 es perfectamente interpretable en el sentido que se ha hecho, por lo que no resultaría aplicable, siquiera, el art. 1288, ni el 6.2 de la LCGC, ni el 3 de la LCS, debiendo presumirse que es una cláusula inserta en los contratos (en los dos con contenido similar) fruto de la negociación entre contratantes. Sencillamente, hasta que no recaiga sentencia firme declarando dolosa la actuación de los asegurados no podrá excluirse la cobertura del seguro. Otra cosa es que, una vez finalizado el procedimiento en el que se exige responsabilidad civil a los altos directivos de la demandante, si resultase su condena por delito doloso deberán restituir a la aseguradora que financió su defensa, los gastos dimanantes de la misma y de la propia imputación, lo que no tendría lugar para el caso de que resultaran absueltos o de que el delito por el que finalmente fueran condenados tuviera la naturaleza de culposo”.*

A lo que creemos, la conclusión alcanzada resulta de todo punto inobjetable en razón del inequívoco tenor literal de las propias pólizas sobre el extremo controvertido. Nótese asimismo que la falta de determinación (en aquel momento) de la conducta dolosa de los asegurados impedía entender vulnerado el principio cardinal de la inasegurabilidad del dolo (art. 19 LCS). En fin, es obvio que las cláusulas del estilo de la aquí analizada son, como se indicó con anterioridad (v. *supra*, IV.1), las más convenientes para los intereses de los asegurados, supuesto que les relevan de tener que realizar una acabada argumentación respecto de la cobertura de la defensa jurídica cuando en la reclamación formulada se les imputa una conducta dolosa, por bastar a tal propósito con la sencilla invocación del contenido de lo acordado.

3. Las posibles actuaciones del asegurado ante la denegación de la asunción de la defensa jurídica por el asegurador de responsabilidad civil

Cuando, tras la formulación de una reclamación (a cuyo propósito habrá de tenerse en cuenta lo eventualmente establecido en la póliza respecto de lo que haya de entenderse por tal, v. *supra*, IV.1), el asegurado procede a solicitar el cumplimiento de la obligación de asunción de la correspondiente defensa jurídica a su asegurador de responsabilidad civil, puede acontecer, en términos generales, que este último rechace la referida petición so pretexto de que, a su entender, la reclamación deducida no se encuentra realmente comprendida dentro de la cobertura del seguro. Tal es, por lo demás, lo que la práctica enseña que suele suceder cuando en la reclamación planteada se atribuye al asegurado una conducta dolosa en la causación del daño⁶⁴: en efecto, la circunstancia apuntada lleva a los aseguradores, por lo común, a denegar la cobertura solicitada, invocando a tal propósito el pretendidamente insalvable principio de la inasegurabilidad del dolo (art. 19 LCS), bien es cierto que en algunas ocasiones con un escaso rigor argumental.

Frente a semejante negativa, las opciones que se abren al asegurado son fundamentalmente dos, a saber: de un lado, exigir de inmediato por vía judicial al asegurador que se haga cargo de los gastos de defensa, de conformidad con lo establecido en la póliza al respecto; de otro, llevar a cabo a sus propias expensas la defensa jurídica frente a la reclamación de que haya sido objeto y proceder, tras la resolución de aquella, a solicitar al asegurador, en su caso, el reembolso de los gastos ocasionados

por el desenvolvimiento, en su integridad, de la mencionada actividad. Por lo demás, resulta meridianamente claro que, como consecuencia de la antedicha denegación de la cobertura de la defensa jurídica, el asegurado se verá en la tesitura de tener que gestionar por sí solo su propia defensa. Semejante circunstancia implicará, de manera especial, que en ninguno de los dos casos apuntados pudieran llegar a entenderse vulneradas las previsiones legales y, en su caso, convencionales respecto de la dirección jurídica atribuida al asegurador (singularmente, por lo que respecta a su intervención en la designación de abogado y procurador en relación con la representación y defensa del asegurado, cuando este último hubiera procedido a realizar directamente la correspondiente elección por causa del completo desentendimiento de su asegurador sobre el referido particular).

- i) La primera de las alternativas arriba descritas es, desde luego, la que puede proporcionar una más rápida satisfacción de los intereses del asegurado, aun cuando no pueda desconocerse que, en línea de principio, habrá de atender los gastos de defensa que se vayan originando hasta la resolución del asunto. Así, ha de ponerse de manifiesto que en algunas ocasiones se ha procedido al ejercicio de una acción contra el asegurador de responsabilidad civil a fin de obtener la declaración judicial de condena al anticipo de los gastos de defensa (así como a la constitución de las fianzas que, en su caso, pudieran ser impuestas al asegurado), con arreglo a los límites establecidos en la póliza, en relación con actuaciones iniciadas contra este último en el seno de procedimientos penales, pendientes todavía de conclusión (en el sentido indicado pueden verse los supuestos enjuiciados en la STS, 1ª, de 23 de abril de 2014, RJ 2014/2346 y SAP de Madrid, Sección 21ª, de 23 de abril de 2011, AC 2012/228; SAP de Sevilla, Sección 8ª, de 25 de enero de 2010, AC 2010/461; SAP de Madrid, Sección 13ª, de 31 de octubre de 2006, JUR 2007/165817; y SJPI núm. 11 de Sevilla, de 15 de febrero de 2016). Nótese, al efecto, que en los condicionados al uso resulta relativamente frecuente la previsión de que el asegurador anticipará todos los gastos de defensa hasta el límite de la cobertura disponible, antes de la resolución final de la reclamación, generalmente de acuerdo con un convenio previo establecido a tal propósito⁶⁵. A lo que suele añadirse que, no obstante indicarse que únicamente los gastos de defensa aprobados por el asegurador serán anticipados, este no podrá denegar su consentimiento sin motivo justificable.

En relación con lo expuesto, es menester la realización de una precisión de orden técnico a fin de poner de manifiesto que no parece que en los clausulados comúnmente empleados se aluda a un anticipo en sentido estricto, esto es, a la entrega de una cantidad de dinero antes de la fecha estipulada para ello, según la acepción común del término. Más bien ha de entenderse que lo realmente contemplado es la asunción de los gastos de defensa a medida que se vaya produciendo su correspondiente devengo, sin necesidad de aguardar a la completa consumación de la actividad de defensa desarrollada en favor del asegurado⁶⁶. En este sentido ha de tenerse particularmente presente, en términos generales, que el pago de los honorarios profesionales de abogados y procuradores acostumbra a convenirse en forma escalonada, con arreglo al acaecimiento de ciertos hitos procesales (contestación a la demanda, presentación o contestación de recursos, fase de instrucción en el procedimiento penal...), amén de exigirse usualmente también el abono de una determinada provisión de fondos en el momento de la contratación de tales profesionales.

Nótese que en la tesis examinada vendría a producirse el discurrir paralelo de dos procesos, a saber: de un lado, el seguido contra el asegurado, como legitimado pasivo, determinante de la necesidad que siente de contar con la oportuna defensa jurídica; de otro, el posteriormente planteado por el propio asegurado, esta vez como legitimado activo, contra su asegurador de responsabilidad civil a fin de que este último se haga cargo de los gastos originados por el desenvolvimiento de aquella actividad de defensa. De desarrollarse el primero de los procesos mencionados en el orden jurisdiccional penal, como sucederá con relativa frecuencia, cabría preguntarse sobre la efectiva concurrencia de una cuestión prejudicial que hubiera de provocar la suspensión de las actuaciones del ulterior proceso civil suscitado por el asegurado (*ex art. 40 LEC*). A tal efecto resultaría precisa la acreditación de la existencia de una causa criminal en la que se estuvieran investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamentasen las pretensiones de las partes en el proceso civil, así como que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en la referida causa criminal pudiera tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil (*art. 40.2 LEC*). Empero, las condiciones enunciadas no concurrirían en el supuesto examinado, toda vez que el hecho en que verdaderamente se sustentaría la pretensión deducida por el asegurado sería, en puridad, la vigencia y

validez de un contrato seguro que cubriera su responsabilidad civil. Téngase presente, a mayor abundamiento, que la prejudicialidad penal viene determinada por los hechos objeto del proceso, no por su valoración (STC 192/2009, de 28 de septiembre, y STC 109/2008, de 22 de septiembre; y STS, 1ª, de 3 de febrero de 2016, RJ 2016/1; y de 30 de mayo de 2007, RJ 2007/3608)⁶⁷.

La suerte que haya de correr la acción ejercida por el asegurado frente a su asegurador de responsabilidad civil en orden a la asunción por este último de los gastos de defensa originados por una reclamación dirigida contra aquel, cuya tramitación se encuentre aún en curso, se verá decisivamente influida por las eventuales previsiones recogidas en la póliza en cuestión sobre la delimitación del riesgo objeto de cobertura. A tal propósito deben traerse a colación los criterios generales anteriormente trazados (v. *supra*, IV.1), cuya aplicación habrá de modularse de conformidad con las peculiaridades propias de cada caso concreto. Así, como se indicó previamente, si la póliza contempla la cobertura de la defensa penal y guarda silencio sobre el concreto particular analizado o, todo lo más, se limita a excluir genéricamente la cobertura de los daños dolosamente causados por el asegurado, deberá considerarse, como regla general, que el asegurador se halla obligado a asumir los gastos de defensa, por causa de no haberse determinado aún la existencia de una deuda de responsabilidad civil a cargo del asegurado ni, en consecuencia, la naturaleza del hecho del que, en su caso, derive aquella obligación resarcitoria (a menos que, a pesar de dicha indeterminación, resulte manifiesta la índole dolosa de la conducta del asegurado, en razón del abuso de derecho que entrañaría la pretensión formulada, ex art. 11.2 LOPJ). La conclusión anterior se revelará incontestable cuando en el condicionado se establezca expresamente que la exclusión de la cobertura referida a la conducta dolosa del asegurado requerirá una sentencia firme mediante la que se declare dicho comportamiento o su reconocimiento por el propio asegurado, ya que ni lo uno ni lo otro concurrirá en el supuesto aquí examinado. En fin, el asegurador podrá denegar justificadamente la cobertura de los gastos de defensa en caso de una reclamación basada en una actuación supuestamente dolosa del asegurado cuando exista alguna previsión en la póliza que permita amparar dicho rechazo (por ejemplo, una cláusula por cuya virtud el asegurador esté exonerado de asumir la defensa jurídica del asegurado en caso de imputación de uno o varios delitos que sólo admitan su comisión dolosa).

Por lo demás, no cabe obviar que en el supuesto escrutado la necesidad de interponer una acción judicial a fin de obtener del asegurador la cobertura de los gastos de defensa, una vez constatado el resultado infructuoso de las gestiones más o menos amistosas realizadas en tal sentido, acarreará, las más de las veces, que la eventual satisfacción de la pretensión deducida por el asegurado experimente un considerable retraso, si se tiene en cuenta la prolongada duración que suelen tener, como defecto endémico, los procesos civiles en nuestro país (lo que podría incluso llegar a disuadir por completo al asegurado de emprender la correspondiente acción contra el asegurador). La circunstancia apuntada lleva derechamente a plantear la viabilidad de la adopción, a solicitud del asegurado, de la medida cautelar consistente en la cobertura de los gastos de defensa y de las fianzas, a medida que se vayan devengando y hasta el límite previsto en la póliza, por el asegurador, con el fin de garantizar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare (art. 721 LEC). A tal propósito ha de traerse a la memoria que, en términos generales, la adopción de las medidas cautelares exige la concurrencia de tres requisitos, a saber: la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), el peligro de mora procesal (*periculum in mora*) y la prestación de caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado (art. 728 LEC).

Pues bien, la primera de las exigencias enumeradas es susceptible de recibir cumplida observancia mediante la justificación documental del contrato de seguro, existente y válido, celebrado con el asegurador de responsabilidad civil. Ello podrá llevarse a cabo con relativa facilidad mediante la presentación de la correspondiente póliza, cuyo condicionado habrá de permitir al juzgador alcanzar, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de la pretensión del asegurado. Por su parte, la última de las condiciones requeridas habrá de ser rigurosamente observada, salvo que expresamente se disponga otra cosa. En verdad, la concurrencia del requisito consistente en el peligro de mora procesal constituye el principal escollo al que se enfrenta la procedencia de la medida cautelar examinada, que por ser claramente anticipatoria del contenido del fallo ha de enjuiciarse de modo restrictivo⁶⁸. Con todo, cabría reputar debidamente acreditada dicha exigencia, en línea de principio, cuando el asegurado pudiese demostrar la imposibilidad de asumir

los gastos derivados de su propia defensa. Tal podría suceder, de modo paradigmático, cuando la elevada complejidad y la previsible larga duración del procedimiento seguido contra el asegurado provocaran que su adecuada defensa resultase particularmente costosa, de suerte que no se encontrase en condiciones de sufragarla. A tal propósito cabría argumentar que la consiguiente necesidad de su sustitución por otra de más bajo presupuesto sería susceptible de acarrear la menor *calidad* de la defensa jurídica prestada, lo que podría terminar causando unos graves, e incluso irreparables, perjuicios al asegurado⁶⁹.

- ii) La segunda opción de que dispone el asegurado, apuntada con anterioridad, implica que deba hacerse cargo de los gastos derivados de su propia defensa para posteriormente, una vez resuelta la reclamación formulada contra él mismo, proceder a solicitar su reembolso al asegurador, dentro de los límites previstos al efecto en el contrato. Naturalmente, la mencionada exigencia de reintegro podrá comprender, además, el importe de la indemnización que el asegurado hubiera tenido que satisfacer al perjudicado, también de conformidad con los límites convenidos⁷⁰. En el caso de que, por medio de un pronunciamiento judicial firme, se hubiera declarado el carácter doloso de la conducta dañosa observada por el asegurado, es obvio que este se abstendrá de realizar exigencia alguna a su asegurador de responsabilidad civil, en ninguno de los dos sentidos apuntados (v. SAP de Valladolid, Sección 1ª, de 3 junio de 2016, JUR 2016/206469). Lo propio sucederá igualmente cuando el asegurado hubiera llegado reconocer el mencionado extremo (ex art. 19 LCS).

Como es obvio, la procedencia de la pretensión que pueda deducir el asegurado dependerá esencialmente de que la defensa jurídica desarrollada a su costa haya sido requerida por una reclamación fundada en un pretendido hecho dañoso susceptible de encontrarse específicamente cubierto por el seguro de responsabilidad civil en cuestión, cuyas eventuales previsiones en relación con la atención de los mencionados gastos habrán de ser tenidas en especial consideración. En la tesitura descrita el asegurador ha de asumir la defensa jurídica de su asegurado incluso en el caso de reclamaciones infundadas, a menos que lo sean de modo manifiesto (v. *supra*, II.1). Con ello quiere ponerse de relieve que también cuando el asegurado no se vea finalmente compelido a tener que indemnizar al perjudicado (lo que obedecerá, por lo común, a la desestimación de la reclamación

formulada por este último), los gastos de defensa deberán correr igualmente a cargo del asegurador, con la salvedad antes apuntada. Si ante la negativa injustificada del asegurador, el asegurado se hubiera visto forzado a afrontar a sus expensas la defensa jurídica que le resultaba absolutamente precisa, es claro que tendrá derecho al reintegro de las sumas desembolsadas, de conformidad con lo previsto en la póliza al respecto, ya que de otro modo el seguro contratado no le habría procurado su indemnidad patrimonial.

Cuando el asegurado llega a exigir judicialmente la asunción de los gastos de defensa a su asegurador de responsabilidad civil, cabe plantear si, en caso de estimación de la demanda, procedería condenar al asegurador asimismo al pago de los intereses moratorios especiales legalmente previstos (art. 20 LCS)⁷¹. La ordenación legal parece apuntar más bien a una respuesta negativa, si se atiende al dato de que la aplicación del régimen examinado se encuentra circunscrita a la mora en la satisfacción de la indemnización, mediante pago o por la reparación o reposición del objeto siniestrado, y también a la mora en el pago del importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber (art. 20.2º LCS)⁷². Sin embargo, en nuestra opinión el argumento expuesto dista mucho de ser definitivo, ya que el término indemnización debe entenderse en un sentido amplio, de conformidad con la finalidad tuitiva del asegurado que preside la norma analizada, comprensivo de cualquier prestación a cargo del asegurador que traiga causa inmediata en el acaecimiento del siniestro, como sucede con la consistente en la defensa jurídica (aunque en este caso con la destacada singularidad de que la mencionada prestación del asegurador haya de desplegarse incluso en el supuesto de reclamaciones infundadas, salvo que lo sean de modo manifiesto; esto es, también cuando a la postre no pueda reputarse producido siniestro alguno). Nótese, a mayor abundamiento, que la defensa jurídica a cargo del asegurador se ordena a preservar la integridad patrimonial del asegurado, en consonancia con la función característica del seguro de responsabilidad civil.

Por consiguiente, si se piensa además que la defensa jurídica constituye una prestación en cuya observancia el asegurador podría incurrir en retraso, la conclusión de la sujeción de su eventual incumplimiento, en abstracto, al régimen especial de la mora del asegurador resulta, a lo que creemos, incontestable (en el sentido indicado, por ejemplo, SAP de Girona, Sección 1ª, de 13 de abril de 2016, JUR

2016/132964). Con todo, ha de tenerse presente que el mero retraso del asegurador no implica el nacimiento automático de la obligación de resarcir los daños y perjuicios causados, puesto que no habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable (art. 20.8º LCS). No obstante lo anterior, ha de ponerse de manifiesto que la jurisprudencia (especialmente, la Sala 1ª del Tribunal Supremo) viene siguiendo últimamente una línea interpretativa rigurosa a lo hora de apreciar la concurrencia de causa justificada a los efectos de la aplicación del artículo 20.8º LCS, hasta el punto de llegar a señalar, en algunas ocasiones, que el asegurador ha de satisfacer la prestación reclamada, porque siempre podrá obtener de forma efectiva su tutela jurídica en el correspondiente pleito que, de prosperar su oposición, conllevará la devolución de la cantidad satisfecha o previamente consignada, por ser total o parcialmente indebida (por ejemplo, STS, 1ª, de 26 de octubre de 2010, RJ 2010/7600 y de 11 de abril de 2011, RJ 2011/3448). A lo que ha de agregarse, en particular, que ni la mera existencia de un proceso, o el hecho de acudir a él, constituyen causas en sí misma justificadas del retraso, ni son óbices para imponer a la aseguradora los intereses moratorios cuando no se aprecia una auténtica necesidad de acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación misma de indemnizar (entre otras, STS, 1ª, de 7 de junio de 2010, RJ 2010/5375; de 29 de septiembre de 2010 RJ 2010/7151; de 1 de octubre de 2010, RJ 2010/7308; de 26 de octubre de 2010, RJ 2010/7600; de 31 de enero de 2011, RJ 2011/302; y de 1 de febrero de 2011, RJ 2011/1811). En este sentido cabe apuntar que la existencia de sólidos indicios respecto del carácter doloso de la conducta del asegurado (a la postre no acreditado) sería susceptible de erigirse en una causa justificada, enervadora de la imposición de la indemnización por mora (art. 20.8º LCS), en el supuesto de que terminara condenándose al asegurador a soportar los gastos de defensa del asegurado⁷³.

Así pues, cuando el rechazo de la prestación de la defensa jurídica por parte del asegurador de responsabilidad civil, finalmente considerado no ajustado a Derecho en virtud de la correspondiente resolución judicial, no pudiera considerarse amparado en la existencia de muy serias y fundadas dudas en torno a la realidad del siniestro o a su cobertura, procederá la indemnización por mora, que se impondrá de oficio y consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal

del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 por 100; estos intereses se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial. No obstante, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20 por 100 (art. 20.4.º LCS)⁷⁴. En el supuesto examinado, la base de cálculo de los intereses moratorios habría de estimarse consistente, a lo que parece, en la suma que hubiera tenido que desembolsar el asegurado para hacer frente, a sus expensas, a su propia defensa jurídica, ante la improcedente negativa a asumirla por parte del asegurador de responsabilidad civil (art. 20.5.º LCS). Por lo demás, habría de considerarse que tales intereses se devengarían desde la fecha de la efectiva satisfacción de tales gastos por el asegurado hasta el momento en que este hubiera quedado debidamente reintegrado por su asegurador (art. 20.6.º y 7.º LCS).

4. El reembolso de los gastos de defensa indebidamente soportados por el asegurador

Como ha habido oportunidad de señalar con anterioridad (v. *supra*, IV.1), cuando se termine declarando la existencia de una deuda de responsabilidad civil derivada de una actuación dolosa del asegurado, este último habrá de proceder al abono de los gastos de defensa en que hubiera llegado a incurrir su asegurador (incrementados, en su caso, con la indemnización de los daños y perjuicios irrogados como consecuencia de haber requerido la prestación de la actividad de defensa aun a sabiendas de la causación intencionada del daño). No es el expuesto, desde luego, el único supuesto en que se originará la consecuencia apuntada, ya que se considera, en términos generales, que vendrá a producirse asimismo cuando la constatación de que la reclamación formulada no se encuentra cubierta por el concreto seguro concertado (háyase determinado o no la existencia de una deuda de responsabilidad a cargo del asegurado) tenga lugar tras la prestación de la defensa jurídica por el asegurador⁷⁵. Con ser cierto lo anterior, es preciso dejar cumplida constancia de que en el caso particular examinado el fundamento último del derecho del asegurador a obtener del asegurado el reintegro de los costes de la defensa desplegada descansa en el principio general de la inasegurabilidad del dolo (art. 19 LCS)⁷⁶.

Los condicionados al uso acostumbran a contener algún tipo de previsión ordenada a la atribución expresa del mencionado derecho a favor del asegurador. Así, por ejemplo,

se llega a señalar que el asegurador se reserva el derecho de exigir el reembolso de los importes anticipados en concepto de gastos de defensa en caso de que, y en la medida en que, posteriormente se determine que el asegurado no tenía derecho a tal pago. O incluso se establece lisa y llanamente que el asegurado reembolsará los gastos de defensa pagados por el asegurador si finalmente se demostrara que la reclamación no estaba cubierta por la póliza⁷⁷. Empero, semejantes previsiones, así como cualesquiera otras de parecida índole, no pueden llevar a concluir que la efectiva vigencia del derecho de reembolso del asegurador se encuentra supeditada a su expreso reconocimiento convencional⁷⁸. En verdad, el derecho examinado surge directamente como consecuencia de la ejecución de una prestación que en un primer momento aparecía como debida, pero que, a la postre, se demostró no comprendida dentro de la cobertura del seguro. Nótese al efecto que, por la propia dinámica temporal de su cumplimiento, la defensa jurídica del asegurado ha de desplegarse con anterioridad a la propia determinación de si la reclamación formulada se encuentra o no cubierta. Si, a pesar de ello, el asegurador se encuentra constreñido, en defecto de pacto en contrario, a la asunción de aquella defensa, en justa correspondencia se le ha de reconocer el derecho a recobrar del asegurado los gastos indebidamente soportados por causa de la falta de cobertura finalmente constatada. Por consiguiente, el asegurador podrá ejercer, llegado el caso, el mencionado derecho, aunque la póliza guarde silencio sobre el particular.

En nuestra opinión, no existe inconveniente alguno en la admisión de la licitud del pacto por cuya virtud viniera a establecerse en la póliza que, en el caso de que la reclamación planteada no estuviera cubierta por el seguro, el asegurador no podría dirigirse contra el asegurado a fin de obtener el reembolso de los gastos de defensa afrontados⁷⁹. Es obvio que una previsión de tal índole constituiría una cláusula contractual más beneficiosa para el asegurado (art. 2 LCS), en la medida en que experimentaría un indiscutible provecho al verse liberado de tener que cumplir con la obligación de reintegro que, según la interpretación realizada de la ordenación vigente, habría de correr a su cargo. Pero, como se sabe, la validez de dicho tipo de cláusulas no puede desnaturalizar el contrato de seguro ni atentar contra el orden público. En relación con este último límite, existe unanimidad en estimar que no cabe acordar bajo ningún concepto la cobertura de los daños dolosamente causados (art. 19 LCS)⁸⁰. En consonancia con lo anterior, el planteamiento general anteriormente esbozado ha de entenderse matizado en la línea de considerar que, cuando la responsabilidad

civil del asegurado derive de una conducta dolosa, el asegurador tendrá siempre a su disposición la posibilidad de recobrar los gastos de defensa que hubiera tenido que soportar, ya que lo eventualmente previsto en la póliza en sentido contrario no podrá prevalecer nunca frente al principio *ne dolus praestetur* (v. art. 1.102 CC)⁸¹.

En el supuesto examinado, el asegurador podrá reclamar a su asegurado el reintegro no sólo de los gastos de defensa, sino también de la indemnización satisfecha al perjudicado como consecuencia de la inoponibilidad de la excepción de dolo frente al ejercicio de la acción directa (art. 76 LCS). En la tesitura de que el seguro no llegara a cubrir por completo la deuda de responsabilidad civil originada, el perjudicado habría de dirigirse contra el asegurado a fin de obtener el pago de la diferencia no saldada por el asegurador, el cual a su vez podría reclamar al asegurado los conceptos anteriormente indicados. Pues bien, si en la hipótesis enunciada el asegurado no fuera lo bastante solvente para satisfacer a ambos acreedores, parece que habría de darse preferencia al crédito del perjudicado frente al ostentado por el asegurador, de modo que, hasta tanto no quedara íntegramente resarcido el daño causado por el asegurado, no pudiera ejercer el asegurador contra dicho sujeto ninguna pretensión de recobro. Aun siendo cierto que la referida preferencia no viene consagrada de forma expresa, dado que la ordenación legal guarda un completo silencio al respecto, tampoco cabe ignorar que la expuesta representa la solución más acorde con la finalidad prioritaria de protección de la víctima asignada al seguro de responsabilidad civil por la última jurisprudencia (v. *supra*, capítulo segundo, II.1). De otro modo, si concurrieran contra el asegurado, tanto el perjudicado, como el asegurador, en un plano de igualdad, el completo resarcimiento del daño padecido por el tercero podría verse negativamente afectado.

V. ALGUNAS POSIBLES ALEGACIONES DEL ASEGURADOR ANTE LA SOLICITUD DE COBERTURA DE LA DEFENSA JURÍDICA EN CASO DE RECLAMACIONES BASADAS EN HECHOS DOLOSOS DEL ASEGURADO

1. Planteamiento general

Como es obvio, el asegurador de responsabilidad civil podrá esgrimir las alegaciones que estime pertinentes frente a una solicitud de cobertura de la defensa jurídica que traiga causa de una reclamación basada en una supuesta conducta

dolosa del asegurado. Asimismo resulta evidente que el examen pormenorizado de la totalidad de los hechos impositivos que, en abstracto, pudieran ser invocados por el asegurador a fin de eludir justificadamente el cumplimiento de la mencionada obligación excedería con creces el propósito del presente estudio. De ahí que nuestra atención se centre seguidamente en el examen de aquellos susceptibles de considerarse más estrechamente relacionados con la índole dolosa imputada a la actuación del asegurado en la correspondiente exigencia de responsabilidad, a saber: el incumplimiento del deber precontractual de declaración del riesgo (art. 10 LCS), de un lado; y el conocimiento del acaecimiento del siniestro con anterioridad a la conclusión del contrato en el caso de las llamadas pólizas de cobertura retroactiva (arts. 73, párr. 2º *in fine*, LCS, en relación con lo previsto en el art. 4 LCS), de otro.

La incuestionable trascendencia de la indagación que se pretende acometer descansa en el elocuente dato de que la argumentación seguidamente examinada será la que haya de desarrollar, llegado el momento, el asegurador de responsabilidad civil de manera preferente, si no exclusiva, cuando la póliza no permita entender excluida la cobertura de la defensa jurídica en el supuesto aquí analizado (v. *supra*, IV.1) y el asegurado proceda a exigirle, incluso judicialmente, la prestación de la aludida defensa con anterioridad a la constatación, si es el caso, de su conducta dolosa (v. *supra*, IV.3). En efecto, en la tesitura descrita cobran una importancia capital otras posibles razones susceptibles de ser eventualmente invocadas con éxito por el asegurador en cuanto hechos impositivos del nacimiento de la obligación consistente en la asunción de la defensa jurídica del asegurado, como pone de manifiesto la práctica aseguradora de nuestro país.

2. El deber precontractual de declaración del tomador del seguro y la cobertura de la defensa jurídica en caso de reclamaciones fundadas en una conducta dolosa del asegurado

Frente a la pretensión de cobertura de los gastos de defensa originados por reclamaciones basadas en hechos dolosos del asegurado cabe plantear la viabilidad de que el asegurador pueda oponer con éxito el incumplimiento del deber de declaración del riesgo a fin de quedar exonerado de la observancia de aquella prestación (*ex art 10, párr. 3º, LCS*). A tal propósito ha de ponerse de manifiesto que la

práctica evidencia que en los conflictos suscitados en relación con la mencionada garantía no resulta infrecuente la formulación de un alegato como el expuesto por parte de los aseguradores de responsabilidad civil, bien es cierto que generalmente como línea discursiva añadida a la esgrimida con carácter principal, consistente en la causación intencionada del daño por el asegurado (v., en el sentido indicado, por ejemplo, SAP de Madrid, Sección 13ª, de 31 de octubre de 2006, JUR 2007/165817; SAP de Sevilla, Sección 8ª, de 25 de enero de 2010, AC 2010/461; y SAP de Madrid, Sección 21ª, de 11 de noviembre de 2011, AC 2012/118).

En relación con la cuestión apuntada ha de partirse de la vigencia general de un deber precontractual de declaración del riesgo a cargo del potencial tomador del seguro, establecido en los siguientes términos: *“El tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. Quedará exonerado de tal deber si el asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él”* (art. 10, párr. 1º, LCS)⁸². Dícese que el mencionado deber tiene su fundamento en la buena fe (arts. 7.1 y 1.258 CC y 57 C. de c.), que en el seguro es máxima (*uberrimae bonae fidei*), ya que también en la formación de los contratos las partes tienen que actuar con corrección, lealtad y rectitud. Como tiene reiteradamente declarado el Tribunal Supremo en relación con esta genuina carga que pesa sobre el futuro contratante⁸³, *“(L)a buena fe que informa este artículo, cuando impone al tomador un deber de contestación o respuesta sin reservas ni inexactitudes de lo que se le pregunta, tiene como finalidad que el asegurador pueda conocer con exactitud el riesgo objeto de cobertura antes de contratar, y aun siendo de aplicación a toda clase de seguros, está especialmente condicionada en función del que se contrata, pues no toda omisión influye de la misma forma en la valoración del riesgo ni conlleva la liberación de la entidad aseguradora del pago de la prestación, sino tan solo la de aquellas circunstancias por él conocidas actuando con dolo o culpa grave determinante de la celebración de un contrato que, de otra forma, la aseguradora no hubiera concertado en las mismas condiciones”* (STS, 1ª, de 10 de mayo de 2011, RJ 2011/3851; en la misma línea, entre otras, STS, 1ª, de 27 de octubre de 1998, RJ 1998/8513; de 25 de noviembre de 1993, RJ 1993/9136; de 31 de mayo de 2004, RJ 2004/3554; y de 17 de octubre de 2007, RJ 2008/11).

Por lo demás, como asimismo ha destacado profusamente la jurisprudencia, “(E)l deber de declarar no existe si el asegurador omite pedir al solicitante esta descripción de los riesgos, de modo que el asegurado se libera de la carga y el asegurador asume las consecuencias de su falta de diligencia” (STS, 1ª, de 10 de mayo de 2011, RJ 2001/3851; además, entre otras, STS, 1ª, de 25 de octubre de 1995, RJ 1995/7738; y de 21 de febrero de 2003, RJ 2003/3107). En este sentido se considera que la contestación unilateral por parte del agente que intervino en la conclusión del contrato equivale a la ausencia de cuestionario (STS, 1ª, de 31 de mayo de 1997, RJ 1997/4147; de 12 de abril de 2004, RJ 2004/2612; de 2 de octubre de 2006, RJ 2006/6501; y de 4 de abril de 2007, RJ 2007/1608); en cambio, se reputa irrelevante que el cuestionario no sea cumplimentado materialmente por el tomador cuando la respuesta se realiza conforme a sus propias declaraciones (STS, 1ª, de 15 de noviembre de 2007, RJ 2007/8423; de 4 de diciembre de 2008, RJ 2008/6948; de 14 de febrero de 2014, RJ 2014/856; de 4 de diciembre de 2014, RJ 2014/6509; y de 17 de febrero de 2016, RJ 2016/543). También cuando el cuestionario contiene una contestación preconfigurada, sin individualizar o concretar preguntas relevantes acerca de la determinación del riesgo objeto de cobertura, se estima que aquel no puede ser tenido como verdaderamente tal (STS, 1ª, de 16 de marzo de 2016, RJ 2016/851). Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que no existe obligación de declarar aquello que ya conoce el asegurador o los sujetos a él asimilados, como puede ser el caso paradigmático del agente que medió en la celebración del contrato (ex arts. 9.1 y 12.1 Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados; y STS, 1ª, de 19 de octubre de 1989, RJ 1989/6939; de 25 de octubre de 1995, RJ 1995/7738; y de 31 de diciembre de 2003, RJ 2004/366).

Sentado lo anterior, puede suceder, en efecto, que el incumplimiento del deber de declaración del riesgo se evidencie cuando el asegurado exija a su asegurador de responsabilidad civil la prestación de defensa jurídica en relación con unos hechos susceptibles de resultar reveladores de aquella contravención (en cambio, más infrecuente será que esta se ponga de manifiesto con anterioridad a la formulación de dicha pretensión; tal podría ser el caso, por ejemplo, de que fueran públicos o notorios los hechos que permitieran apreciar tal incumplimiento). En la tesitura apuntada, según el régimen general establecido al respecto, “(E)l asegurador podrá rescindir el contrato mediante declaración dirigida al tomador del seguro en el plazo de un mes, a contar del conocimiento de la reserva o inexactitud del

*tomador del seguro. Corresponderán al asegurador, salvo que concurra dolo o culpa grave por su parte, las primas relativas al período en curso en el momento que haga esta declaración” (art. 10, párr. 2º, LCS). A lo que se añade que, “(S)i el siniestro sobreviene antes de que el asegurador haga la declaración a la que se refiere el párrafo anterior, la prestación de éste se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo. Si medió dolo o culpa grave del tomador del seguro quedará el asegurador liberado del pago de la prestación” (art. 10, párr. 3º, LCS). Nótese que dentro de la noción de prestación acogida en la norma reproducida, al igual que se razonó en otro lugar respecto del principio general de la inasegurabilidad del dolo (art. 19 LCS, v. *supra*, capítulo segundo, II.2), tiene asimismo cabida la consistente en la asunción de la defensa jurídica en el seguro de responsabilidad civil (art. 74 LCS).*

Para que las consecuencias apuntadas puedan llegar a desatarse será menester, como se señaló más arriba, que el asegurador haya presentado efectivamente el correspondiente cuestionario, así como que el potencial tomador haya incurrido en reserva o inexactitud en su contestación. Mientras que el primer extremo no debe suscitar problema significativo alguno, el segundo plantea, en cambio, la trascendental cuestión de la apreciación de la incorrección de la respuesta efectuada. Aun cuando en ocasiones dicha falta resultará palmaria, de modo que podrá constatarse con suma facilidad, en otros casos puede ser de difícil determinación en razón del propio tenor de las preguntas recogidas en el cuestionario, sobre todo cuando vienen formuladas en términos genéricos. En relación con este último extremo se señala que la vaguedad del cuestionario es reveladora de la falta de buen sentido en su preparación (STS, 1ª, de 31 de diciembre de 2003, RJ 2004/366), a lo que se añade que el deber de diligencia del asegurador consistente en presentar un cuestionario detallado trata de evitar que pueda aprovecharse de la elaboración intencionada de cuestionarios oscuros o difíciles de entender para el asegurado (STS, 1ª, de 31 de mayo de 2006, RJ 2006/3504)⁸⁴.

Por otro lado, es igualmente necesario que la reserva o inexactitud del tomador resulten relevantes a los efectos de la adecuada valoración del riesgo por parte del asegurador, bien entendido que se alude a una valoración objetiva, o a la que efectuaría un asegurador prudente (STS, 1ª, de 24 de noviembre de 2006, RJ 2006/7895). En relación con ello no parece susceptible de ponerse seriamente

en duda que, por lo que respecta al caso particular del seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos, la incorrecta contestación de extremos relativos a la situación patrimonial de la empresa, impidiendo así la exacta apreciación de su verdadero estado por el asegurador, haya de calificarse, en línea de principio, como un incumplimiento del deber analizado⁸⁵. En cambio, de modo harto discutible, se viene entendiendo que para la constatación de un genuino incumplimiento es menester que las circunstancias silenciadas o inexactamente declaradas hayan influido en la producción del siniestro (STS, 1ª, de 19 de octubre de 1989, RJ 1989/6939; de 1 de febrero de 1991, RJ 1991/696; de 3 de octubre de 2003, RJ 2003/6496; y de 12 de abril de 2004, RJ 2004/2612).

Determinado el incumplimiento del deber de declaración del riesgo con ocasión de la exigencia de la garantía de defensa jurídica por el asegurado, el asegurador podrá denegar justificadamente su prestación de mediar dolo o culpa grave del tomador, que representará el supuesto más común. En este sentido suele indicarse que el dolo contemplado en la norma examinada es de naturaleza negativa, identificado con la reticencia dolosa del que calla o no advierte debidamente (STS, 1ª, de 31 de diciembre de 1998, RJ 1998/9775; de 6 de julio de 2002, RJ 2002/8550; y de 31 de mayo de 2004, RJ 2004/3554)⁸⁶. De no ser así, por obedecer la incorrecta contestación del cuestionario a un mero descuido, o a la falta de experiencia del tomador, o a cualquier otro motivo que no resulte merecedor de aquel severo reproche (STS, 1ª, de 30 de septiembre de 1996, RJ 1996/6822; y de 3 de enero de 2006, RJ 2006/164), la prestación del asegurador se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo (art. 10, párr. 3º, LCS), lo que en la hipótesis analizada habría de traducirse en la asunción parcial del coste de la defensa, en la medida correspondiente, por el asegurado. Asimismo resultará altamente conveniente para el asegurador proceder de inmediato a la rescisión del contrato, a fin de evitar que por el transcurso del plazo de un mes, a contar del conocimiento de la reserva o inexactitud del tomador del seguro, haya de verse constreñido a tener que atender posteriores solicitudes de desenvolvimiento de la actividad de defensa jurídica en favor del asegurado, por entenderse consentido el mantenimiento de la vigencia del contrato a pesar del incumplimiento del tomador (v., sobre esta última eventualidad, STS, 1ª, de 22 de diciembre de 1992, RJ 1992/10683)⁸⁷.

Con todo, debe subrayarse finalmente que el incumplimiento del deber de declaración del riesgo constituye una excepción inoponible al perjudicado en el caso de ejercicio de la acción directa frente al asegurador, ya que dicha acción es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado, como es el caso de la consistente en la aludida contravención (art. 76 LCS, v. *supra*, capítulo segundo, l.3). Lo cual puede llegar a originar el paradójico resultado de que el asegurador de responsabilidad civil tenga que acabar indemnizando al perjudicado como consecuencia de la estimación de una reclamación frente a la cual no asumió, en verdad de modo plenamente justificado, la defensa jurídica del asegurado. Aunque en tal caso el asegurador dispondrá de un derecho de repetición frente al asegurado (art. 76 LCS), no cabe ignorar que en muchas ocasiones su ejercicio será estéril, al menos en gran medida. En la tesitura descrita, la dejación de la defensa en manos del asegurado puede revelarse, en ocasiones, perjudicial para los intereses de los propios aseguradores, de modo particular si se piensa que el asegurado puede encontrarse especialmente inclinado a desentenderse de su defensa, por causa de la enorme dificultad que llegue a presentar la evitación de una sentencia condenatoria (cuando dicho fallo, si es que recae en un procedimiento penal, no afecte, o no lo haga significativamente, a su libertad personal). Si ello se une a una eventual situación de falta de recursos económicos, se comprenderá fácilmente que al asegurado pueda importarle bien poco que el asegurador tenga derecho a repetirle, en caso de dolo, la indemnización abonada al perjudicado (art. 76 LCS).

3. El conocimiento por el asegurado de la ocurrencia del siniestro con anterioridad a la celebración del contrato y las llamadas pólizas de cobertura retroactiva

Llegado el caso, el asegurador puede ensayar asimismo, como línea argumental encaminada a evitar justificadamente la asunción de los gastos de defensa (art. 74 LCS), la consistente en la alegación del conocimiento del acaecimiento del siniestro con anterioridad a la celebración del contrato por parte del asegurado, si bien lo cierto es que dicho alegato únicamente tendrá cabida en relación con una singular modalidad de delimitación temporal de la cobertura susceptible de convenirse en el seguro de responsabilidad civil: aquella por cuya virtud la eficacia del contrato operará igualmente hacia el pasado (art. 73,

párr. 2º *in fine*, LCS). En esta ocasión el fundamento del rechazo de la prestación de la defensa jurídica residiría en las exigencias del llamado principio de la realidad del riesgo (art. 4 LCS), que poseen una fisonomía peculiar en los casos, en verdad excepcionales, en que se encuentra autorizada la cobertura retroactiva del seguro.

De antemano, conviene aclarar que el motivo de defensa aquí examinado difiere con cierta nitidez, al menos en abstracto, del consistente en el incumplimiento del deber precontractual de declaración del riesgo (art. 10 LCS, que ha sido examinado con anterioridad, v. *supra*, V.2), a pesar de la sombra que pueda proyectar al respecto el hecho de que a veces los documentos presentados por los aseguradores a quienes solicitan la contratación de un seguro lleguen a recoger alguna pregunta relativa a la eventual producción del siniestro con anterioridad a la propia contestación de los mencionados cuestionarios. A tal propósito ha de ponerse de manifiesto que tales documentos se encuentran referidos a la valoración del riesgo y no a la propia existencia o inexistencia de dicho elemento, ni a los siniestros ya acaecidos. Por consiguiente, el cuestionario se proyecta hacia el futuro, respecto del riesgo cuya cobertura se pretende y a efectos de que la entidad aseguradora pueda decidir si acepta o no la celebración del seguro o las condiciones del mismo. De todo lo cual cabe concluir que, como regla general, los siniestros ocurridos con anterioridad a la conclusión del contrato no quedan cubiertos, por exigencia del principio de la realidad del riesgo (art. 4 LCS), siendo indiferente a tal efecto que no se haya formulado cuestionario o que, habiéndose presentado efectivamente por el asegurador para su contestación, no se recoja en dicho documento pregunta alguna relativa a los hipotéticos siniestros acontecidos con anterioridad a su cumplimentación por parte del tomador. A lo que debe añadirse, en fin, que en aquellos casos en que este último sujeto haya incurrido en reserva o inexactitud en la contestación del cuestionario por haber expresado falsamente, a pregunta del asegurador, la ausencia de acaecimiento de hecho alguno susceptible de ser calificado como siniestro, las consecuencias de la conducta descrita, respecto de la cobertura de dicha clase de eventos, no habrán de ser las previstas en la regulación del incumplimiento del deber precontractual de declaración del riesgo (art. 10, párrs. 2º y 3º, LCS), sino las establecidas para el caso de inexistencia del riesgo o de ocurrencia del siniestro con anterioridad a la perfección del contrato (art. 4 LCS)⁸⁸.

Si de las consideraciones de índole general se traslada la atención al caso particular del seguro de responsabilidad civil, ha de reseñarse que, identificado el siniestro en dicha modalidad de seguro con el hecho dañoso (supuesto que, en principio, el marco normativo vigente acoge el sistema *occurrence basis*; v. *supra*, capítulo segundo, I.2), su acaecimiento con anterioridad a la conclusión del contrato determinará lisa y llanamente una incontestable exclusión de la cobertura en razón del propio objeto del seguro, siendo irrelevante a tal propósito el conocimiento o la ignorancia del referido acontecimiento por parte del asegurado (art. 73, párr. 1º, LCS). Dígase lo mismo cuando el contrato se encuentre convencionalmente configurado como una póliza de reclamaciones (dado que la ordenación legal permite la introducción de las denominadas cláusulas *claims made* con arreglo a determinados límites y condiciones, v. art. 73, párr. 2º, LCS) y lo que haya venido a pactarse sea el señalamiento de un plazo (que como mínimo tendrá que ser de un año, tras la finalización del contrato o de la última de sus prórrogas) en el que tenga que formularse la reclamación del perjudicado a los efectos de la cobertura del seguro, que es lo que ha venido a llamarse como cláusula de cobertura posterior (v. *supra*, capítulo segundo, I.2). En ambos supuestos, como se indicó más arriba, la conclusión alcanzada es consecuencia directa de la previsión legal por cuya virtud la inexistencia del riesgo o el acontecimiento del siniestro con anterioridad a la celebración del contrato acarrearán la nulidad del seguro (art. 4 LCS)⁸⁹. En este sentido, comoquiera que la regla enunciada, de naturaleza rigurosamente imperativa, exige la vigencia de una situación de incertidumbre puramente objetiva para la validez del contrato⁹⁰, la ignorancia de la ocurrencia del siniestro en dicho lapso temporal por parte del asegurado no permitirá salvar la referida eficacia⁹¹.

Con todo, debe dejarse constancia de que, según una autorizada corriente doctrinal, la sanción de la nulidad del contrato por la ocurrencia del siniestro con anterioridad a su perfección debe matizarse en el supuesto de que dicho evento sea susceptible de repetirse, pues en tal caso se considera que el contrato no será válido respecto de los siniestros precedentes, pero podrá serlo en relación con los que puedan suceder una vez iniciada la vigencia material del seguro. De ahí que se apunte que en la tesitura descrita no se producirá la nulidad absoluta del contrato, sino sólo su nulidad relativa (aunque quizá haya de hablarse, más bien, de una suerte de nulidad de consecuencias limitadas a fin de evitar toda

confusión con el instituto de la anulabilidad, que suele identificarse asimismo con la denominación de nulidad relativa)⁹². El planteamiento enunciado posee una enorme trascendencia en el seguro de responsabilidad civil, ya que en la expresada modalidad de seguro el siniestro no revestirá, como regla general, carácter único.

En verdad, el ámbito en que está llamado a emplearse el alegato aquí examinado viene circunscrito a las denominadas pólizas de reclamaciones en las que se contemple, de conformidad con lo establecido al efecto (art. 73, párr. 2º *in fine*, LCS), la cobertura retroactiva del seguro. A tal propósito es preciso recordar la posibilidad de que el seguro de responsabilidad civil se proyecte igualmente hacia el pasado, en orden a lo cual resultará precisa la inclusión de la correspondiente cláusula en tal sentido, ya que dicha singular modalidad de eficacia no constituye un elemento natural de dicho contrato. La validez del mencionado pacto se encuentra expresamente sujeta al cumplimiento de los requisitos formales estatuidos para la incorporación de las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, de modo que la aludida extensión cronológica de la cobertura habrá de destacarse de modo especial y ser específicamente aceptada por escrito (art. 3, párr. 1º *in fine*, LCS). Por otro lado, debe ponerse de manifiesto que la cobertura retroactiva eventualmente convenida tiene establecida una duración mínima de carácter imperativo, fijada en el plazo de un año a contar, no desde la perfección del contrato, sino desde el comienzo de los efectos del seguro (que, como se sabe, arrancan con relativa frecuencia en un momento posterior al de su conclusión), sin que se haya precisado una duración máxima, de modo que resulta lícito el pacto mediante el que venga a establecerse una retroacción superior, que puede incluso alcanzar una extensión ilimitada, como sucede con cierta asiduidad en la práctica⁹³. En el plano de las consideraciones generales, es lugar común a la hora de acometer el análisis de la cobertura retroactiva en el seguro de responsabilidad civil la observación de que su admisión constituye una de las excepciones legalmente previstas al principio de la realidad del riesgo⁹⁴.

Sentado lo anterior, lo que viene a plantearse es la eventualidad de que, frente a la exigencia de la prestación de la defensa jurídica dirigida por el asegurado a su asegurador de responsabilidad civil, este último se encuentre en condiciones de sostener fundadamente el conocimiento del acaecimiento del siniestro, durante

el período de retroactividad convenido, por parte de aquel al tiempo de concertarse el correspondiente seguro. En este sentido, tratándose de daños dolosamente causados por el asegurado, que constituye el supuesto que concita nuestra atención, no parece que dicho conocimiento pueda ponerse seriamente en entredicho. Así las cosas, la situación que se toma como paradigma en la presente indagación es la siguiente, a saber: el asegurado, siendo plenamente consciente de que una determinada conducta suya ha provocado un daño sin que este se haya manifestado aún o, al menos, sin que se haya producido todavía la reclamación de perjudicado alguno, procede con posterioridad a la contratación de un seguro de responsabilidad civil en el que se prevé la retroactividad de sus efectos, de manera que aquel acto dañoso acabe por quedar temporalmente comprendido dentro de la cobertura. En este sentido debe hacerse notar que, en bastantes ocasiones, la experiencia demuestra que el acaecimiento del siniestro con anterioridad al comienzo de los efectos del seguro es conocido por el asegurado y ocultado por este en el momento de la contratación, como se evidencia de la simple lectura de los repertorios de jurisprudencia (así, por ejemplo, STS, 1ª, de 22 de diciembre de 2001, RJ 2002/1036; de 14 de junio de 2002, RJ 2002/4901; de 30 de septiembre de 2003, RJ 2003/6848; y de 5 de marzo de 2012, RJ 2012/4997). Por lo demás, semejante eventualidad suele contemplarse en los condicionados al uso: así, por ejemplo, mediante la exclusión de la cobertura de cualquier reclamación que alegue, derive de, se base en, o sea atribuida a cualquier hecho o circunstancia, real o supuesta, conocida por el asegurado que, con anterioridad a la primera fecha de efecto de la póliza, un asegurado hubiera podido razonablemente prever que daría lugar a una reclamación.

Pues bien, respecto de la situación descrita ha de afirmarse categóricamente que el principio de la realidad del riesgo rige también en toda su extensión en el ámbito examinado, de modo que la cobertura retroactiva del seguro de responsabilidad civil únicamente podrá comprender el pasado desconocido (STS, 1ª, de 30 de julio de 2007, RJ 2007/4962). Quiere decirse, pues, que los siniestros habidos con anterioridad a la conclusión del contrato de cuyo acaecimiento fuera conocedor el asegurado no tendrán que ser atendidos (lo que debe extenderse asimismo, como no podía ser menos, a la prestación relativa a la defensa jurídica del asegurado, art. 74 LCS), por más que su ocurrencia hubiera tenido lugar en el período de retroactividad convenido (ex art. 4 LCS). Y ello aunque la póliza no contuviera una expresa

exclusión de la cobertura en tal supuesto, toda vez que la conclusión anterior se sustenta en razones de orden público; en efecto, admitir lo contrario implicaría la completa desvirtuación de la nota de la aleatoriedad consustancial al contrato de seguro, con la consiguiente ausencia de causa (art. 1.275 CC).

Como consecuencia del propio sistema de responsabilidad civil, resulta indispensable precisar seguidamente a cuál de los acontecimientos que lo integran debe venir referido el conocimiento del asegurado. A tal propósito se presenta la disyuntiva de considerar que la cobertura del seguro se encuentra supeditada a la ignorancia, bien del hecho dañoso, bien del daño originado (en orden a lo cual sería necesaria su manifestación, siquiera parcialmente). Pues bien, a lo que creemos, tal estado de desconocimiento debe venir referido a la producción del hecho del que deriva el daño, esto es, el asegurado no debe ser consciente de la realización de un hecho de la especie apuntada, aunque el daño no haya llegado a exteriorizarse aún, de conformidad con la noción de siniestro propia del seguro de responsabilidad civil. De ahí que se señale acertadamente que los hechos que razonablemente haya podido conocer el asegurado como eventuales generadores de su responsabilidad civil han de quedar excluidos de la cobertura (ex art. 4 LCS)⁹⁵.

Dicho conocimiento habrá de ser probado por el asegurador a fin de quedar exonerado de su obligación de cobertura: en particular, por lo que aquí respecta, de la consistente en asumir la defensa jurídica del asegurado (ex art. 217.3 LEC, v. STS, 1ª, de 20 de mayo de 2014, RJ 2014/3761)⁹⁶, lo que puede plantearle serios problemas en razón de la dificultad que entraña de suyo la acreditación de un determinado estado intelectual. A la vista de la circunstancia apuntada no puede extrañar que se haya observado, a la postre, que la admisión de la cobertura retroactiva en el seguro de responsabilidad civil puede ser fuente de controversias y, en última instancia, carecer de efectividad: en primer término, por abrir una puerta al fraude en aquellos supuestos en los que el asegurado tenga conocimiento de la realización de los hechos dañosos previamente a la celebración del contrato; y, en segundo lugar, porque los aseguradores pueden inclinarse por denegar, más o menos sistemáticamente, la satisfacción de la prestación debida so pretexto de dicho conocimiento, con la consiguiente generación de disputas y litigios⁹⁷.

Finalmente, ha de resolverse si la maliciosa conducta observada por el asegurado, al concertar un seguro de responsabilidad civil cuyos efectos se despliegan hacia el pasado siendo conocedor del acaecimiento de algún siniestro durante el período de retroactividad convenido, podría llevar no sólo a rechazar la cobertura del mencionado hecho dañoso, sino también a postular la nulidad absoluta del contrato concertado (*ex art. 4 LCS*), a modo de sanción ordenada a extender la ausencia de cobertura igualmente a los siniestros eventualmente producidos tras la conclusión del seguro, así como a los habidos con anterioridad que fueran realmente desconocidos para el asegurado. Sin embargo, el fundamento de tal exclusión en relación con las dos últimas clases de siniestro apuntadas no descansa, en nuestra opinión, en el régimen previsto para el caso de inexistencia del riesgo (*art. 4 LCS*), sino en la aplicación de la disciplina general de los vicios del consentimiento, que permitirá al asegurador invocar la anulabilidad del contrato en razón del dolo del asegurado (*arts. 1.279 y 1.280 CC*)⁹⁸. De este modo el asegurador de responsabilidad civil podrá eludir, frente al asegurado, la cobertura de cualquier siniestro y, en consecuencia, el cumplimiento de la obligación de asumir la defensa jurídica frente a la reclamación del perjudicado.

Empero, frente al tercero perjudicado existiría una radical diferencia, de enorme trascendencia. En este sentido ha de señalarse que la exclusión imperativa de la cobertura del pasado conocido, cuando se pacta la retroactividad de los efectos del seguro de responsabilidad civil, constituye una excepción oponible a la víctima, de modo que esta última tendría acción contra el asegurado, en cuanto sujeto civilmente responsable del daño, pero no frente al asegurador⁹⁹. En cambio, la anulabilidad del contrato viene considerándose una mera excepción personal del asegurador frente al asegurado, a la que es inmune la acción directa (*art. 76 LCS*). En efecto, por más que la existencia de un contrato de seguro válido constituya uno de los presupuestos de la acción directa, debe dejarse constancia de que la inexistencia sólo se considera producida en los casos de nulidad absoluta, pero no de nulidad relativa o anulabilidad¹⁰⁰.

Notas al capítulo tercero

¹ El fenómeno apuntado, en relación con la cobertura de la responsabilidad civil de administradores y directivos, ha dado en calificarse, de modo harto expresivo, como criminalización del seguro: así, TAPIA, A. J., "Las fianzas..." cit., p. 5.

² Por lo que respecta especialmente al seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos, TAPIA, A. J., "Las fianzas..." cit., p. 12; y RONCERO, A., "El seguro de responsabilidad civil..." cit., p. 23. Así, se ha puesto de manifiesto que en los mercados aseguradores menos desarrollados cabía observar que, en un primer momento, la oferta de dicha modalidad de seguro era una mera traducción de la que se realizaba en otros mercados y, singularmente, de las pólizas utilizadas en Estados Unidos y en el mercado reasegurador de Londres. Sólo en una segunda fase las compañías aseguradoras comenzaban a elaborar pólizas adaptadas, con mayor o menor rigor, a las singularidades del mercado nacional y, particularmente, al concreto régimen jurídico de la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital vigente en aquel. Empero, aún en esta segunda etapa, la dependencia respecto del clausulado general traducido, en muchos casos no con el deseable rigor, continuaba siendo elevada.

³ RONCERO, A., *El seguro...* cit., pp. 323-324; sobre los problemas generados por el referido tipo de cláusulas, conocidas como *de no liberación de gastos* (mediante las que se establece que el importe de los gastos judiciales y extrajudiciales inherentes al siniestro, sumados a la indemnización, no podrá superar en ningún caso la suma asegurada establecida en la póliza), PERÁN ORTEGA, J., op. cit., pp. 170-171. En este sentido se ha llamado la atención sobre el hecho de que la larga pendencia de los procesos judiciales acarrea que la cuestión de la cobertura de la responsabilidad civil quede aparcada, mientras se desarrolla la actividad de defensa jurídica del asegurado (TAPIA, A. J., "Las fianzas..." cit., p. 5).

⁴ Por ejemplo, SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., pp. 1254, 1258-1260 y 1262; CALZADA, M. A., *El seguro voluntario...* cit., p. 321, y *El seguro de responsabilidad...* cit., p. 92; GEMENO, J. R., "Los gastos de defensa jurídica en el seguro de responsabilidad civil (El artículo 74 de la Ley 50/1980)", *RDSP*, núm. 4, 2002, pp. 7-8; PERÁN ORTEGA, J., op. cit., pp. 164-165; PICARD, M. y BESSON, A., op. cit., pp. 530-531; y JACOB, N., op. cit., p. 256.

⁵ SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., pp. 1258-1260; REGLERO, L. F., en Reglero y Busto (coord.), *Tratado...* I cit., p. 1515; y CALZADA, M. A., *El seguro voluntario...* cit., pp. 141-144, y *El seguro de responsabilidad civil...* cit., pp. 35-36, para quien la asunción por el asegurador de la defensa del asegurado frente a la reclamación del perjudicado constituye, en último término, una exigencia del principio indemnizatorio.

Por otro lado, téngase presente asimismo que "[E]l artículo 74.2 LCS regula un aspecto concreto del contrato de seguro de responsabilidad civil, de manera que su ámbito subjetivo lo integran las partes del mismo, con exclusión de terceros, como el perjudicado por el siniestro, por más que por éste se alegue la existencia de un eventual conflicto de intereses con la entidad frente a la que se acciona de forma directa, en la medida que dicho conflicto tan solo excepciona la regla general del párrafo primero en favor del asegurado, permitiéndole optar entre el mantenimiento de la dirección jurídica del asegurador o confiar su propia defensa a otra persona, pero no tiene repercusión alguna cuando el destinatario de la dirección jurídica es un tercero ajeno a la relación contractual. El artículo 74 LCS tiene, por tanto, un estricto ámbito de aplicación: la defensa del asegurado a cargo del asegurador, frente a reclamaciones de terceros fundadas en la responsabilidad civil cubierta por el seguro. Es materia ajena al mismo la defensa jurídica del tercero perjudicado, ya accione separadamente contra el asegurado responsable, directamente contra la compañía, o conjuntamente contra ambos" (STS, 1ª, de 27 de octubre de 2010, RJ 2010/7612). Por consiguiente, el resarcimiento de los gastos procesales en que haya incurrido el perjudicado habrá de reconducirse, en su caso, al ámbito de las costas (art. 241 LEC), de modo que su satisfacción, o no, a cargo del asegurador demandado se encontrará vinculada a la existencia de un pronunciamiento condenatorio al pago de aquellas (REGLERO, L. F., en Reglero y Busto [coord.], *Tratado...* I cit., p. 1515). En cambio, en el supuesto de reclamación al asegurado, las costas a cuyo pago pueda ser eventualmente condenado este último son susceptibles de quedar cubiertas, en su caso, como gastos de defensa, en función de lo convenido al efecto, según se expondrá más adelante en este mismo apartado.

⁶ Así, por ejemplo, RONCERO, A., *El seguro...* cit., p. 316; y TAPIA, A. J., "Las fianzas..." cit., p. 5. En la línea expuesta, ha llegado a declararse que "(L)os seguros de responsabilidad civil comportan principalmente una doble prestación a favor del asegurado: el pago de la indemnización en el caso de que se declare la responsabilidad civil del asegurado, y la prestación de defensa jurídica, ya sea asumiéndola directamente la aseguradora o pagando los gastos de los profesionales designados por el asegurado cuando esto fuese procedente" [SAP de Valladolid, Sección 1ª, de 3 junio de 2016, JUR 2016/206469].

⁷ CALZADA, M. A., *El seguro de responsabilidad...* cit., pp. 35-36 y 92, para quien la obligación del asegurador, salvo pacto en contrario, consistente en gestionar la defensa frente a la reclamación del tercero no es una especie de garantía o cobertura adicional a la relativa a la deuda de responsabilidad civil, sino una forma de ejecución de la obligación genérica del asegurador de liberar al asegurado de las consecuencias económicas ligadas a su eventual responsabilidad civil, establecida por el interés general del seguro. Asimismo, ATIENZA, M. L. y EVANGELIO, R., op. cit., p. 833; y MATILLA, R., "Evolución de la normativa aplicable al seguro de responsabilidad civil y sistema de responsabilidad civil", *RGLJ*, núm. 4, 1987, pp. 581-582.

⁸ Así, con diversidad de matices, REGLERO, L. F., en Reglero y Busto (coord.), *Tratado...* I cit., p. 1514; YZQUIERDO, M. y VALLET, J., op. cit., pp. 837-838 y 842-845; ALONSO SOTO, R., en Uría y Menéndez, *Curso de Derecho Mercantil*, II, Civitas, Madrid, 2001, p. 622; RONCERO, A., *El seguro...* cit., pp. 127 y 311; TAPIA, A. J., "Aspectos polémicos..." cit., p. 1003; y OLMOS, A., *El seguro de defensa...* cit., pp. 188-189.

⁹ RONCERO, A., *El seguro...* cit., p. 317, nota 349.

¹⁰ En relación con la transacción, resulta de enorme interés el supuesto enjuiciado por la STS, 1ª, de 5 julio de 2016 (RJ 2016/4069), en el que el asegurado llegó a un acuerdo transaccional con el perjudicado, en el procedimiento judicial en el que este último reclamaba una indemnización de 2.180.561,10 euros, ascendiendo el importe de la transacción alcanzada a 920.000 euros. Semejante circunstancia llevó a afirmar que no había apreciar allanamiento a la demanda, sino una ardua negociación que desembocó en una reducción de lo reclamado en el 57 por 100, así como en la no imposición de costas en el procedimiento entablado contra el asegurado. El documento que sirvió de base, pero no el único, para la negociación fue emitido por un perito judicial; por lo demás, la reducción en lo transaccionado evidenciaba que no todos los conceptos ni todas las cuantías reclamadas fueron aceptadas, si bien en el acuerdo transaccional se expresaba genéricamente la cuantía pactada, sin desglosarla por conceptos. En relación con lo expuesto ha de tenerse especialmente presente que los dos aseguradores rechazaron en su momento la cobertura del siniestro por diversos motivos, por lo que no enviaron perito alguno para su liquidación. A pesar de ello, el asegurado insistió, sin éxito, en que los dos aseguradores lo nombraran y en que estuvieran presentes en una reunión celebrada con el abogado del perjudicado, quien finalmente demandó al asegurado. Ello dio pie a que este último intentara la intervención provocada de los aseguradores, lo que le fue rechazado por el juzgado, y comunicara el proceso a ambas entidades mediante burofax. De todo lo anterior se dedujo, al cabo, la buena fe del asegurado, que dio intervención en todo momento a los aseguradores, para que pudieran peritar los daños, a través de técnico por ellos nombrado, y para que le prestaran la asistencia jurídica precisa ante la reclamación del perjudicado, con lo que habrían podido plantear cuantos óbices hubiesen estimado pertinentes. Ante ello, el asegurado hubo de afrontar con sus propios servicios jurídicos la negociación, sin duda provechosa, dada la reducción antes mencionada en la reclamación, a pesar de asumir la propia responsabilidad sobre la base del informe técnico que le remitió el perjudicado, con el que pactó sin espíritu de liberalidad alguno y sin ánimo de perjudicar a los aseguradores. Nótese, al efecto, que estos pudieron dirigir la gestión del siniestro y la defensa jurídica del mismo, pero optaron por no hacerlo, por lo que las consecuencias de su pasividad no podían imputarlas al asegurado. Por tanto, los aseguradores no podían pretender impugnar

determinados conceptos, por entender que estaban excluidos de la cobertura del seguro, pues el importe de la transacción no se desglosó, al formar parte de una negociación de múltiples conceptos y cuantías, habiéndose considerado que su indeterminación en las partidas era perfectamente legítima. Esa diferenciación de conceptos, que los aseguradores entendían que hubo de hacerse, pudo haberse efectuado si hubiesen intervenido en la gestión de la reclamación del perjudicado contra el asegurado o, al menos, si hubiesen prestado la asistencia jurídica requerida, pero nada de ello hicieron, por lo que debían aceptar las consecuencias de su propia postura ante el siniestro, máxime cuando no constaba indicio alguno de mala fe por parte del asegurado. En resumen, la pasividad de los aseguradores en la gestión del siniestro solo podía perjudicar a ellos mismos, no pudiendo obtener rédito de su inactividad. Por tanto, se terminó condenando a los coaseguradores, en proporción a sus respectivas cuotas, a reintegrar al asegurado las sumas satisfechas por causa del siniestro, con deducción de la franquicia convenida y el incremento de los intereses de demora (art. 20 LCS).

En relación con la cuestión que constituye el objeto principal del presente estudio es importante destacar que, con carácter principal, el asegurado reclamó a su asegurador el pago de la suma total de 973.212 euros, de los cuales 920.000 euros correspondían a la indemnización abonada al perjudicado mediante acuerdo transaccional, y los restantes 53.212 euros a los gastos por honorarios de peritos, abogados, y derechos y suplidos de la procuradora, ya que las pólizas concertadas cubrían la defensa jurídica frente a la reclamación del perjudicado (v. SAP de Madrid, Sección 11ª, de 30 de junio de 2014, JUR 2014/232238, cuyo pronunciamiento fue mantenido por la sentencia de casación, con la salvedad de que se estimó procedente la minoración de la mencionada cantidad global mediante la aplicación de la franquicia convenida, que ascendía a 35.000 euros; así pues, finalmente se condenó a los coaseguradores demandados, en proporción a sus respectivas cuotas, a satisfacer la cantidad global de 943.212 euros al asegurado, incrementada con los intereses moratorios del artículo 20 LCS, cuyo devengo alcanzaba igualmente los gastos de defensa sufragados por el asegurado).

¹¹ SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., pp. 1254-1260; CALZADA, M. A., *El seguro voluntario...* cit., pp. 141-143, y *El seguro de responsabilidad civil...* cit., pp. 34-36; REGLERO, L. F., en Reglero y Busto (coord.), *Tratado...* I cit., p. 1516; IRIBARREN, M., *El seguro...* cit., p. 264; y RONCERO, A., *El seguro...* cit., p. 318.

¹² SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., p. 1259; y ATIENZA, M. L. y EVANGELIO, R., op. cit., p. 832.

¹³ SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., p. 1258; CALZADA, M. A., *El seguro voluntario...* cit., pp. 332-335; PERÁN ORTEGA, J., op. cit., p. 172; y TAPIA, A. J., "Las fianzas..." cit., p. 25. Los condicionados al uso suelen establecer que el asegurador deberá comunicar al asegurado que considera improcedente la interposición del recurso para que sea el propio asegurado quien, en su caso, lo interponga, corriendo con los correspondientes gastos y costas; de obtenerse una resolución favorable, tras el recurso presentado por el asegurado, el asegurador habrá de reembolsarle los gastos ocasionados hasta el límite de la economía lograda.

¹⁴ SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., pp. 1256-1258; SOTOMAYOR, J. M., "La dirección jurídica del asegurado en el seguro de responsabilidad civil", en Verdera (ed.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*", I, CUNEF, Zaragoza, 1982, p. 947; RONCERO, A., *El seguro...* cit., pp. 311-312; y PERÁN ORTEGA, J., op. cit., p. 165.

¹⁵ RONCERO, A., *El seguro...* cit., p. 314; IRIBARREN, M., *El seguro...* cit. p. 279; y TAPIA, A. J., "Aspectos polémicos..." cit., p. 1003; en relación con el seguro de defensa jurídica, OLMOS, A., *El seguro de defensa...* cit., pp. 171-172.

¹⁶ SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., p. 1262; PERÁN ORTEGA, J., op. cit., p. 173; RONCERO, A., *El seguro...* cit., p. 323; TAPIA, A. J., "Las fianzas..."

cit., p. 24; y REGLERO, L. F., en Reglero y Busto (coord.), *Tratado... I* cit., p. 1515. Sin embargo, en alguna ocasión ha llegado a rechazarse la cobertura de los conceptos relativos a trabajos de expertos o peritos concernientes a la determinación de la causa del daño, so pretexto de que el artículo 74 LCS no cobija los extremos expresados, sino únicamente la dirección jurídica [STS, 1ª, de 22 de diciembre de 2010, RJ 2011/1559].

La cobertura de los gastos de defensa ocasionados por las reclamaciones extrajudiciales adquiere una especial relevancia en los casos en que la responsabilidad civil de los asegurados suele resolverse al margen de los tribunales, como sucede destacadamente con la de administradores y directivos, a fin de evitar el conocimiento público de la reclamación y de mantener la reputación de las personas implicadas (RONCERO, A., *El seguro... cit.*, p. 322).

¹⁷ Sobre el tema, SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro... cit.*, pp. 1262-1264; CALZADA, M. A., *El seguro voluntario... cit.*, pp. 341-342; RONCERO, A., *El seguro... cit.*, pp. 312-313; IRIBARREN, M., *El seguro... cit.* pp. 293-294; y PERÁN ORTEGA, J., op. cit., pp. 167-170 (v., asimismo, SAP de Burgos, Sección 2ª, de 19 de diciembre de 2002, JUR 2003/43872).

En relación con la cuestión examinada, resulta relativamente frecuente que se contemple en la póliza el anticipo de los gastos de defensa incurridos, supeditado usualmente al previo consentimiento por escrito del asegurador, si bien se autoriza al asegurado, por lo común, para realizar los gastos de emergencia precisos ordenados a su propia defensa, habiendo de solicitar en tal caso *a posteriori*, en un determinado plazo, la autorización del asegurador requerida al efecto como regla general. A todo ello suele añadirse la obligación de reembolso por parte del asegurado de los gastos de defensa pagados por el asegurador, si finalmente se demostrara que la reclamación no estaba cubierta. Naturalmente, por más que no acostumbre a contemplarse de forma explícita, el asegurado tendrá derecho a reclamar del asegurador, hasta el límite convenido, el reembolso de los gastos de defensa que haya tenido que soportar como consecuencia de una negativa injustificada del asegurador a su anticipo (sobre el tema, TAPIA, A. J., "Las fianzas..." cit., pp. 23-27, y RONCERO, A., *El seguro... cit.*, pp. 314-315).

¹⁸ Así, la SAP de Madrid, Sección 21ª, de 11 de noviembre de 2011 (AC 2012/118), señala que cabe convenir que el asegurado contribuya a los gastos de la dirección jurídica de modo proporcional a su responsabilidad.

¹⁹ SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro... cit.*, pp. 1266-1271; GARRIGUES, J., op. cit., pp. 378-379; CALZADA, M. A., *El seguro de responsabilidad civil... cit.*, pp. 111-115; y TAPIA, A. J., "Las fianzas..." cit., pp. 25-26; con dudas, respecto de la vigencia del deber del asegurado de no reconocer su responsabilidad, REGLERO, L. F., en Reglero y Busto (coord.), *Tratado... I* cit., p. 1516; y PERÁN ORTEGA, J., op. cit., p. 219. La propia naturaleza del deber de colaboración examinado también ha suscitado discrepancias en la doctrina: así, mientras un sector considera que conecta con el deber de salvamento o de disminución de las consecuencias del siniestro común a todo asegurado, sin dejar de reconocer que posee unos matices especiales (SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero [dir.], *Ley de Contrato de Seguro... cit.*, p. 1267; y REGLERO, L. F., en Reglero y Busto [coord.], *Tratado... I* cit., p. 1516), otra línea de pensamiento entiende que la actividad de defensa no es realmente una operación de salvamento (CALZADA, M. A., *El seguro de responsabilidad civil... cit.*, pp. 36-37). En fin, ha llegado a indicarse que la obligación de colaborar con el asegurador no es disponible, pues queda fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes (SAP de Madrid, Sección 21ª, de 11 de noviembre de 2011, AC 2012/118).

²⁰ SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro... cit.*, pp. 1264-1265. Todo pacto en contrario a la asunción de la dirección jurídica del asegurador frente a la reclamación del perjudicado habrá de reputarse constitutivo de una cláusula limitativa de los derechos del asegurado, sujeta a los requisitos de inclusión previstos para este tipo de condiciones (art. 3 LCS; así, CALZADA, M. A., *El seguro de responsabilidad civil... cit.*, pp. 93-94; y REGLERO,

L. F., en Reglero y Busto [coord.], *Tratado... I cit.*, p. 1513). Por lo demás, el planteamiento seguido en la ordenación de la materia ha sido severamente criticado por un autorizado sector de la doctrina, para quien la gestión de la defensa jurídica debería estar comprendida en todo caso dentro de la cobertura del seguro de responsabilidad civil, fundamentalmente en razón de las propias exigencias del principio indemnizatorio, ya que ello redundaría en la mayor garantía de que el pago de las indemnizaciones obedeciera a reclamaciones realmente fundadas [CALZADA, M. A., *El seguro voluntario... cit.*, pp. 146-147].

²¹ SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro... cit.*, pp. 1272-1277; CALZADA, M. A., *El seguro voluntario... cit.*, pp. 326-336, y *El seguro de responsabilidad civil... cit.*, pp. 97-101; REGLERO, L. F., en Reglero y Busto (coord.), *Tratado... I cit.*, p. 1517; PERÁN ORTEGA, J., op. cit., pp. 171-172; y SOTOMAYOR, J. M., op. cit., pp. 952-953.

²² En relación con lo apuntado en el texto, debe tenerse presente que, con carácter general, el asegurador puede resultar obligado a indemnizar al asegurado los daños y perjuicios causados como consecuencia de una negligente gestión de la defensa jurídica (ex art. 1101 CC); sobre el tema, SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro... cit.*, pp. 1278-1280; y CALZADA, M. A., *El seguro voluntario... cit.*, pp. 336-337, y *El seguro de responsabilidad civil... cit.*, pp. 101-102.

²³ En el ámbito de la disciplina de control, la defensa jurídica constituye un ramo diferenciado (el número 17), dentro de los ramos de seguro distintos del seguro de vida y riesgos accesorios. A tal efecto, en el aludido régimen público se señala lo siguiente: "*Las entidades aseguradoras habrán de optar por alguna de las siguientes modalidades de gestión:*

- a) *Confiar la gestión de los siniestros del ramo de defensa jurídica a una entidad jurídicamente distinta, que habrá de mencionarse en el contrato. Si dicha entidad se hallase vinculada a otra que practique algún ramo de seguro distinto del de vida, los miembros del personal de la primera que se ocupen de la gestión de siniestros o del asesoramiento jurídico relativo a dicha gestión no podrán ejercer simultáneamente la misma o parecida actividad en la segunda. Tampoco podrán ser comunes las personas que desempeñen cargos de dirección de ambas entidades.*
- b) *Garantizar en el contrato de seguro que ningún miembro del personal que se ocupe de la gestión de asesoramiento jurídico relativo a dicha gestión ejerza al tiempo una actividad parecida en otro ramo si la entidad aseguradora opera en varios o para otra entidad que opere en algún ramo distinto del de vida y que tenga con la aseguradora de defensa jurídica vínculos financieros, comerciales o administrativos con independencia de que esté o no especializada en dicho ramo.*
- c) *Prever en el contrato el derecho del asegurado a confiar la defensa de sus intereses, a partir del momento en que tenga derecho a reclamar la intervención del asegurador según lo dispuesto en la póliza, a un abogado de su elección" (Anexo A.17 LOSSEAR; sobre el tema, OLMOS, A., "La disposición adicional tercera de la LOSSP: modalidades de gestión de siniestros entre las que deben optar las entidades aseguradoras que operen en el ramo de defensa jurídica", en AA. VV., *Estudios y comentarios sobre la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados*, Fundación MAPFRE, Madrid, 1997, pp. 361-380).*

²⁴ RONCERO, A., *El seguro... cit.*, p. 80; CALZADA, M. A., *El seguro voluntario... cit.*, p. 227, nota 25; GARRIGUES, J., op. cit., p. 458; y TAPIA, A. J., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro... cit.*, pp. 1370 (v., asimismo, SAP de Valladolid, Sección 1ª, de 3 junio de 2016, JUR 2016/206469).

²⁵ Téngase en cuenta, al efecto, que resulta relativamente frecuente que el seguro de defensa jurídica conviva en una misma póliza con la cobertura del riesgo de responsabilidad civil del asegurado (TAPIA, A. J., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro... cit.*, 1438-1439; OLMOS, A., *El seguro de defensa... cit.*, pp. 187-189; YZQUIERDO, M. y VALLET, J., op. cit., p. 844; y RONCERO, A., *El seguro... cit.*, pp. 82-84; v., asimismo, STS, 1ª, de 9 de mayo de 2006, RJ 2006/2345, donde se indica que normalmente el seguro de defensa jurídica estará yuxtapuesto al de responsabilidad civil). A lo que debe añadirse el elocuente dato, como muestra de la estrecha interrelación

existente entre ambas clases de seguro, de que el nacimiento mismo del seguro de protección o defensa jurídica obedeció a una desviación del seguro de responsabilidad civil para suplir sus deficiencias y limitaciones: así, mientras una línea de pensamiento pone el acento, como principal razón del desarrollo del seguro de defensa jurídica, en la protección del asegurado, especialmente en el caso de la existencia de un conflicto de intereses con el asegurador (OLIVENCIA, M., "El seguro de protección jurídica: del pasado al futuro", *RES*, núm. 27, 1981, p. 268, y "Seguros de caución..." cit., p. 902), otra orientación señala, en cambio, que su origen debe situarse en el ámbito de los seguros de responsabilidad civil automovilística, ligado al propósito de establecer un mecanismo que permitiera a los propietarios y conductores de vehículos a motor reclamar los daños que ellos mismos o sus vehículos pudieran sufrir por culpa de un tercero, así como defenderse de las multas y sanciones que se les impusieran con ocasión de la conducción de tales vehículos (OLMOS, A., "Las lagunas de la regulación del seguro de defensa jurídica en la Ley de Contrato de Seguro", *RES*, núms. 124-125, 2005, pp. 728-729). En fin, ha de dejarse constancia de que, en ocasiones, la falta de claridad en la redacción de algunas condiciones de la defensa jurídica accesoria a los seguros de responsabilidad civil, especialmente en el caso de los referidos a administradores y directivos, ha llevado a ciertos juzgados y tribunales a considerar que se está ante un seguro adicional de defensa jurídica (TAPIA, A. J., "Las fianzas..." cit., p. 13; sobre el tema, VICIANO, J., en Boquera, Bataller y Olavarría [dir.], *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 937-938).

²⁶ SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., pp. 1265-1266; TAPIA, A. J., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., p. 1445, y "Aspectos polémicos..." cit., pp. 1007-1008; OLMOS, A., *El seguro de defensa...* cit., pp. 325-327, y "La libre elección de abogado y procurador en el seguro de defensa jurídica", *RES*, núm. 92, 1997, p. 114, nota 4; LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., "Defensa jurídica. Libre designación de abogado. Límites cuantitativos. Arbitraje", *RAAERCS*, núm. 49, 2014, p. 42; GARCÍA GONZÁLEZ, C., "El seguro de defensa jurídica ante la reforma de la Justicia y de la Ley de Contrato de Seguro", *RES*, núm. 156, 2013, pp. 591-592, y "El Seguro de Defensa Jurídica más allá de un seguro «complementario» al seguro de circulación de vehículos a motor", *ArCiv*, núm. 3, 2009, pp. 2752-2753; YZQUIERDO, M. y VALLET, J., op. cit., pp. 843-844; RONCERO, A., *El seguro...* cit., p. 81, nota 132; VICIANO, J., op. cit., p. 937; ATIENZA, M. L. y EVANGELIO, R., op. cit., p. 835; y REGLERO, L. F., en Reglero y Busto (coord.), *Tratado...* I cit., p. 1514. Así, el undécimo Considerando de la Directiva 87/344/CEE del Consejo de 22 de junio de 1987 sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica (incorporada a nuestro Ordenamiento jurídico por medio de la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, cuyo artículo 6 introdujo la Sección 9ª del Título II de la LCS, integrada por los artículos 76 a) a 76 g) LCS), señala lo siguiente: "(...) el interés del asegurado en defensa jurídica implica que este último pueda elegir por sí mismo su abogado o cualquier otra persona que tenga las cualificaciones admitidas por la legislación nacional en el marco de cualquier procedimiento judicial o administrativo y cada vez que surja un conflicto de intereses".

En la línea indicada, en alguna ocasión ha llegado a señalarse que un criterio claro para distinguir entre una y otra modalidad de seguro "(...) se da cuando se puede contraponer la definición positiva de defensa jurídica y la libre elección de abogado a la definición negativa en el seguro de responsabilidad civil, donde la libre elección de abogado sólo se produce cuando existe contraposición de intereses" (STS, 1ª, de 9 de mayo de 2006, RJ 2006/2345; v. asimismo, STS, 1ª, de 31 enero de 2008, RJ 2008/1305). Con todo, no puede pasarse por alto que el carácter dispositivo de la regulación de la defensa jurídica del asegurado frente a la reclamación del perjudicado en el seguro de responsabilidad civil permite que dicha prestación pueda quedar no sólo convencionalmente excluida, sino también dotada de contenido propio: así, concediendo unos específicos derechos al asegurado, como pueden ser los de libre designación de abogado y procurador, que han de quedar incluidos en el ámbito de los gastos de defensa jurídica (SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 23 junio de 2000, AC 2000/1420). En suma, la diferencia apuntada puede no ser tal en la práctica, ya

que las partes en el seguro de responsabilidad civil y en relación con la asistencia jurídica, tienen la posibilidad de pactar la elección por el asegurado del procurador y del letrado que hayan de asistirle (SAP de Madrid, Sección 21ª, de 11 de noviembre de 2011, AC 2012/118; TAPIA, A. J., “Las fianzas...” cit., p. 23; y VELASCO, J. C., “El Seguro de Defensa Jurídica: problemas doctrinales e interpretativos actuales”, *La Ley*, 2015, p. 1610).

Por lo demás, debe tenerse presente que, en el caso de estimarse concertado un seguro de defensa jurídica y otro de responsabilidad civil para el mismo asegurado, sus respectivos límites de cobertura operarán de forma independiente (STS, 1ª, de 7 de abril de 2009, RJ 2009/2808).

²⁷ TAPIA, A. J., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., pp. 1366 y 1472-1474, y “Aspectos polémicos...” cit., pp. 1006-1007; YZQUIERDO, M. y VALLET, J., op. cit., p. 844; REGLERO, L. F., en Reglero y Busto (coord.), *Tratado...* I cit., p. 1514; y RONCERO, A., *El seguro...* cit., p. 81, nota 132. En este sentido, se ha señalado que “[...] el seguro de responsabilidad civil se rige, en lo que respecta a la defensa del asegurado que incurre en responsabilidad civil frente a terceros, como es el caso, por el régimen establecido en el artículo 74 LCS, que atribuye al asegurador la simple dirección jurídica del asegurado [lo que la doctrina menor ha denominado en ocasiones como “defensa estricta”] frente a la reclamación del perjudicado, siendo de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen. Por el contrario y a diferencia del régimen establecido en el artículo 74 LCS, el seguro de defensa jurídica en sentido estricto obliga al asegurador, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a hacerse cargo de los gastos en que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo Judicial o Arbitral, y a prestarle los servicios de asistencia jurídica judicial y extrajudicial derivados de la cobertura del seguro —artículo 76 a) LCS—, teniendo derecho dicho asegurado a elegir libremente el procurador y abogado que hayan de representar y defenderle en cualquier clase de procedimiento artículo 76 d) LCS” (STS, 1ª, de 27 octubre de 2010, RJ 2010/7612; asimismo, entre otras, SAP de Huesca de 26 abril 1994, AC 1994/722, y SAP de Madrid, Sección 21ª, de 11 de noviembre de 2011, AC 2012/118).

²⁸ TAPIA, A. J., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., p. 1474; REGLERO, L. F., en Reglero y Busto (coord.), *Tratado...* I cit., p. 1515; OLMOS, A., *El seguro de defensa...* cit., p. 93, y “Las lagunas...” cit., pp. 729-731; y RONCERO, A., *El seguro...* cit., p. 81. En el sentido indicado, v. el Considerando sexto de la Directiva 87/344/CEE del Consejo de 22 de junio de 1987 sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica, donde se señala lo siguiente: “[...] procede excluir igualmente del ámbito de aplicación de la presente Directiva la actividad de un asegurador que presta unos servicios o se hace cargo de los gastos vinculados a un contrato de responsabilidad civil, en la medida en que dicha actividad se ejerza al mismo tiempo en su interés con arreglo a dicha cobertura”.

²⁹ TAPIA, A. J., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., p. 1474; RONCERO, A., *El seguro...* cit., p. 80; y OLMOS, A., *El seguro de defensa...* cit., p. 181, aunque se ha llamado la atención sobre la circunstancia de que, en un determinado extremo, la cobertura del riesgo de defensa jurídica es más amplia en el seguro de responsabilidad civil que en el seguro de defensa jurídica, pues el primero comprende no sólo las reclamaciones judiciales, sino también las extrajudiciales o prejudiciales, a diferencia del segundo, que no abarca de suyo las últimamente reseñadas (sin perjuicio de la licitud de la extensión convencional de la cobertura a la defensa jurídica precisada en los mencionados ámbitos; RONCERO, A., *El seguro...* cit., p. 81, nota 132; TAPIA, A. J., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., p. 1415; OLMOS, A., *El seguro de defensa...* cit., pp. 237-240; y LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J., op. cit., pp. 59-61).

Incluso la evolución experimentada en la configuración del seguro de responsabilidad civil, que fue tratada con anterioridad (v. *supra* capítulo segundo, II.1), ha sido traída a colación a la hora de diferenciar las modalidades de seguro confrontadas, al señalarse que la función social de protección a los terceros perjudicados que cumple el seguro de responsabilidad civil no se da en el seguro de defensa jurídica (SAP de Madrid, Sección 21ª, de 23 de abril de 2011, AC 2012/228; y TAPIA, A. J., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., p. 1370).

³⁰ TAPIA, A. J., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., pp. 1437-1441; OLMOS, A., *El seguro de defensa...* cit., pp. 188-189; GARCÍA GONZÁLEZ, C., op. cit., p. 592; e YZQUIERDO, M. y VALLET, J., op. cit., p. 844.

³¹ TAPIA, A. J., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., pp. 1439-1440, y "Aspectos polémicos..." cit., p. 1005; YZQUIERDO, M. y VALLET, J., op. cit., p. 853; y LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J., op. cit., pp. 47-50.

³² YZQUIERDO, M. y VALLET, J., op. cit., p. 853: En relación con la *vexata quaestio* del carácter consensual o formal del contrato de seguro, generadora de una abundante literatura, puede verse, a modo de síntesis, LA CASA, R., "Carácter consensual del contrato de seguro y control administrativo sobre las pólizas (Reflexiones al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 27 de diciembre de 2000)", en de Angulo y Camacho (coord.), *Cuestiones actuales de Derecho de Seguros (Actas de las Primeras Jornadas de la Asociación Sainz de Andino)*, Atelier, Granada, 2002, pp. 83-96.

³³ TAPIA, A. J., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., p. 1439. Por su parte, en el campo del régimen público de control pudiera darse el caso de la celebración de un contrato de seguro de defensa jurídica por una entidad aseguradora no autorizada para operar en el mencionado ramo (sobre la cuestión, TAPIA, A. J., "Aspectos polémicos..." cit., p. 1003). En tal supuesto será de aplicación la previsión que establece la nulidad de pleno Derecho de los contratos de seguro celebrados por entidad no autorizada, cuya autorización administrativa haya sido revocada, o que transgredan los límites de la autorización administrativa concedida (art. 24.1 LOSSEAR). Quien hubiera contratado con ella no estará obligado a cumplir su obligación de pago de la prima y tendrá derecho a la devolución de la prima pagada, salvo que, con anterioridad, haya tenido lugar un siniestro. Si antes de tal devolución acaece un siniestro, amparado por el contrato si hubiera sido válido, la entidad que lo hubiese celebrado estará obligada a satisfacer una indemnización cuya cuantía se fijará con arreglo a las normas que rigen el pago de la prestación conforme al contrato de seguro, sin perjuicio del deber de indemnizar los restantes daños y perjuicios que hubiera podido ocasionar. Esta obligación será solidaria entre la entidad y quienes, desempeñando en la misma cargos de administración o dirección, hubieren autorizado o permitido la celebración de tales contratos u operaciones, todo ello sin perjuicio de la infracción administrativa en la que hubieran podido incurrir tanto la entidad como los mencionados administradores o directores (art. 24.2 LOSSEAR, en relación con lo previsto en los arts. 194.6 y 195.5 LOSSEAR).

³⁴ Así, VICIANO, J., op. cit., pp. 901-902, para quien se trataría de una nulidad *sui generis*, que no podría ser invocada por el asegurador, en cuanto responsable de la falta de formalización del contrato del modo legalmente previsto.

³⁵ En el sentido indicado, v. el Considerando undécimo de la Directiva 87/344/CEE del Consejo de 22 de junio de 1987 sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica, y TAPIA, A. J., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., p. 1437.

³⁶ Curiosamente, la expuesta es también la conclusión, insinuada en un lugar distinto del que trata la cuestión examinada en el texto, de los propios YZQUIERDO, M. y VALLET, J., op. cit., pp. 844-845; en el mismo sentido, SAP de Madrid, Sección 21ª, de 23 de abril de 2011 (AC 2012/228), y VELASCO, J. C., op. cit., p. 1611.

³⁷ Así, por ejemplo, SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., pp. 1260-1261; CALZADA, M. A., *El seguro voluntario...* cit., pp. 324-325; SOTOMAYOR, J. M., op. cit., p. 949; OLMOS, A., "Las lagunas..." cit., pp. 728-729, y en AA. VV., "Comentario al Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro de junio de 2010", *RES*, núms. 143-144, 2010, p. 843; REGLERO, L. F., en Reglero y Busto (coord.), *Tratado...* I cit., p. 1515; RONCERO, A., *El seguro...* cit., p. 312; ATIENZA, M. L. y EVANGELIO, R., op. cit., p. 832; GEMENO, J. R., op. cit., p. 16; y PERÁN ORTEGA,

J., op. cit., pp. 166-167. No parece que pueda invocarse en sentido contrario la SAP de Sevilla, Sección 8ª, de 25 de enero de 2010 (AC 2010/461), porque su afirmación genérica de que la cobertura del seguro de responsabilidad civil alcanza a los gastos de defensa ocasionados por las reclamaciones, incluso penales, puede considerarse referida perfectamente a los supuestos en que la responsabilidad civil se ventila en un procedimiento criminal.

³⁸ Aunque la responsabilidad administrativa no sea asegurable por razones de orden público (v. *supra*, capítulo segundo, l.1), sí puede serlo, en cambio, el riesgo de defensa jurídica que se materializa con la iniciación del correspondiente procedimiento de naturaleza sancionadora seguido contra el asegurado, en cuanto persona presuntamente responsable de la comisión de una infracción administrativa (TAPIA, A. J., "Las fianzas..." cit., p. 23; e YZQUIERDO, M. y VALLET, J., op. cit., p. 849; sobre el tema, SAP de Pontevedra, Sección 6ª, de 30 de julio de 2015, JUR 2015/214917; y SAP de Valladolid, Sección 1ª, de 3 de junio de 2016, JUR 2016/206469). Por lo demás, la separación entre la responsabilidad civil y la administrativa se evidencia en la previsión por cuya virtud "(L)as responsabilidades administrativas que se deriven de la comisión de una infracción serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados, que será determinada y exigida por el órgano al que corresponda el ejercicio de la potestad sancionadora. De no satisfacerse la indemnización en el plazo que al efecto se determine en función de su cuantía, se procederá en la forma prevista en el artículo 101 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas" (art. 28.2 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

³⁹ REGLERO, L. F., en Reglero y Busto (coord.), *Tratado...* l cit., p. 1515; OLIVENCIA, M., "El seguro de protección..." cit., p. 269; SOTOMAYOR, J. M., op. cit., pp. 949-950 y 952-953; GEMENO, J. R., op. cit., p. 17; PICARD, M. y BESSON, A., op. cit., pp. 546-547; y JACOB, N., op. cit., pp. 263-265.

Con todo, no cabe desconocer los complejos problemas interpretativos que pueden derivarse del planteamiento expuesto; así, como elocuente muestra, cabe reseñar el supuesto enjuiciado por la STS, 1ª, de 19 de febrero de 2016 (RJ 2016/737). Los hechos que dieron lugar al litigio fueron, en esencia, los siguientes, a saber: el asegurado, mientras ayudaba a determinadas personas en las tareas de carga de leña de un aprovechamiento leñoso existente en un monte de utilidad pública, causó con su tractor determinados daños a una persona al golpearla con la pala del vehículo, que el asegurador entendió no cubiertos por el seguro de responsabilidad civil de vehículos a motor, so pretexto de no tratarse de un hecho de la circulación. La circunstancia apuntada determinó que el asegurado hubiera de asumir, a su costa, su propia defensa en el consiguiente juicio penal de faltas seguido contra el mismo por las lesiones causadas. Con posterioridad a ello, formuló demanda contra el asegurador a fin de obtener el reintegro de la cantidad que tuvo que abonar en concepto de minuta de abogado (7.535,25 euros), por considerar que el seguro concertado incluía la cobertura de su defensa jurídica. La sentencia de primera instancia estimó la demanda del asegurado, mas reduciendo notablemente el importe de la minuta a reembolsar [únicamente 532,40 euros], al excluir de la misma la partida correspondiente a la responsabilidad penal del acusado. En este sentido, el juzgador entendió que en el juicio de faltas no se ejerció realmente frente al asegurado una reclamación de responsabilidad civil, por lo que no cabía incluir el concepto de defensa frente a la exigencia de la aludida responsabilidad contemplado en la factura girada por el letrado (SJPI de Salas de los Infantes de 27 de septiembre de 2103, Procedimiento Ordinario nº 398/12). En cambio, la sentencia de apelación resolvió lo siguiente: "No consta que los perjudicados por el accidente renunciaran a la acción civil. En esa situación la condena en el juicio de faltas de don Millán hubiera supuesto la declaración de su responsabilidad civil, por lo que estaba justificada la defensa de la falta de responsabilidad que hizo su letrado, también en vía civil. La defensa era si cabe más necesaria desde el momento en que la compañía de seguros defendía en ese juicio su falta de legitimación por no tratarse de un hecho de la circulación, en cuyo caso, de haber prosperado la alegación de la compañía, el Sr. Millán se hubiera quedado como único responsable. No hay motivos por lo tanto para reducir la minuta del Letrado, y al no haberse alegado otro

motivo para la reducción de la minuta más que este de la falta de defensa de la responsabilidad civil, no puede calificarse de excesiva” (SAP de Burgos, Sección 3ª, de 24 enero de 2014, JUR 2014/67148). Sin embargo, la Audiencia terminó estimando el recurso de apelación del asegurador al considerar que el daño no tenía su origen en un hecho de la circulación. Así, tras una serie de razonamientos en el sentido indicado, concluyó que “(D)e todo ello se infiere que el accidente carecía de cobertura por la póliza de seguro obligatorio, y que en consecuencia tampoco la compañía estaba obligada a prestar la defensa jurídica asociada a ese seguro, pues lo que se contrató no fue un seguro de defensa jurídica independiente del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, sino la defensa jurídica del artículo 74, asociada al seguro de responsabilidad civil, pero siempre que el seguro de responsabilidad civil tenga cobertura”. Finalmente, el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación del asegurado por entender que la sentencia de apelación incurrió en el vicio de incongruencia. En este sentido señaló que había dos cuestiones que la Audiencia Provincial no podía modificar cuando conoció del litigio en apelación, por haber sido resueltas con carácter de firmeza al no haberse recurrido por la aseguradora: la primera, que el siniestro debía calificarse como hecho de la circulación; y la segunda, que como tal se encontraba integrado dentro de la póliza de seguro. Sobre la base de lo anterior, el Tribunal Supremo acabó declarando que en el juicio de faltas previo no solo se había ejercitado la acción penal (como se consideró por el juzgado), sino que también se había planteado la acción civil contra el asegurado (aunque, en un error manifiesto, el Tribunal Supremo indica que fue dicho sujeto el que ejerció las mencionadas acciones, cuando realmente era el legitimado pasivo), y precisamente para defenderse de ello estuvo personado el asegurador, contra el que se ejercitó la acción directa. Por todo ello, el Tribunal Supremo finalizó estimando íntegramente la demanda y condenó al asegurador a abonar al asegurado la cantidad de 7.535,25 euros, más los intereses legales solicitados, al estar incluida la cobertura en las condiciones generales de la póliza, en la que se comprendía la defensa por faltas (en la actualidad despenalizadas por medio de la LO 1/2015, de 30 de marzo, aunque muchas de aquellas conductas han pasado a encontrarse tipificadas como delitos leves),

⁴⁰ En cambio, el problema examinado no se suscitaría cuando el perjudicado hubiera renunciado o se hubiera reservado el ejercicio de la acción civil (arts. 107, 108, 110, 111 y 112 LECrim y 109.2 CP), supuesto que en ambos casos el procedimiento penal únicamente daría lugar a pronunciamientos de la expresada naturaleza. Con todo, no cabe desconocer que, en la segunda de las hipótesis propuestas, el resultado de hechos probados de la sentencia penal vinculará en cuanto a la existencia del hecho (lo que podría revestir capital importancia en relación con la eventual responsabilidad civil del asegurado, en el caso de que aún no hubiera sido determinada), aunque no prejuzgará si ese hecho tiene otras valoraciones jurídicas cuya calificación y efectos hubieran de ser apreciados por tribunales de otro orden jurisdiccional (art.10.2 LOPJ y 114 LECRIM). Naturalmente, ningún inconveniente de la índole del apuntado llegaría a originarse cuando las actuaciones penales frente al asegurado se desarrollasen una vez saldada su deuda de responsabilidad civil por el asegurador.

⁴¹ Entre otros, SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro... cit.*, pp. 1260-1261; CALZADA, M. A., *El seguro voluntario... cit.*, pp. 324-325, y *El seguro de responsabilidad civil... cit.*, p. 96; SOTOMAYOR, J. M., *op. cit.*, pp. 949-952; PERÁN ORTEGA, J., *op. cit.*, p. 166; PICARD, M. y BESSON, A., *op. cit.*, pp. 546-547; y JACOB, N., *op. cit.*, p. 263. En la línea indicada se ha tenido ocasión de señalar, en relación con lo previsto en el artículo 74 LCS, que contempla la “(A)sistencia jurídica o dirección jurídica del asegurador limitada a los supuestos en los que reclama extrajudicialmente o judicialmente en la vía civil contra el asegurado, no cuando la acción es penal. Y ello porque el reproche penal da lugar a una indemnización, pero también a penas que llevan a considerar que la defensa del asegurado por sí mismo se convierte en un derecho irrenunciable con carácter general y apriorístico; esto sin embargo no significa que el asegurado no pueda confiar su defensa a la compañía aseguradora sino solo que ésta no será la regla general aplicable, salvo pacto en contrario; y será preciso el acuerdo para que el asegurador asuma la dirección jurídica en las

reclamaciones entabladas en la vía penal" (SAP de Madrid, Sección 21, de 11 de noviembre de 2011, AC 2012/118).

Nótese al respecto, a mayor abundamiento, que en fecha reciente se ha incidido especialmente (por medio de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica), entre otros extremos, en el reforzamiento de la garantía de determinados aspectos fundamentales de la defensa en el proceso penal (por causa de la exigencia de transposición en el Ordenamiento interno de la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad). Así, ha venido a reconocerse de forma clara y precisa que toda persona a la que se atribuya la comisión de un acto punible podrá ejercitar su derecho de defensa, sin más limitaciones que las previstas en la ley, fijándose como marco temporal para el ejercicio de este derecho desde la referida atribución del hecho punible investigado, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, hasta la misma extinción de la pena. Dicho derecho genérico comprende, entre otros, el de actuar en el proceso penal para ejercer su derecho de defensa de acuerdo con lo dispuesto en la ley y el de designar libremente abogado (v. art. 118 LECrim, en la redacción dada por la antedicha LO 13/2015).

Por otro lado, la superación en nuestro Ordenamiento del antiguo dogma *societas delinquere non potest*, mediante el relativamente reciente reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (por medio de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal; v., en la actualidad, arts. 31 *bis*, *ter*, *quater* y *quinquies* CP), lleva a plantear si las consideraciones efectuadas respecto del derecho de defensa en el ámbito penal, que han tenido tradicionalmente como referente natural a las personas físicas, son igualmente trasladables a las personas morales. A tal propósito cabe señalar que, aunque nuestra Carta Magna no contiene previsión alguna por cuya virtud los derechos fundamentales rijan también para las personas jurídicas españolas, lo cierto es que el Tribunal Constitucional ha admitido en numerosas ocasiones que las personas jurídicas son igualmente titulares de derechos fundamentales. Así, a título meramente ilustrativo, ha tenido oportunidad de señalar que los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en la medida en que, por su naturaleza, resulten aplicables a ellas (STC 23/1989, de 2 de febrero). Nótese, por lo demás, que la regulación legal atribuye el derecho de defensa a toda persona, sin distinción alguna (v., especialmente, art. 118 LECrim). En razón de todo lo expuesto, el planteamiento propuesto sobre la defensa penal ha de entenderse referido a cualquier clase de asegurado, sea persona física o jurídica.

⁴² SOTOMAYOR, J. M., op. cit., p. 949; en sentido contrario, CALZADA, M. A., *El seguro de responsabilidad civil...* cit., p. 96, para quien, si el asegurado gestiona su propia defensa en el procedimiento penal seguido a causa de un hecho del que pueda derivar la responsabilidad civil específica cubierta en la póliza, el asegurador estará obligado a asumir los gastos correspondientes (v. SAP de León, Sección 2ª, de 21 de abril de 1998, AC 1998/672).

En ocasiones, al abordar el problema de la defensa penal del asegurado en relación con el seguro de responsabilidad civil se pone el acento exclusivamente en la libertad del asegurado para la elección de letrado en las causas criminales (SAP de Zamora de 27 de marzo de 1995, AC 1995/590; SAP de León, Sección 2ª, de 21 de abril de 1998, AC 1998/672; SAP de Badajoz, Sección 2ª, de 5 de marzo de 1998, AC 1998/3790; y SAP de Zaragoza, Sección 4ª, de 2 de octubre de 2000, AC 2000/1877). Siendo tal proposición rigurosamente cierta, no cabe colegir de ello que la expuesta constituya la única diferencia existente respecto de la defensa civil del asegurado, pues, como se ha tenido oportunidad de poner de manifiesto, la defensa penal no se encuentra comprendida, de suyo, dentro de la defensa jurídica frente a la reclamación del perjudicado (art. 74 LCS).

⁴³ Téngase presente que el asegurador podrá intervenir en el mencionado procedimiento como tercero civilmente responsable, correspondiéndole en tal caso su defensa por derecho propio, supuesto que la acción directa es susceptible de deducirse en el proceso penal (v. art. 117 CP). Así, en el supuesto del seguro de responsabilidad civil de contratación voluntaria, el asegurador es considerado parte, mas con la importante limitación, según la orientación jurisprudencial dominante, de que sus posibilidades de alegación están circunscritas al objeto indemnizatorio o de resarcimiento. En cambio, tratándose del seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria y por lo que respecta al procedimiento abreviado, el asegurador no podrá, en tal concepto, ser parte del proceso penal, sin perjuicio de su derecho de defensa en relación con la obligación de afianzar la responsabilidad civil del asegurado hasta el límite del seguro obligatorio (art. 764.3 LECrim), según un restrictivo planteamiento normativo que termina por provocar la indefensión del asegurador, por más que semejante extremo no haya llegado a ser apreciado por el Tribunal Constitucional en sus reiterados pronunciamientos sobre la materia (sobre el tema, v. *supra*, capítulo segundo, III.2).

⁴⁴ SOTOMAYOR, J. M., op. cit., p. 950.

⁴⁵ SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., p. 1261; CALZADA, M. A., *El seguro voluntario...* cit., p. 325, y *El seguro de responsabilidad civil...* cit., p. 96; SOTOMAYOR, J. M., op. cit., p. 951; y SOTO NIETO, F., *El seguro voluntario y el procedimiento penal*, Trivium, Madrid, 1986, pp. 125-126.

⁴⁶ CALZADA, M. A., *El seguro de responsabilidad civil...* cit., p. 96; y SOTOMAYOR, J. M., op. cit., p. 950.

⁴⁷ SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., p. 1260; CALZADA, M. A., *El seguro voluntario...* cit., p. 325; y ATIENZA, M. L. y EVANGELIO, R., op. cit., p. 832.

⁴⁸ SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., p. 1261. En realidad, como señala CALZADA, M. A., *El seguro voluntario...* cit., p. 325, y *El seguro de responsabilidad civil...* cit., p. 96, lo determinante no es que la defensa penal sea potestativa para el asegurador, sino para el asegurado, que es el presupuesto del que parece partir la cláusula examinada. En la misma línea, señala SOTOMAYOR, J. M., op. cit., pp. 949 y 951, que el asegurado tiene derecho a no ser defendido por el abogado designado por el asegurador, ya que la referida potestad del asegurador tendrá que ser aceptada por el asegurado.

⁴⁹ SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., pp. 1261-1262.

⁵⁰ Téngase presente, en relación con las cuestiones que serán examinadas más adelante (v. *infra*, IV), que en el mencionado ámbito la presunta responsabilidad penal del asegurado derivará, las más de las veces, de la imputación de una conducta meramente imprudente.

⁵¹ En relación con la cuestión examinada, ha llegado a invocarse en alguna ocasión, aun cuando a menudo sin éxito, el silencio del asegurador, así como la doctrina de los actos propios, tras el requerimiento realizado por el asegurado en orden a la asunción de la defensa penal por el asegurador de responsabilidad civil (v., por ejemplo, STS, 1ª, de 23 de abril de 2014, RJ 2014/2346, y SAP de Madrid, Sección 21, de 11 de noviembre de 2011, AC 2012/118; en sentido contrario, STSJ de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, de 7 de diciembre de 1999, RJ 2000/1156).

⁵² Sobre el tema, OLMOS, A., "Las lagunas..." cit., pp. 729-732; y GEMENO, J. R., op. cit., p. 17.

⁵³ En sentido crítico, OLMOS, A., "Las lagunas..." cit., pp. 731-732. Por su parte, según RONCERO, A., *El seguro...* cit., p. 317, nota 349, para que pueda estimarse no concertado un seguro de defensa jurídica junto con otro de responsabilidad civil, la cobertura del riesgo de defensa jurídica tiene que encontrarse referida a una reclamación en exigencia de responsabilidad civil, aunque esta pueda no estar cubierta por la póliza.

⁵⁴ La arriba expuesta constituye la opinión dominante en el plano doctrinal: así, por ejemplo, RONCERO, A., *El seguro...* cit., pp. 319-321; PERÁN ORTEGA, J., op. cit., pp. 166-167; TAPIA, A. J., "Las fianzas..." cit., pp. 13-14 y 17-18; y GUERRERO LEBRÓN, M. J., op. cit., p. 189.

El problema examinado en el texto se ha planteado asimismo en muy similares circunstancias en relación con el seguro de defensa jurídica, habiendo llegado la doctrina a una conclusión sustancialmente coincidente con la aquí defendida respecto del seguro de responsabilidad civil. En efecto, suscitada la cuestión capital de si en aquella modalidad de seguro cabría extender de forma generalizada la garantía de defensa del asegurado a todo de tipo de procesos que se le siguieran por delitos dolosos o si, por el contrario, existirían justificaciones objetivas, ligadas al principio general de la inasegurabilidad del dolo (art. 19 LCS), que impidiesen tal ampliación, se ha sostenido atinadamente que la incoación contra el asegurado de un proceso por un delito doloso no presupone necesariamente que haya cometido tal infracción. De ahí que se indique, en términos generales, que no se podrá conocer con certeza si el siniestro tiene su origen en una actividad o conducta ilícita del asegurado hasta que no exista una sentencia que así lo determine, momento en que habría tenido que desplegarse ya toda la actividad de defensa que aquel necesitaba. Todo lo cual lleva finalmente a concluir acertadamente que la defensa penal del asegurado en los procedimientos seguidos por presuntos delitos que sólo admitan su comisión dolosa constituye un riesgo susceptible de cobertura (OLMOS, A., *El seguro de defensa...* cit., pp. 248-254; sobre el tema, SAP de Vizcaya, Sección 5ª, de 12 de enero de 2007, JUR 2007/122385).

⁵⁵ En general, sobre la prueba de la causación dolosa del siniestro, SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., pp. 326-327. Por lo demás, una eventual cláusula que alterara la carga de la prueba en beneficio del asegurador habría de considerarse lesiva (STS, 1ª, de 25 de julio de 1991, RJ 1991/5419).

⁵⁶ Así, por ejemplo, PERÁN ORTEGA, J., op. cit., p. 173. Frente a la opinión expuesta en el texto, se ha sostenido que, una vez declarada judicialmente la responsabilidad civil por conducta dolosa del asegurado, el asegurador debe verse liberado del pago de la defensa de aquel en posteriores instancias, salvo que sea el propio asegurador quien inste el recurso. En estos casos se considera que el asegurado podría repetir los gastos ocasionados en tales ulteriores instancias si en estas llegara a declararse la no responsabilidad de aquel o su responsabilidad por conducta no dolosa (RONCERO, A., *El seguro...* cit., p. 321).

⁵⁷ O incluso se contempla expresamente la cobertura de los gastos de defensa derivados de reclamaciones fundadas en cualquier acto presuntamente doloso del asegurado (TAPIA, A. J., "Las fianzas..." cit., p. 24).

⁵⁸ Como botón de muestra de una posible regulación convencional de la materia, valga el dato de que la inmensa mayoría de las pólizas de seguro de defensa jurídica utilizadas en nuestro país limitan la cobertura de la defensa penal a la requerida en los procesos seguidos contra el asegurado por delitos de imprudencia (OLMOS, A., *El seguro de defensa...* cit., p. 248). En todo caso, ha de dejarse constancia de la conveniencia de que en el contrato de seguro de responsabilidad civil quede adecuadamente resuelta la cuestión aquí examinada (RONCERO, A., *El seguro...* cit., p. 320).

⁵⁹ GUERRERO LEBRÓN, M. J., op. cit., pp. 198-199, aunque considera que, en el supuesto de responsabilidad civil dolosa del asegurado, el asegurador tendría que hacer frente necesariamente a los gastos del proceso. Téngase en cuenta al efecto que, en términos generales, se estima existente un conflicto de intereses cuando el asegurador pueda sentirse inclinado a afirmar la responsabilidad del asegurado en atención a determinadas circunstancias concurrentes en el caso y no al hecho de si el asegurado es, o no, objetivamente responsable (CALZADA, M. A., *El seguro voluntario...* cit., p. 330).

⁶⁰ Sobre el tema, entre otros, OLMOS, A., *El seguro de defensa...* cit., pp. 339-351; TAPIA, A. J., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., pp. 1459-1467; y LARA, R., "El derecho a

arbitraje del asegurado en el contrato de seguro de defensa jurídica”, *RES*, núm. 149, 2012, pp. 89-99.

⁶¹ Debe dejarse constancia de que el asegurador alegó igualmente en su defensa, a mayor abundamiento, la inexistencia de obligación alguna a su cargo en razón de un pretendido incumplimiento del deber de declaración del riesgo (art. 10 LCS). Pero esta cuestión apenas fue tratada en las sentencias analizadas, que resolvieron la controversia suscitada a partir del contenido de la póliza (para un estudio detenido del referido incumplimiento en relación con el problema examinado, v. *infra*, V.2).

⁶² También la sentencia de la Audiencia se pronunció sobre la cuestión, de modo prolijo y con una abundante cita de los criterios sentados por el Tribunal Supremo sobre el valor jurídico atribuible al silencio, para terminar llegando, de acuerdo con aquella doctrina, a la conclusión de que “(...) no puede entenderse que por no responder a sus pretensiones, estaba aceptando la cobertura pretendida, y por tanto que ha de entender que hubo contrato de defensa jurídica y ha de adelantar la cantidad presupuestada; es decir, admitir no solo la contratación sino la cobertura, lo que no es de recibo porque ello supone darle un alcance a su conducta que excede lo que se ha venido disponiendo por el Tribunal más aun en este caso en el que sí respondió remitiéndose a la póliza, y no fue la parte contra quien se dirigió el acto de conciliación; no considerando este tribunal que las reglas de la lógica supongan que no respondiendo estaba admitiendo, sino en todo caso negando o incumpliendo que es el planteamiento del actor en su demanda; no existen datos de los que poder deducir que ese silencio fuera interpretado en el sentido que ahora afirma la parte”.

⁶³ Para un supuesto análogo en el que se consideró aplicable, en cambio, la doctrina de los actos propios, v. STSJ de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, de 7 de diciembre de 1999 (RJ 2000/1156).

⁶⁴ PERÁN ORTEGA, J., op. cit., p. 167.

⁶⁵ Así, RONCERO, A., *El seguro...* cit., p. 314, nota 340.

⁶⁶ Así, por ejemplo, TAPIA, A. J., “Las fianzas...” cit., p. 19, que identifica los anticipos de los gastos de defensa con los pagos realizados por tal concepto con antelación a la resolución final de la reclamación. Por su parte, RONCERO, A., *El seguro...* cit., p. 314, señala que, si el asegurador ha adquirido el compromiso de sufragar el coste de la defensa jurídica, deberá hacer frente al mismo una vez que haya concluido el proceso y se conozca el importe de dichos gastos (sobre el asunto, en relación con el Derecho norteamericano, PÉREZ CARRILLO, E. F., *Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos sociales. El seguro D&O en EEUU*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 188-194). En nuestra opinión, aun en el caso de que la póliza guardara silencio sobre la obligación de anticipar los gastos de defensa, siempre que el desarrollo de dicha actividad hubiera de correr a cargo del asegurador de responsabilidad civil y, a pesar de ello, se hubiera desentendido del asunto, mediante la desatención de la solicitud realizada en tal sentido por el asegurado, cabrá interesar, por parte de este último, una declaración judicial de condena a la asunción del pago de dichos gastos por su asegurador a medida que se vaya produciendo su devengo.

⁶⁷ Por su parte, si los dos procesos discurrieran en el orden jurisdiccional civil (lo que, ciertamente, sería extraño), tampoco parece que fuera posible apreciar la existencia de un supuesto de prejudicialidad civil (art. 43 LEC).

⁶⁸ En relación con la expresada clase de medidas cautelares, se ha señalado que “(...) junto a las medidas tradicionales, la LECiv, que en sus artículos 721.1 y 726.1 habla de efectividad (no de ejecución) y de tutela efectiva, admite también aquéllas que adelantan los efectos de una sentencia estimatoria. El artículo 726.2 permite acordar medidas «de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso», y el artículo 727.7ª a 10ª prevé actuaciones de igual alcance y contenido que la ejecución forzosa. Así pues, las medidas anticipatorias operan en nuestro Derecho, lo que sin duda debe

relacionarse con el hecho de que no pasara al texto definitivo de la LECiv el artículo 725.1.3ª del Anteproyecto, que no permitía la adopción de medidas cautelares consistentes en lo mismo o más que lo que obtendría el actor con la ejecución, en sus propios términos, de la sentencia de condena que pretenda. Por tanto, aunque la realidad es que esta tutela sumaria no encaja exactamente en el esquema de la medida cautelar, pues se concede «con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares...», asumiendo el legislador que no lo es en su esencia, por más homogénea que resulte respecto a la ejecución final, lo cierto es que estas medidas anticipatorias cubren una necesidad objetiva, pues existen casos en que un derecho digno de protección no puede ser adecuadamente tutelado si a la obtención del correspondiente título debe preceder el tiempo que generalmente precisa para su tramitación el proceso de declaración, pudiendo hacerse ilusorio el pronunciamiento pretendido. Lo característico de esta tutela sumaria, por tanto, es que se permite la rápida, aunque provisional, injerencia en la esfera jurídica patrimonial de los particulares, para actuar sobre ella mediando un juicio superficial e interino de la pretensión formulada. Esta función, que ya no resulta asegurativa, exige con mayor intensidad extremar la precaución al valorar su necesidad, la apariencia del buen derecho del actor, procurar elegir, si es posible, aquella medida de menor incidencia en el patrimonio del demandado, y valorar de esa forma la prosperabilidad de la acción ejercitada” (AAP de Barcelona, Sección 15ª, de 2 de febrero de 2006, AC 2006/440).

En este sentido se ha destacado especialmente “[...] la relevancia que han adquirido las medidas cautelares que se han dado en llamar anticipatorias [a las que se refieren el artículo 726.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el artículo 727.7º a 9º —y, por remisión a medidas contempladas en leyes especiales, su apartado 11º] en los litigios sobre propiedad industrial o competencia desleal, sobre todo cuando se ejercitan acciones de cesación o prohibición de determinadas conductas, puesto que con aquéllas se garantiza la efectividad del derecho accionado, no tanto porque faciliten que en su día pueda ejecutarse el fallo de la sentencia que haya de dictarse, sino porque evitan que se prolongue en el tiempo una situación que, “prima facie”, se presenta como antijurídica” (AAP de Madrid, Sección 28ª, de 26 de junio de 2015, AC 2015/1509; en la misma línea, AAP de Madrid, Sección 28ª, de 18 de diciembre de 2015, JUR 2016/77123; y AAP de Alicante, Sección 8ª, de 30 de octubre de 2015, JUR 2016/130346). Con todo, a la hora de decidir sobre la adopción de una medida cautelar, se considera que “[...] habrá de optarse por regla general por aquellas que tengan una naturaleza meramente preventiva, preparatoria y aseguratoria de los efectos del fallo, mientras que las llamadas anticipatorias tendrán un carácter excepcional y subsidiario, de manera que sólo podrán acordarse en defecto de la posibilidad o utilidad de las anteriores y siempre que sean el único medio para evitar perjuicios no reparables de ninguna otra forma” (AAP de Alicante, Sección 4ª, de 13 de mayo de 1999, AC 1999/17).

⁶⁹ Para un supuesto análogo, RONCERO, A., *El seguro...* cit., pp. 314-315.

Por lo demás, en relación con la cuestión examinada ha de dejarse constancia de la existencia de un significativo pronunciamiento judicial del que hemos tenido noticia. El supuesto en cuestión (resuelto luego por la anteriormente referida SJPI núm. 11 de Sevilla, de 15 de febrero de 2016, v. *supra*, IV.2) era resumidamente el siguiente: ante la denegación de la cobertura solicitada, varios asegurados reclamaron judicialmente, como se sabe, a sus respectivos aseguradores de responsabilidad civil la asunción de los gastos de defensa (y también de las fianzas) originados en un procedimiento penal seguido contra aquellos. A tal propósito se solicitó asimismo la adopción de la medida cautelar consistente en que, por parte de las dos entidades demandadas y dentro de los límites de las pólizas suscritas, se fueran cubriendo los gastos de defensa jurídica y fianzas que se fueran devengando durante la tramitación de unas determinadas diligencias previas y mientras durase la pendencia de dicho procedimiento, con el fin de garantizar la efectividad de la pretensión formulada en el proceso principal.

Frente a dicha pretensión, el AJPI núm. 11 de Sevilla, de 17 de julio de 2014 (JUR 2015/229121) resolvió lo siguiente: “En el caso presente se pretende por la parte actora, la adopción de una medida cautelar que no es más que una anticipación del fallo de la sentencia que en su día pudiera recaer,

toda vez que el contenido de aquélla se corresponde miméticamente con lo solicitado en el suplico de la demanda.

Por tanto, se está ante una medida cautelar claramente anticipatoria del fallo y si bien esto puede ser factible en determinadas circunstancias, de acuerdo con lo previsto en el artículo 726.2 LEC —aunque en éste se utiliza el término “similar”, que es algo “idéntico”— es lo cierto que la adopción de dichas medidas debe acometerse con carácter restrictivo, por cuanto la finalidad de las medidas cautelares no es esa, es decir, no es anticipar el fallo o ejecutar provisionalmente un fallo que pudiera ser estimatorio de la demanda, sino garantizar que la sentencia que se dicte en su día pueda ser ejecutada.

Así, hay supuestos en sede de propiedad intelectual o industrial, e incluso de propiedad horizontal en los que se antoja necesario adoptar una medida cautelar anticipatoria del fallo que evite un daño que ya se está produciendo de forma flagrante.

Por tanto, la adopción de una medida que sea anticipatoria del fallo ha de ponerse en relación con el peligro que la mora procesal pudiera generar para el demandante.

En el presente caso, no resulta acreditado este requisito de la mora procesal pues la parte solicitante no ha acreditado cumplidamente la existencia de circunstancias que dejaran patente la existencia de aquélla. Así, no consta que los asegurados de las demandadas, empleados de la actora, que por ley viene obligada a facilitarles la asistencia jurídica, se hubieran visto impedidos o, incluso especialmente dificultados, para gozar de asistencia jurídica en la causa en que se encuentran imputados; tampoco consta que los Letrados que los hayan asistido hayan puesto “pegas” especiales que obsten a la prestación de dicha asistencia, o que se hubieran visto obligados a recurrir a Letrados de poca experiencia condicionados por la carencia de fondos propios para hacer frente a la minuta de aquéllos; tampoco consta una hoja de encargo o contrato de arrendamiento de servicios de los que se pueda extraer cuales pudieran ser los honorarios de los Letrados que les asisten, de tal manera que se pudiera conocer el alcance de los mismos y, en su caso, la necesidad de la anticipación de la medida; por último, tampoco resulta acreditado que la actora no cuente con medios suficientes como para prestar asistencia jurídica a aquellos de sus empleados que hubieran resultado imputados.

Como consecuencia de lo anterior, procede denegar la medida solicitada, sin necesidad de entrar a analizar el requisito de la “aparición de buen derecho” y por tanto, resolver, aunque sea prima facie, cuál de las demandadas, si es que alguna lo estuviere, vendría obligada a hacer frente a la obligación que se le exige en la demanda, ni a cuál de ellas correspondería dicha obligación desde el punto de vista temporal, o si el riesgo cubierto, que hacía referencia a actuaciones culposas o negligentes de los asegurados, es apreciable en el caso de autos, por ser en principio dolosos los delitos que se les imputan o si la actora era conocedora del riesgo cierto de que sus empleados pudieran en un futuro resultar imputados al tiempo de celebrar el contrato de seguro con la entidad QBE Insurance Limited (la este particular también se hizo referencia en la vista de las medidas)].

⁷⁰ Así, en el supuesto enjuiciado por la STS, 1ª, de 8 de marzo de 2005 (RJ 2005/2217), la sentencia de apelación había condenado al demandado (la entidad aseguradora) a satisfacer al actor (el asegurado), en cuanto hubiera sido pagada por este último, la cantidad a que, por concepto de principal, intereses y costas, había sido a su vez condenado el asegurado mediante sentencia firme dictada como consecuencia de una reclamación judicial del perjudicado, así como la suma a que ascendiesen los gastos de abogado y procurador satisfechos para la defensa y representación en el propio pleito (dado que la cobertura del siniestro fue rechazada en su momento por la compañía). El asegurador recurrió en casación la sentencia, entre otros motivos por entender que la condena de que había sido objeto no se había limitado a los daños producidos a un tercero, pues incluía también el importe de los honorarios profesionales causados en el proceso seguido contra el asegurado, que debían considerarse imputables, como propios, a este último, según el criterio del asegurador. El motivo expuesto fue estimado de modo limitado por el Tribunal Supremo en los siguientes términos: “Verdad, es, en efecto, que la cobertura del seguro de responsabilidad civil alcanza el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias

sea civilmente responsable el asegurado (artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro), pero no se extiende a los daños propios y, en tal concepto deben tenerse, conforme a las circunstancias del caso, los honorarios profesionales del Arquitecto asegurado, que aun ya satisfechos, hubieran de restituirse al perjudicado que demandó la responsabilidad civil originaria, motivo o razón de la indemnización que, al asegurado, debe satisfacer la compañía aseguradora". Aunque de modo un tanto confuso, lo cierto es que terminó declarándose que el asegurado tenía derecho a obtener de su asegurador de responsabilidad civil el reembolso no sólo de la indemnización satisfecha al perjudicado, sino también de los gastos de defensa e incluso de las costas procesales a cuyo pago fue condenado en la reclamación efectuada en su momento por aquel.

Por su parte, en la controversia resuelta por la STS, 1ª, de 22 de diciembre de 2010 (RJ 2011/1559), el asegurado (un determinado laboratorio) demandó a su asegurador de responsabilidad civil, reclamando el reembolso de una determinada suma (1.817.180,93 euros), que desglosó en los siguientes conceptos: 300.506,05 euros, por la indemnización satisfecha al perjudicado (una cooperativa de segundo grado, que había adquirido al asegurado 390.000 bandejas de un determinado producto para el tratamiento de la campaña del año 2002 contra la varroasis, que es un parásito que afecta a las abejas productoras de miel, por un precio global de 819.287,68 euros, ya que las abejas abandonaron diversas colmenas y en otras murieron con variados porcentajes, como consecuencia de los defectos de que adolecía una parte de los productos suministrados); 1.404.000 euros, como importe del tratamiento contra la varroasis para la campaña de 2003; 17.797,28 euros, por los estudios, análisis y dictámenes elaborados por técnicos y peritos para acreditar los defectos del producto; 90.151,82 euros, por los honorarios profesionales de los letrados devengados para llegar a un acuerdo con el perjudicado; y 4.725,78 euros, por los gastos de viajes realizados por los representantes de la demandante para solventar el problema. Dado que no todas las cantidades solicitadas fueron finalmente recogidas en la sentencia de apelación, el asegurado interpuso frente a la misma el correspondiente recurso de casación.

Pues bien, según el Tribunal Supremo, el problema litigioso se centraba en determinar lo que era daño del tercero y lo que era daño propio del asegurado, por estar solo el primero cubierto por el seguro de responsabilidad civil. En este sentido se declaró que no había controversia sobre la cantidad de 300.506,05 euros, que constituía la primera partida de la demanda. Por su parte, la partida relativa al tratamiento contra la varroasis para la campaña de 2003 no se consideró daño a un tercero cubierto por el seguro de responsabilidad civil. A tal efecto se señaló que esta última cantidad no respondía a un concepto concreto de minoración económica sufrida por el patrimonio del tercero (cooperativistas), sino que era, como ya había entendido la juzgadora de primera instancia, una consecuencia de un pacto *inter partes* (asegurado y perjudicado) que no podía afectar a la aseguradora. El daño material del tercero, y su indemnidad, abarcaba el emergente o directo, en el que había que incluir el sufrido por las colmenas como consecuencia de su abandono por las abejas melíferas, o de la muerte de estas, comprendiendo la reposición y gastos consiguientes, y el indirecto o lucro cesante, que se refería a los beneficios dejados de obtener, y, en su caso, en perspectiva de futuro, a la posible afectación de mercado, aspecto este último que suponía exigencias de prueba. En razón de expuesto se concluyó que en nada de esto podía considerarse comprendido el concepto de tratamiento de la varroasis de la campaña del año 2003. Por lo que respecta a las partidas relativas a expertos o peritos (por importe de 17.797,28 euros) y a viajes, gastos y desplazamientos de empleados, representantes y colaboradores del asegurado para solventar la reclamación del perjudicado (por la suma de 4.725,78 euros), se consideró que en ninguno de los dos casos cabía el reconocimiento de un derecho de reembolso a favor del asegurado, ya que el fundamento aducido a tal propósito (consistente en la presunta infracción del artículo 74 LCS) no podía amparar tales pretensiones, por considerarse que el mencionado precepto no cobijaba los aspectos expresados, sino únicamente el de la dirección jurídica. Finalmente, en cuanto al concepto relativo honorarios profesionales de letrado (por importe de 90.151,82 euros), la sentencia de casación tampoco estimó el recurso del asegurado, al entender que el razonamiento desestimatorio de la resolución recurrida era amplio y razonado y no resultaba desvirtuado por las alegaciones de la parte recurrente.

La anterior aseveración lleva a reproducir lo decidido sobre la cuestión examinada en la sentencia recurrida (SAP Barcelona, Sección 13ª, de 19 julio de 2006, JUR 2007/40165), toda vez que dicho pronunciamiento fue hecho suyo por el propio Tribunal Supremo. Pues bien, al efecto se señaló lo siguiente: *"En este sentido, no puede fundarse la pretensión de la actora en la norma del artículo 74 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, por cuanto lo que se prevé en este artículo es que, salvo pacto en contrario, el asegurador asume la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado, y son de su cuenta los gastos de defensa, de modo que, en el ámbito del seguro de responsabilidad civil, únicamente se encuentra previsto que el asegurado pueda optar por confiar su propia defensa a otra persona distinta de la designada por el asegurador, asumiendo en este caso el asegurador el abono de los gastos de tal dirección jurídica hasta el límite pactado en la póliza, cuando el perjudicado esté también asegurado con el mismo asegurador o exista algún otro conflicto de intereses.*

Yes doctrina comúnmente admitida que el conflicto de intereses a que se refiere el artículo 74 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre debe entenderse en sentido estricto, como sucede p.ej, cuando la perjudicada pertenece al mismo grupo de empresas de la aseguradora del responsable civil, pero no cuando existe cualquier discrepancia entre el asegurador y su asegurado. En este sentido, en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1992 (RJA 10715/1992) se dice que no hay conflicto de intereses, y que los intereses de la aseguradora y su asegurada son idénticos cuando ambas están interesadas en la absolución de la asegurada y, caso de condena, que la indemnización fuera lo menor posible.

En caso contrario, es decir, de no haber conflicto de intereses, el asegurador únicamente se obliga a hacerse cargo de los gastos del Procurador y Abogado elegidos libremente por el asegurado, cuando las partes han concertado, en contrato independiente, o en capítulo aparte dentro de una póliza única, un contrato de seguro de defensa jurídica, regulado en los artículos 76 a) y ss. de la Ley de Contrato de Seguro, en la redacción introducida por la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, para adaptar el derecho español a la Directiva 88/357/CEE.

En este caso, en el artículo 4.1.2 de la póliza del seguro de responsabilidad civil, bajo el epígrafe de "Defensa jurídica", únicamente aparece que por el asegurador se asume, a sus expensas, la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado, "en cualquier procedimiento judicial" que se derive de un siniestro amparado en la póliza, designando los letrados y procuradores que defenderán y representarán al asegurado en las actuaciones judiciales que se le siguiesen, estando previsto que el asegurado pueda optar por confiar su propia defensa a otra persona distinta cuando se produjera algún conflicto de intereses entre el asegurado y el asegurador, motivado por tener que sustentar éste en el siniestro intereses contrarios a la defensa del asegurado.

En el presente supuesto no consta la existencia de intereses contrapuestos entre la aseguradora y su asegurada, habiendo comunicado la actora a la demandada por medio de "Marsh, S.A.", la producción del siniestro, mediante la comunicación de 27 de diciembre de 2002 (doc. 31 de la demanda), iniciándose a partir de entonces un intercambio normal de comunicaciones, en las que se manifiesta que la designación de abogado por la aseguradora estaba pendiente de la conclusión del informe pericial sobre la existencia de responsabilidad de la asegurada, que no se produjo sino hasta julio de 2003 (doc. 32 de la demanda), habiendo alcanzado previamente la actora, por su parte, un acuerdo transaccional con la perjudicada, por medio del Acuerdo de 30 de enero de 2003 (doc. 1 de la demanda), antes incluso de la emisión del informe del Sr. José Augusto, de 21 de febrero de 2003 (doc. 28 de la demanda), de modo que no hay constancia de que el interés de la aseguradora fuera, en el curso de la defensa de la asegurada hasta la conclusión del acuerdo transaccional, otro distinto que el de la ausencia de responsabilidad de su asegurada, habiendo precipitado ésta, sin intervención de la aseguradora, bajo su responsabilidad, y bajo la dirección jurídica de sus propios abogados, la conclusión de un acuerdo con el perjudicado.

En consecuencia, no habiendo constancia en este caso de la existencia de un conflicto de intereses del previsto en el artículo 74 de la Ley de Contrato de Seguro, por no tener la aseguradora ningún interés contrario a la defensa del asegurado, no habiéndose promovido tampoco procedimiento judicial

contra el asegurado, y no habiéndose pactado en la póliza una cobertura distinta o superior a la propia del seguro de responsabilidad civil prevista en el artículo 74 de la Ley de Contrato de Seguro, se hace preciso concluir que los conceptos por los que reclama la actora, como daños propios del asegurado, no pueden ponerse a cargo de la aseguradora, procediendo en definitiva la desestimación del motivo de la apelación de la demandante”.

Aun compartiendo el sentido de la resolución analizada, pues el asegurado llegó a un acuerdo transaccional con el perjudicado dejando por completo al margen de ello al asegurador, el razonamiento seguido para fundamentar el fallo requiere, en todo caso, la formulación de una importante puntualización, ya que la situación de conflicto de intereses no constituye el único motivo que permite asumir al asegurado su propia defensa, a costa del asegurador, designando a su abogado: en efecto, la libre elección de letrado puede venir igualmente prevista en la póliza, sin que haya de pactarse necesariamente al efecto un seguro de defensa jurídica, o encontrarse asimismo justificada por la pasividad mostrada por el asegurador en la asunción de la defensa jurídica del asegurado (STS, 1ª, de 31 enero de 2008, RJ 2008/1305; v. asimismo, STS, 1ª, de 27 octubre de 2010, RJ 2010/7612).

⁷¹ En términos generales, ha de señalarse que, no obstante lo que pudiera inducir a pensar el tenor literal de la ordenación de la materia, la disciplina de la mora del asegurador encuentra aplicación, en el seguro de responsabilidad civil, no sólo respecto de los sujetos expresamente indicados a tal propósito (el tercero perjudicado o sus herederos, cuya mención no posee realmente una finalidad restrictiva, sino que obedece al designio de disipar de forma categórica cualquier duda sobre el particular, por tratarse de sujetos ajenos al contrato de seguro), ya que, en ciertos casos, puede alcanzar igualmente al propio asegurado (v., últimamente STS, 1ª, de 5 de julio de 2016, RJ 2016/4069; y de 20 de octubre de 2015, RJ 2015/4977). En efecto, si bien en esta clase de seguro el asegurador satisfará la indemnización, como regla general, al tercero perjudicado, en ciertas circunstancias el destinatario de dicha prestación podrá ser el propio asegurado. Estos supuestos, en verdad excepcionales en la práctica, vienen determinados por el pago de la deuda de responsabilidad civil por el propio asegurado, siempre que la citada conducta no hubiera acarreado a su vez la pérdida de su derecho frente al asegurador, y por la extinción de la mencionada deuda, a expensas del asegurado, bien por compensación, bien por confusión. A los casos expuestos, cabe añadir el consistente en el reembolso de los gastos de defensa jurídica que haya tenido soportar el asegurado ante la negativa injustificada del asegurador a su asunción (como se verá en el texto más adelante). En fin, no puede pasar por alto que el reconocimiento de la llamada acción directa permite al tercero perjudicado dirigirse contra cualquiera de los deudores (asegurador y asegurado) o contra los dos conjuntamente. Mas adviértase que, en este último caso, la disciplina especial contenida en el artículo 20 LCS únicamente será aplicable al asegurador. La mora del asegurado, por su parte, vendrá determinada, tanto por lo que se refiere a la apreciación de semejante estado, como a la precisión de sus efectos, en virtud de lo dispuesto en el régimen general del incumplimiento de las obligaciones (sobre el tema, LA CASA, R., “Devengo de intereses moratorios”, en Bataller y Vega [dir.], *La protección del cliente en el mercado asegurador*, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp.859-860).

⁷² En general, sobre el ámbito objetivo de aplicación del régimen general sobre la mora del asegurador, LA CASA, R., *La mora del asegurador en la Ley de Contrato de Seguro*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 87-93.

⁷³ LA CASA, R., “Devengo de intereses moratorios...” cit., pp. 867-870.

⁷⁴ Esta última previsión ha de interpretarse, según la doctrina jurisprudencial fijada por el Tribunal Supremo (STS, 1ª, de 1 de marzo de 2007, RJ 2007/798), del siguiente modo: “Durante los dos primeros años desde la producción del siniestro, la indemnización por mora consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero al tipo vigente cada día, que será el correspondiente a esa anualidad incrementado en un 50 por 100. A partir de esta fecha el interés se devengará

de la misma forma, siempre que supere el 20 por 100, con un tipo mínimo del 20 por 100, si no lo supera, y sin modificar por tanto los ya devengados diariamente hasta dicho momento". Esta doctrina, que viene a acoger la denominada teoría de los dos tramos de interés, ha sido seguida, como no podía ser menos, por numerosas resoluciones judiciales posteriores del propio Tribunal Supremo (entre otras, STS, Sala 1ª, de 11 de diciembre de 2007, RJ 2007/8919; de 1 de julio de 2008, RJ 2008/3318; de 6 de febrero de 2009, RJ 2009/1283; de 25 de febrero de 2009, RJ 2009/1513; de 19 de mayo de 2009, RJ 2009/3179; de 10 de diciembre de 2009, RJ 2010/280; y de 29 de septiembre de 2010, RJ 2010/7149; sobre el tema, CASTILLO, C. C., "Sentencia de 20 de abril de 2009: interés de demora del artículo 20 LCS. Determinación de los intereses "moratorios", período por el que se devengan y tipo de interés aplicable. Criterios enfrentados: la tesis del tramo único y la de los dos tramos. La Sentencia del Pleno del TS de 1 de marzo de 2007 y la consolidación de la tesis de los dos tramos", *CCJC*, núm. 83, 2010, pp. 713-744; ARQUILLO, B., "Los intereses moratorios del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro: el tipo de interés aplicable. Comentario a la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2007", *InDret*, núm. 3, 2007, pp. 1-9; PRATS, L., "Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2007. Indemnización por mora de las compañías aseguradoras", en Yzquierdo [dir.], *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, Vol. 1º, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 313-329; y REDONDO TRIGO, F., "El interés en caso de mora del asegurador y la unificación de doctrina por la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de marzo de 2007", *RCDI*, núm. 703, 2007, pp. 2353-2358.

⁷⁵ CALZADA, M. A., *El seguro voluntario...* cit., p. 258; PERÁN ORTEGA, J., op. cit., p. 167; y RONCERO, A., *El seguro...* cit., p. 319.

⁷⁶ PERÁN ORTEGA, J., op. cit., p. 167. En cambio, según otra línea de pensamiento, el artículo 76 LCS consagra el derecho del asegurador a exigir del asegurado el reembolso no sólo de la cantidad satisfecha al tercero como indemnización de los daños causados por una conducta dolosa del propio asegurado, sino también el de la suma abonada en concepto de gastos de defensa de aquel, aun cuando este último extremo no se encuentre explícitamente indicado (RONCERO, A., *El seguro...* cit., p. 319).

⁷⁷ Así, haciéndose eco de las previsiones contenidas en los condicionados al uso en los seguros de responsabilidad civil de administradores y directivos, TAPIA, A. J., "Las fianzas..." cit., p. 19.

⁷⁸ En lo tocante a la cobertura de la defensa penal por delito doloso en el seguro de defensa jurídica parecen inclinarse por la necesidad del reconocimiento convencional del derecho de reembolso de los gastos de defensa, cuando finalmente el asegurado sea condenado por una infracción dolosa, OLMOS, A., *El seguro de defensa...* cit., p. 254; y RONCERO, A., *El seguro...* cit., p. 320, nota 358.

⁷⁹ En relación con la cuestión examinada ha de tenerse presente que se ha defendido, con carácter general, que las partes pueden configurar la cobertura del riesgo de defensa jurídica en términos más amplios que la cobertura del riesgo de responsabilidad civil, de manera que el asegurador haya de asumir los gastos de defensa originados por reclamaciones en exigencia de una responsabilidad excluida del riesgo de responsabilidad civil asegurado; por lo demás, en tal caso se considera que no cabría entender concluido un seguro de defensa jurídica añadido al de responsabilidad civil (RONCERO, A., *El seguro...* cit., p. 317, nota 349). Quiere decirse, pues, que la improcedencia de la reclamación del asegurador al asegurado ordenada al reembolso de los gastos de defensa puede asimismo desprenderse del propio contenido de la póliza respecto de la extensión de la cobertura de la defensa jurídica.

⁸⁰ Por todos, SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero [dir.], *Ley de Contrato de Seguro...* cit., p. 69.

⁸¹ En contra, GUERRERO LEBRÓN, M. J., op. cit., p. 135.

⁸² El deber examinado se ha precisado recientemente también en el ámbito del seguro marítimo, al establecerse lo siguiente: "El tomador del seguro deberá declarar al asegurador antes de la

conclusión del contrato todas las circunstancias que conozca, o que razonablemente deba de conocer, que puedan influir sensiblemente en la apreciación del riesgo por un asegurador prudente. Si el contrato se celebre por cuenta de otra persona, el deber de declaración se extenderá a las circunstancias conocidas o debidas de conocer por esta” [art. 423.1 LNM]; sobre el tema, SÁNCHEZ CALERO, F. y TAPIA, A. J., “El contrato de seguro marítimo en la Ley de Navegación Marítima”, *RDM*, núm. 295, 2015, pp. 159-161, y, en relación con la ordenación precedente, MARTÍN OSANTE, J. M., “Seguros marítimos”, en Girgado (dir.), *El régimen jurídico de los seguros terrestres y marítimos y su reforma legislativa*, Comares, Granada, 2012, pp. 164-166.

⁸³ Sobre la naturaleza del deber examinado, por todos, RUBIO VICENTE, P., *El deber precontractual de declaración del riesgo en el contrato de seguro*, Fundación MAPFRE, Madrid, 2003, pp. 19-26.

⁸⁴ Respecto de la cuestión examinada, la SAP de Sevilla, Sección 8ª, de 25 de enero de 2010 (AC 2010/461), tuvo ocasión de señalar lo siguiente: “En relación con el deber de información se ha acreditado que se suministró a la aseguradora documentación que reflejaba un estado patrimonial de la empresa que en modo alguno se compadecía con el real de la misma, ya que, entre otras circunstancias, se realizaban compras de sellos valorándose muy por encima de los precios de mercado, se carecía de registro de las compras que incluyera su inventario y asignación concreta, se incumplía la obligación de provisionar en la contabilidad el compromiso de recompra que se hacía a los clientes, hechos que han de incardinarse en el incumplimiento por el asegurado de la obligación del deber de información ya que aun cuando este se ha de referir a la obligación previa de la aseguradora de plantear un cuestionario al asegurado la generalidad de este no puede justificar la entrega de documentos que no ajustan a la realidad los datos que contienen con la importancia de señalar una situación patrimonial de la empresa totalmente ilusoria” (el subrayado es nuestro). Esto es, en el caso extremo de una declaración rotundamente falsa, que ocultó datos capitales para la adecuada valoración del riesgo por parte del asegurador, se consideró, con buen criterio, que semejante comportamiento, rayano en el fraude, no podía quedar amparado, en modo alguno, por el carácter genérico del cuestionario.

⁸⁵ Así SAP de Sevilla, Sección 8ª, de 25 de enero de 2010 (AC 2010/461), que se ocupó prolijamente del asunto del siguiente modo: “Respecto a la situación contable de la empresa lo acreditado indiciariamente pone de relieve la existencia de irregularidades tan importantes como las que dan lugar al presunto desfase patrimonial mencionado que evidentemente influyen en la declaración del riesgo asegurado, puesto que siendo cierto que no en todas las ocasiones responde el administrador en defecto de la empresa también los es que ello sucede en muchos de los casos y que en todo caso los aspectos societarios contables y financieros de las empresas son siempre de los fundamentales para las aseguradoras a la hora de concertar un seguro de responsabilidad civil de los administradores y directivos de sociedades ya que con ello se puede prever la magnitud económica de los futuros y eventuales siniestros y porque el riesgo de responsabilidad civil de los administradores se incrementa de manera progresiva cuando la sociedad atraviesa dificultades económicas y ello porque puede deberse la situación a la negligencia del administrador, porque los legitimados para pedir la responsabilidad se incrementan con la inclusión de los acreedores, por la circunstancia de que la acción individual frente a los administradores se justifica de forma más contundente en los supuestos en los que la sociedad no tiene bienes suficientes para pagar, porque en estos casos se incrementan notablemente los supuestos de responsabilidad de los administradores por no disolver la sociedad basada en el hecho de que su patrimonio se reduzca por debajo de la mitad del capital social y porque si el concurso es declarado culpable la Ley Concursal establece la responsabilidad de los administradores” (en general, en relación con el tema examinado, IRIBARREN, M., *El seguro...* cit., pp. 215-243).

⁸⁶ En el supuesto enjuiciado por la SAP de Madrid, Sección 13ª, de 31 de octubre de 2006 (JUR 2007/165817), referido a una póliza de responsabilidad civil de administradores y directivos, los asegurados pidieron que se declarase la obligación a cargo de su asegurador de anticipar los gastos de defensa y de constituir las fianzas que, en su caso, pudieran serles impuestas en relación con

determinadas actuaciones penales dirigidas contra ellos (unas diligencias previas tramitadas por un determinado Juzgado de Instrucción de Madrid y otras diligencias de la misma índole seguidas ante uno de los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional). El asegurador se opuso a la demanda aduciendo que el tomador del seguro, al rellenar el cuestionario previo que se le facilitó con anterioridad a suscribirse la póliza, ocultó la situación patrimonial real y contable de la sociedad de la que los demandantes eran administradores, omitiendo los hechos y las circunstancias que después motivaron las actuaciones judiciales en sede penal (también adujo el asegurador, en su defensa, el carácter doloso y no culposo de los actos de administración de los que dimanaba la responsabilidad que se exigía a los administradores, lo que fue examinado en otro lugar, *v. supra*, IV.2). De manera particular, interesa destacar que, en su respuesta a la solicitud realizada por los abogados de uno de los asegurados en orden a la prestación de la fianza en garantía de la libertad provisional, el asegurador ya les hizo saber que la póliza suscrita no cubría el siniestro en cuanto que, de los hechos existentes en las reclamaciones penales, se deducía, entre otros extremos, la no declaración veraz del riesgo al tiempo de su contratación.

La Audiencia, al igual que el Juzgado, entendió que efectivamente se había producido un incumplimiento doloso del deber de declaración del riesgo, determinante de que el asegurador no tuviera que satisfacer prestación alguna en relación con la reclamación formulada por sus asegurados (ex art. 10 LCS). A tal propósito debe reseñarse que, antes de suscribir la póliza de seguro, el asegurador sometió a la sociedad, como tomador, los cuestionarios previos sobre su situación, los cuales, en representación de aquella, firmó su director general, quien negó que existieran circunstancias o acontecimientos que pudieran dar lugar a alguna reclamación.

En este sentido se puso de manifiesto que, de diversas actuaciones procesales llevadas a cabo, se deducía la carencia de recursos económicos suficientes por parte de la sociedad para el cumplimiento de su objeto social, que hizo necesarias sucesivas y cuantiosas ampliaciones de capital, en parte cubiertas mediante el sistema de compensación de créditos, hasta que, a fines de noviembre de 2000, la ampliación de capital no se cubrió por la entidad bancaria con la que negociaba la sociedad en la cuantía prevista de sesenta millones de euros, situación que condujo a la sociedad a la grave crisis económica en la que se hallaba inmersa. En suma, la omisión de las circunstancias que motivaron la ampliación del capital social, de la necesidad de financiación a través de tal remedio y, sobre todo, del estado de las negociaciones con una entidad crediticia para que cubriera sesenta millones de euros en la última ampliación, cuya negativa se produjo en los últimos días del mismo mes en que entró en vigor la póliza, constituyeron motivos bastantes para apreciar el mencionado incumplimiento.

⁸⁷ Las consideraciones realizadas resultan igualmente aplicables, *mutatis mutandis*, al incumplimiento del deber de agravación del riesgo (arts. 11 y 12 LCS).

⁸⁸ Sobre el tema, LA CASA, R., "La cobertura retroactiva..." cit., pp. 67-72. Todo ello, por lo demás, sin perjuicio de que la ausencia de declaración de los siniestros acaecidos con anterioridad a la contestación del cuestionario pueda considerarse, en sí misma, un incumplimiento del deber de declaración del riesgo que desate las consecuencias previstas al efecto (SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero [dir.], *Ley de Contrato de Seguro...* cit., p. 126; igualmente sobre el asunto, VEIGA, A. B., "El riesgo en el contrato de seguro", en Bataller y Veiga [dir.], *La protección del cliente en el mercado asegurador*, Civitas, Madrid, 2014, p. 605).

La cuestión examinada en el texto ha venido a plantearse en reiteradas ocasiones ante los tribunales, de modo que se dispone en la actualidad de una consolidada doctrina jurisprudencial de carácter general sobre la materia, bien es cierto que necesitada de la imprescindible introducción de determinadas puntualizaciones. Dentro del elenco de las sentencias destacadas, conviene detener la atención en este momento, en consonancia con la materia que constituye el objeto principal del presente estudio, en las referidas al seguro de responsabilidad civil.

Así, cabe mencionar, en primer término, la que se ocupó de resolver el caso extremo suscitado por la ausencia de cuestionario previo a la contratación de un seguro de responsabilidad

civil que garantizaba el coste de reposición de los productos fabricados por el asegurado, fundamentalmente plásticos para la impermeabilización de embalses y edificaciones. Al efecto se declaró probado que los mencionados productos presentaban defectos derivados de su propio proceso de fabricación y que, a las reclamaciones ya recibidas y a las reparaciones ya realizadas antes de la conclusión del contrato, se unía un pronóstico totalmente seguro de futuras y numerosas reclamaciones y reparaciones fundadas en ese mismo hecho anterior a la perfección del negocio, es decir, el fallo generalizado del producto. En relación con lo anterior el asegurado fundamentó su reclamación, entre otros motivos, en que la falta de presentación del cuestionario le eximió por completo de haber tenido que poner en conocimiento del asegurador las circunstancias referidas, de modo que la controversia originada tenía que haberse resuelto a la luz de lo previsto en el artículo 10 LCS (y no con arreglo a lo estatuido en el artículo 4 LCS). Pues bien, respecto del asunto debatido, la STS, 1ª, de 14 de junio de 2002 (RJ 2002/4901), se pronunció en los siguientes términos: “[...] según los hechos probados, antes de la conclusión del contrato no sólo existía el fallo generalizado del producto sino que incluso se habían recibido reclamaciones de los clientes finales y había tenido que procederse a la reparación de balsas. Resulta, por tanto, que el riesgo no aparecía ya como posibilidad de un evento con consecuencias económicas perjudiciales para la aseguradora o que fuera a crearle una necesidad económica, sino como certeza de ese mismo evento deliberadamente ocultada a la aseguradora; y que el siniestro, en cuanto realización del evento asegurado, evidentemente ya había ocurrido, máxime si se atiende a la relevancia que en el seguro de responsabilidad civil asigna el art. 73 LCS al hecho originario de la obligación, permitiendo así una identificación de hecho con siniestro que también ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala [SSTS 20-3-1991 [RJ 1991, 2267] y 10-3-1993 [RJ 1993, 1789]]. Quiere todo ello decir, por tanto, que el hecho no era ni futuro ni, para la tomadora del seguro, incierto, sino, muy al contrario, pasado”. A lo que vino a agregarse que “[...] el cuestionario del art. 10 LCS se refiere a la valoración del riesgo y no a la propia existencia o inexistencia de éste ni al siniestro ya acaecido; a lo que cabe añadir que una cosa es asegurar la responsabilidad civil y otra muy distinta desplazar conscientemente sobre el asegurador, a voluntad del tomador, una parte del coste cierto de obligaciones ya nacidas antes de celebrar el contrato”. En cambio, no puede compartirse incondicionadamente la aseveración, contenida en la propia sentencia expuesta, de que “[L]o razonado hasta ahora no implica que necesariamente sea nulo sin más todo seguro similar al aquí examinado cuando el fallo de fabricación del producto sea anterior a la conclusión del contrato, pues la ignorancia de ese fallo por ambas partes podría dejar subsistente la nota de la aleatoriedad, sino que, como bien razona la sentencia impugnada, en caso de ocultación de ese fallo y de las reclamaciones y reparaciones subsiguientes desaparecen inevitablemente la incertidumbre y aleatoriedad para una de las partes contratantes y, en consecuencia, el deber del asegurador de someter el cuestionario al tomador pierde relevancia en comparación con el principio de buena fe que informa el contrato de seguro”. En verdad, la situación de incertidumbre subjetiva en relación con la producción del siniestro sólo es suficiente en aquellos supuestos expresamente contemplados en la ordenación legal, toda vez que la regla general es la de la necesidad de una incertidumbre objetiva [art. 4 LCS]. De ahí que la afirmación recogida en la sentencia comentada sólo pueda considerarse predicable de aquellos seguros de responsabilidad civil en los que se contemple la cobertura retroactiva, mediante el correspondiente acuerdo de las partes, de conformidad con las exigencias establecidas al respecto [art. 73, párr. 2º *in fine*, LCS].

En cambio, cabe constatar un verdadero incumplimiento del deber precontractual de declaración del riesgo en la controversia resuelta por la STS, 1ª, de 10 de mayo de 2011 (RJ 2011/3851). Muy resumidamente cabe señalar que la asegurada, una sociedad dedicada a la promoción inmobiliaria, tenía concertado un contrato de seguro de la modalidad “*todo riesgo construcción*”, durante cuya vigencia se produjo un derrumbamiento de tierras en las obras de construcción de una determinada urbanización, que causó una serie de daños, tanto a la propia asegurada, como a terceros. En relación con ello se daba la circunstancia de que, con anterioridad a la conclusión del contrato, había quedado debidamente acreditada la producción de previos deslizamientos de tierras en el mismo lugar, que habían sido silenciados por la sociedad tomadora. Aunque la aseguradora no sometió a la actora a cuestionario alguno sobre las circunstancias que pudieran influir

en la valoración del riesgo, sin embargo, para el juzgador, la finalidad del mismo se obtuvo (de modo discutible) mediante la condición particular 10ª recogida en la póliza de seguros suscrita, que literalmente decía: "Obra iniciada. El asegurado declara que en el momento de la toma de efecto de este seguro, no existe circunstancia alguna que pueda dar origen a una reclamación al amparo de esta póliza". Por todo ello el Tribunal Supremo entendió que las sentencias de instancia concluyeron acertadamente que hubo dolo o culpa grave de la entidad tomadora del seguro al haber omitido comunicar a la aseguradora el deslizamiento de rocas producido con anterioridad a la perfección del contrato: no habiéndolo hecho, la asegurada incurrió, cuando menos, en culpa grave, por lo que, a tenor del artículo 10 LCS, la aseguradora quedó liberada de responsabilidad. Nótese, al respecto, que los daños cuya indemnización se reclamaba en el supuesto enunciado habían sido causados por el deslizamiento acontecido durante la vigencia del seguro, de modo que no venía a plantearse realmente cuestión alguna relacionada con un siniestro pretendidamente sucedido con anterioridad a la celebración del contrato, dada la imposibilidad de calificar como tal el deslizamiento de tierras habido con carácter previo a dicha perfección.

⁸⁹ Aun cuando el referente temporal tenido explícitamente en consideración por la norma enunciada en el texto es el del instante de la conclusión del contrato (art. 4 LCS), con la que comienza la que se ha dado en denominar su duración formal, lo cierto es que el mandato que encierra ha de entenderse propiamente en el sentido de que a partir de dicho momento, y no tanto en ese preciso instante, se produzca la posibilidad del acaecimiento del evento cuyo riesgo es objeto de cobertura. A tal efecto debe tenerse presente que, con relativa frecuencia, los efectos del seguro (esto es, lo que se conoce como su duración sustancial) vienen a iniciarse con posterioridad a la perfección del contrato en cuestión: pues bien, de conformidad con la interpretación propuesta, la circunstancia apuntada no afectará a la validez del mencionado negocio, a menos que el riesgo no llegara finalmente a nacer con posterioridad a su celebración (SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero [dir.], *Ley de Contrato de Seguro...* cit., p. 122, seguido por EMBID, J. M., en Boquera, Bataller y Olavarría [dir.], *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 87; sobre el tema ante una norma similar, en la doctrina italiana, por ejemplo, VOLPE PUTZOLU, G., *Trattato...* 5º cit., p. 73; SALANDRA, V., op. cit., p. 257, y SCALFI, G., *I contratti di assicurazione. L'assicurazione danni*, UTET, Torino, 1991, p. 52).

Por lo demás, debe reseñarse que la norma enunciada en el texto se encuentra literalmente reproducida en el Anteproyecto del Código Mercantil (v. el apartado 1 de su artículo 501-4).

⁹⁰ Sobre el tema, LA CASA, R., "La cobertura retroactiva..." cit., pp. 56-63. Como regla general, la cobertura del asegurador operará hacia el futuro: por consiguiente, todo lo más, aquella podrá iniciarse en el momento de la perfección del contrato, no antes (ex art. 4 LCS). Así, por ejemplo, MENÉNDEZ, A., op. cit., pp. 105-106; SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., p. 123; MONTÉS, V. L., "Observaciones sobre la aleatoriedad del Contrato de Seguro", en Verdera (ed.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, I, CUNEF, Zaragoza, 1982, p. 197; y VEIGA, A. B., *Tratado...* I cit., p. 507.

Por su parte, en Derecho italiano la cuestión resulta igualmente pacífica: así, por ejemplo, DONATI, A., *Trattato...* 2º cit., pp. 117-118 y 179; GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, vol. 2º, 3ª ed., CEDAM, Padova, 2015, pp. 905-906; VOLPE PUTZOLU, G., *Trattato...* 5º cit., p. 74; SALANDRA, G., op. cit., p. 257; FANELLI, G., *Le assicurazioni...* cit., pp. 69, nota 4, y 133; y PECCENINI, F., en Galgano [dir.], *Commentario Compatto al Codice Civile*, 4ª ed., La Tribuna, Piacenza, 2012, p. 2078.

En cambio, en el Derecho francés cabe apreciar un progresivo cambio de orientación, desde el rechazo inicial de la cobertura del riesgo putativo en el seguro terrestre (así, PICARD, M. y BESSON, A., op. cit., p. 35; JACOB, N., op. cit., pp. 69-70; LAMBERT-FAIVRE, L. y LEVENEUR, L., op. cit., p. 253; y BRIÈRE DE L'ISLE, G., op. cit., pp. 90-91), a un posicionamiento posterior de un nutrido elenco de autores favorable a la licitud de la cobertura de dicho tipo de riesgo, por considerarse que puede realizarse con arreglo a parámetros técnicos, resulta moralmente aceptable y socialmente útil y beneficia al asegurado de buena fe, a lo que se añade que no se encuentra

expresamente prohibida con carácter general (por ejemplo, BIGOT, J., op. cit., pp. 74-75; MAYAUX, L., en Bigot [dir.], *Traité...* III cit., pp. 771-774; BERTOLASO, S., op. cit., p. 435; y L'ÉLEU DE LA SIMONE, P., op. cit., p. 22).

En el ámbito de la jurisprudencia resulta de interés el supuesto enjuiciado por la STS, 1ª, de 20 de febrero de 1989 [RJ 1989/1212], donde se denegó la cobertura del seguro, en razón de la nulidad prescrita en el artículo 4 LCS, en un caso en que el siniestro se había producido con anterioridad a la conclusión del contrato, aunque su manifestación tuvo lugar en un momento posterior, esto es, vino a rechazarse la cobertura a pesar de la existencia de un riesgo subjetivo.

No obstante lo expuesto, en alguna ocasión ha venido a admitirse asimismo en el campo del seguro terrestre, de modo ciertamente discutible, la validez del contrato con la sola existencia de una incertidumbre de índole subjetiva. Así, por ejemplo, en relación con un seguro de responsabilidad civil que cubriría el coste reposición de los productos fabricados por el asegurado, fundamentalmente plásticos para la impermeabilización de embalses y edificaciones, cuyo carácter defectuoso era conocido por el asegurado con anterioridad a la suscripción de la correspondiente póliza, habiéndose declarado probada tal circunstancia, el Tribunal Supremo llegó a señalar que “[L]o razonado no implica que necesariamente sea nulo sin más todo seguro similar al aquí examinado cuando el fallo del producto sea anterior a la conclusión del contrato, pues la ignorancia de ese fallo por ambas partes podría dejar subsistente la nota de la aleatoriedad” [STS, 1ª, de 14 de junio de 2002, RJ 2002/4901].

⁹¹ Es opinión pacífica que la examinada es una nulidad absoluta (*lex art. 1.275 CC; quod nullum est, nullum prodece effectum*), de suerte que no sólo el asegurador estará libre de toda obligación [y, en consecuencia, el asegurado habrá de restituir, en su caso, la indemnización hipotéticamente percibida], sino que también lo estará el tomador, que no deberá la prima y que, si la pagó, tendrá derecho a su devolución (*ex art. 1.303 CC*), sin perjuicio del derecho que pueda asistir a cualquiera de las partes para exigir la indemnización de los daños y perjuicios eventualmente padecidos con arreglo a las normas generales sobre la materia (SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero [dir.], *Ley de Contrato de Seguro...* cit., pp. 123-124, v. asimismo DONATI, A., *Trattato...* 2º cit., p. 179).

⁹² Así, SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero [dir.], *Ley de Contrato de Seguro...* cit., p. 126, y MAYAUX, L., “Qu'est-ce...” cit., p. 633. A tal efecto cabría sustentar dicha nulidad limitada sobre la base del contenido plural (divisible) del negocio, en relación con la duración temporal de la cobertura, que es susceptible de considerarse fraccionadamente (en general, sobre el tema, DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, reimp., Civitas, Madrid, 1991, pp. 493-494). En suma, cuando el siniestro es susceptible de reiterarse la nulidad legalmente establecida viene simplemente a traducirse, según la opinión expresada, en la exclusión de la cobertura de todo siniestro acaecido con carácter previo al inicio de los efectos del contrato.

No cabe ignorar que a la tesis expuesta cabe objetar, en todo caso, que la norma examinada no realiza distinción alguna respecto de la nulidad contractual provocada por la ocurrencia del siniestro con anterioridad a la conclusión del seguro, pues se abstiene de precisar un régimen diferenciado en función del carácter único o no del siniestro, de lo que se seguiría que, dándose el supuesto de hecho contemplado, la consecuencia habría de ser siempre la nulidad absoluta del contrato (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*). No obstante, frente al argumento formal expuesto debe prevalecer más bien una interpretación finalista del mandato legal analizado, de manera que, si se conviene que uno de sus propósitos es realmente la exclusión de la cobertura de los siniestros acaecidos con anterioridad a la perfección del contrato, la sanción de la nulidad absoluta, que además parece venir establecida bajo el presupuesto del carácter irrepetible del siniestro, es a todas luces desproporcionada en aquellos casos en los que dicho evento es, en cambio, susceptible de reiterarse, pues el contrato de seguro puede seguir produciendo sus efectos. Por ello resulta acertada la diferenciación anteriormente realizada respecto del alcance de la nulidad examinada en función del carácter único o no del siniestro, máxime si se tiene en

cuenta que se compadece debidamente con la adecuada protección de los diversos intereses en juego y que, en fin, ha sido acogida por el propio Tribunal Supremo (STS, 1ª, de 5 de marzo de 2012, RJ 2012/4997; y LA CASA, R., "La cobertura retroactiva..." cit., pp. 65-66).

⁹³ SÁNCHEZ CALERO, F., "La delimitación..." cit., p. 37, y CALZADA, M. A., "La delimitación..." cit., p. 51. Por su parte, la retroacción por un plazo inferior al imperativamente establecido con carácter mínimo acarreará la nulidad del contrato, salvo en el supuesto de acreditarse que las partes desearon o hubieran deseado el contrato sin la parte nula, en cuyo caso habría de estimarse vigente una cobertura retroactiva ajustada en su duración al lapso mínimo legalmente fijado (DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, 6ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 587-588, y, en relación con el concreto caso del contrato de seguro, MENÉNDEZ, A., op. cit., pp. 121-123).

Asimismo, ha de dejarse constancia de que la duración temporal de la cobertura que haya podido eventualmente convenirse, de conformidad con el marco normativo vigente al respecto, resulta oponible al perjudicado, ya que el asegurador no se encuentra obligado frente a la víctima, en línea de principio, fuera de los límites objetivos del seguro, esto es, más allá de la delimitación [causal, espacial, personal y temporal] del riesgo efectuada en el contrato: por ejemplo, CALZADA, M. A., "La delimitación..." cit., p. 51; *contra*, la polémica STS, 2ª, de 25 de julio de 2014 (RJ 2014/4165), que, en relación con una póliza cuya cobertura comprendía las reclamaciones que se presentasen por vez primera contra el asegurado y se notificasen al asegurador durante el período de seguro respecto de errores o faltas profesionales cometidos, tanto con anterioridad a la fecha de efecto de la póliza, como durante el período de seguro, tuvo ocasión de señalar (en vivo contraste con lo sentado poco antes por la STS, 2ª, de 2 de julio de 2014, RJ 2014/4631), sorprendentemente, lo siguiente: "[...] la citada cláusula se contrae a precisar convencionalmente el ámbito temporal del contrato y debe ser entendida en la relación interna entre las partes que la suscribieron, con posibilidad de ser aducida y opuesta al asegurado, pero no frente a terceros perjudicados al tratarse de una excepción de carácter personal, eficaz ante la otra parte de la relación contractual pero inoponible por aplicación del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, caso de que se ejercite la acción directa contra el asegurador, todo ello sin perjuicio del derecho de repetición que compete al asegurador frente al asegurado; la aseguradora debe hacer frente a las consecuencias económicas derivadas de la cobertura del seguro de responsabilidad civil".

⁹⁴ Así, SÁNCHEZ CALERO, F., "La delimitación..." cit., p. 36; CALZADA, M. A., "La delimitación..." cit., pp. 54-55; y ATIENZA M. L. y EVANGELIO, R., op. cit., p. 828. Nótese, por lo demás, que la examinada representa la salvedad de mayor significación entre las establecidas respecto del principio de la realidad del riesgo, dada la parva relevancia que, por causa de los avances en el ámbito de las comunicaciones, debe atribuirse en la actualidad a la cobertura del riesgo putativo en el seguro marítimo (art. 422 LNM), así como la breve duración que, por lo común, poseerá la retroacción de los efectos del seguro al momento en que se presentó la solicitud o se formuló la proposición (art. 6, párr. 2º, LCS). En cambio, la permisión de la cobertura retroactiva, sin el señalamiento legal de limitación temporal alguna en cuanto a su extensión máxima, en un tipo de seguro, cual es el de responsabilidad civil, cuya importancia no ha cesado de incrementarse en los últimos tiempos, hasta el punto de representar una de las modalidades de más frecuente contratación y de mayor significación económica, tiene una incuestionable trascendencia real.

En nuestra opinión, la admisión de la cobertura retroactiva en el caso analizado obedece a un cúmulo de circunstancias. De antemano, ha de traerse a la memoria el dato de que el sistema de responsabilidad civil se caracteriza, por lo común, por la ausencia de simultaneidad en la realización de los diversos acontecimientos que culminan en la satisfacción de una indemnización a un tercero por tal concepto (acción u omisión, daño, reclamación del perjudicado, determinación judicial o extrajudicial de la responsabilidad y pago a la víctima de la indemnización debida). De manera particular, ha de llamarse la atención sobre la frecuente existencia de daños diferidos, esto es, de daños cuya revelación tiene lugar transcurrido un lapso de tiempo desde el instante

en que tuvieron lugar las conductas de los que derivan (por ejemplo, en el ámbito de la responsabilidad civil originada por productos defectuosos o por el ejercicio de determinadas profesiones). De igual modo debe tenerse presente que en el seguro de responsabilidad civil el llamado daño originario no lo sufre directamente el asegurado, sino un tercero. Pues bien, la circunstancia apuntada propicia que puedan existir daños exteriorizados con anterioridad a la conclusión del contrato de los que no tenga noticia el asegurado por no haberse producido aún la reclamación del perjudicado. En relación con lo expuesto cabe convenir, a lo que creemos, que resulta perfectamente legítimo, al tiempo que socialmente útil, que la cobertura del seguro de responsabilidad civil pueda extenderse a las dos clases de daños expuestos. Nótese, al efecto, que ninguno de ellos quedaría cubierto en el sistema *occurrence basis*, que es el que rige a falta de pacto en contrario (art. 73, párr. 1º, LCS). En fin, por más que resulte un planteamiento de política legislativa hartamente discutible, no cabe obviar que el reconocimiento normativo de la cobertura retroactiva en el seguro de responsabilidad civil viene a ser, a lo que parece, una suerte de compensación forzosa que tiene que proporcionar el asegurador en el supuesto de pretender la configuración del contrato como una determinada modalidad de póliza de reclamaciones (LA CASA, R., "La cobertura retroactiva..." cit., pp. 94-95).

⁹⁵ Sobre el tema, entre otros, CALZADA, M. A., "La delimitación..." cit., pp. 55-56; SÁNCHEZ CALERO, F., "La delimitación..." cit., p. 38; VEIGA, A. B., *La dimensión...* cit., pp. 165-168; LÓPEZ-COBO, C. I., *Los límites temporales del seguro de responsabilidad civil general: perspectiva jurídica y criterios de delimitación*, Nacional de Reaseguros, Madrid, 1995, pp. 81 y 129; en sentido contrario, REGLERO, L. F., en Busto y Reglero (coord.), *Lecciones de responsabilidad civil*, 2ª ed., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, p. 236.

⁹⁶ SÁNCHEZ CALERO, F., "La delimitación..." cit., p. 38.

⁹⁷ CALZADA, M. A., "La delimitación..." cit., p. 55, y LAMBERT-FAIVRE, L. y LEVENEUR, L., op. cit., pp. 492-493.

⁹⁸ SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., p. 126. A tal efecto ha de tenerse presente que la anulabilidad de los contratos puede hacerse valer, tanto por vía de acción, en cuyo caso habrá de tenerse presente la vigencia de un plazo general de caducidad de cuatro años, que empieza a correr en el supuesto examinado desde la consumación del contrato (art. 1.301 CC), transcurrido el cual la referida acción se extingue y el negocio jurídico se purifica de los vicios que tuviera con carácter retroactivo (art. 1.313 CC), como por vía de excepción, estimándose que los vicios del contrato pueden alegarse en cualquier momento frente a quien exija su cumplimiento [*quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*].

Por otro lado, debe señalarse que la conclusión expuesta en el texto es susceptible de ponerse en entredicho en todos aquellos supuestos en que no existan palabras o maquinaciones insidiosas por parte del tomador con el propósito de engañar al asegurador. Empero, a lo que creemos, en el caso enunciado debe considerarse suficiente la concurrencia de un dolo negativo, de modo que la mera reticencia consistente en la falta de revelación de la información sobre la ocurrencia del siniestro, conocida por el tomador, con anterioridad a la celebración del seguro, permitirá apreciar una conducta maliciosa por cuya virtud cabrá instar la anulación del contrato (ex arts. 1.269 y 1.270 CC), ya que dicho extremo debía haberse trasladado al asegurador, de acuerdo con las exigencias de la buena fe (que, como se sabe, es máxima en el contrato de contrato de seguro, *uberrimae bonae fidei*) y de la equidad (DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...* I cit., pp. 198-199 y 202-203; y DE COSSÍO, A., *El dolo en el Derecho civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pp. 327-328). Todo ello con independencia de la presentación del cuestionario (art. 10 LCS), ya que la finalidad de este documento es la valoración del riesgo por el asegurador, no la información sobre siniestros ya acontecidos (LA CASA, R., "La cobertura retroactiva..." cit., p. 66, nota 27).

⁹⁹ VEIGA, A. B., *La acción directa...* cit., pp. 271-272; y TAPIA, A. J., "Las fianzas..." cit., p. 7. En esta línea se inscribe la última jurisprudencia del Tribunal Supremo, si bien debe dejarse constancia de la existencia de algún pronunciamiento anterior disonante sobre el particular (STS, 1ª, de 30 de julio de 2007, RJ 2007/4962). En tal sentido debe recordarse que, en términos generales, el asegurador puede oponer al perjudicado todas aquellas condiciones establecidas en el contrato y relativas a su contenido que podría haber opuesto al asegurado en el caso de que fuera este quien hubiera efectuado la reclamación (por ejemplo, STS, 1ª, de 22 de noviembre de 2006, RJ 2007/297; de 12 de noviembre de 2013, RJ 2013/7865; y de 20 de mayo de 2014, RJ 2014/376). Por lo demás, en la orientación indicada, el APLCM establece lo siguiente: "Igualmente se considerarán válidas las cláusulas que extiendan la cobertura del asegurador a obligaciones de indemnizar, a cargo del asegurado, surgidas, al menos, en el año anterior al comienzo de los efectos del contrato, siempre que sean desconocidas por el propio asegurado y cuando la reclamación tenga lugar durante el período de vigencia de la póliza" (art. 588-44.2, párr. 2º, APLCM, el subrayado es nuestro).

¹⁰⁰ SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., p. 126; por su parte, OLIVENCIA, M., "Seguros de caución..." cit., p. 907, señala que la exclusión de excepciones se refiere a las personales contra el asegurado, basadas en una conducta subjetiva de este.

CAPÍTULO CUARTO. “LA PRESTACIÓN DE FIANZAS POR EL ASEGURADOR DE RESPONSABILIDAD CIVIL”

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

La exigencia de la prestación de algún tipo de fianza (entendido el término en relación con los extremos seguidamente examinados en un sentido amplio, y por lo mismo impropio, como sinónimo de garantía) al asegurado en el seno de procedimientos judiciales (e incluso administrativos) constituye un riesgo que ha de ser tenido en la debida consideración a los efectos de procurar su adecuada cobertura, si es el caso de que pueda acordarse válidamente en cada supuesto particular, por medio del correspondiente seguro de responsabilidad civil. A tal propósito será preciso, como puede imaginarse, el desplazamiento al asegurador de la constitución de las fianzas que pudieran llegar a ser impuestas, como medida de naturaleza cautelar, a los asegurados, las cuales pueden obedecer a muy diversas finalidades, como se comprobará cumplidamente. Por lo demás, en el plano apuntado es menester distinguir, desde un primer momento y en aras de evitar confusiones, entre las fianzas que puedan resultar exigidas, de un lado, al asegurado, y, de otro, al propio asegurador en cuanto tal.

La prestación de fianzas por el asegurador de responsabilidad civil representa, pues, una cuestión que, por encontrarse estrechamente relacionada con la que constituye el objeto principal del presente estudio, merece en verdad un tratamiento pormenorizado, en cuyo desarrollo haya oportunidad de abordar de forma sistemática los distintos extremos controvertidos que suscita esta singular cobertura. Nótese que el problema acotado presenta un elevado interés práctico, como demuestra de modo elocuente el reiterado ofrecimiento por algunos asegurados, en los últimos tiempos, de sus propias pólizas de seguro con la intención de hacer frente de tal manera a las cuantiosas fianzas que se les han llegado a exigir en determinados procedimientos penales, que han tenido un amplio eco en la opinión pública¹. Semejante estado de cosas, a mayor abundamiento, ha propiciado el pronunciamiento de determinadas resoluciones judiciales, también de notable repercusión mediática, que habrán ser tenidas en especial consideración.

La indagación que se pretende acometer ha de comenzar poniendo de manifiesto que, por lo común, la constitución de fianzas o, al menos, la previsión de algún tipo de prestación relacionada con ellas, suele comprenderse *expressis verbis* dentro de las coberturas proporcionadas en las pólizas de los seguros de responsabilidad civil contratados en nuestro país². La situación descrita contrasta vivamente con el completo silencio que guarda al respecto la ordenación legal de la mencionada modalidad de seguro (con la significativa salvedad de lo dispuesto para el aseguramiento obligatorio de la responsabilidad civil derivada de los daños causados por los vehículos a motor, v. art. 7.7 TRLRCSCVM), así como con la relativamente escasa atención que el asunto ha merecido en el plano doctrinal, no obstante su enorme relevancia y la acuciante necesidad del esclarecimiento del marco normativo vigente, especialmente en el ámbito procesal penal.

En este sentido ha de reseñarse, de antemano, que los condicionados al uso ponen de manifiesto una asentada dualidad en lo tocante a la forma de prestación de esta clase de garantía, a saber: de un lado, la consistente en su constitución directa por el propio asegurador (así, en algunos clausulados llega a señalarse expresamente que las fianzas serán prestadas por el asegurador a su propio nombre), que origina complejos problemas respecto del cumplimiento de la mencionada obligación; de otro, la traducida en la mera asunción por aquel de los gastos derivados de la formalización y mantenimiento de la fianza, que en este segundo caso deberá ser gestionada, a lo que parece, por el asegurado, quien habrá de recurrir a tal propósito, por lo común, a un tercero ajeno a la relación aseguradora (presumiblemente, una entidad de crédito)³. Como puede observarse, en esta última modalidad la cobertura dispensada estribará simplemente, bien en el reembolso de las cantidades sufragadas por el asegurado, bien en el pago directo del coste de la garantía al propio garante.

De igual modo, el análisis de las pólizas empleadas en la contratación nacional muestra también que las fianzas previstas pueden reconducirse a dos grandes categorías, a saber: de un lado, las que hayan de constituirse, en virtud de la pertinente resolución judicial, para atender eventuales responsabilidades civiles del asegurado, las cuales pueden venir exigidas en procesos, tanto civiles, como penales; de otro, las impuestas al asegurado para garantizar su libertad provisional, con motivo de una reclamación sustanciada en el correspondiente procedimiento

penal. Con todo, debe dejarse constancia de que las expuestas no son las únicas fianzas que pueden venir requeridas al asegurado con ocasión de una reclamación de responsabilidad civil, o de algún modo relacionada con la exacción de la llamada responsabilidad civil *ex delicto*, por lo que el presente estudio habrá de tomar en consideración igualmente cualesquiera otras susceptibles, en abstracto, de serle exigidas.

Sentado lo anterior, en la exposición que sigue se procederá, primeramente, al análisis de un heterogéneo grupo de fianzas (la ordenada a garantizar la libertad provisional del asegurado, de un lado, y la relativa al aseguramiento de la ejecución de los pronunciamientos de naturaleza penal y procesal de la sentencia dictada en un procedimiento criminal seguido contra el asegurado, de otro), que tienen como principal rasgo común, a los efectos del presente estudio, el de su ajenidad respecto de la eventual responsabilidad civil del asegurado, lo que obliga a abordar, como cuestión liminar de capital trascendencia, la concerniente a la licitud misma de su prestación por el asegurador (v. *infra*, II). Tras ello, se acometerá el examen de las fianzas que tienen por objeto específico la garantía de responsabilidades civiles, diferenciando a tal propósito las que hayan de constituirse en el seno de procedimientos civiles, de una parte, y penales, de otra (v. *infra*, III), para finalizar con una referencia a la incidencia del dolo del asegurado en este ámbito (v. *infra*, IV). Como se desprende de lo expuesto, los problemas que origina la prestación de fianzas por el asegurador de responsabilidad civil se suscitan, sobre todo, en el ámbito de procesos penales, en estrecha relación con la exacción de la llamada responsabilidad civil *ex delicto*.

II. LA PRESTACIÓN DE FIANZAS EXTRAÑAS A LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ASEGURADO

1. Los límites generales vigentes respecto de la prestación de garantías por los aseguradores

En un orden estrictamente lógico, el análisis de los distintos aspectos relacionados con la prestación de garantías en el ámbito del seguro de responsabilidad civil, máxime por lo que respecta a los extremos abordados en el presente apartado,

ha de iniciarse con la exposición del marco jurídico genérico en el que se inserta la asunción convencional de cualesquiera obligaciones de la expresada naturaleza por parte de los aseguradores. En último término, lo que se persigue esencialmente con un enfoque como el indicado, ciertamente novedoso en el tratamiento del asunto, es resolver la cuestión capital de la licitud de las distintas coberturas presentes en la praxis contractual española que tienen por objeto algún tipo de afianzamiento a cargo del asegurador. No obstante las fundadas dudas que se originan en determinados casos, como se comprobará cumplidamente acto seguido, el extremo enunciado ha pasado completamente desapercibido en los escasos estudios existentes sobre el particular, en los que viene a darse por sentada, de manera general, la validez de las obligaciones de la índole aquí analizada que vienen siendo usualmente contraídas por los aseguradores.

Una vez más, el problema surge con ocasión de la contratación de determinadas coberturas adicionales (y, por tanto, ajenas) a la que tiene por objeto la responsabilidad civil del asegurado, como es el caso paradigmático de la consistente en la prestación de la fianza ordenada a garantizar la libertad provisional del mencionado sujeto en un proceso penal. Por lo demás, la misma consideración merecen las fianzas cuya finalidad genérica estriba en la garantía de la ejecución de los pronunciamientos de naturaleza penal y procesal de la sentencia que llegue a dictarse en un procedimiento criminal seguido contra el asegurado, que en verdad son mucho menos frecuentes que las anteriores. En ambos casos resulta meridianamente claro, como se argumentará detenidamente más adelante (v. *infra* II.2 y 3), que se trata de coberturas distintas a la de la responsabilidad civil, insertadas en el contrato con el propósito de ampliar la protección dispensada al asegurado, acaso sobre la base de que guardan una cierta vinculación con la llamada responsabilidad civil *ex delicto*. En cambio, como es obvio, el afianzamiento de las eventuales deudas resarcitorias del asegurado, en cualquier tipo de procedimiento, no origina duda alguna en cuanto a su licitud, en razón de su cabal correspondencia con el riesgo objeto de cobertura en el seguro de responsabilidad civil (art. 73, párr. 1º, LCS).

Sentado lo anterior, ha de señalarse a continuación que la licitud de aquellas singulares modalidades de fianza, aquí agrupadas bajo el rasgo común de tener que reputarse extrañas a la cobertura de la responsabilidad civil del asegurado, debe enjuiciarse a la luz de dos grandes órdenes de consideraciones.

Por una parte, ha de traerse forzosamente a colación que la disciplina de control autoriza únicamente a las compañías de seguros la prestación de aquellas garantías susceptibles de considerarse propias de la actividad aseguradora, pues se encuentra expresamente prohibido que puedan otorgar cualesquiera otras distintas a las anteriormente mencionadas (art. 5.1.b) LOSSEAR, en relación con el art. 194.6 LOSSEAR, que tipifica como infracción muy grave la realización de operaciones prohibidas por normas de ordenación o supervisión con rango de ley, salvo que tenga un carácter meramente ocasional o aislado, en cuyo caso dicha conducta será constitutiva de una infracción grave, según dispone el art. 195.5 LOSSEAR). La previsión expuesta, tradicionalmente presente en la normativa de control, se ha venido entendiendo en el sentido de que veda la prestación de garantías que no sean propias de un seguro específico⁴. A lo indicado se agrega que la realización por una entidad aseguradora de las actividades prohibidas en dicho precepto determinará su nulidad de pleno derecho (art. 5.2 LOSSEAR), cuyas consecuencias habrán de determinarse con arreglo al régimen general previsto al efecto (arts. 1.300 a 1.314 CC; en cambio, la nulidad de pleno derecho de los contratos de seguro celebrados y demás operaciones sometidas a la LOSSEAR realizadas por entidad no autorizada, cuya autorización administrativa haya sido revocada, o que transgredan los límites de la autorización administrativa concedida, se encuentra sujeta a una disciplina especial, v. art. 24 LOSSEAR)⁵. Naturalmente, la nulidad de pleno derecho con que se sanciona la prestación de garantías distintas de las propias de la actividad aseguradora alcanzará asimismo al acuerdo que las prevea.

Por otra, debe tenerse en cuenta que la prestación de garantías por parte de los aseguradores se halla asimismo sometida no sólo a la regulación imperativa propia del contrato de seguro (a cuyos preceptos se atribuye dicho carácter, a no ser que en ellos se disponga otra cosa, v. art. 2 LCS; con la relevante salvedad, a los efectos de la indagación que aquí se lleva a cabo, de los seguros por grandes riesgos, para los que no rige el mandato enunciado, v. art. 44, párr. 2º, LCS, en relación con el art. 11 LOSSEAR), sino también a los límites generales establecidos a la autonomía privada, de modo que resultarán ilícitas todas aquellas estipulaciones sobre la materia examinada que puedan considerarse contrarias a la ley, a la moral o al orden público (art. 1.255 CC). En el concreto extremo aquí analizado cobra particular significación, como habrá cumplida ocasión de comprobar de manera inmediata, el límite genérico consistente en el obligado respeto al orden

público, en relación con la proscripción de la cobertura del dolo y de las responsabilidades penales y administrativas (v. *supra*, capítulo tercero, I.1 y II.2).

2. La prestación de la fianza ordenada a garantizar la libertad provisional del asegurado

Por lo que respecta a la fianza que tiene por objeto garantizar la libertad provisional del asegurado (v., especialmente, arts. 277.6º, 505, 529 y 531 a 544 LECrim), ha de señalarse que su prestación directa por el asegurador, o la asunción por este de los gastos derivados de su constitución y mantenimiento, suelen contemplarse en la praxis negocial, en verdad de modo harto impreciso, para el caso de que aquella venga exigida como consecuencia de una reclamación cubierta por el concreto seguro de responsabilidad civil concertado. A lo que parece, una previsión de la especie descrita vendría a operar en el supuesto de que la conducta delictiva imputada al asegurado pudiera ser asimismo la causa de daños que estuvieran cubiertos por la póliza en cuestión. Esto es, el escenario que se tiene en consideración, como paradigma, es el de la eventual exigencia de responsabilidad civil al asegurado en el seno de un procedimiento penal (v. arts. 100 y 106 a 117 LECrim y art. 109 CP), en virtud de hechos dañosos comprendidos en la cobertura dispensada por el seguro contratado, susceptibles de ser asimismo fuente de la correspondiente responsabilidad criminal. Esta última circunstancia es la que viene a determinar, en ciertos supuestos, la exigencia de dicha clase de fianza en orden a la evitación de la prisión provisional.

Así las cosas, ha de tenerse en cuenta que esta peculiar modalidad de fianza (denominada en la práctica forense *fianza carcelaria* para distinguirla del afianzamiento de la responsabilidad civil en el procedimiento criminal)⁶ se encuadra dentro de las medidas cautelares que pueden adoptarse en el curso del proceso penal contra el investigado o encausado, mediante las cuales viene a limitarse provisionalmente su libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos, penales y civiles, de la sentencia. En términos generales, ha de reseñarse que estas medidas se encuentran caracterizadas por las notas de la instrumentalidad respecto de un proceso penal pendiente y principal; la provisionalidad, pues solo pueden mantenerse en tanto subsistan las causas que motivaron su adopción; y la proporcionalidad, que deben guardar con la gravedad de los hechos

que en cada caso se depuran. Por lo demás, la adopción de las medidas cautelares se encuentra sujeta a los requisitos genéricos de apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*); de evitación del riesgo asociado a una resolución tardía, que pudiera provocar la ineficacia de la resolución definitiva (*periculum in mora*); y de necesidad de resolución judicial motivada que la ordene (jurisdiccionalidad, que posee la relevante excepción de la detención provisional que puede practicar la policía e incluso cualquier persona, v. arts. 17.2 CE y 489 a 501 LECrim). En fin, en cuanto a sus clases, estas medidas cautelares suelen diferenciarse en personales (que son las que afectan a la persona del investigado y al ejercicio de sus derechos, que se ve limitado o suspendido) y reales (que poseen carácter patrimonial y afectan a los bienes del presunto responsable criminal o del eventual responsable civil con el propósito de asegurar las responsabilidades pecuniarias que pudieran declararse en el proceso penal)⁷.

Sentado lo anterior, ha de reseñarse que la llamada *fianza carcelaria* se inscribe en el ámbito de las medidas cautelares de índole personal. Nótese, al efecto, que entre dicha clase de medidas se encuentra igualmente, entre otras, la prisión provisional (que entraña una total privación al presunto responsable criminal de su derecho fundamental a la libertad ambulatoria, mediante su ingreso, como regla general, en un centro penitenciario, durante la sustanciación del proceso penal, bien entendido que esta medida únicamente puede adoptarse cuando conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con ciertas penas privativas de libertad y aparezcan motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión, siempre que tenga por propósito la consecución de determinados fines que se consideran constitucionalmente legítimos —asegurar la presencia del investigado, conjurando el peligro de fuga; evitar que el investigado oculte, manipule o destruya las fuentes de prueba; impedir que el investigado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima o la reiteración delictiva— y no existan otras restricciones menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional, por lo que sólo durará lo que subsistan los motivos que la hayan ocasionado, todo lo cual termina por configurar la prisión aquí examinada como una medida cautelar excepcional, subsidiaria y provisional, v. arts. 502 a 528 LECrim y, entre otras, STC 66/2008, de 29 de mayo, y 179/2011, de 21 de noviembre)⁸ y la libertad

provisional (que consiste en la limitación del derecho fundamental a la libertad ambulatoria, que se adopta por el juez encargado de la investigación cuando entiende que existen motivos bastantes para considerar a una persona responsable de la comisión de hechos delictivos y por las circunstancias del caso, y en aras de las exigencias del procedimiento, es necesario restringir su libertad, lo que puede llevarse a cabo de diversos modos, que habrán de estar siempre debidamente motivados y fundados; así, por ejemplo, STC 85/1989, de 10 de mayo; 207/1996, de 16 de diciembre; 14/2000, de 17 de enero; 169/2001, de 16 de julio; y 179/2011, de 21 de noviembre)⁹.

El investigado o encausado se encontrará en la situación de libertad provisional cuando el juez no haya decidido la adopción de la prisión provisional. En tal tesitura, el juez decretará, con arreglo a lo prevenido al efecto (v. art. 505 LECrim), si el investigado o encausado ha de dar o no fianza (*rectius*, caución) para continuar en libertad provisional (art. 529 LECrim). Asimismo debe tenerse presente que el sometido a la libertad provisional, con o sin fianza, tiene que asumir *apud acta* la obligación de comparecer en los días que le fueren señalados en el auto respectivo, y además cuantas veces fuere llamado ante el juez o tribunal que conozca de la causa. Para garantizar el cumplimiento de esta obligación, el juez o tribunal podrá acordar motivadamente la retención de su pasaporte (art. 530 LECrim)¹⁰. Nótese, pues, que el sujeto al que se impone la libertad provisional no se encuentra privado de moverse y circular a su voluntad con tal de que cumpla, si es el caso, la referida obligación de comparecencia. Todo ello en el bien entendido de que la situación ordinaria en espera de juicio no es la de hallarse sometido a una medida cautelar, como se deduce de la efectiva vigencia de los derechos fundamentales a la libertad personal y a la presunción de inocencia (arts. 17.1 y 24.2 CE, respectivamente; en el sentido indicado, entre otras, STC 128/1995, de 26 de julio, y 14/2000, de 17 de enero).

Si el juez o tribunal decretare la fianza (cuyas diligencias habrán de sustanciarse en pieza separada, art. 544 LECrim), fijará la calidad y cantidad de la que se hubiere de prestar. Este auto se notificará al investigado o encausado, al ministerio fiscal y a las demás partes personadas y será recurrible de acuerdo con lo previsto al efecto (art. 529 LECrim, en relación con lo señalado en los arts. 505 y 507 LECrim; sin perjuicio de que los autos de prisión y libertad provisionales y de

fianza sean reformables durante todo el curso de la causa, de modo que el investigado o encausado podrá ser preso y puesto en libertad cuantas veces sea procedente, y la fianza podrá ser modificada en lo que resulte necesario para asegurar las consecuencias del juicio, art. 539 LECrim). Para determinar la calidad y cantidad de la fianza se tomarán en cuenta la naturaleza del delito, el estado social y antecedentes del procesado y las demás circunstancias que pudieren influir en el mayor o menor interés de este para ponerse fuera del alcance de la autoridad judicial (art. 531 LECrim; además, el art. 533 LECrim indica que resulta de aplicación a esta fianza lo previsto en los arts. 591 a 596 LECrim)¹¹. Téngase presente que la garantía de la libertad provisional puede ser bien de naturaleza personal (fianza propiamente dicha, que necesariamente habrá de constituir un tercero, que en el caso examinado podría ser el asegurador), bien de índole real (prenda o hipoteca, sobre los bienes del propio investigado o de un tercero). Si el procesado no presenta o amplía la fianza en el término que se le señale, será reducido a prisión (art. 540 LECrim). De modo particular, debe destacarse que esta fianza se destinará a responder de la comparecencia del procesado cuando fuere llamado por el juez o tribunal que conozca de la causa. Su importe servirá para satisfacer las costas causadas en el ramo separado formado para su constitución, y el resto se adjudicará al Estado (art. 532 LECrim; respecto de la realización de la fianza, v., sobre todo, arts. 534 a 538 y 542 y 543 LECrim).

Pues bien, a la vista de lo expuesto se reafirma aún más, si cabe, la conclusión de que esta singular clase de fianza no guarda conexión con una (eventual) responsabilidad civil del investigado o encausado, ya que no se ordena en modo alguno a garantizarla.

A fin de considerarla una prestación característica de la actividad aseguradora pudiera pensarse, primeramente, que se encuentra relacionada de alguna manera con la defensa jurídica frente a la reclamación del perjudicado que debe asumir el asegurador, salvo pacto en contrario, en el seguro de responsabilidad civil (art. 74 LCS). Mas, si se trae a la memoria que dicha actividad viene referida a la determinación y liquidación (tanto en el ámbito judicial, como en el extrajudicial) de la deuda resarcitoria cuyo cumplimiento se exige al asegurado, se alcanza derechamente la conclusión de que la prestación de la llamada *fianza carcelaria* no es susceptible de estimarse comprendida en el contenido de la defensa a cargo del

asegurador (v. *supra*, capítulo tercero, II.1). Todo lo más, esta peculiar clase de fianza podría reputarse vinculada con la defensa penal del asegurado; pero esta última actividad no integra de suyo, como se sabe, la defensa jurídica que debe desarrollar, llegado el caso, el asegurador de responsabilidad civil (v. *supra*, capítulo tercero, III.1).

Aun a pesar de encontrarse situada extramuros del riesgo objeto de cobertura en el seguro de responsabilidad civil¹², cabría defender en último extremo que la prestación de la fianza en garantía de la libertad provisional del asegurado es susceptible de pactarse válidamente por estar referida a un riesgo asegurable. Así las cosas, la *fianza carcelaria* representaría en el supuesto examinado una cobertura complementaria a la de la responsabilidad civil del asegurado. Mas para ello resultaría absolutamente indispensable que dicha fianza pudiera considerarse como una garantía propia de la actividad aseguradora, ya que, de no ser así, tanto el pacto que la contemplase, como su efectiva prestación, habrían de reputarse nulos de pleno derecho por exigencia de la disciplina de control (art. 5 LOSSEAR)¹³. De seguirse la línea argumental expuesta y por lo que respecta al régimen de supervisión, dicho riesgo adicional podría estimarse comprendido, acaso, dentro del ramo de pérdidas pecuniarias diversas (Anexo A.a).16 LOSSEAR)¹⁴.

Con independencia de lo discutible de semejante aserto, lo cierto es que la fianza examinada se encuentra exigida en razón de una hipotética responsabilidad penal del asegurado (siendo precisamente este carácter puramente eventual de dicha responsabilidad, así como la posibilidad de que la fianza llegue a requerirse por un presunto delito culposo, lo que permite entender que la prestación de la *fianza carcelaria* no conculca el principio general de la inasegurabilidad del dolo, art. 19 LCS)¹⁵ y su realización, llegado el caso, poseerá un marcado carácter sancionador (que debe reputarse predominante sobre el resarcitorio o indemnizatorio, ya que su importe servirá para satisfacer las costas causadas en el ramo separado formado para su constitución, entregándose el resto al Estado, v. art. 532 LECrim), a modo de penalidad impuesta al investigado o encausado como consecuencia del incumplimiento de su obligación de comparecencia en el procedimiento penal seguido contra él. No se trata simplemente, pues, de limitarse a constatar que semejante riesgo no es susceptible de considerarse incluido dentro del consistente en la cobertura de la responsabilidad civil, dado que, por sí sola, la circunstancia

descrita no impediría su válido aseguramiento. A la vista de los expresados argumentos de lo que se trata más bien es de dilucidar si la cobertura de la llamada *fianza carcelaria* (bien de modo directo por el asegurador, bien mediante la asunción de los gastos ocasionados por su formalización y mantenimiento por un tercero) es susceptible de reputarse radicalmente nula por contravenir el orden público, que representa un límite infranqueable para la autonomía privada (ex art. 1.255 CC), incluso para los seguros por grandes riesgos (v. art. 44, párr. 2º, LCS, en relación con lo previsto en el art. 11 LOSSEAR).

En este sentido, como se puso de manifiesto en otro lugar, existe desde antiguo un generalizado consenso respecto de la inasegurabilidad, tanto de la responsabilidad administrativa, como de la responsabilidad penal, precisamente por razones de orden público, fundamentalmente sustentadas en el principio de personalidad de la pena, ligadas a su función sancionadora o aflictiva (v. *supra*, capítulo segundo, I.1). Dícese que los expresados motivos impiden categóricamente que una pena pueda ser descargada en otra persona en lo concerniente a su cumplimiento, al tiempo que se añade que la efectividad que persigue la sanción penal (o administrativa) se vería muy debilitada si una persona pudiera asegurarse contra las consecuencias de sus infracciones. En suma, mientras que se considera asegurable la denominada responsabilidad civil *ex delicto*, no sucede lo propio con la responsabilidad penal o administrativa que pudiera llegar a derivarse del hecho originador de la responsabilidad civil del asegurado, incluso en el caso de que cualquiera de aquellas dos clases de responsabilidad viniera a traducirse en la imposición de una multa pecuniaria al asegurado.

Si se traslada acto seguido nuevamente la atención al plano de la llamada *fianza carcelaria*, cabe observar en este caso particular una significativa diferencia de matiz respecto de las consideraciones precedentes, toda vez que aquella no se encuentra ordenada, en puridad, a garantizar la ejecución de los pronunciamientos de naturaleza penal de la sentencia que eventualmente se dicte en el procedimiento criminal y que tengan contenido patrimonial. Tampoco puede decirse, por lo demás, que sea susceptible de calificarse con propiedad como una sanción penal o administrativa, impuesta tras el seguimiento del correspondiente procedimiento. Los datos apuntados, junto con la inconcusa tipicidad social de esta peculiar garantía, permiten sostener la licitud de su prestación por el asegurador, por

más que no quepa ignorar la poderosa sombra que arroja sobre tal conclusión el predominio atribuible al carácter punitivo de la efectividad de esta singular fianza sobre el puramente resarcitorio (art. 532 LECrim). Así es, pues no puede pasarse por alto que su realización tendrá lugar por causa de la incomparecencia del procesado cuando fuere llamado por el juez o tribunal que conozca de la causa penal, de modo que el asegurador terminará por asumir las consecuencias económicas afflictivas ocasionadas por el comportamiento del asegurado, por demás de carácter intencionado.

Ha de dejarse constancia, en fin, de que las pólizas en las que se contempla la prestación de la denominada *fianza carcelaria* por el asegurador de responsabilidad civil suelen establecer que la pérdida de la establecida para responder de una comparecencia del asegurado, originada por el incumplimiento de tal deber, obligará a este (y, en ocasiones, también al tomador del seguro) al reintegro de las sumas que el asegurador hubiera tenido que satisfacer por este concepto¹⁶. Con todo, parece obvio que el mencionado derecho de reintegro asistirá en todo caso al asegurador contra el asegurado, aun cuando la póliza guarde silencio sobre el particular, no sólo en aplicación de las reglas generales en materia de fianza, sino también de resultas de la vigencia del principio de la inasegurabilidad del dolo (art. 19 LCS).

3. La prestación de fianzas ordenadas a la garantía de la ejecución de los pronunciamientos de naturaleza penal y procesal de la sentencia dictada en el procedimiento criminal seguido contra el asegurado

Dentro de la regulación del procedimiento criminal se contemplan asimismo determinadas garantías susceptibles de una eventual imposición, como medidas cautelares de carácter real, en cuanto dirigidas contra los bienes del investigado o encausado, con objeto de asegurar la ejecución de los pronunciamientos de naturaleza penal de la sentencia que llegara a dictarse, en su caso, en el mencionado proceso y que tuvieran contenido patrimonial, como serían los supuestos de las penas de multa (v. arts. 32 y 33 y 50 a 53 CP) y del decomiso (v., sobre todo, arts. 127 a 128 CP). Al cabo, la circunstancia apuntada obliga a dilucidar igualmente la licitud de la prestación de esta singular clase de garantía por los aseguradores, por más que no sea posible ignorar que semejante cobertura no se encuentra

contemplada, por lo común, en las pólizas de responsabilidad civil al uso en nuestro país.

Sentado lo anterior, ha de afirmarse categóricamente que, dado que no cabe el aseguramiento de la responsabilidad penal ni de la administrativa, en razón de motivos de orden público (v. *supra*, capítulo segundo, I.1), tampoco resultará admisible la cobertura de las fianzas ordenadas a garantizar la ejecución de los pronunciamientos de naturaleza penal de la sentencia que llegara a dictarse en el procedimiento criminal¹⁷.

Con todo, no cabe ignorar que el discurso desarrollado puede ser objetado en la medida en que por medio de la prestación de alguna fianza del género examinado no se procede, en rigor, a la cobertura de responsabilidades penales de modo definitivo, máxime si se considera, además, que el asegurador tendría siempre una acción de regreso contra el asegurado en la tesitura de que las mencionadas garantías llegaran finalmente a hacerse efectivas. Esto es, las consecuencias patrimoniales de dicha realización, si es el caso, acabarían por recaer, en última instancia, sobre el propio asegurado. Sin embargo, el argumento expresado no resulta convincente porque la responsabilidad penal quedaría saldada por el propio asegurador, lo que pugnaría abiertamente con el principio de personalidad de la pena. Todo ello con independencia, a mayor abundamiento, de que el ejercicio del derecho de regreso pudiera no arrojar un resultado positivo, lo que permitiría al asegurado eludir, a la postre, las consecuencias aflictivas asociadas a su proceder.

Por lo demás, comoquiera que las medidas cautelares de carácter real pueden adoptarse asimismo para asegurar la ejecución de la condena en costas, también será posible en este concreto ámbito la exigencia de constitución de fianzas. En relación con la licitud de su eventual cobertura por medio del seguro resulta capital el dato de que, según la doctrina dominante, el pago de las costas procesales (cuya imposición es objeto de una regulación un tanto confusa, sobre todo por causa de su dispersión, v., especialmente, arts. 123 a 126 CP y 239 a 246 LECrim) constituye igualmente una consecuencia del delito, mas no de orden sustantivo-penal, sino eminentemente procesal, que cumple una función reparadora, a semejanza de la responsabilidad civil, no sancionatoria. Dícese a tal propósito que el

proceso origina unos gastos y el procesado está obligado a su pago, por su causación indirecta a través del delito (así, entre otras, STS, 2ª, de 9 de diciembre de 1999, RJ 1999/9697; y de 10 de diciembre de 2004, RJ 2004/1085)¹⁸. Lo expuesto lleva a derechamente a concluir la validez de la cobertura de tales costas procesales, por más que resulte hartamente infrecuente en la práctica aseguradora del ramo de responsabilidad civil, lo que determina asimismo la licitud de la prestación de la fianza ordenada a garantizar la ejecución de la condena a su pago¹⁹.

III. LA PRESTACIÓN DE FIANZAS POR EL ASEGURADOR EN GARANTÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ASEGURADO

1. Generalidades

Las fianzas (o, más genéricamente, las garantías) que haya de prestar el asegurador de responsabilidad civil en relación con una eventual deuda de resarcimiento de su asegurado (cuyo aseguramiento no suscita problemas de licitud, en razón de su esencial correspondencia con la cobertura definitoria de la modalidad de seguro aquí examinada, v. art. 73, párr. 1º, LCS y *supra*, II.1) son susceptibles de venir exigidas en el seno de procesos civiles y penales, siendo mucho más habituales, al tiempo que generadoras de una mayor conflictividad, las requeridas en este último tipo de procedimientos, como se habrá de comprobar seguidamente (v. *infra*, III.3)²⁰. Esta fundamental dualidad procesal, motivada por la posibilidad de que la llamada responsabilidad civil *ex delicto* llegue a determinarse en el procedimiento penal con arreglo al marco normativo establecido específicamente al efecto (v. *supra*, capítulo primero, II.2), aconseja llevar a cabo un examen separado de la materia en obsequio a la naturaleza del proceso en cuyo ámbito pueda tener lugar la prestación de fianzas por parte del asegurador de responsabilidad civil.

Antes de proceder al mencionado análisis pormenorizado, resulta preciso resolver una cuestión liminar de índole general, a saber: si la prestación de esta clase de garantías puede considerarse comprendida de suyo dentro de la cobertura del seguro, de modo que haya de estimarse vigente la correspondiente obligación a cargo del asegurador de responsabilidad civil, no obstante la ausencia de previsión expresa en la póliza. A despecho de la elevada relevancia, en el plano

conceptual, del interrogante formulado, debe dejarse cumplida constancia de que, en cambio, su trascendencia real es relativa, toda vez que en la mayor parte de los condicionados al uso suele contemplarse de modo detallado la cobertura de este tipo de fianzas (bien de modo directo por el asegurador, bien mediante la asunción de los gastos ocasionados por su formalización y mantenimiento por un tercero)²¹.

Según una autorizada opinión, la respuesta afirmativa es la única solución correcta a la vista de la naturaleza del seguro de responsabilidad civil, si se repara en que la constitución de fianzas por el propio asegurado, a sus expensas, vendría a ocasionarle un daño patrimonial, que derivaría de una reclamación resarcitoria del perjudicado, lo que debe ponerse a su vez en relación con la circunstancia de representar la protección del asegurado frente a las exigencias de tal índole la genuina razón de ser de dicha clase de seguro²². Para alcanzar idéntica conclusión, por demás la que goza de mayor predicamento en la doctrina patria, se ha argumentado asimismo por otra línea de pensamiento que las fianzas aquí examinadas deben considerarse comprendidas dentro del riesgo de defensa jurídica cuya cobertura corre a cargo del asegurador de responsabilidad civil, salvo pacto en contrario [art. 74 LCS]²³.

Empero, a lo que creemos, la tesis expuesta no está exenta de contestación. De un lado, porque la constitución de este tipo de fianzas tiene lugar con anterioridad a la propia constatación de la responsabilidad civil del asegurado, de modo que en el momento en que se origina su exigencia no puede considerarse realmente determinado aún el acaecimiento del riesgo objeto de cobertura (que, además, no tiene por qué terminar produciéndose, ya que el proceso en el que hubiera resultado impuesta la prestación de dicha garantía podría finalizar sin declaración de responsabilidad civil alguna a cargo del asegurado). De otro, porque es cuestionable que las fianzas de la especie analizada puedan reputarse comprendidas dentro de la actividad de defensa, habida cuenta de que por tal debe entenderse el conjunto de actuaciones necesarias, tanto en el orden judicial, como en el extrajudicial, para la determinación y liquidación de la deuda de responsabilidad contraída por el asegurado (v. *supra*, capítulo tercero, II.1). Así pues, tratándose de un extremo, cuando menos, controvertido, resultará altamente conveniente para los intereses de los asegurados la previsión expresa en la póliza de las fianzas cuya

constitución haya de correr a cargo del asegurador, o cuyos gastos tenga que sufragar, llegado el caso.

Naturalmente, la cobertura de las fianzas aquí examinadas se encuentra circunscrita a la suma asegurada en concepto de responsabilidad civil establecida en las condiciones particulares, o a cualquier otro límite eventualmente convenido a tal propósito (arts. 73, párr. 1º, y 27 LCS y 117 CP), de modo que la garantía del exceso, si lo hubiere, tendría que correr a cargo del asegurado²⁴.

2. La prestación de fianzas por el asegurador en el seno de procesos civiles en relación con la eventual responsabilidad civil del asegurado

Como se indicó más arriba, la prestación de esta clase de fianzas por el asegurador de responsabilidad civil, a solicitud de su asegurado, no resulta en verdad muy frecuente en nuestra práctica procesal, acaso debido a la circunstancia de que, llegado el momento, el perjudicado suele exigir el resarcimiento del daño padecido únicamente al asegurador por medio del ejercicio de la acción directa (art. 76 LCS), o de que, cuando lo reclama sólo al asegurado, es porque el asegurador ha rechazado la cobertura. Con todo, en abstracto son imaginables diversos escenarios en los que la expresada garantía haya de constituirse por el asegurador en favor del asegurado.

En este sentido merece destacarse primeramente, de manera especial, la eventual prestación de la caución sustitutoria de las medidas cautelares que se hubieren solicitado o acordado frente al asegurado, que habrá de ser suficiente, a juicio del tribunal, para asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia estimatoria que se dictare (arts. 746 y 747 LEC). Con carácter general ha de tenerse presente que, entre las medidas cautelares susceptibles de instarse o dictarse frente al asegurado, se cuenta la consistente en el embargo preventivo de bienes para garantizar la ejecución de la sentencia de condena al pago de la indemnización debida al perjudicado (art. 727.1ª LEC). Pues bien, en relación con lo expuesto algunos condicionados al uso contemplan expresamente que el asegurador prestará dicha caución a fin de evitar que el asegurado tenga que padecer aquel embargo²⁵.

De igual modo, ha de reseñarse que un número significativo de pólizas de seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos vienen a comprender,

dentro de la cobertura dispensada, la asunción por el asegurador de los gastos de constitución y mantenimiento del llamado aval concursal, ya que su prestación directa únicamente se encuentra autorizada a las entidades de crédito. A tal propósito ha de traerse a colación la previsión por cuya virtud, desde la declaración de concurso de una persona jurídica, el juez del concurso, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, podrá acordar, como medida cautelar, el embargo de bienes y derechos de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que en la sentencia de calificación las personas a las que afecte el embargo sean condenadas a la cobertura del déficit resultante de la liquidación en los términos previstos en la LC. Con ello se trata de evitar que los patrimonios de los mencionados sujetos resulten insuficientes para atender el mencionado desfase en el momento en que se les imponga la correspondiente condena. Pues bien, este embargo, que se acordará por la cuantía que el juez estime, podrá ser sustituido, a solicitud del interesado, por un aval de entidad de crédito (art. 48.1 *ter* LC, en conexión con lo previsto en el art. 172 *bis* LC)²⁶. En relación con ello acostumbra a requerirse el previo consentimiento por escrito del asegurador y a considerarse asimismo, a los efectos de la delimitación temporal de la cobertura en las pólizas que acogen el sistema *claims made*, que se entenderá por reclamación cualquier notificación judicial ordenando el embargo de bienes y derechos de los administradores o directivos en los términos anteriormente precisados²⁷.

Nótese que en los supuestos examinados la medida cautelar de embargo habrá sido instada o acordada en el correspondiente procedimiento civil frente al propio asegurado, quien habrá de proceder seguidamente, si lo estime pertinente, a requerir la prestación de la llamada caución sustitutoria a su asegurador (o la asunción de los gastos de su constitución y mantenimiento). Es obvio que, frente a la expresada petición, este último podrá oponer las excepciones que posea frente al asegurado (en cambio, estas excepciones resultan inoponibles al perjudicado en caso de ejercicio de la acción directa, art. 76 LCS). Por lo demás, ante una eventual negativa injustificada del asegurador a la atención de la cobertura solicitada, el asegurado podrá emprender las correspondientes acciones ordenadas a exigir el cumplimiento de la obligación de prestación de la caución sustitutoria de las

medidas cautelares, o de asunción de los costes de constitución y mantenimiento de la mencionada garantía, así como la indemnización de los daños y perjuicios padecidos (art. 1.101 CC).

3. La prestación de fianzas por el asegurador en el seno de procesos penales en relación con la eventual responsabilidad civil del asegurado

La prestación de fianzas por el asegurador de responsabilidad civil en el proceso penal constituye una cuestión que se encuentra instalada en un cierto estado de confusión, en gran medida derivado de la asistemática y deficiente regulación de que es objeto, a cuyo esclarecimiento no puede decirse que hayan contribuido precisamente las resoluciones judiciales recaídas sobre la materia de las que hemos tenido noticia. Por lo demás, el panorama descrito contrasta acusadamente con la importancia adquirida en los últimos tiempos por la expresada cobertura, evidenciada de modo elocuente en algunos recientes casos de considerable repercusión social enmarcados en el extendido fenómeno de la criminalización de determinadas modalidades de seguros de responsabilidad civil (singularmente, la de administradores y directivos). El abordado seguidamente representa, pues, un problema de acuciante resolución en aras de la deseable certidumbre jurídica sobre el particular, que en el momento presente dista mucho de ser una realidad.

A tal propósito ha de ponerse de manifiesto, de antemano, que en esta ocasión nuestra atención se concentra en la fianza como medida cautelar de carácter real encaminada a asegurar la indemnización de daños y perjuicios, así como la restitución de cosas determinadas, a cuya satisfacción pueda llegar a ser finalmente condenado el investigado o encausado en concepto de responsabilidad civil *ex delicto* (arts. 110 CP y 110 LECrim), así como el posible tercero que ostente la cualidad de responsable civil (arts. 117 y 119 a 122 CP). Se trata, por consiguiente, de una medida cautelar propia del llamado proceso civil acumulado con carácter eventual y accesorio, supuesto que se ordena a garantizar la ejecución de los hipotéticos pronunciamientos de naturaleza civil y contenido patrimonial de la sentencia que pueda dictarse en el correspondiente proceso penal²⁸. En el mencionado ámbito la fianza se encuentra configurada, según es usual, como una garantía cuya prestación tiene como finalidad la evitación del embargo de los bienes de los mencionados sujetos: de ahí que esta última medida cautelar se caracterice por

la nota de la subsidiariedad, supuesto que el embargo sólo podrá acordarse cuando el investigado o encausado, o el tercero responsable civil, no hayan prestado fianza o no lo hayan hecho en la cuantía suficiente (arts. 587 a 600 y 615 LECrim)²⁹. En relación con lo expuesto, ha de traerse particularmente a la memoria que el asegurador de responsabilidad civil, a los efectos de la exacción de la llamada responsabilidad civil *ex delicto*, posee la condición de responsable directo, frente al que cabe el ejercicio de la acción directa en el marco del proceso penal (arts. 76 LCS y 117 CP).

A lo anterior ha de agregarse que las medidas cautelares civiles (entre las que destaca, sobre todas, la ordenada al aseguramiento de la llamada responsabilidad civil *ex delicto*, aquí examinada) se encuentran sujetas, según la opinión que parece más plausible (aunque no sea la mayoritaria), al principio dispositivo, de manera que su adopción en el proceso penal sólo podrá llevarse a cabo a instancia de parte legítima, a saber: el perjudicado, en cuanto legitimado originario, y el ministerio fiscal, a menos que aquel se hubiera reservado el ejercicio de la acción civil o hubiera renunciado a ella (arts. 108 y 112 LECrim y 109.2 CP, v. *supra* capítulo segundo, II.2). La caracterización expuesta se desprende de la regulación de las medidas cautelares susceptibles de dictarse frente a los posibles terceros civilmente responsables, pues expresamente se establece la necesidad de la correspondiente solicitud del actor civil para que el juez, cuando en la instrucción del sumario aparezca indicada la existencia de la aludida responsabilidad civil, exija fianza a la persona contra quien resulte aquella, cuya falta de prestación determinará la ulterior práctica del oportuno embargo (art. 615 LECrim)³⁰. Lo propio ha de predicarse, no obstante la ausencia de previsión expresa en tal sentido, respecto de las medidas cautelares civiles que puedan imponerse al investigado o encausado. En cambio, distinto es el caso de las medidas cautelares reales cuya finalidad estriba en garantizar la efectividad de los eventuales pronunciamientos de naturaleza penal y procesal (pena de multa, decomiso y costas procesales) que llegare a dictarse, toda vez que tales medidas son susceptibles de acordarse de oficio por estar referidas a materias indisponibles³¹.

Dícese, en términos generales, que la adopción de las medidas cautelares relativas al aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias requerirá la concurrencia de los requisitos consistentes en la apariencia de buen derecho (*fumus*

boni iuris) y en el peligro de mora procesal (*periculum in mora*). Pues bien, por lo que respecta a aquellas tendentes a garantizar la denominada responsabilidad civil *ex delicto*, la primera de tales exigencias ha de entenderse observada cuando existan indicios racionales de que el hecho punible imputado pueda ser también fuente de la mencionada responsabilidad³²; por su parte, el segundo de los presupuestos enunciados se cumplirá cuando resulte probable la producción, durante la pendencia del proceso, de situaciones que impidan o dificulten la efectividad del pronunciamiento civil de condena que pueda llegar a incorporarse a la sentencia penal (v. AAN, Sala de lo Penal, Sección 2ª, de 4 febrero 2013, JUR 2013/44042)³³. Todas las diligencias sobre fianzas (y embargos) se instruirán en pieza separada (art. 590 LECrim): en el supuesto aquí examinado, la conocida como pieza de responsabilidad civil (arts. 589 a 614 LECrim), pudiendo originarse asimismo la denominada pieza de terceros, en caso de existir estos supuestos responsables civiles, como sucede de modo paradigmático con las compañías de seguros (arts. 615 a 621 LECrim y 117 CP)³⁴. Las medidas cautelares civiles se adoptarán mediante auto motivado (bien en uno específicamente dictado al efecto, bien en la parte dispositiva de cualquier otro que posea un contenido más amplio, como pudieran ser los casos de los de procesamiento, prisión provisional o de transformación del procedimiento abreviado), susceptible de apelación (ex art. 766.1 LECrim)³⁵.

A la vista de lo expuesto puede suceder que, de conformidad con el principio dispositivo que informa esta materia, la llamada responsabilidad civil *ex delicto* se exija únicamente al investigado o encausado, o asimismo se reclame a su asegurador de responsabilidad civil mediante el ejercicio de la acción directa en el proceso penal (art. 76 LCS). En esta segunda tesitura se entiende que la garantía que llegue a prestar el asegurador de responsabilidad civil, de conformidad con lo establecido al efecto (arts. 615 a 621 y 764.3 LECrim; sobre el tema, v. *supra*, capítulo segundo, III.2), determinará que el investigado o encausado haya de afianzar únicamente, en su caso, el importe que no haya quedado cubierto por el seguro.

Si se concentra seguidamente la atención en las medidas cautelares reales que tienen como destinatario al investigado o encausado, cabe reseñar que la regulación de la materia comienza con la previsión por cuya virtud, cuando del sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona, se mandará por el juez que preste fianza bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias que en

definitiva puedan declararse procedentes (como se indicó previamente, la adopción de oficio debe entenderse circunscrita a la garantía de los pronunciamientos de naturaleza penal y procesal, pues respecto del aseguramiento de la responsabilidad civil *ex delicto* rige el principio dispositivo), decretándose en el mismo auto el embargo de bienes suficientes para cubrir dichas responsabilidades si no prestare la fianza. La cantidad de esta se fijará en el mismo auto y no podrá bajar de la tercera parte más de todo el importe probable de las responsabilidades pecuniarias (art. 589 LECrim, en relación con la indicación de que dentro del sumario se comprenden asimismo las actuaciones encaminadas a asegurar las responsabilidades pecuniarias de los delincuentes, v. art. 299 LECrim; de igual modo, debe tenerse presente que, entre los extremos susceptibles de recogerse en la querrela, se contempla la petición de que se acuerde el embargo de los bienes del presunto culpable en la cantidad necesaria en los casos en que así proceda, v. art. 277.6º LECrim)³⁶. Es importante poner de relieve que, como se deduce del tenor literal de la previsión enunciada, la imposición de la referida medida cautelar se ordena al aseguramiento de los pronunciamientos patrimoniales de cualquier clase (esto es, no sólo los relativos a la responsabilidad civil *ex delicto* que llegara a determinarse en virtud del ejercicio de la acción civil acumulada a la penal, sino también los concernientes al contenido penal y procesal del hipotético fallo condenatorio: la pena de multa, el decomiso y las costas) que pudieran terminar declarándose a cargo del investigado o encausado en el procedimiento criminal seguido contra el mismo, lo que habrá de ser tenido en la debida consideración a los efectos de la cobertura del seguro de responsabilidad civil eventualmente concertado por dicho sujeto.

En el ámbito examinado el término fianza se emplea en un sentido impropio, ya que alude realmente a una medida de aseguramiento directo que busca la disponibilidad de dinero de forma inmediata o a través de la afección de bienes muebles o inmuebles de fácil realización y valor conocido³⁷. Esta peculiar fianza podrá ser personal, pignoratícia o hipotecaria, o verificarse mediante caución que podrá constituirse en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier medio que, a juicio del juez o tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate (art. 591 LECrim)³⁸. Contra los autos que el Juez dicte calificando la suficiencia de las

fianzas procederá el recurso de apelación (art. 596 LECrim). Asimismo ha de dejarse constancia de que la fianza podrá ser reducida o ampliada en función del aumento o disminución de las posibles responsabilidades pecuniarias del imputado (arts. 611 y 612 LECrim). Para realizar toda fianza el secretario judicial procederá por la vía de apremio de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo IV, Título IV, del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si se tratare de una fianza personal, se procederá también por la vía de apremio contra los bienes del fiador hasta hacer efectiva la cantidad que se haya fijado al admitir la referida fianza (art. 536 LECrim, al que remite el art. 613 LECrim). En fin, ha de reseñarse que será de aplicación supletoria en este ámbito lo dispuesto en la legislación civil sobre fianzas y embargos (art. 614 LECrim).

Así pues, la exigencia de la fianza aquí examinada al investigado o encausado constituye un riesgo cuya cobertura a través del correspondiente seguro habrá de sustanciarse en función de lo eventualmente convenido por las partes al respecto, en orden a lo cual habrán de tenerse presentes igualmente determinadas consideraciones de índole general. Por lo demás, la fianza que haya de prestar, en su caso, el asegurador de responsabilidad civil a favor de su asegurado revestirá usualmente la forma de garantía de naturaleza personal (entendido ahora este calificativo de conformidad con la clasificación tradicional de las garantías en el ámbito del Derecho privado).

A tal propósito ha de reiterarse, de antemano, que el asegurador de responsabilidad civil tiene prohibido garantizar la totalidad de los conceptos que pueden incluirse en las responsabilidades pecuniarias susceptibles de declararse finalmente procedentes. En efecto, si se trae a la memoria que, por razones de orden público, la responsabilidad penal no resulta en modo alguno asegurable, habrá de concluirse consecuentemente que tampoco resultará admisible la prestación por el asegurador de la fianza ordenada a garantizar la efectividad de una hipotética pena de multa o del decomiso (v. *supra*, II.3 y capítulo segundo, I.1). Por consiguiente, si el asegurador hubiera llegado a constituir una fianza que abarcara globalmente las posibles responsabilidades pecuniarias del asegurado (susceptibles de comprender, como se sabe, la responsabilidad civil *ex delicto*, la pena de multa, el decomiso y las costas procesales) habría de estimarse vedada su hipotética realización en lo concerniente a la satisfacción de la multa o del decomiso a que

hubiera sido condenado el asegurado. Por lo demás, como es evidente, si el perjudicado se reservó la acción indemnizatoria para ejercerla en el proceso civil, de modo que no hubiera quedado acumulada a la pretensión punitiva, o hubiera renunciado a ella (arts. 109.2 CP y 112 LECrim), la fianza del asegurador únicamente podría alcanzar, en su caso, la garantía de las costas procesales a cargo de su asegurado.

Por otro lado, se plantea la trascendental cuestión de si en el supuesto examinado resulta procedente la realización de un requerimiento judicial al asegurador de responsabilidad civil, a solicitud del propio asegurado, en orden a la aportación de la fianza que le hubiera sido impuesta a este último en garantía de su hipotética responsabilidad civil *ex delicto*. En efecto, la práctica enseña que el mismo asegurado, en su condición de investigado o encausado, suele instar al correspondiente órgano judicial la práctica del mencionado requerimiento a fin de evitar la constitución de la fianza que le hubiere sido exigida a su propia costa o, en su defecto, el embargo de sus bienes³⁹. A tal propósito la petición deducida por el asegurado en el sentido indicado habría de acompañarse de la póliza del seguro concertado (o de cualquier otra documentación relativa al mismo), en orden a la acreditación de la vigencia y extensión de la cobertura proporcionada por el asegurador y, en consecuencia, de su condición de responsable civil a los efectos previstos en la regulación del proceso penal (arts. 615 a 621 y 764 LEC). Es evidente que la realización de un requerimiento de tal especie por el órgano judicial resultaría altamente favorable para los intereses del asegurado, que desplazaría de este modo a su asegurador la constitución de la fianza ordenada a garantizar la efectividad de la eventual responsabilidad civil *ex delicto* contraída. Por su parte, el asegurador se vería en la gravosa tesitura de tener que prestar en un plazo perentorio la fianza exigida judicialmente, con el consiguiente coste asociado a la constitución de la mencionada caución⁴⁰.

Si se observa detenidamente el asunto, se apreciará que mediante la referida actuación el asegurado no está solicitando realmente del juez la adopción de una medida cautelar civil contra su asegurador. De antemano, porque una exigencia de tal especie resultaría a todas luces improcedente, supuesto que el asegurado, en cuanto imputado o investigado, carece de legitimación para ello. Todo lo más, el asegurado podría manifestar al perjudicado (e incluso al ministerio fiscal) la

existencia del contrato de seguro y su contenido (art. 76 *in fine* LCS), a los efectos de que por parte de estos últimos, en su condición de legitimados para el ejercicio de la acción civil en el proceso penal de conformidad con el principio dispositivo que rige en esta materia, se procediera a continuación a solicitar del juez la adopción de la correspondiente medida cautelar contra el asegurador (arts. 615 y 764 LECrim)⁴¹. El rechazo apuntado se basa asimismo en la circunstancia de que lo pretendido por el asegurado es, en rigor, que su propia responsabilidad civil resulte garantizada por el asegurador (arts. 589 y 764.2 LECrim): esto es, en la tesitura examinada el asegurado vendría a exigir el cumplimiento del contrato de seguro en punto a la prestación de fianzas por el asegurador, lo que constituye en verdad una cuestión ajena a las que han de ventilarse en el proceso penal seguido contra el propio asegurado.

Por consiguiente, habrá de ser el asegurado quien requiera, en su caso, a su asegurador la prestación de la fianza que le hubiera sido impuesta como medida cautelar en el proceso penal en garantía de la responsabilidad civil *ex delicto*, de conformidad con lo establecido en la póliza al respecto. Es evidente, además, que una eventual negativa injustificada del asegurador constituiría un incumplimiento contractual, de modo que tendría que indemnizar los daños y perjuicios causados. Por lo demás, esta hipotética obligación resarcitoria habría de considerarse sujeta al régimen general vigente sobre la materia (v., especialmente, art. 1.101 CC)⁴².

IV. LA PRESTACIÓN DE FIANZAS POR EL ASEGURADOR DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL DOLO DEL ASEGURADO

La circunstancia de que en la reclamación dirigida al asegurado se le atribuya una conducta dolosa lleva derechamente a plantear si el asegurador se encuentra obligado a la prestación de las fianzas que pudieran ser impuestas a aquel sujeto en orden a la adecuada garantía de la eventual responsabilidad civil a su cargo. En verdad, el problema enunciado se suscita singularmente en el supuesto de imputación al asegurado de un delito de comisión dolosa en el correspondiente proceso penal, en cuyo decurso venga a exigirse la constitución de la mencionada clase de fianzas, de conformidad con lo señalado anteriormente al respecto (v. *supra*, III.3).

En relación con lo expuesto, ha de señalarse que el asegurador no podrá escudarse en la índole dolosa de la conducta del asegurado para eludir el cumplimiento de sus obligaciones relativas a la prestación de fianzas por la sencilla razón de no encontrarse aún acreditado de modo definitivo el referido extremo⁴³. Asimismo ha de traerse a la memoria que el dolo del asegurado no resulta oponible al tercero perjudicado (art. 76 LCS), de manera que también sería improcedente la invocación de dicha tacha para eludir el cumplimiento de la obligación de garantizar una hipotética responsabilidad civil del propio asegurador frente a terceros (arts. 615 y 764.2 LECrim).

Naturalmente, en caso de que por parte del asegurador se hubiera procedido a la prestación de la fianza ordenada a garantizar la eventual responsabilidad civil del asegurado y este terminara siendo condenado, en concepto de responsabilidad civil *ex delicto* derivada de una conducta dolosa (o, en general, cuando se determinase la causación intencionada del daño por el asegurado), es obvio que tendría que reembolsar el importe que se hubiera hecho efectivo de dicha fianza al asegurador (o, en su caso, los gastos de constitución y mantenimiento de la misma, si estos hubieran sido asumidos por el asegurador), aun en ausencia de previsión expresa en la póliza en ese sentido, por exigencia del principio general de la inasegurabilidad del dolo (art. 19 LCS). A tal propósito ha de tenerse asimismo presente el reconocimiento de un derecho de repetición del asegurador frente al asegurado en caso de que sea debido a una conducta dolosa de este último el daño o perjuicio causado a un tercero (art. 76 LCS).

Cuestión diversa de la aquí examinada, que habría de resolverse en función de las circunstancias particulares del caso concreto, es que la fianza que pudiera llegar a constituir el asegurador en favor del asegurado no sirviera realmente para garantizar en forma adecuada la eventual responsabilidad civil que pesara sobre el referido sujeto, de modo que hubiera de ser finalmente rechazada por el juzgador⁴⁴.

Notas al capítulo cuarto

¹ SÁNCHEZ-CALERO, J., "El incremento del riesgo...", pp. 1-2; SÁNCHEZ-CALERO, J. y TAPIA, A. J., op. cit., p. 9; y TAPIA, A. J., "Las fianzas..." cit., p. 21.

² SÁNCHEZ CALERO, F., "El seguro de responsabilidad civil para administradores..." cit., p. 417; RONCERO, A., "El seguro de responsabilidad..." cit., p. 29; TAPIA, A. J., "Las fianzas..." cit., pp. 18-19; y PERÁN ORTEGA, J., op. cit., p. 173.

³ TAPIA, A. J., "El seguro de responsabilidad civil de administradores..." cit., pp. 40-41, y "Las fianzas..." cit., p. pp. 20-21.

⁴ Así, OLIVENCIA, M., "Disposiciones generales [arts. 1 a 5]", en Verdera (dir.), *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*, I, CUNEF, Madrid, 1988, p. 164 (en este sentido, la vigente ordenación de la materia se inscribe en una línea de marcada continuidad con las precedentes, RUIZ ECHAURRI, J. y FERNÁNDEZ MANZANO, L. A. [coord.], "Comentarios a LOSSEAR y ROSSEAR", *RES*, núms. 165-166, 2016, p. 16). Como paradigma de las garantías permitidas cabe destacar, sobre todo, el seguro de caución (v. art. 68 LCS); de igual modo, pueden mencionarse las garantías que hayan de prestarse, en su caso, a favor del asegurado en el seguro de defensa jurídica (v. arts. 76 a) a 76 g) LCS).

⁵ Para apreciar en su justa medida la trascendencia de la sanción de nulidad establecida para las operaciones prohibidas debe tenerse presente la opinión, ampliamente extendida entre los privatistas, según la cual la infracción de normas administrativas relativas a la contratación carece, en general, de incidencia en las relaciones entre particulares (DE LA CUESTA, J. M., "Consideraciones sobre la nulidad de los contratos celebrados por entidades no inscritas", en Verdera [dir.], *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*, I, CUNEF, Madrid, 1988, pp. 264-265, v. asimismo, VERCHER, J., *Las condiciones de acceso al mercado de las entidades aseguradoras*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 160-162; en general, sobre el tema, DE CASTRO, F., op. cit., p. 473).

⁶ GIMENO, V., *Derecho Procesal Penal...* cit., p. 698.

⁷ MORENO CATENA, V., en Moreno Catena y Cortés, V., op. cit., pp. 295-302; GIMENO, V., *Derecho Procesal Penal...* cit., pp. 608-611; ARMENTA, T., *Lecciones de Derecho procesal penal...* cit., pp. 207-213; y MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. C., BARONA, S., ESPARZA, I. y ETXEBERRÍA, J. F., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal*, 23ª ed., Tirant lo Blanch, 2015, pp. 268-269.

⁸ MORENO CATENA, V., en Moreno Catena y Cortés, V., op. cit., pp. 315-334; GIMENO, V., *Derecho Procesal Penal...* cit., pp. 677-697; ARMENTA, T., *Lecciones de Derecho procesal penal...* cit., pp. 219-231; MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. C., BARONA, S., ESPARZA, I. y ETXEBERRÍA, J. F., op. cit., pp. 286-287; y MARTÍNEZ FUSTES, M. D., op. cit., pp. 300-306.

⁹ MORENO CATENA, V., en Moreno Catena y Cortés, V., op. cit., pp. 334-340; GIMENO, V., *Derecho Procesal Penal...* cit., pp. 697-699; MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. C., BARONA, S., ESPARZA, I. y ETXEBERRÍA, J. F., op. cit., p. 297; y ARMENTA, T., *Lecciones de Derecho procesal penal...* cit., pp. 231-234.

¹⁰ Asimismo debe tenerse presente que, cuando se decreta el procesamiento de persona autorizada para conducir vehículos de motor por delito cometido con motivo de su conducción, si el procesado ha de estar en libertad, el juez, discrecionalmente, podrá privarle provisionalmente de usar aquel permiso, mandando que se recoja e incorpore al proceso el documento en el que conste. El letrado de la Administración de Justicia lo comunicará al organismo administrativo que lo haya expedido (arts. 529 bis y 764.4 LECrim). Dícese que la expuesta constituye una medida de seguridad predelictual, ya que tiene como finalidad evitar la reiteración de nuevos hechos punibles mediante la circulación de vehículos de motor (GIMENO, V., *Derecho Procesal Penal...* cit., pp. 721-722). Lo cual debe ponerse en relación con la posibilidad de que dicha privación provisional pueda constituir un riesgo asegurado cuyo acaecimiento origine el derecho a la percepción de la prestación convenida en forma de subsidio temporal con el correspondiente asegurador (a efectos administrativos, dicha modalidad de seguro se encuentra comprendida en el ramo de pérdidas pecuniarias diversas, v. Anexo A).a).16 LOSSEAR).

Nótese que la licitud de la mencionada garantía descansa sobre el decisivo dato de que no viene a cubrir la eventual responsabilidad penal o administrativa que pueda estar asociada a la privación del mencionado permiso, sino únicamente los gastos (en este supuesto identificados, al menos en abstracto, con los de transporte público) y la pérdida de ingresos originados por tal circunstancia, que serán generalmente el resultado de la imposición de la correspondiente

sanción administrativa (en sentido diverso, ELGUERO, J. M., "El seguro de responsabilidad civil por protección de datos personales", *RAEAERCS*, nº 28, 2008, p. 59). Como no podía ser menos, también en este ámbito juega en toda su extensión el principio general de la inasegurabilidad del dolo (art. 19 LCS), de manera que, si la privación del permiso de conducción fuera el resultado de una conducta dolosa del asegurado, el asegurador no tendría que satisfacerle prestación alguna (v. *supra*, capítulo segundo, II.2). En cambio, cuando dicha privación fuera meramente provisional, como sucede en el caso examinado por tratarse de una medida cautelar adoptada en el seno de un procedimiento penal, habría que entender que el asegurador, a menos que se estableciera la oportuna exclusión en la póliza, tendría que abonar la prestación convenida, que habría de serle restituida por el asegurado si finalmente llegara a apreciarse judicialmente la índole dolosa de su comportamiento (sobre el tema, GALÁN CORTÉS, J. C., "Artículo 19 de la Ley de Contrato de Seguro y seguro de subsidio por privación temporal del permiso de conducir", *La Ley*, 2000, pp. 1912-1918).

¹¹ No obstante lo expuesto, en ocasiones se desnaturaliza la medida cautelar examinada mediante el condicionamiento de la libertad provisional del encausado al afianzamiento, por lo común en una elevada cuantía, de su eventual responsabilidad civil, obviando por completo que dicha fianza debe imponerse y exigirse con independencia de que se acuerde o no la prisión (QUINTERO, G., "La responsabilidad civil..." cit., pp. 27-28).

¹² Es claro que, en defecto de acuerdo de las partes, el asegurador de responsabilidad civil no se encuentra obligado a prestar la fianza requerida en garantía de la libertad provisional del asegurado (SOTOMAYOR, J. M., op. cit., p. 949).

Distinto es el caso, en cambio, del seguro de defensa jurídica, respecto del que ha llegado a propugnarse que, en ausencia de especificación de las concretas partidas cubiertas en concepto de gastos, dicha noción habrá de interpretarse en un sentido amplio, comprendiendo en su seno, entre otras coberturas, la de la fianza para garantizar la libertad provisional del asegurado en un procedimiento penal (YZQUIERDO, M. y VALLET, J., op. cit., p. 850). Más matizadamente, según otra línea de pensamiento es dudoso que la prestación a que se encuentra obligado el asegurador incluya la mencionada clase de fianzas, no obstante lo cual se constata su extendida previsión en la praxis negocial, generalmente con sujeción a unos límites propios, distintos e independientes de los fijados para los gastos derivados de la asistencia jurídica del asegurado (OLMOS, A., *El seguro de defensa...* cit., pp. 275-277).

¹³ En verdad, la cuestión de la licitud de esta peculiar clase de fianza ha concitado apenas la atención de nuestra doctrina, que suele dar por sentada su validez, tal vez por causa del influjo de la propia praxis aseguradora, dada la relativa frecuencia con que su cobertura viene prevista en las pólizas de responsabilidad civil contratadas en nuestro país. En este sentido, por ejemplo, CALZADA, M. A., *El seguro voluntario...* cit., p. 345, alude expresamente a las fianzas penales, mas sin pronunciarse expresamente sobre su propia licitud, que dan por supuesta PERÁN ORTEGA, J., op. cit., p. 173; y TAPIA, A. J., "El seguro de responsabilidad civil de administradores..." cit., p. 40. De modo particular, ha de destacarse que este último, respecto del seguro de defensa jurídica y en relación con lo previsto en el artículo 76 b) LCS, considera válida la condición general que establezca, a cargo del asegurador, la constitución de una fianza para garantizar la libertad provisional del asegurado, por considerarla compatible con el artículo 19 LCS, sin perjuicio de que, una vez cancelada aquella fianza, su importe haya de ser reintegrado al asegurador (TAPIA, A. J., en Sánchez Calero [dir.], *Ley de Contrato de Seguro...* cit., pp. 1421-1422 y 1436; y GARRIGUES, J., op. cit., p. 458; en cambio, GUERRERO LEBRÓN, M. J., op. cit., p. 195, parece circunscribir la validez de esta fianza, en el seguro de responsabilidad civil, a la exigida únicamente en caso de delitos culposos).

¹⁴ Así, respecto del aseguramiento de las sanciones administrativas, por quienes propugnan la licitud de su aseguramiento (ATIENZA, M. L., "El aseguramiento de las sanciones..." cit., pp. 155 y 162-163; ELGUERO, J. M., op. cit., pp. 56-62; y OLMOS, A., *El seguro de defensa...* cit., pp. 242-244).

¹⁵ PERÁN ORTEGA, J., op. cit., p. 173.

¹⁶ TAPIA, A. J., "Las fianzas..." cit., p. 19.

¹⁷ RONCERO, A., *El seguro...* cit., p. 323, nota 366; y PERÁN ORTEGA, J., op. cit., p. 173.

¹⁸ Así, por ejemplo, ALASTUEY, C., op. cit., pp. 488-491; y MAPELLI, B., op. cit., p. 490. En relación con el seguro de defensa jurídica, TAPIA, A. J., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro...* cit., pp. 1421-1422, apunta que en los condicionados al uso en nuestro país suele contemplarse la cobertura de la constitución de la fianza exigida para garantizar las costas causadas en el procedimiento penal seguido contra el asegurado; asimismo, respecto de la cobertura de las costas y su afianzamiento en la mencionada modalidad de seguro, OLMOS, A., *El seguro de defensa...* cit., pp. 273-277; e YZQUIERDO, M. y VALLET, J., op. cit., p. 850 (en particular, estos últimos destacan que, aun cuando los costas poseen un cierto fundamento sancionador, tal circunstancia no permite su asimilación a las multas o sanciones propiamente tales, cuyo aseguramiento se encuentra proscrito).

¹⁹ Por su parte, existe un generalizado consenso en considerar comprendidas, dentro de los gastos de defensa a cargo del asegurador de responsabilidad civil, salvo pacto en contrario [art. 74 LCS), las costas procesales causadas en el correspondiente procedimiento civil seguido contra el asegurado (así, por ejemplo, SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero [dir.], *Ley de Contrato de Seguro...* cit., p. 1262; RONCERO, A., *El seguro...* cit., p. 323; y PERÁN ORTEGA, J., op. cit., p. 173).

²⁰ TAPIA, A. J., "Las fianzas..." cit., p. 20. Por otro lado, ha de indicarse que la prestación de fianzas puede venir igualmente impuesta en el ámbito del enjuiciamiento de la llamada responsabilidad contable (que, como se indicó anteriormente, es una modalidad peculiar de responsabilidad por daños susceptible de aseguramiento, v. *supra*, capítulo segundo, I.1), que se encuentra atribuido al Tribunal de Cuentas (art. 2 b) Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas). En este sentido ha de tenerse presente que, en el marco de las actuaciones previas a la exigencia de responsabilidades contables, se previene, entre las practicables por el delegado instructor, el "embargo de los bienes de los presuntos responsables a no ser que tuviesen afianzada, o afianzaren, en forma legal, sus posibles responsabilidades en los términos establecidos en el Reglamento General de Recaudación" (art. 47.1 g) Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas). Pues bien, la prestación del mencionado afianzamiento se encuentra expresamente contemplada en los condicionados de algunas de las pólizas de responsabilidad civil contratadas en nuestro país.

²¹ Así, por ejemplo, RONCERO, A., *El seguro...* cit., p. 323; y PERÁN ORTEGA, J., op. cit., p. 173. Por otro lado, en relación con la relevancia económica del problema examinado, se ha puesto de manifiesto que el impacto financiero en el patrimonio del asegurador de la constitución de fianzas en garantía de la eventual responsabilidad civil del asegurado puede llegar a ser muy elevado (TAPIA, A. J., "Las fianzas..." cit., p. 18).

²² CALZADA, M. A., *El seguro voluntario...* cit., pp. 320-321 y 345, quien añade igualmente el argumento del propio carácter preventivo del seguro de responsabilidad civil, que pretende evitar que el asegurado llegue a sufrir realmente el daño contra el que le otorga protección, ya que la utilidad del seguro mermaría considerablemente si el asegurado, aun sabiéndose a cubierto, caso de ser realmente responsable del daño, se viera obligado a constituir, a su costa, la fianza que le viniera exigida en razón de una hipotética responsabilidad civil; RONCERO, A., *El seguro...* cit., p. 312, para quien la fundamentación anterior es igualmente válida aunque se entienda que el seguro de responsabilidad civil no posee realmente el carácter apuntado; y REGLERO, L. F., en Reglero y Busto (coord.), *Tratado...* I cit., p. 1367; en cambio, SOTOMAYOR, J. M., op. cit., p. 949, señala que la obligación de prestación de fianzas relativas a la responsabilidad civil del asegurado habrá de efectuarse en los términos pactados en la póliza. Por su parte, el Anteproyecto del

Código Mercantil contempla de forma expresa la cuestión examinada en los siguientes términos: “Si el asegurado puede evitar la ejecución de una decisión judicial mediante aportación de fianza o garantía, el asegurador debe aportar esa fianza o garantía hasta el límite de la suma asegurada. El asegurador estará liberado de esa obligación si reconoce frente al asegurado que la pretensión del tercero está ajustada a derecho” (art. 582-45.3 APLCM).

²³ RONCERO, A., *El seguro...* cit., p. 323; PERÁN ORTEGA, J. op. cit., p. 173; ITURMENDI, G., “Responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas”, *RES*, núm. 64, 1990, p. 89; y HEBRERO ÁLVAREZ, J. L., “El seguro de responsabilidad civil profesional de administradores y alta dirección de sociedades mercantiles: especial incidencia de su regulación legal”, *RES*, núm. 71, 1992, p. 87. Por su parte, TAPIA, A. J., “El seguro de responsabilidad civil de administradores...” cit., p. 40, y “Las fianzas...” cit., p. 4, califica la prestación de fianzas como cobertura accesoria en el seguro de responsabilidad civil.

²⁴ TAPIA, A. J., “Las fianzas...” cit., pp. 22-23.

²⁵ Sobre el tema, GUERRERO LEBRÓN, M. J., op. cit., p. 195.

²⁶ De igual manera, durante la tramitación del concurso de la sociedad, el juez, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, podrá ordenar el embargo de bienes y derechos del socio o socios personalmente responsables por las deudas de la sociedad anteriores a la declaración de concurso, en la cuantía que estime bastante, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas, pudiendo, a solicitud del interesado, acordarse la sustitución del embargo por aval de entidad de crédito (art. 48.2 *ter* LC, en relación con lo previsto en el art. 172 *bis* LC). Por lo demás, se señala que contra el auto que resuelva sobre la medida cautelar cabrá recurso de apelación (art. 48.3 *ter* LC).

²⁷ En relación con la cuestión apuntada ha de señalarse, en abstracto, que un sector de la doctrina se decantó por considerar que, en el supuesto de nacimiento de la responsabilidad concursal (art. 172 *bis* LC), la reclamación del perjudicado podría equipararse a la formación de la sección de calificación ordenada por la correspondiente resolución judicial, en tanto que esta resolución determina el comienzo de un procedimiento dirigido a dilucidar la culpabilidad del concurso y los efectos en caso de concurso culpable, que concluirá con una sentencia en la que el juez podrá condenar a los administradores a pagar total o parcialmente a los acreedores el importe que de sus créditos no hayan percibido en la liquidación de la masa activa (así, IRIBARRÉN, M., “La extensión de la cobertura...” cit., pp. 97-99; *in extenso*, sobre la responsabilidad concursal, por ejemplo, RONCERO, A., “Naturaleza y caracteres de la responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital [a propósito de la sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de marzo de 2007]”, *RDCP*, núm. 7, 2007, pp. 143-165; y SANCHO GARGALLO, I., “La responsabilidad por el déficit concursal”, en Rojo y Campuzano [coord.], *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum*, II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 2239-2271). En cambio, otra línea de pensamiento, no obstante reconocer que tras la entrada en vigor de la LC es posible la determinación de la responsabilidad de los administradores sociales directamente por el juez y sin previa reclamación por parte de los acreedores de la persona jurídica declarada en concurso culpable, considera que será a partir de la referida sentencia cuando generalmente los acreedores sociales realizarán la correspondiente reclamación a los administradores declarados responsables, de modo que, en principio, habrá de ser tomada en consideración la fecha de esta reclamación y no la de la sentencia de calificación a efectos de verificar la inclusión de este supuesto de responsabilidad en la cobertura del seguro por haber acaecido dentro de su período de vigencia material. En consecuencia, en ningún caso podría tomarse en consideración como fecha de la reclamación la de la solicitud de declaración del concurso formulada por un acreedor, dado que la misma no implica una demanda o exigencia de responsabilidad a los administradores sociales, ni tampoco desembocará indefectiblemente

en esta. En este sentido se considera asimismo que el inicio de la sección de calificación del concurso no equivale a reclamación contra los administradores, puesto que no necesariamente esta sección debe finalizar con una declaración de responsabilidad de estos (sea por el auto de archivo que debe dictarse en el supuesto del art. 170 LC, o por la sentencia que lo declare como fortuito, art. 172 LC), ni tampoco, en la hipótesis de que se declarase la responsabilidad de los administradores, tiene por qué producirse alguna reclamación efectiva contra ellos. En definitiva, se estima que la declaración de responsabilidad de los administradores es un presupuesto para que se puedan dirigir reclamaciones contra ellos, pero no es en sí una reclamación, como tampoco lo es la formación de la sección sexta (en el sentido indicado, SAP de Barcelona, Sección 17ª, de 15 septiembre de 2014, AC 2014/2037; con matices, RONCERO, A., "El seguro de responsabilidad civil de los administradores de sociedades de capital", en Rojo y Beltrán [dir.], *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 691). Con todo, en algunos condicionados se señala, con respecto a la cobertura de esta responsabilidad, que se tendrá por reclamación la emisión de alguno de los informes previstos en el artículo 169 LC, en el que se solicite la declaración del concurso como culpable y se señale al asegurado como persona afectada por la calificación.

²⁸ Señala GIMENO, V., *Derecho Procesal Penal...* cit., p. 708, que, junto a las normas del sumario ordinario (arts. 589 a 614 LECrim, en relación con el investigado o encausado; y arts. 615 a 621 LECrim, respecto del tercero responsable civil), las medidas cautelares civiles también se rigen por lo dispuesto en el artículo 764 LECrim que, aun perteneciente al procedimiento penal abreviado, sus normas, al ser más modernas, en la práctica, se trasvasan al ordinario, así como por las normas de la LEC sobre medidas cautelares, cuyos preceptos sobre contenido, presupuestos y caución sustitutoria son de aplicación directa (art. 764.2 LECrim), en tanto que los demás son supletorios (art. 614 LECrim).

Por otro lado, como es obvio, no procederá la imposición de medidas cautelares reales ordenadas a garantizar la efectividad de la denominada responsabilidad civil *ex delicto* cuando el perjudicado se hubiera reservado la acción indemnizatoria para ejercerla en el proceso civil, de modo que no habría quedado acumulada a la pretensión punitiva, o hubiera renunciado a aquella (arts. 109.2 CP y 112 LECrim): por ejemplo, entre otros, GIMENO, V., *Derecho Procesal Penal...* cit., p. 708; y MORENO CATENA, V. (dir.), *El proceso penal*, II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 1781 y 1785.

²⁹ GIMENO, V., *Derecho Procesal Penal...* cit., p. 716; y CORTÉS, V., en Moreno Catena y Cortés, op. cit., p. 579.

³⁰ Con todo, la conclusión expuesta en el texto no parece que pueda considerarse aplicable a la previsión por cuya virtud, en relación con el procedimiento abreviado, se establece que "(E)n los supuestos en que las responsabilidades civiles estén total o parcialmente cubiertas por un seguro obligatorio de responsabilidad civil, se requerirá a la entidad aseguradora o al Consorcio de Compensación de Seguros, en su caso, para que, hasta el límite del seguro obligatorio, afiance aquellas. Si la fianza exigida fuera superior al expresado límite, el responsable directo o subsidiario vendrá obligado a prestar fianza o aval por la diferencia, procediéndose en otro caso al embargo de sus bienes. La entidad responsable del seguro obligatorio no podrá, en tal concepto, ser parte del proceso, sin perjuicio de su derecho de defensa en relación con la obligación de afianzar, a cuyo efecto se le admitirá el escrito que presentare, resolviéndose sobre su pretensión en la pieza correspondiente" (arts. 764.3 LECrim y 7.7 TRLRSCVM y, en relación con la adopción de oficio de esta medida, Circular 1/2003, de 7 de abril, de la Fiscalía General del Estado; v., asimismo, *supra*, capítulo segundo, III.2).

³¹ GIMENO, V., *Derecho Procesal Penal...* cit., pp. 667-668; y MORENO CATENA, V. (dir.), op. cit., pp. 1792-1794. En sentido diverso, favorable a la generalizada adopción de oficio de las medidas cautelares reales, incluso contra el tercero responsable civil, con diversidad de matices, FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., op. cit., pp. 300 y 341-347; ARANGÜENA, C., *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1991, pp. 97-99; PEDRAZ, E., op. cit., p. 116;

JUAN SÁNCHEZ, R., *La responsabilidad civil...* cit., pp. 474-475; y CORTÉS, V., en Moreno Catena y Cortés, op. cit., p. 361; además, por ejemplo AAN, Sala de lo Penal, Sección 3ª, de 6 de mayo de 2015 (ARP 2015/350), y Circular 1/2003, de 7 de abril, de la Fiscalía General del Estado.

³² Por su parte, en relación con las medidas cautelares de carácter real que puedan dictarse contra las personas civilmente responsables en el proceso penal, se considera suficiente en el caso de los aseguradores de responsabilidad civil (art. 117 CP), a los efectos de la observancia de la exigencia del *fumus boni iuris*, con que en la causa conste la existencia del correspondiente contrato de seguro susceptible de cubrir los daños cuya causación pueda considerarse razonablemente imputable al investigado o encausado que posea la condición de asegurado en el mencionado contrato (MORENO CATENA, V. [dir.], op. cit., p. 1788; y FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., op. cit., p. 304).

³³ La existencia de indicios racionales de criminalidad sólo justificará, por sí sola, el cumplimiento del requisito del *fumus boni iuris* respecto de la adopción de la medida cautelar referida al aseguramiento de las costas procesales; por su parte, la medida cautelar dirigida a garantizar el contenido penal del fallo condenatorio requerirá, en lo concerniente al requisito antedicho, que el delito imputado resulte susceptible de sancionarse con la pena de multa (GIMENO, V., *Derecho Procesal Penal...* cit., pp. 709-710; CORTÉS, V., en Moreno Catena y Cortés, op. cit., pp. 362-363; FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., op. cit., pp. 302-303 y 305-306; y MORENO CATENA, V. [dir.], op. cit., pp. 1785-1786).

³⁴ GIMENO, V., *Derecho Procesal Penal...* cit., p. 708; y FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., op. cit., pp. 345.

³⁵ GIMENO, V., *Derecho Procesal Penal...* cit., pp. 724-725.

³⁶ En relación con el momento en que las medidas cautelares reales pueden adoptarse, tanto contra el investigado o encausado, como contra terceros civilmente responsables, entre otros, ARANGÜENA, C., op. cit., pp. 261-290; MORENO CATENA, V. [dir.], op. cit., p. 1797; JUAN SÁNCHEZ, R., *La responsabilidad civil...* cit., pp. 475-479; y FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., op. cit., pp. 307-314.

³⁷ CORTÉS, V., en Moreno Catena y Cortés, op. cit., p. 364; FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., op. cit., p. 316; y GIMENO, V., *Derecho Procesal Penal...* cit., p. 713.

³⁸ La fianza personal a la que se refiere, en general, la legislación procesal penal no es realmente una clase de fianza, sino simplemente la caución prestada por un tercero distinto del sujeto a quien se haya dirigido el requerimiento judicial de su constitución por medio del oportuno auto (v. arts. 589 y 615 LECrim; así, entre otros, CORTÉS, V., en Moreno Catena y Cortés, op. cit., pp. 364-365; GIMENO, V., *Derecho Procesal Penal...* cit., p. 713; FONT SERRA, E., *La acción civil...* cit., pp. 69-70; MORENO CATENA, V. [dir.], op. cit., pp. 1815-1816; y FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., op. cit., p. 316).

Por lo demás, debe dejarse constancia de la vigencia de determinadas previsiones particulares en relación con el procedimiento abreviado, respecto del que se previene que el juez o tribunal podrá adoptar medidas cautelares para el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias, incluidas las costas. Tales medidas se acordarán mediante auto y se formalizarán en pieza separada (art. 764.1 LEC). A estos efectos se aplicarán las normas sobre contenido, presupuestos y caución sustitutoria de las medidas cautelares establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. La prestación de las cauciones que se acuerden se hará en la forma prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil y podrá ser realizada por la entidad en que tenga asegurada la responsabilidad civil la persona contra quien se dirija la medida (art. 764.2 LEC). Pero esta pretendida especialidad es más aparente que real, pues se considera que las previsiones enunciadas son de aplicación general a toda clase de procedimientos (FONT SERRA, E., *La acción civil...* cit., p. 72; GIMENO, V., *Derecho Procesal Penal...* cit., p. 708; y MORENO CATENA, V. [dir.], op. cit., pp. 1819-1820).

³⁹ TAPIA, A. J., "Las fianzas..." cit., p. 21, quien se hace eco de la diversa fortuna conocida por las pretensiones de la índole examinada en la práctica judicial de nuestro país, porque, en algunos casos, los tribunales han cursado tales requerimientos, mientras que, en otros, han rechazado las solicitudes formuladas en tal sentido por los asegurados. El problema descrito se suscitó en el supuesto enjuiciado por el AJI núm. 15 de Valencia de 19 mayo 2016 [JUR 2016/125838], cuyo principal interés, por lo que aquí respecta, reside en que recogió el criterio mantenido por la fiscalía en ese concreto asunto, ya que el ministerio público defendió explícitamente que debían ser los interesados (y no el órgano judicial) quienes requirieran a su asegurador la prestación de la fianza impuesta a aquellos, en el caso de que entendieran que la póliza contratada cubría la responsabilidad civil derivada de los hechos objeto de investigación.

⁴⁰ TAPIA, A. J., "Las fianzas..." cit., p. 18.

⁴¹ La referida actuación del asegurado tendrá como principal propósito que el juez, una vez habida la correspondiente solicitud de parte legítima, acuerde la imposición de la fianza al asegurador, a fin de que con ella quede debidamente garantizada la responsabilidad civil del propio asegurado. En la línea expuesta, ha llegado a considerarse que, hasta el montante de lo asegurado, el responsable penal será siempre solvente por imperativo legal (seguro obligatorio) o contractual (seguro voluntario), y sólo en cuanto al resto deberá establecer el juez las correspondientes fianzas y embargos [CONDE PUMPIDO, C. [dir.], *Enjuiciamiento Criminal. Ley y legislación complementaria. Doctrina y jurisprudencia*, II, Trivium, Madrid, 1988, p. 2081].

Por lo demás, es preciso poner de manifiesto que el asegurador, al tiempo de intimársele para la prestación de algún tipo de fianza ordenada a garantizar la responsabilidad civil de su asegurado, podrá esgrimir en su defensa, a fin de quedar exonerado del cumplimiento de la mencionada obligación, cualquiera de las excepciones que, según la ordenación legal, resultan oponibles al perjudicado en caso de ejercicio de la acción directa (art. 76 LCS). Esto es, el asegurador de responsabilidad civil podrá alegar, como no podía ser menos, las excepciones de que disponga frente al perjudicado también en la fase cautelar de exigencia de fianzas, tanto en procedimientos civiles, como penales [TAPIA, A. J., "Las fianzas..." cit., pp. 8-9; en general, sobre la distinción entre las excepciones oponibles e inoponibles frente a la acción directa del perjudicado, v. *supra*, capítulo segundo, I.3].

⁴² Por último, es necesario dejar constancia de la existencia de la medida cautelar real consistente en el pago de una pensión provisional, que viene precisada en los siguientes términos: "*En los procesos relativos a hechos derivados del uso y circulación de vehículos de motor el Juez o Tribunal podrá señalar y ordenar el pago de la pensión provisional que, según las circunstancias, considere necesaria en cuantía y duración para atender a la víctima y a las personas que estuvieren a su cargo. El pago de la pensión se hará anticipadamente en las fechas que discrecionalmente señale el Juez o Tribunal, a cargo del asegurador, si existiere, y hasta el límite del seguro obligatorio, o bien con cargo a la fianza o al Consorcio de Compensación de Seguros, en los supuestos de responsabilidad civil del mismo, conforme a las disposiciones que le son propias. Igual medida podrá acordarse cuando la responsabilidad civil derivada del hecho esté garantizada con cualquier seguro obligatorio. Todo lo relacionado con esta medida se actuará en pieza separada. La interposición de recursos no suspenderá la obligación de pago de la pensión*" [art. 765.1 LECrim, en relación con el art. 7.7 TRLRCSVM].

A tal propósito se señala que la norma enunciada consagra una medida cautelar y anticipadora de los efectos de la eventual sentencia condenatoria que resulta procedente siempre que la responsabilidad civil en cuestión se encuentre cubierta por cualquier seguro de suscripción obligatoria (no sólo, pues, el relativo a los daños causados con motivo de la circulación de vehículos a motor), sin que la obligación de pago de la pensión provisional (respecto de la que nada se señala en relación con su devolución en caso de que finalmente la resolución del asunto resulte desfavorable a la víctima, no obstante lo cual ha de entenderse producido en tal caso el nacimiento de una obligación de restitución a su cargo; sobre el tema, FONT SERRA, E., *La acción civil...* cit., p. 87; SOLÉ, J., *La tutela de la víctima en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 154-155; y

JUAN SÁNCHEZ, R., *La responsabilidad civil...* cit., pp. 501-502] pueda afectar a otros responsables que no sean las compañías aseguradoras y el Consorcio de Compensación de Seguros (GIMENO, V., *Derecho Procesal Penal...* cit., p. 722; y VELASCO, E., op. cit., p. 2070; en cambio, a favor de la adopción de la medida examinada en otro tipo de causas, CORTÉS, V., en Moreno Catena y Cortés, op. cit., p. 368; y FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., op. cit., pp. 337-338). Por lo demás, se ha puesto de manifiesto la anomalía que supone que la pensión provisional no resulte exigible al responsable penal, lo que termina por acarrear que en este punto soporte, paradójicamente, una menor responsabilidad que las compañías de seguros (CORTÉS, V., en Moreno Catena y Cortés, op. cit., p. 368; y FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., op. cit., p. 339).

⁴³ Así, RONCERO, A., *El seguro...* cit., p. 312, nota 331; TAPIA, A. J., "La adaptación..." cit., p. 24; y PERÁN ORTEGA, J., op. cit., p. 173.

En sentido contrario, como elocuente demostración de la confusión existente sobre la materia en el plano jurisprudencial, el AJI núm. 15 de Valencia, de 19 mayo de 2016 [JUR 2016/125838], declaró lo siguiente: *"La cuestión que se trata de determinar es si para afianzar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes en los términos que fueron acordados en el auto de 11 de enero de 2016 por el que se acordaba la apertura de la pieza de responsabilidad civil frente al investigado Sr. E.B., es procedente requerir a la Compañía Aseguradora MAPFRE para que como consecuencia de la póliza de responsabilidad civil de los administradores sociales y personal directivo, de carácter privado, suscrita entre ésta y la entidad VAERSA y en la que figura como tomador de seguro la mercantil VAERSA. Se trata, en definitiva, de determinar si la Compañía Aseguradora MAPFRE puede prestar o no esa garantía.*

Es evidente que el delito de malversación de caudales públicos es un delito eminentemente doloso, ya que como señala reiterada jurisprudencia [STS de 10 octubre 1989; STS 1486/1998, de 26 de noviembre; STS 1875/2000, de 1 de diciembre; STS 927/2003, de 23 junio; STS 986/2005, de 21 de julio; STS 44/2008, de 5 febrero], supone la causación de un menoscabo al patrimonio del Estado y se lesiona la confianza depositada en aquellas personas que, bien por razón de su cargo, bien por su inmediata relación con el patrimonio público se apropien de ellos o los destinen a fines privados.

Y respecto al delito de prevaricación administrativa es un delito doloso, supone que la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, o sea concurriendo los elementos propios del dolo [STS 443/2008].

Pues bien, conforme al artículo 19 de la Ley de Contrato de Seguro no cabe el aseguramiento del dolo, al establecer expresamente que "el asegurador estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado". De ahí que el autor doloso jamás podrá verse beneficiado por el contrato de seguro.

La jurisprudencia, teniendo en cuenta el tenor de los artículos 73 y 76 de la Ley de Contrato de Seguro, ha matizado este principio. Así, señala el Tribunal Supremo [STS 3119/2014, de 25 de julio con referencia a la STS 365/2013, de 24 de enero, así como a las SSTS 1137/1998, de 4 de diciembre, 17 de octubre de 2000, 22 de junio de 2001, 11 de marzo de 2002, 127/2004, de 2 de febrero, 384/2004, de 22 de marzo y 2 de junio de 2005, entre otras] "En el ámbito profesional, el seguro de responsabilidad civil ofrece no solo una garantía sino un reforzamiento de la profesión ejercida, que aparece ante el público como segura y fiable, en la medida en que los daños que puedan derivarse de la mala praxis profesional, negligente o voluntaria, están cubiertos por el seguro, y su cobertura indemnizatoria no va a depender de la eventual solvencia del responsable. Es por ello que, para hacer compatible esta seguridad con el principio de inasegurabilidad del propio dolo, la norma legal introduce este razonable equilibrio de intereses. El asegurador responde en todo caso frente al perjudicado, pero con el derecho de repetir del asegurado en caso de dolo. No tendría sentido establecer legalmente la posibilidad de repetir frente al asegurado, si no fuera precisamente porque en dichos supuestos, el asegurador tiene la obligación de indemnizar al perjudicado".

Consecuentemente con ello, como señala la STS 3119/2014, la aseguradora al concertar el seguro de responsabilidad civil y por ministerio de la ley (art. 76 LCS) asume frente a la víctima (que no es parte del contrato) la obligación de indemnizar todos los casos de responsabilidad civil surgidos de la conducta asegurada, aunque se deriven de una actuación dolosa. En las relaciones internas y contractuales con el asegurado no juega esa universalidad: la responsabilidad civil nacida de un hecho intencionado ha de repercutir finalmente en el asegurado.

Teniendo como base lo expuesto en el razonamiento anterior, en el supuesto de autos, partiendo de la base de que los delitos investigados y por los que se sigue el presente procedimiento, prevaricación administrativa y malversación de caudales públicos, son de carácter doloso, lo primero que llama la atención es que en el apartado 4 "Exclusiones" la primera exclusión que se recoge son "Las reclamaciones que sean consecuencia, directa o indirectamente, de actos en los que se haya demostrado un comportamiento doloso o fraudulento del asegurado como de las personas de quienes deba responder...."

Es claro que el afianzamiento de la responsabilidad civil que pudiera corresponder al investigado D. F.E.B., por razón de los delitos que se le imputan en el presente procedimiento, no puede ser exigida en el ámbito del presente procedimiento penal a la compañía aseguradora con la que la entidad pública Vaersa (perjudicada en su caso por dichos delitos), concertó un seguro que cubriese la responsabilidad civil de la propia Vaersa por la actuación de los miembros del Órgano de Administración de la sociedad tomadora del seguro, así como directivos, altos cargos, administradores, gerentes, u otro cargo similar de la sociedad.

En consecuencia, la exigencia a la compañía aseguradora del afianzamiento de las responsabilidades civiles derivadas de las posibles actividades dolosas de un investigado, carece de amparo legal o jurisprudencial".

⁴⁴ En el sentido indicado puede verse, como significativo botón de muestra, lo sucedido en un caso de gran repercusión mediática, seguidamente resumido. En el curso de un procedimiento penal seguido contra varios sujetos en virtud de la correspondiente querrela presentada por los presuntos delitos de administración desleal y de uso de información privilegiada (que son delitos dolosos), dos compañías de seguros aportaron sendos avales por importe de 5.750.000 euros para afianzar ("*con sujeción a los límites, términos, exclusiones y condiciones establecidos en la citada póliza*") las responsabilidades pecuniarias que en definitiva pudieran declararse procedentes en los términos establecidos en el auto de admisión de la antedicha querrela, como consecuencia de la póliza de seguro de responsabilidad de administradores y directivos suscrita entre las mencionadas entidades, en régimen de coaseguro, y la sociedad tomadora, en la que los querrelados (y, al propio tiempo, asegurados) habían desempeñado el cargo de administradores. Planteada la trascendental cuestión de si la garantía prestada podía ser admitida, finalmente el asunto se resolvió con la inadmisión de la presentación de la póliza de seguro para cubrir la fianza exigida a los asegurados. Pues bien, en relación con lo expuesto debe tenerse particularmente presente que la causa penal seguida contra los mencionados sujetos obedeció esencialmente al hecho de haber sido perceptores de unas cuantiosas indemnizaciones con motivo de su cese como administradores de la sociedad tomadora del seguro.

Frente a la pretensión del asegurado, el juzgador entendió que la póliza suscrita por la entidad tomadora y las compañías aseguradoras podría garantizar las indemnizaciones susceptibles de declararse procedentes respecto a terceros perjudicados, pero nunca garantizaría la pérdida sufrida por la propia tomadora no sólo por causa de los fondos que salieron de la sociedad para el pago a los querrelados de las cantidades cobradas indebidamente como consecuencia de los hechos que se trataban de investigar en el referido procedimiento, sino que la misma podría incluso responder frente a terceros como responsable civil en determinados supuestos, de los perjuicios a ellos ocasionados (art. 120.4 CP). Y ello por cuanto que la sociedad, como tomadora del seguro, no podría ser inmune a las excepciones que frente a ella pudieran oponerse por las aseguradoras como consecuencia del contrato entre ellas celebrado (AJCI núm. 3, de 11 de enero de 2016, ARP 2016/6; en el mismo sentido pueden verse otros dos autos de la misma fecha de idéntico órgano judicial, ARP

2016/7 y JUR 2016/30056). En suma, el principal argumento esgrimido para rechazar la fianza de las compañías aseguradoras consistió en la plena oponibilidad a la entidad tomadora, en cuanto perjudicada, del dolo de los asegurados, como fundamento de su eventual responsabilidad civil ex delicto, de modo que finalmente la garantía prestada no terminaría haciéndose efectiva.

Recurrido en apelación el mencionado auto, la Audiencia Nacional desestimó íntegramente el recurso, manteniendo en consecuencia el rechazo a la admisión de la presentación de la póliza de seguro para cubrir la fianza exigida, mediante AAN, Sala de lo Penal, Sección 3ª, de 19 de febrero de 2016 (JUR 2016/47251), donde se abundó en la argumentación recogida en el auto combatido, aun cuando de un modo confuso. Así, se señaló lo siguiente: "(...) en el terreno penal, y en relación con los hechos investigados, la suscripción de dicha póliza se perfila como un mecanismo más de los empleados por el querrellado en perjuicio de la entidad que administraba (tomadora del seguro), y con efectos beneficiosos en exclusiva para el asegurado y las propias compañías aseguradoras, hasta el punto de que éstas, de ejecutarse la fianza, pueden repetir indistintamente contra los asegurados o contra LA TOMADORA DEL SEGURO (véase el apartado 2.1 de la segunda cláusula de condiciones Especiales de la Póliza: Extensiones, Fianzas). ENTIDAD TOMADORA que, así, se vería obligada a pagar doblemente la cantidad millonaria que constituyó la indemnización por abandono de la empresa en que el hecho denunciado constituye. El primer pago, al querrellado en el momento de abonarle la indemnización pactada en perjuicio de la empresa objeto de la presente investigación, y, el segundo, a la entidad aseguradora, caso de que dicha indemnización le fuese reclamada a los asegurados posteriormente como indebida en un proceso judicial, se consignase la misma por la aseguradora (como ahora se pretendía) y ésta, en el caso de un resultado adverso del pleito, repercutiese directamente contra la entidad tomadora el pago verificado por ellas a favor de sus desleales administradores, que sí, salvarían el patrimonio personalmente adquirido mediante el presunto hecho delictivo de las consecuencias previstas por la Ley, siendo doctrina reiterada de nuestro Tribunal Supremo que la interpretación de las leyes no puede ser tal que conduzca a espacios de impunidad.

Sin perjuicio de la resolución que finalmente se adopte en esta materia estrictamente civil por el Tribunal que conozca del fondo del asunto, la utilización de cláusulas abusivas en los contratos, en beneficio de una sola de las partes, han de apreciarse, en principio, como nulas de pleno derecho y sin efecto jurídico alguno, sin que pueda oponerse el ámbito civil inter partes de la contratación cuando ésta se aprecia indiciariamente como mecánica constitutiva del propio ilícito que se investiga.

La asunción por parte de las aseguradoras del pago, no determina, así, en modo alguno al Instructor, quien fija la fianza como medio de sujeción del patrimonio del encausado a los fines del procedimiento, lo que no es óbice para que, de ampliarse este procedimiento en un futuro a la investigación de reclamaciones de terceros por errores de gestión de los encausados, puedan dichas compañías ser requeridas de pago de la fianza que corresponda a los posibles perjuicios (y un tercio más) que dichos miles de afectados puedan reclamar en tal procedimiento, y que se aprecia constituyen causa distinta de pedir a la hoy evaluada, por lo que este alegato de la parte ha de ser de igual modo desestimado.

Esta alzada da por reproducida, en lo demás, la ajustada argumentación jurídica que se detalla por la Juez a Quo en la resolución recurrida, que se tiene aquí por reproducida, y se hace propia, estimándose inútil nueva reiteración especialmente atendido lo extenso y detallado de ésta en relación con la imposibilidad de aseguramiento del dolo propio, que se estima ajustada a derecho y plenamente aplicable al caso. Innesaria asimismo la reiteración de tales argumentos atendido el cabal conocimiento que la recurrente tiene de ella. A tales argumentos han de unirse los ut supra expuestos".

BIBLIOGRAFÍA

ALASTUEY, C., en Gómez Tomillo (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011.

ALBALADEJO, M., *La responsabilidad por culpa extracontractual levísima*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2000.

ALMAJANO, L. M., “El Derecho Comunitario y su aplicación en el Derecho español en materia de responsabilidad civil por grandes riesgos”, en Sánchez Calero (dir.), *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, Musini, Madrid, 1994.

ALONSO SOTO, R., *El seguro de la culpa*, Montecorvo, Madrid, 1977.

- “Consideraciones sobre la noción de siniestro en la nueva Ley de Contrato de Seguro”, en Verdura (ed.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, I, CUNEF, Zaragoza, 1982.
- en Paz-Ares, Díez-Picazo, Bercovitz, R. y Salvador Coderch (dir.), *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- en Uría y Menéndez, *Curso de Derecho Mercantil*, II, Civitas, Madrid, 2001.
- “Responsabilidad civil y seguro”, *AFDUAM*, núm. 4, 2000.

ARANGÜENA, C., *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1991.

ARMENTA, T., *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, 8ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2015.

— *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 8ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2015.

ARNAIZ, A., *Las compañías aseguradoras en los procesos penal y contencioso-administrativo*, Fundación MAPFRE, Madrid, 2008.

ARQUILLO, B. (v. también GÓMEZ POMAR, F.).

— “Acción directa en el seguro de responsabilidad civil y daños dolosos de vigilante de seguridad”, *InDret*, núm. 2, 2006.

— “Los intereses moratorios del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro: el tipo de interés aplicable. Comentario a la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2007”, *InDret*, núm. 3, 2007.

ATIENZA, M. L., en Boquera, Bataller y Olavarría (dir.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

— “La asegurabilidad de los daños causados dolosamente por el asegurado. (Comentario a la STS de 29 de mayo de 1997 [Penal]. Arz. 1997/3637)”, en Bataller, Boquera y Olavarría (coord.), *El contrato de seguro en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

— “La protección de la víctima en el seguro de responsabilidad civil”, en Bataller y Vega (dir.), *La protección del cliente en el mercado asegurador*, Civitas, Cizur Menor, 2014.

— “El aseguramiento de las sanciones administrativas”, en Bataller, Quintáns y Veiga (dir.), *La reforma del Derecho del Seguro*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

— “Daños dolosamente causados y seguro de responsabilidad civil (reflexiones a propósito de alguna jurisprudencia reciente)”, *RES*, núm. 93, 1998.

— “Inoponibilidad del dolo, como excepción pactada en el contrato de seguro de responsabilidad civil, frente a la reclamación del perjudicado. Sentencia del 17 de abril de 2015 [RJ 2015, 1199]”, *CCJC*, núm. 99, 2015.

ATIENZA, M. L. y EVANGELIO, R., en Boquera, Bataller y Olavarría (dir.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

BADILLO, J. A. (v. también REGLERO, L. F.).

— “El dolo y la culpa grave en el contrato de seguro”, *Revista de Estudios Jurídicos UNESP*, núm. 20, 2010.

BADOSA, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987.

— en Paz-Ares, Díez-Picazo, Bercovitz, R. y Salvador Coderch (dir.), *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

BAÍLLO, J., *La acción directa en el seguro obligatorio de responsabilidad civil automovilística*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Bolonia, 2000.

— “El aseguramiento de la responsabilidad civil de los administradores: especial referencia al problema del dolo como excepción oponible o inoponible”, en AA. VV., *Derecho de sociedades. Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, II, McGraw Hill, Madrid, 2002.

BAKER, T., *Insurance Law and Policy: Cases, Materials and Problems*, Aspen Publishing, New York, 2003.

BARONA, S. (v. MONTERO AROCA, J.).

BARRERO, R., “La exclusión de la utilización dolosa de vehículos a motor como hecho de la circulación: estado actual de una previsible polémica”, en de Angulo y Camacho (coord.), *Cuestiones actuales del Derecho de Seguros*, Atelier, Barcelona, 2002.

BARRÓN, J. L., “Delitos de robo, robo y hurto de uso, conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de drogas, y omisión del deber de socorro, en relación con el contrato de seguro de responsabilidad civil”, en Soto Nieto (dir.), *El nuevo Código Penal y el contrato de seguro*, Editorial Española de Seguros, Madrid, 1998.

BATALLER, J., "La aplicación de la Ley de Contrato de Seguro 50/1980 al seguro marítimo (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª de 20 de febrero de 1995 RAJ 1995/883)", *RDM*, núm. 220, 1996.

BERTOLASO, S., "L'áléa en droit des assurances: état des lieux et perspectives", *RGDA*, núm. 2, 2009.

BESSION, A. (v. PICARD, M.).

BIGOT, J., en Bigot (dir.), *Traité de Droit des Assurances*, tomo III, LGDJ, Paris, 2002.

BLANCO GÓMEZ, J. J., *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extra-contractual en un mismo hecho dañoso. Problemática en Derecho sustantivo español*, Dykinson, Madrid, 1996.

BLANCO LÓPEZ, J., en Gutiérrez Barrenengoa y Larena (dir.), *El proceso civil. Parte general, el juicio verbal y el juicio ordinario*, Dykinson, Madrid, 2003.

BOGLIONE, A., "Le clausole *loss occurrence* e *claims made* nell'assicurazione di responsabilità civile (R. C.)", *Assicurazioni*, fasc. 4, 2009.

BRIÈRE DE L'ISLE, G., *Droit des assurances*, Presses Universitaires de France, Paris, 1973.

BUTTARO, L., "Assicurazione in generale", en Calasso (dir.), *Enciclopedia del Diritto*, III, Giuffrè, Milano, 1958.

CABALLERO SANCHEZ, E., *El consumidor de seguros: protección y defensa*, Fundación MAPFRE, Madrid, 1997.

CALDERÓN, M. P. (v. MONTERO AROCA, J.).

CALZADA, M. A., *El seguro voluntario de responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1983.

- *El seguro de responsabilidad civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
 - “La delimitación del riesgo en el Seguro de Responsabilidad Civil: el nuevo párrafo segundo del artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro”, *RES*, núm. 89, 1997.
- CARBAJO, F., “La protección del cliente en el seguro de accidentes”, en Bataller y Vega (dir.), *La protección del cliente en el mercado asegurador*, Civitas, Cizur Menor, 2014.
- CARMONA, M., “Las cláusulas definitorias y las cláusulas limitativas del contrato de seguro”, *RES*, núm. 89, 1997.
- CARRASCO, A., *Derecho de contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- en Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XV, Vol. 1º, Edersa, Madrid, 1989.
 - “La modificación del plazo general de prescripción de las acciones personales”, *El notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 64, 2015.
- CARRASCOSA, J., “Daños punitivos. Aspectos de Derecho internacional privado español y europeo”, en Herrador (dir.), *Derecho de daños 2013*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013.
- CARRILLO, F. J., en Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo IV, EDERSA, Madrid, 2000.
- CARRO DEL CASTILLO, J. A., “La acción directa del perjudicado contra el asegurador de responsabilidad civil en la Ley de Contrato de Seguro”, en Verdera (ed.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, I, CUNEF, Zaragoza, 1982.
- CASANA, F., *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2005.

CASTILLO, C. C., "Sentencia de 20 de abril de 2009: interés de demora del artículo 20 LCS. Determinación de los intereses "moratorios", período por el que se devengan y tipo de interés aplicable. Criterios enfrentados: la tesis del tramo único y la de los dos tramos. La Sentencia del Pleno del TS de 1 de marzo de 2007 y la consolidación de la tesis de los dos tramos", *CCJC*, núm. 83, 2010.

CAVANILLAS, S., en Cavanillas y Tapia, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992.

— en Quintero, Cavanillas y de Llera, *La responsabilidad civil ex delicto*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

COELLO DE PORTUGAL, I., "El plazo de prescripción de la «acción directa» del tercero perjudicado frente a la aseguradora", *RAEAERCS*, núm. 53, 2015.

CONDE PUMPIDO, C. (dir.), *Enjuiciamiento Criminal. Ley y legislación complementaria. Doctrina y jurisprudencia*, II, Trivium, Madrid, 1988.

CORTÉS, V. (v. MORENO CATENA, V.).

DE ÁNGEL, R., *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993.

— *Daños punitivos*, Civitas, Cizur Menor, 2012.

DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, reimp., Civitas, Madrid, 1991.

DE COSSÍO, A., *El dolo en el Derecho civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

DE LA CUESTA, J. M., "Consideraciones sobre la nulidad de los contratos celebrados por entidades no inscritas", en Verdera (dir.), *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*, I, CUNEF, Madrid, 1988.

DE LA OLIVA, A., en de la Oliva y Díez-Picazo, I., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000.

— en de la Oliva, Aragonese, Hinojosa, Muerza y Tomé, *Derecho procesal penal*, 8ª ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2007.

DE LLERA, E. en Gutiérrez-Alviz (dir.), *Exposición de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

— en Quintero, Cavanillas y de Llera, *La responsabilidad civil ex delicto*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

— “La responsabilidad civil y el proceso penal: los contenidos posibles de la responsabilidad civil «ex delicto»”, en Márquez de Prado (dir.), *Responsabilidad civil «ex delicto»*, Cuadernos de Derecho Judicial, XVI, Madrid, 2005.

DE PABLO, A., “La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos [art. 9.2.d) de la LO 1/1982]. El último ataque contra la invisible frontera entre el Derecho penal y el Derecho civil”, en Gómez Tomillo (dir.), *Límites entre el Derecho sancionador y el Derecho privado: daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, Lex Nova, Valladolid, 2012.

DE STROBEL, D., *L'assicurazione di responsabilità civile*, 5ª ed., Giuffrè, Milano, 2004.

DÍAZ ALABART, S., “La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela”, *ADCiv*, 1987.

DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 2000.

— *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, 6ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2007.

— *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, 6ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2008.

DOMINGUEZ LUELMO, A., "El ejercicio ante los tribunales de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual: análisis de sus fronteras", en AA. VV. (Asociación de Profesores de Derecho Civil, Jornadas 2011), *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, Universidad de Murcia, Murcia, 2011.

DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, Vol. 2º, Giuffré, Milano, 1954.

— *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, Vol. 3º, Giuffré, Milano, 1956.

DUQUE, J. F., "Seguros de incendios, contra el robo, de transportes terrestres y lucro cesante (Arts. 45 a 67)", en Verdera (ed.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, I, CUNEF, Zaragoza, 1982.

EMPID, J. M., en Boquera, Bataller y Olavarría (dir.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

— "La protección del asegurado: su condición de consumidor", en AA. VV., *Derecho de Seguros*, Cuadernos de Derecho Judicial, XIX, Madrid, 1996.

ESPARZA, I. (v. MONTERO AROCA, J.).

ETXEBERRÍA, J. F. (v. MONTERO AROCA, J.).

EVANGELIO, R. (v. ATIENZA, M. L.).

FANELLI, G., *L'assicurazione contro gli infortuni*, Giuffrè, Milano, 1945.

— *Saggi di Diritto delle Assicurazioni*, Giuffrè, Milano, 1971.

— *Le assicurazioni*, tomo I (volumen XXXVI, tomo I, del *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, dirigido por Cicu y Messineo), Giuffrè, Milano, 1973.

FERNÁNDEZ DEL MORAL, J., *El seguro de responsabilidad civil de administradores y altos directivos de la sociedad anónima (póliza D&O)*, Comares, Granada, 1998.

FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., *La intervención de la víctima en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

FERNÁNDEZ MANZANO, L. A. (v. RUIZ ECHAURRI, J.).

FONT SERRA, E., *La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal*, La Ley, Madrid, 1991.

— “La posición jurídica de la entidad aseguradora del vehículo de motor en el proceso penal”, *RDCir*, núm. 6, 1988.

— “La oposición del asegurador a la acción directa del artículo 76 de la Ley 50/80 de Contrato de Seguro”, *RGD*, núm. 552, 1990.

GALÁN CORTÉS, J. C., “Artículo 19 de la Ley de Contrato de Seguro y seguro de subsidio por privación temporal del permiso de conducir”, *La Ley*, 2000.

GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, vol. 2º, 3ª ed., CEDAM, Padova, 2015.

GARCÍA ARÁN, M. (v. MUÑOZ CONDE, F.).

GARCÍA GONZÁLEZ, C., “El Seguro de Defensa Jurídica más allá de un seguro «complementario» al seguro de circulación de vehículos a motor”, *ArCiv*, núm. 3, 2009.

— “El seguro de defensa jurídica ante la reforma de la Justicia y de la Ley de Contrato de Seguro”, *RES*, núm. 156, 2013.

GARRIDO COMAS, J. J., *El contrato de seguro*, Spes, Barcelona, 1954.

GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, Imprenta Aguirre, Madrid, 1982.

GASPERONI, N., *Assicurazioni Private*, CEDAM, Padova, 1972.

GEMENO, J. R., “Los gastos de defensa jurídica en el seguro de responsabilidad civil (El artículo 74 de la Ley 50/1980)”, *RDSP*, núm. 4, 2002.

GIL GIL, A., en Gómez Tomillo (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011.

GIMENO, V., *Derecho Procesal Civil. I. El proceso de declaración. Parte general*, UNED, Madrid, 2015.

— *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2015.

GÓMEZ COLOMER, J. C. (v. MONTERO AROCA, J.).

GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Solidaridad y Derecho de daños: los límites de la responsabilidad civil colectiva*, Civitas, Cizur Menor, 2007.

— *Solidaridad impropia y seguro de responsabilidad civil*, Fundación MAPFRE, Madrid, 2010.

GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo II, vol. 1, Bosch, Barcelona, 1951.

— “Eficacia de la sentencia penal en el proceso civil”, *RDPr*, núm. 2, 1946.

GÓMEZ POMAR, F., “¿Qué hay en un número? La magia de las cifras y los plazos de prescripción”, *Indret*, núm. 4, 2015.

GÓMEZ POMAR, F., y ARQUILLO, B., “Daños dolosos y seguro”, *Indret*, núm. 3, 2000.

GÓMEZ TOMILLO, M., “Los daños punitivos: análisis desde una perspectiva jurídico-penal. Al mismo tiempo reflexión sobre las garantías en fenómenos materialmente sancionatorios”, en Gómez Tomillo (dir.), *Límites entre el Derecho sancionador y el Derecho privado: daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, Lex Nova, Valladolid, 2012.

GONZÁLEZ BARRIOS, I. y VALLET, J., “Seguros de daños (6). El seguro de automóviles”, en Yzquierdo (dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales con sus implicaciones tributarias*, tomo VIII, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

GONZÁLEZ PORRAS, J. M., “Modificaciones convencionales de la responsabilidad civil (Contribución al estudio de tales pactos en el contrato de transportes y su conexión con el seguro de responsabilidad civil general)”, *RDM*, núm. 150, 1978.

GUERRERO LEBRÓN, M. J., *El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos*, La Ley, Las Rozas, 2004.

GUISASOLA, A., *Cláusulas limitativas de derechos y delimitadoras del riesgo en el contrato de seguro*, Edersa, Madrid, 2000.

HEBRERO ÁLVAREZ, J. L., “El seguro de responsabilidad civil profesional de administradores y alta dirección de sociedades mercantiles: especial incidencia de su regulación legal”, *RES*, núm. 71, 1992.

HILL, M. C., “Reflexiones en torno a la acción directa en el seguro voluntario de responsabilidad civil”, en AA. VV., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

— “Las cláusulas «claims made»: ¿fin de la polémica?”, en Morillas, Perales y Porfirio Carpio (dir.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III, Madrid, 2015.

HORTAL, J. C., “La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*: o cómo resolver la cuadratura del círculo”, *InDret*, núm. 4, 2001.

ILLESCAS, R., “El contrato de seguro en el futuro Código mercantil”, en Bataller, Quintáns y Veiga (dir.), *La reforma del Derecho del Seguro*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

— “Seguro de responsabilidad civil. Absolución del asegurado y condena de la aseguradora”, *CCJC*, núm. 20, 1989.

IRIBARREN, M., *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*, Civitas, Cizur Menor, 2005.

- “El seguro de la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales en el artículo 262.5 TRLSA (A propósito de la sentencia de la Sala 2ª de la Audiencia Provincial de Burgos de 19 de diciembre de 2002)”, *RDM*, núm. 254, 2004.
- “La extensión de la cobertura del seguro D&O a la responsabilidad concursal de los administradores por el déficit patrimonial de la sociedad”, *ADC*, núm. 7, 2006.

ITURMENDI, G., “Responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas”, *RES*, núm. 64, 1990.

JACOB, N., *Les assurances*, Dalloz, Paris, 1974.

JANSEN, N., “Estructura de un derecho europeo de daños. Desarrollo histórico y dogmática moderna”, *InDret*, núm. 2, 2003.

JIMÉNEZ DE PARGA, R., “Reflexiones sobre la cuestión del daño diferido en el seguro de responsabilidad civil (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 20 de marzo de 1991)”, en Polo Díez (coord.), *Estudios de Derecho bancario y bursátil: homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, vol. 2, La Ley, Madrid, 1994.

JUAN SÁNCHEZ, R., *La responsabilidad civil en el proceso penal*, La Ley, Las Rozas, 2004.

- “Nueva doctrina constitucional sobre la prescripción del delito y su incidencia en el ejercicio de la acción por responsabilidad civil *ex delicto*”, *InDret*, núm. 1, 2009.

LA CASA, R., *La mora del asegurador en la Ley de Contrato de Seguro*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

- “Carácter consensual del contrato de seguro y control administrativo sobre las pólizas (Reflexiones al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 27 de diciembre de 2000)”, en de Angulo y Camacho, *Cuestiones actuales de Derecho de Seguros (Actas de las Primeras Jornadas de la Asociación Sainz de Andino)*, Atelier, Granada, 2002.

— “Devengo de intereses moratorios”, en Bataller y Vega (dir.), *La protección del cliente en el mercado asegurador*, Civitas, Cizur Menor, 2014.

— “La cobertura retroactiva del seguro”, *RDM*, núm. 298, 2015.

LACRUZ, J. L. *et alii*, *Elementos de Derecho Civil*, II, 1º, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1985.

LAMBERT-FAIVRE, L. y LEVENEUR, L., *Droit des assurances*, 12ª ed., Dalloz, Paris, 2005.

LARA, R., “El derecho a arbitraje del asegurado en el contrato de seguro de defensa jurídica”, *RES*, núm. 149, 2012.

LEVENEUR, L. (v. LAMBERT-FAIVRE, L.).

L’ELEU DE LA SIMONE, P., “Assurances de responsabilité civile: la légalisation du trou de garantie”, *RGDA*, núm. 1, 2006.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

LÓPEZ-COBO, C. I., *Los límites temporales del seguro de responsabilidad civil general: perspectiva jurídica y criterios de delimitación*, Nacional de Reaseguros, Madrid, 1995.

LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., “Defensa jurídica. Libre designación de abogado. Límites cuantitativos. Arbitraje”, *RAAERCS*, núm. 49, 2014.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

MADRIGAL, M., “Algunas consideraciones sobre el derecho de repetición de las compañías aseguradoras en el ámbito de la circulación”, *La Ley*, 1997.

MANSILLA, F., "Ámbito temporal de la cobertura aseguradora en el Seguro de Responsabilidad Civil, en relación con el momento de producción del siniestro", en Sánchez Calero (dir.), *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, Musini, Madrid, 1994.

MAPELLI, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2011.

MARTÍN-CASALS, M., "Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982", en AA. VV., *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

MARTÍN OSANTE, J. M., "Seguros marítimos", en Girgado (dir.), *El régimen jurídico de los seguros terrestres y marítimos y su reforma legislativa*, Comares, Granada, 2012.

MARTÍNEZ MARTÍN, M., "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1991. Condiciones generales del contrato. Ámbito de cobertura de póliza de seguro. Responsabilidad civil contractual-extracontractual. Contrato suscrito por el menor. Legitimación para recurrir", *CCJC*, núm. 27, 1991.

MATILLA, R., "Evolución de la normativa aplicable al seguro de responsabilidad civil y sistema de responsabilidad civil", *RGLJ*, núm. 4, 1987.

MAYAUX, L., en Bigot (dir.), *Traité de Droit des Assurances*, tomo III, LGDJ, Paris, 2002.

— "Qu'est-ce qu'un contrat d'assurance?", *RGDA*, núm. 3, 2001.

— "La durée de la garantie en assurances de responsabilité depuis la loi de sécurité financière du 1er août 2003: les rayons et les ombres", *RGDA*, núm. 4, 2003.

MEDINA, M., "El asegurador de la responsabilidad civil y los daños intencionados. Definición de bases para aproximación al tema", en Soto Nieto (dir.), *El nuevo Código Penal y el contrato de seguro*, Editorial Española de Seguros, Madrid, 1998.

MENÉNDEZ, A., "Preliminar. Artículos 1 a 4", en Verdera (ed.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, I, CUNEF, Zaragoza, 1982.

MIR, S., *Derecho Penal. Parte General*, 2ª reimp. de la 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2016.

MONER, E., "Los daños dolosos como causa de exclusión del seguro de responsabilidad civil", *RGD*, núm. 613-614, 1995.

MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. C., BARONA, S. y CALDERÓN, M. P., *Derecho Jurisdiccional, II, Proceso Civil*, 23ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. C., BARONA, S., ESPARZA, I. y ETXEBERRÍA, J. F., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal*, 23ª ed., Tirant lo Blanch, 2015.

MONTÉS, V. L., en Vives Antón (dir.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

— "Observaciones sobre la aleatoriedad del Contrato de Seguro", en Verdera (ed.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, I, CUNEF, Zaragoza, 1982.

MORALES MORENO, A. M., "Problemas que plantea la unificación del concepto de incumplimiento del contrato", en Barros, García Rubio y Morales Moreno, *Derecho de daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

MORENO CATENA, V. (dir.), *El proceso penal*, II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

— en Moreno Catena y Cortés, V., *Derecho Procesal penal*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

MORILLAS, M. J., "El seguro del automóvil: el aseguramiento obligatorio de la responsabilidad civil automovilística", Bosch, Barcelona, 1992.

— “Dolo del asegurado y responsabilidad civil. El caso automovilístico en especial”, *DN*, núm. 32, 1993.

MORRAL, R., “Algunas consideraciones sobre el seguro de responsabilidad civil de los administradores de sociedades mercantiles”, *RES*, núm. 115, 2003.

MUÑOZ, A., “El reaseguro de los grandes riesgos” en Sánchez Calero (dir.), *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, Musini, Madrid, 1994.

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

NADAL, I., *El ejercicio de acciones civiles en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

NAVARRO, I. A. y VEIGA, A. B., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 2013.

NAVARRO, M. (v. ROCA, E.).

NICOLAS, V., en Bigot (dir.), *Traité de Droit des Assurances*, tomo III, LGDJ, Paris, 2002.

OLIVENCIA, M., “La acción directa contra el asegurador”, en AA. VV., *Coloquio sobre el seguro obligatorio de automóviles*, Madrid, 1963.

— “Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro”, en Verdera (ed.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, I, CUNEF, Zaragoza, 1982.

— “Disposiciones generales (arts. 1 a 5)”, en Verdera (dir.), *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*, I, CUNEF, Madrid, 1988.

— “El seguro de responsabilidad civil y la protección de la víctima. En especial, en los daños causados por la gran empresa: la acción directa y las excepciones oponibles”, en Sánchez Calero (dir.), *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, Musini, Madrid, 1994.

- “El seguro de protección jurídica: del pasado al futuro”, *RES*, núm. 27, 1981.

OLMOS, A., *El seguro de defensa jurídica*, Aranzadi, Elcano, 1997.

- “La disposición adicional tercera de la LOSSP: modalidades de gestión de siniestros entre las que deben optar las entidades aseguradoras que operen en el ramo de defensa jurídica”, en AA. VV., *Estudios y comentarios sobre la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados*, Fundación MAPFRE, Madrid, 1997.
- “La libre elección de abogado y procurador en el seguro de defensa jurídica”, *RES*, núm. 92, 1997.
- “Las lagunas de la regulación del seguro de defensa jurídica en la Ley de Contrato de Seguro”, *RES*, núms. 124-125, 2005.
- en AA. VV., “Comentario al Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro de junio de 2010”, *RES*, núms. 143-144, 2010.

ORTELLS, M. *et alii*, *Derecho Procesal Civil*, 14^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

ORTIZ DE URBINA, I. (v. SILVA SÁNCHEZ, J. M.).

PANTALEÓN, A. F., en Paz-Ares, Díez-Picazo, Bercovitz, R. y Salvador Coderch (dir.), *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

- “Notas sobre la nueva Ley del Contrato de Seguro”, en Verdera (ed.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, I, CUNEF, Zaragoza, 1982.
- “La prevención a través de la indemnización: los daños punitivos en derecho norteamericano y el logro de sus objetivos en derecho español”, en AA. VV., *Derecho del consumo: acceso a la justicia, responsabilidad y garantía (Estudios de Derecho judicial*, núm. 37, 2001).

— “Responsabilidad civil extracontractual. Accidente de circulación. Seguro voluntario de responsabilidad civil. Excepciones oponibles por el asegurador al perjudicado”, *CCJC*, núm. 7, 1985.

PAVELEK, E., “La suma asegurada en el seguro de responsabilidad civil”, en Herrador (dir.), *Derecho de daños 2013*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013.

PECCENINI, F., en Galgano (dir.), *Commentario Compatto al Codice Civile*, 4ª ed., La Tribuna, Piacenza, 2012.

PEDRAZ, E., *Las medidas cautelares reales en el proceso penal ordinario español*, Trivium, Madrid, 1985.

PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Comares, Granada, 2002.

PERÁN ORTEGA, J., *La responsabilidad civil y su seguro*, Tecnos, Madrid, 1998.

PÉREZ CARRILLO, E. F., *La administración de la sociedad anónima. Obligaciones, responsabilidad y aseguramiento*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

— *Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos sociales. El seguro D&O en EEUU*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

PICARD, M. y BESSON, A., *Les assurances terrestres en Droit français*, tomo I, 3ª ed., LGDJ, Paris, 1970.

PRATS, L., “Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2007. Indemnización por mora de las compañías aseguradoras”, en Yzquierdo (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, Vol. 1º, Dykinson, Madrid, 2008.

QUINTERO, G., en Quintero, Cavanillas y de Llera, *La responsabilidad civil ex delicto*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

- “La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea”, en Márquez de Prado (dir.), *Responsabilidad civil «ex delicto»*, Cuadernos de Derecho Judicial, XVI, Madrid, 2005.

RAMOS GONZÁLEZ, S. (v. SALVADOR CODERCH, P.).

REDONDO TRIGO, F., “El interés en caso de mora del asegurador y la unificación de doctrina por la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de marzo de 2007”, *RCDI*, núm. 703, 2007.

REGLERO, L. F., en Reglero y Busto (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, I, 5ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

- en Reglero (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, II, 4ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- en Busto y Reglero (coord.), *Lecciones de responsabilidad civil*, 2ª ed., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013.
- “Sentencia de 15 de noviembre de 1991. Accidente de circulación. Seguro de responsabilidad civil de automóviles. Acción directa contra la compañía de seguros. Excepciones inoponibles. Prueba de la existencia del seguro. Rescisión del contrato. Transmisión del vehículo. Falta de notificación a la compañía aseguradora”, *CCJC*, núm. 27, 1991.
- “Comentario a la sentencia de 4 de febrero de 2003: Seguro de multirriesgo de local de negocio. Cobertura de responsabilidad civil del propietario del local. Exclusiones de cobertura: daños sufridos en el local arrendado como consecuencia del mal estado del mismo. Perjuicios sufridos por la empresa arrendataria del local. Responsabilidad contractual y no extracontractual”, *CCJC*, núm. 63, 2003.

REGLERO, L. F. y BADILLO, J. A., en Reglero (dir.), *Accidentes de Circulación: Responsabilidad Civil y Seguro*, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

REGLERO, L. F. y GONZÁLEZ BARRIOS, I., en Reglero (dir.), *Accidentes de Circulación: Responsabilidad Civil y Seguro*, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

REGLERO, L. F. y VEIGA, A. B., en Reglero (dir.), *Accidentes de Circulación: Responsabilidad Civil y Seguro*, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

REVILLA, J. A., *La acción directa contra el asegurador en el proceso civil*, Trivium, Madrid, 1996.

REYES VARGAS, C., “El derecho de repetición del asegurador. Supuestos generales previstos en el TRLRCSCVM y en el contrato de seguro”, *RAAERCS*, núm. 56, 2015.

ROCA E., “El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo español”, *InDret*, núm. 4, 2009.

ROCA E. y NAVARRO, M., *Derecho de daños. Textos y materiales*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

RODRÍGUEZ-ROSADO, B., “Los sistemas de responsabilidad contractual: entre la responsabilidad por culpa y la *strict liability*”, *RDC*, núm. 4, 2014.

ROIG, M., *La reparación del daño causado por el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

RONCERO, A., *El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima (sujetos, interés y riesgo)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

— “El seguro de responsabilidad civil de los administradores de sociedades de capital”, en Rojo y Beltrán (dir.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

— “Naturaleza y caracteres de la responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital (a propósito de la sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de marzo de 2007)”, *RDCP*, núm. 7, 2007.

— “El seguro de responsabilidad civil de los administradores”, 2ª ed., *Indret*, núm. 1, 2015.

RUBIO VICENTE, P., *El deber precontractual de declaración del riesgo en el contrato de seguro*, Fundación MAPFRE, Madrid, 2003.

RUIZ ECHAURRI, J. y FERNÁNDEZ MANZANO, L. A. (coord.), “Comentarios a LOSSEAR y ROSSEAR”, *RES*, núms. 165-166, 2016.

RUIZ VADILLO, E., “Incidencia de los seguros de responsabilidad civil del automóvil en el campo penal. Jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo”, *RES*, núm. 50, 1987.

SÁINZ-CANTERO, M. B., *La reparación del daño ex delicto*, Comares, Granada, 1997.

SALANDRA, V., “Assicurazione”, en Scialoja y Branca (dir.), *Commentario del Codice Civile*, 3ª ed., Zanichelli, Bologna, 1980.

SALVADOR CODERCH, P., “Punitive damages”, *Indret*, núm. 1, 2000.

SALVADOR CODERCH, P. y RAMOS GONZÁLEZ, S. (coord.), “150 casos de derecho de daños (2004-2014)”, 10ª ed., *Indret*, núm. 4, 2015.

SÁNCHEZ CALERO, F., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2001.

— “Sobre la imperatividad del contrato de seguro”, en Iglesias (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, III, Civitas, Madrid, 1996.

— “La delimitación temporal del riesgo en el Seguro de Responsabilidad Civil, tras la modificación del artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro”, *RES*, núm. 89, 1997.

— “El seguro de responsabilidad civil para administradores, directores y gerentes de sociedades mercantiles”, *RES*, núm. 107, 2001.

SÁNCHEZ CALERO, F. y TAPIA, A. J., "El contrato de seguro marítimo en la Ley de Navegación Marítima", *RDM*, núm. 295, 2015.

SÁNCHEZ-CALERO, J., "El incremento del riesgo de responsabilidad civil a resultas de las reformas de la ley de sociedades de capital y la ley concursal", ponencia presentada en el *XVII Congreso de Responsabilidad Civil y Seguro*, organizado por INESE junto con el Colegio de Abogados de Madrid, Madrid, 25 y 26 de Junio de 2015.

SÁNCHEZ-CALERO, J. y TAPIA, A. J., "La responsabilidad civil derivada de los delitos de los administradores y directivos de sociedades y su aseguramiento: reflexiones sobre la jurisprudencia reciente", *La Ley Mercantil*, núm. 10, enero, 2015.

SANCHO GARGALLO, I., "La responsabilidad por el déficit concursal", en Rojo y Campuzano (coord.), *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum*, II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

SANZ-DÍEZ DE ULZURRUM, M., *Dolo e imprudencia en el Código penal español: análisis legal y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

SCALFI, G., *I contratti di assicurazione. L'assicurazione danni*, UTET, Torino, 1991.

SERRANO GÓMEZ, E., "Los daños punitivos en la propiedad intelectual", en Gómez Tomillo (dir.), *Límites entre el Derecho sancionador y el Derecho privado: daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, Lex Nova, Valladolid, 2012.

SERRERA, P. L., "Nuevos problemas en el seguro obligatorio de vehículos automóviles", en de Angulo y Camacho (coord.), *Cuestiones actuales del Derecho de Seguros*, Atelier, Barcelona, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., "¿«ex delicto»? Aspectos de la llamada responsabilidad civil en el proceso penal", *InDret*, núm. 3, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., y ORTIZ DE URBINA, I., “El artículo 31.2 del Código penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?”, *InDret*, núm. 2, 2006.

SOLÉ, J., *La tutela de la víctima en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1997.

SOTO NIETO, F., *La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo*, Montecorvo, Madrid, 1982.

- *El seguro voluntario y el procedimiento penal*, Trivium, Madrid, 1986.
- “Ejercicio de la acción directa contra la compañía aseguradora en el proceso penal. Cuestiones suscitadas”, en Soto Nieto (dir.), *El nuevo Código Penal y el contrato de seguro*, Editorial Española de Seguros, Madrid, 1998.
- “El dolo y el seguro. Daños causados por delito doloso y el seguro de suscripción obligatoria”, en Soto Nieto (dir.), *El nuevo Código penal y el contrato de seguro*, Editorial Española de Seguros, Madrid, 1998.
- “Responsabilidad civil directa en el proceso penal de las compañías del seguro de responsabilidad civil. Seguro de suscripción obligatoria [artículo 117 del Código penal]”, *La Ley*, 1996.
- “El seguro de responsabilidad civil general y el dolo. Solución a un tema conflictivo”, *RES*, núm. 92, 1997.
- “El seguro obligatorio y el seguro voluntario. Diferenciaciones y coincidencias”, *BIMJ*, núms. 1788-1789, 1997.
- “Daños dolosamente causados con vehículo de motor. Inasegurabilidad e inatendibilidad de la responsabilidad civil por el seguro de suscripción obligatoria. Aclaración legal y reglamentaria. La Ley 14/2000, de 29 de diciembre y Real Decreto 7/2001, de 12 de enero”, *RES*, núm. 106, 2001.

SOTOMAYOR, J. M., “La dirección jurídica del asegurado en el seguro de responsabilidad civil”, en Verdera (ed.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, I, CUNEF, Zaragoza, 1982.

TAPIA, A. J. (v. también SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO, J.)

- en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2001.
- “Aspectos polémicos del seguro de responsabilidad civil. Reflexiones sobre la jurisprudencia reciente”, *RDM*, núm. 233, 1999.
- “El seguro de responsabilidad civil en la Propuesta de Código Mercantil”, *RAEAERCS*, núm. 49, 2014.
- “El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos de sociedades (D&O) ante las novedades legislativas y jurisprudenciales”, *RAEAERCS*, núm. 54, 2015.
- “La adaptación de las pólizas de responsabilidad civil de administradores y directivos de sociedades a las modificaciones legislativas”, ponencia presentada al *XVII Congreso de Responsabilidad Civil y Seguro*, INESE, Madrid, 25 de junio de 2015.
- “Las fianzas y los gastos de defensa jurídica en los seguros de responsabilidad civil profesional de los administradores y directivos de sociedades (Seguros de D&O)”, ponencia presentada al *XVIII Congreso de Responsabilidad Civil y Seguro*, INESE, Madrid, 28 de junio de 2016.

TAPIA, I., *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa Juzgada*, La Ley, Madrid, 2000.

- en Cavanillas y Tapia, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992.

TIRADO, F. J., en Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2001.

VALLET, J. (v. GONZÁLEZ PALACIOS, I. y también YZQUIERDO, M.).

VÁZQUEZ SOTELO, J. L., “El ejercicio de la acción civil en el proceso penal”, en Ruiz-Vadillo (dir.), *La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal*, Cuadernos de Derecho Judicial, XVIII, Madrid, 1994.

VEIGA, A. B. (v. también NAVARRO, I. A. y REGLERO, L. F.).

— *La dimensión temporal en el contrato de seguro*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

— *La acción directa del tercero perjudicado en los seguros de responsabilidad civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

— *Tratado del Contrato de Seguro*, tomo I, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

— “El riesgo en el contrato de seguro”, en Bataller y Veiga (dir.), *La protección del cliente en el mercado asegurador*, Civitas, Madrid, 2014.

VELASCO, E., “La compañía aseguradora como parte en el proceso penal y la pensión provisional”, *RGD*, núm. 606, 1995.

VELASCO, J. C., “El Seguro de Defensa Jurídica: problemas doctrinales e interpretativos actuales”, *La Ley*, 2015.

VERCHER, J., *Las condiciones de acceso al mercado de las entidades aseguradoras*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

VERDERA, E., “La cláusula *claims made* ante la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en Sánchez Calero (dir.), *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, Musini, Madrid, 1994.

VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, II, 1ª ed., Tirant lo Blanch, 2010.

VICIANO, J., en Boquera, Bataller y Olavarría (dir.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

VIÑUELAS, M., *Responsabilidad por obligaciones sociales y responsabilidad concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

VOLPE PUTZOLU, G., en Rescigno (dir.), *Trattato di Diritto Privato*, tomo 5º, UTET, Torino, 1985.

— “La clausola claims made. Rischio e sinistro nell’assicurazione r.c.”, *Assicurazioni*, fasc. 1, 2010.

YZQUIERDO, M., *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, Dykinson, Madrid, 1997.

— *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001.

— *Las peripecias del asegurador de automóviles en el proceso penal*, Fundación MAPFRE, Madrid, 2003.

— *El seguro de responsabilidad civil ante los daños causados intencionadamente*, Civitas, Cizur Menor, 2013.

— en Reglero y Busto (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, I, 5ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

— *Responsabilidad civil extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2015.

— “El seguro de los administradores societarios ante el concurso de acreedores calificado como culpable”, en López García de la Serrana y Sánchez Ruiz de Valdivia (dir.), *Cuestiones actuales sobre responsabilidad civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

- en Pirozzi e Yzquierdo, *Los problemas de delimitación entre responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual, en los sistemas español e italiano*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2016.

YZQUIERDO, M. y VALLET, J., “El seguro de responsabilidad civil. El seguro de defensa jurídica”, en Yzquierdo (dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales con sus implicaciones tributarias*, tomo VIII, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

COLECCIÓN “CUADERNOS DE LA FUNDACIÓN”

Para cualquier información sobre nuestras publicaciones consulte:
www.fundacionmapfre.org

221. Defensa jurídica y dolo del asegurado en el seguro de responsabilidad civil. 2017
220. El proceso precontractual en el contrato de seguro: nuevo marco jurídico. 2017
219. Teoría de cópulas. Introducción y aplicaciones a Solvencia II. 2017
218. Cualificación profesional del actuario. Estudio internacional comparado. 2016
217. El seguro de responsabilidad civil derivada de la navegación de buques. 2016
216. El impacto de las últimas reformas en materia de jubilación: envejecimiento activo, sostenibilidad financiera y planes de pensiones. 2016
215. Previsión complementaria empresarial: estudio comparado internacional 2016
214. Normas sobre protección de los derechos de los consumidores en el contrato de seguro en Chile. 2016
213. *Gamificación*: un modelo de fomento y gestión de comportamientos deseados en las relaciones entre individuos y organizaciones. 2015
212. Modelo de gestión integral para el sector atunero. 2015
211. Opções embutidas em planos *unit-linked*s brasileiros: avaliação sob a medida de probabilidade real. 2015

210. El enfoque de Solvencia II para las pensiones ocupacionales españolas. 2015
209. El seguro privado de obras de arte. 2015
208. Definición y medición de la cultura aseguradora. Aplicación al caso español. 2015
207. Tipos de interés para valorar las provisiones técnicas de seguros. 2015
206. Teledetección aplicada a la elaboración de mapas de peligrosidad de granizo en tiempo real y mapas de daños en cultivos e infraestructuras. 2015
205. Current Topics on Risk Analysis: ICRA6 and Risk 2015 Conference. 2015
204. Determinantes do Premio de Default de (Res)seguradores. 2014
203. Generación de escenarios económicos para la medición de riesgos de mercado en Solvencia II a través de modelos de series temporales. 2014
202. Valoración de los inmuebles del patrimonio histórico y los riesgos sísmicos en el contrato de seguro: el caso de Lorca. 2014
201. Inteligencia computacional en la gestión del riesgo asegurador: operadores de agregación OWA en proceso de tarificación. 2014
200. El componente transfronterizo de las relaciones aseguradoras. 2014
199. El seguro basado en el uso (Usage Based Insurance). 2014
198. El seguro de decesos en la normativa aseguradora. Su encaje en Solvencia II. 2014
197. El seguro de responsabilidad civil en el arbitraje. 2014
196. La reputación corporativa en empresas aseguradoras: análisis y evaluación de factores explicativos. 2014

195. La acción directa del perjudicado en el ordenamiento jurídico comunitario. 2013
194. Investigaciones en Seguros y Gestión del Riesgo: RIESGO 2013
193. Viability of Patent Insurance in Spain. 2013
192. Viabilidad del seguro de patentes en España. 2013
191. Determinación de zonas homogéneas de riesgo para los rendimientos de distintos cultivos de la región pampeana en Argentina. 2013
190. Género y promoción en los sectores financiero y asegurador. 2013
189. An Introduction to Reinsurance. 2013
188. El control interno y la responsabilidad penal en la mediación de seguros privados. 2013
187. Una introducción al gobierno corporativo en la industria aseguradora en América Latina. 2013
186. Mortalidad de jóvenes en accidentes de tráfico. 2012
185. Las reclamaciones derivadas de accidentes de circulación por carretera transfronterizas. 2012
184. Efecto disuasorio del tipo de contrato sobre el fraude. 2012
183. Claves del Seguro Español: una aproximación a la Historia del Seguro en España. 2012
182. La responsabilidad civil del asegurador de asistencia sanitaria. 2012
181. Colaboración en el contrato de Reaseguro. 2012

180. Origen, situación actual y futuro del seguro de Protección Jurídica. 2012
179. Experiencias de microseguros en Colombia, Perú y Brasil. Modelo socio agente. 2012
178. El agente de seguros y su Responsabilidad Civil. 2012
177. Riesgo operacional en el marco de Solvencia II. 2012
176. Un siglo de seguros marítimos barceloneses en el comercio con América. (1770-1870). 2012
175. El seguro de Caución. 2012
174. La contabilidad de los corredores de seguros y los planes y fondos de pensiones. 2012
173. El seguro de Vida en América Latina. 2011
172. Gerencia de riesgos sostenibles y Responsabilidad Social Empresarial en la entidad aseguradora. 2011
171. Investigaciones en Seguros y Gestión del Riesgo. RIESGO 2011
170. Introdução ao Resseguro. 2011
169. La salud y su aseguramiento en Argentina, Chile, Colombia y España. 2011
168. Diferencias de sexo en conductas de riesgo y tasa de mortalidad diferencial entre hombres y mujeres. 2011
167. Movilización y rescate de los compromisos por pensiones garantizados mediante contrato de seguros. 2011
166. Embedded Value aplicado al ramo No Vida. 2011

165. Las sociedades cautivas de Reaseguro. 2011
164. Daños del amianto: litigación, aseguramiento de riesgos, y fondos de compensación. 2011
163. El riesgo de tipo de interés: experiencia española y Solvencia II. 2011
162. I Congreso sobre las Nuevas Tecnologías y sus repercusiones en el Seguro: Internet, Biotecnología y Nanotecnología. 2011
161. La incertidumbre bioactuarial en el riesgo de la longevidad. Reflexiones bioéticas. 2011
160. Actividad aseguradora y defensa de la competencia. La exención antitrust del sector asegurador. 2011
159. Estudio empírico sobre la tributación de los seguros de vida. 2010
158. Métodos estocásticos de estimación de las provisiones técnicas en el marco de Solvencia II. 2010
157. Introducción al Reaseguro. 2010
156. Encuentro Internacional sobre la Historia del Seguro. 2010
155. Los sistemas de salud en Latinoamérica y el papel del seguro privado. 2010
154. El Seguro de Crédito en Chile. 2010
153. El análisis financiero dinámico como herramienta para el desarrollo de modelos internos en el marco de Solvencia II. 2010
152. Características sociodemográficas de las personas con doble cobertura sanitaria. Un estudio empírico. 2010

151. Solidaridad impropia y seguro de Responsabilidad Civil. 2010
150. La prevención del blanqueo de capitales en las entidades aseguradoras, las gestoras y los corredores de seguros 2010
149. Fondos de aseguramiento agropecuario y rural: la experiencia mexicana en el mutualismo agropecuario y sus organizaciones superiores. 2010
148. Avaliação das Provisões de Sinistro sob o Enfoque das Novas Regras de Solvência do Brasil. 2010
147. El principio de igualdad sexual en el Seguro de Salud: análisis actuarial de su impacto y alcance. 2010
146. Investigaciones históricas sobre el Seguro español. 2010
145. Perspectivas y análisis económico de la futura reforma del sistema español de valoración del daño corporal. 2009
144. Contabilidad y Análisis de Cuentas Anuales de Entidades Aseguradoras (Plan contable 24 de julio de 2008). 2009
143. Mudanças Climáticas e Análise de Risco da Indústria de Petróleo no Litoral Brasileiro. 2009
142. Bases técnicas dinámicas del Seguro de Dependencia en España. Una aproximación en campo discreto. 2009
141. Transferencia Alternativa de Riesgos en el Seguro de Vida: Titulización de Riesgos Aseguradores. 2009
140. Riesgo de negocio ante asegurados con múltiples contratos. 2009
139. Optimización económica del Reaseguro cedido: modelos de decisión. 2009

138. Inversiones en el Seguro de Vida en la actualidad y perspectivas de futuro. 2009
137. El Seguro de Vida en España. Factores que influyen en su progreso. 2009
136. Investigaciones en Seguros y Gestión de Riesgos. RIESGO 2009.
135. Análisis e interpretación de la gestión del fondo de maniobra en entidades aseguradoras de incendio y lucro cesante en grandes riesgos industriales. 2009
134. Gestión integral de Riesgos Corporativos como fuente de ventaja competitiva: cultura positiva del riesgo y reorganización estructural. 2009
133. La designación de la pareja de hecho como beneficiaria en los seguros de vida. 2009
132. Aproximación a la Responsabilidad Social de la empresa: reflexiones y propuesta de un modelo. 2009
131. La cobertura pública en el seguro de crédito a la exportación en España: cuestiones prácticas-jurídicas. 2009
130. La mediación en seguros privados: análisis de un complejo proceso de cambio legislativo. 2009
129. Temas relevantes del Derecho de Seguros contemporáneo. 2009
128. Cuestiones sobre la cláusula cut through. Transferencia y reconstrucción. 2008
127. La responsabilidad derivada de la utilización de organismos genéticamente modificados y la redistribución del riesgo a través del seguro. 2008
126. Ponencias de las Jornadas Internacionales sobre Catástrofes Naturales. 2008
125. La seguridad jurídica de las tecnologías de la información en el sector asegurador. 2008

124. Predicción de tablas de mortalidad dinámicas mediante un procedimiento bootstrap. 2008
123. Las compañías aseguradoras en los procesos penal y contencioso-administrativo. 2008
122. Factores de riesgo y cálculo de primas mediante técnicas de aprendizaje. 2008
121. La solicitud de seguro en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. 2008
120. Propuestas para un sistema de cobertura de enfermedades catastróficas en Argentina. 2008
119. Análisis del riesgo en seguros en el marco de Solvencia II: Técnicas estadísticas avanzadas Monte Carlo y Bootstrapping. 2008
118. Los planes de pensiones y los planes de previsión asegurados: su inclusión en el caudal hereditario. 2007
117. Evolução de resultados técnicos e financeiros no mercado segurador iberoamericano. 2007
116. Análisis de la Ley 26/2006 de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados. 2007
115. Sistemas de cofinanciación de la dependencia: seguro privado frente a hipoteca inversa. 2007
114. El sector asegurador ante el cambio climático: riesgos y oportunidades. 2007
113. Responsabilidade social empresarial no mercado de seguros brasileiro influências culturais e implicações relacionais. 2007
112. Contabilidad y análisis de cuentas anuales de entidades aseguradoras. 2007

111. Fundamentos actuariales de primas y reservas de fianzas. 2007
110. El Fair Value de las provisiones técnicas de los seguros de Vida. 2007
109. El Seguro como instrumento de gestión de los M.E.R. (Materiales Especificados de Riesgo). 2006
108. Mercados de absorción de riesgos. 2006
107. La exteriorización de los compromisos por pensiones en la negociación colectiva. 2006
106. La utilización de datos médicos y genéticos en el ámbito de las compañías aseguradoras. 2006
105. Los seguros contra incendios forestales y su aplicación en Galicia. 2006
104. Fiscalidad del seguro en América Latina. 2006
103. Las NIC y su relación con el Plan Contable de Entidades Aseguradoras. 2006
102. Naturaleza jurídica del Seguro de Asistencia en Viaje. 2006
101. El Seguro de Automóviles en Iberoamérica. 2006
100. El nuevo perfil productivo y los seguros agropecuarios en Argentina. 2006
99. Modelos alternativos de transferencia y financiación de riesgos "ART": situación actual y perspectivas futuras. 2005
98. Disciplina de mercado en la industria de seguros en América Latina. 2005
97. Aplicación de métodos de inteligencia artificial para el análisis de la solvencia en entidades aseguradoras. 2005

96. El Sistema ABC-ABM: su aplicación en las entidades aseguradoras. 2005
95. Papel del docente universitario: ¿enseñar o ayudar a aprender? 2005
94. La renovación del Pacto de Toledo y la reforma del sistema de pensiones: ¿es suficiente el pacto político? 2005
92. Medición de la esperanza de vida residual según niveles de dependencia en España y costes de cuidados de larga duración. 2005
91. Problemática de la reforma de la Ley de Contrato de Seguro. 2005
90. Centros de atención telefónica del sector asegurador. 2005
89. Mercados aseguradores en el área mediterránea y cooperación para su desarrollo. 2005
88. Análisis multivariante aplicado a la selección de factores de riesgo en la tarificación. 2004
87. Dependencia en el modelo individual, aplicación al riesgo de crédito. 2004
86. El margen de solvencia de las entidades aseguradoras en Iberoamérica. 2004
85. La matriz valor-fidelidad en el análisis de los asegurados en el ramo del automóvil. 2004
84. Estudio de la estructura de una cartera de pólizas y de la eficacia de un Bonus-Malus. 2004
83. La teoría del valor extremo: fundamentos y aplicación al seguro, ramo de responsabilidad civil autos. 2004
81. El Seguro de Dependencia: una visión general. 2004

80. Los planes y fondos de pensiones en el contexto europeo: la necesidad de una armonización. 2004
79. La actividad de las compañías aseguradoras de vida en el marco de la gestión integral de activos y pasivos. 2003
78. Nuevas perspectivas de la educación universitaria a distancia. 2003
77. El coste de los riesgos en la empresa española: 2001.
76. La incorporación de los sistemas privados de pensiones en las pequeñas y medianas empresas. 2003
75. Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en los procesos de responsabilidad civil derivada del uso de vehículos a motor. 2002
74. Estructuras de propiedad, organización y canales de distribución de las empresas aseguradoras en el mercado español. 2002
73. Financiación del capital-riesgo mediante el seguro. 2002
72. Análisis del proceso de exteriorización de los compromisos por pensiones. 2002
71. Gestión de activos y pasivos en la cartera de un fondo de pensiones. 2002
70. El cuadro de mando integral para las entidades aseguradoras. 2002
69. Provisiones para prestaciones a la luz del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados; métodos estadísticos de cálculo. 2002
68. Los seguros de crédito y de caución en Iberoamérica. 2001
67. Gestión directiva en la internacionalización de la empresa. 2001
65. Ética empresarial y globalización. 2001

64. Fundamentos técnicos de la regulación del margen de solvencia. 2001
63. Análisis de la repercusión fiscal del seguro de vida y los planes de pensiones. Instrumentos de previsión social individual y empresarial. 2001
62. Seguridad Social: temas generales y régimen de clases pasivas del Estado. 2001
61. Sistemas Bonus-Malus generalizados con inclusión de los costes de los siniestros. 2001
60. Análisis técnico y económico del conjunto de las empresas aseguradoras de la Unión Europea. 2001
59. Estudio sobre el euro y el seguro. 2000
58. Problemática contable de las operaciones de reaseguro. 2000
56. Análisis económico y estadístico de los factores determinantes de la demanda de los seguros privados en España. 2000
54. El corredor de reaseguros y su legislación específica en América y Europa. 2000
53. Habilidades directivas: estudio de sesgo de género en instrumentos de evaluación. 2000
52. La estructura financiera de las entidades de seguros, S.A. 2000
51. Seguridades y riesgos del joven en los grupos de edad. 2000
50. Mixturas de distribuciones: aplicación a las variables más relevantes que modelan la siniestralidad en la empresa aseguradora. 1999
49. Solvencia y estabilidad financiera en la empresa de seguros: metodología y evaluación empírica mediante análisis multivariante. 1999

48. Matemática Actuarial no vida con MapleV. 1999
47. El fraude en el Seguro de Automóvil: cómo detectarlo. 1999
46. Evolución y predicción de las tablas de mortalidad dinámicas para la población española. 1999
45. Los Impuestos en una economía global. 1999
42. La Responsabilidad Civil por contaminación del entorno y su aseguramiento. 1998
41. De Maastricht a Amsterdam: un paso más en la integración europea. 1998
39. Perspectiva histórica de los documentos estadístico-contables del órgano de control: aspectos jurídicos, formalización y explotación. 1997
38. Legislación y estadísticas del mercado de seguros en la comunidad iberoamericana. 1997
37. La responsabilidad civil por accidente de circulación. Puntual comparación de los derechos francés y español. 1997
36. Cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados y cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto: las cláusulas de limitación temporal de la cobertura en el Seguro de Responsabilidad Civil. 1997
35. El control de riesgos en fraudes informáticos. 1997
34. El coste de los riesgos en la empresa española: 1995
33. La función del derecho en la economía. 1997
32. Decisiones racionales en reaseguro. 1996

31. Tipos estratégicos, orientación al mercado y resultados económicos: análisis empírico del sector asegurador español. 1996
30. El tiempo del directivo. 1996
29. Ruina y Seguro de Responsabilidad Civil Decenal. 1996
28. La naturaleza jurídica del Seguro de Responsabilidad Civil. 1995
27. La calidad total como factor para elevar la cuota de mercado en empresas de seguros. 1995
26. El coste de los riesgos en la empresa española: 1993
25. El reaseguro financiero. 1995
24. El seguro: expresión de solidaridad desde la perspectiva del derecho. 1995
23. Análisis de la demanda del seguro sanitario privado. 1993
22. Rentabilidad y productividad de entidades aseguradoras. 1994
21. La nueva regulación de las provisiones técnicas en la Directiva de Cuentas de la C.E.E. 1994
20. El Reaseguro en los procesos de integración económica. 1994
19. Una teoría de la educación. 1994
18. El Seguro de Crédito a la exportación en los países de la OCDE (evaluación de los resultados de los aseguradores públicos). 1994
16. La legislación española de seguros y su adaptación a la normativa comunitaria. 1993

15. El coste de los riesgos en la empresa española: 1991
14. El Reaseguro de exceso de pérdidas 1993
12. Los seguros de salud y la sanidad privada. 1993
10. Desarrollo directivo: una inversión estratégica. 1992
9. Técnicas de trabajo intelectual. 1992
8. La implantación de un sistema de controlling estratégico en la empresa. 1992
7. Los seguros de responsabilidad civil y su obligatoriedad de aseguramiento. 1992
6. Elementos de dirección estratégica de la empresa. 1992
5. La distribución comercial del seguro: sus estrategias y riesgos. 1991
4. Los seguros en una Europa cambiante: 1990-95. 1991
2. Resultados de la encuesta sobre la formación superior para los profesionales de entidades aseguradoras (A.P.S.). 1991
1. Filosofía empresarial: selección de artículos y ejemplos prácticos. 1991

LIBROS

El Ahorro en perspectiva histórica. 2016

Lo bueno, si breve... Microrrelatos de Seguros. 2016

The risk of longevity and its practical application to Solvency II. 2015

Historia de FIDES –Federación Interamericana de Empresas de Seguros. 2015

El riesgo de longevidad y su aplicación práctica a Solvencia II. 2014

Historia del Seguro en España. 2014

Actas del III Congreso Internacional de Nuevas Tecnologías: sus repercusiones en el seguro: internet, biotecnología y nanotecnología: 12 y 13 de noviembre de 2012, Santiago de Chile. 2013

Emergencia y reconstrucción: el antes y después del terremoto y tsunami del 27F en Chile. 2012

Riesgo sistémico y actividad aseguradora. 2012

La historia del seguro en Chile (1810-2010). 2012

Modelo de proyección de carteras de seguros para el ramo de decesos. 2011

Desarrollo comercial del seguro colectivo de dependencia en España. 2010

La mediación de seguros en España: análisis de la Ley 26/2006, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados. 2010

Museo del Seguro. Catálogo. 2010

Diccionario MAPFRE de Seguros. 2008

Teoría de la credibilidad: desarrollo y aplicaciones en primas de seguros y riesgos operacionales. 2008

El seguro de caución: una aproximación práctica. 2007

El seguro de pensiones. 2007

Las cargas del acreedor en el seguro de responsabilidad civil. 2006

Diccionario bilingüe de expresiones y términos de seguros: inglés-español, español-inglés. 2006

El seguro de riesgos catastróficos: reaseguro tradicional y transferencia alternativa de riesgos. 2005

La liquidación administrativa de entidades aseguradoras. 2005

INFORMES Y RANKINGS

Desde 1994 se publican anualmente estudios que presentan una panorámica concreta de los mercados aseguradores europeos, de España e Iberoamérica y que pueden consultarse en formato electrónico desde la página Web:

www.fundacionmapfre.org

Mercado español de seguros

Mercado asegurador latinoamericano

Ranking de grupos aseguradores europeos

Ranking de grupos aseguradores iberoamericanos

Los millennials y el seguro en España. 2016

Tendencias de crecimiento de los mercados aseguradores de América Latina para 2016

Estudio social sobre la jubilación: expectativas y experiencias. 2015

La percepción social del seguro en España 2014

Informe de predicción de la actividad aseguradora en España. 2014

La internacionalización de la empresa española: riesgos y oportunidades. 2014

El seguro en la sociedad y la economía españolas. 2013

Papel del seguro en el desarrollo sostenible. ICEA, 2013

Emprender en momentos de crisis: riesgos y factores de éxito. 2012

La percepción social del seguro en España. 2012



CENTRO DE DOCUMENTACIÓN

Todas nuestras publicaciones a tu alcance

Además del acceso gratuito a nuestro fondo documental especializado en:

- Seguros
- Gerencia de riesgos
- Prevención

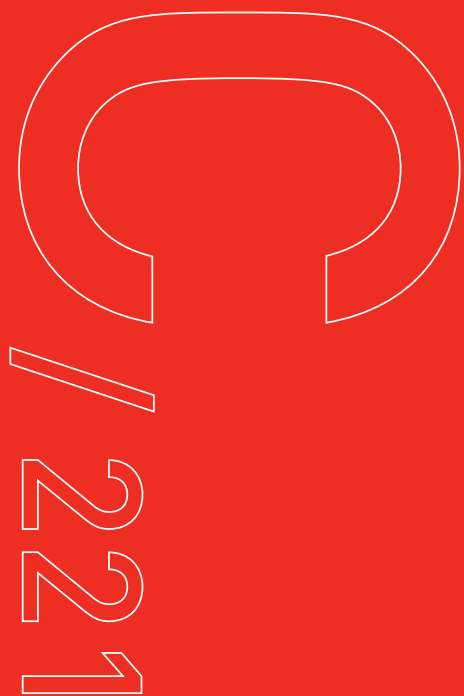


FM Fundación **MAPFRE**

Centro de Documentación

www.fundacionmapfre.org/documentacion

Fundación **MAPFRE**



Paseo de Recoletos, 23
28004 Madrid (España)
www.fundacionmapfre.org

P.V.P.: 25 €

ISBN 978-84-9844-657-9



9 788498 446579