

ALBERTO EMPARANZA SOBEJANO
JOSÉ MANUEL MARTÍN OSANTE
(Dirs.)

**SEGUROS DE TRANSPORTE
TERRESTRE DE MERCANCÍAS:
SITUACIÓN JURÍDICA ACTUAL
Y PERSPECTIVAS DE FUTURO**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2013

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRESENTACIÓN.....	15
EL MARCO ACTUAL DEL SEGURO DE TRANSPORTE TERRESTRE DE MERCANCÍAS Y LA INCIDENCIA DE LA REFORMA DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO, Pablo Girgado Perandones.....	19
I. EL MARCO ACTUAL DEL SEGURO DE TRANSPORTE TERRESTRE DE MERCANCÍAS	20
1. El régimen jurídico vigente	20
2. La imperatividad y su excepción en los seguros de grandes riesgos	21
3. La autonomía privada en los seguros de transporte y sus límites.....	23
4. El significado de las condiciones generales en los seguros de transporte.	27
II. LA REFORMA DE LA LEY DEL CONTRATO DE SEGURO	28
1. La justificación de la reforma.....	28
2. Las diversas propuestas de reforma.....	29
2.1. El ALCS y el traslado de la sede normativa de los seguros de transporte.....	30
2.2. La incorporación a un futuro Código Mercantil.....	32
2.3. El contenido de la reforma	32
2.3.1. Definición del contrato de seguro de transporte terrestre.	33
2.3.2. Pluralidad de medios de transporte.....	35
2.3.3. Delimitación del riesgo	35
2.3.4. Inicio y fin de la cobertura	36
2.3.5. Depósito de las mercancías, inmovilización o cambio de vehículo	37
2.3.6. Alteración del medio de transporte, itinerario o plazos del viaje.....	38
2.3.7. Daños a indemnizar	39
III. VALORACIÓN FINAL	41
IV. BIBLIOGRAFÍA.....	42

	<u>Pág.</u>
EL SEGURO DE TRANSPORTE DE MERCANCÍAS POR CARRETERA ¿ASEGURA LOS DAÑOS EN LAS MERCANCÍAS O LA RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR? , <i>Josefina Boquera Matarredona</i>	45
I. LOS SEGUROS DEL TRANSPORTE DE MERCANCÍAS POR CARRETERA	45
II. UTILIZACIÓN DEL SEGURO DE TRANSPORTE TERRESTRE DE MERCANCÍAS PARA LA COBERTURA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PORTEADOR	47
1. El interés asegurado en el seguro de transporte terrestre de mercancías y en el seguro de responsabilidad civil del porteador	49
2. Naturaleza jurídica y efectos del seguro de transporte terrestre de mercancías y del seguro de responsabilidad civil del porteador	51
3. Seguro múltiple y concurrencia de un seguro de transporte de mercancías y un seguro de responsabilidad civil del porteador	54
4. Renuncia a la subrogación en el seguro de transporte contratado por el porteador	55
III. COORDINACIÓN ENTRE EL SEGURO DE TRANSPORTE DE MERCANCÍAS POR CARRETERA CONTRATADO POR EL PORTEADOR Y EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PORTEADOR.....	56
IV. REFORMAS EN CURSO.....	57
V. BIBLIOGRAFÍA.....	58
LA DURACIÓN DE LA COBERTURA DEL SEGURO DE TRANSPORTE TERRESTRE DE MERCANCÍAS , <i>Belén García Álvarez</i>	61
I. INTRODUCCIÓN.....	61
II. DURACIÓN MATERIAL DE LA COBERTURA DEL SEGURO EN EL TRANSPORTE TERRESTRE DE MERCANCÍAS: NOCIÓN DE TRANSPORTE	63
III. LAS OPERACIONES DE CARGA Y DESCARGA DE LAS MERCANCÍAS	64
1. Planteamiento	64
2. Ámbito temporal de la cobertura	65
2.1. Régimen legal.....	65
2.2. Contenido habitual de las pólizas de seguro	68
3. Delimitación de los riesgos incluidos en la póliza de seguro.....	73
IV. MODIFICACIONES DEL CONTRATO DE TRANSPORTE TERRESTRE DE MERCANCÍAS.....	80
1. Planteamiento	80
2. Ámbito temporal de la cobertura del seguro	81
3. Delimitación de los riesgos incluidos en la póliza de seguro.....	85
V. CONCLUSIONES.....	85
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	86

	Pág.
LAS CLÁUSULAS LIMITATIVAS Y DELIMITADORAS DEL RIESGO EN EL SEGURO DE TRANSPORTE DE MERCANCÍAS POR CARRETERA, <i>María Victoria Petit Lavall</i>	89
I. LA DELIMITACIÓN DEL RIESGO EN EL SEGURO DE TRANSPORTE DE MERCANCÍAS POR CARRETERA EN LA LCS. EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD DEL RIESGO.....	89
II. LA DELIMITACIÓN DEL RIESGO EN LAS PÓLIZAS.....	92
1. La delimitación material del riesgo. Los riesgos excluidos.....	92
2. La delimitación temporal del riesgo	94
3. La delimitación espacial del riesgo	97
III. CLÁUSULAS DELIMITADORAS DEL RIESGO VERSUS CLÁUSULAS LIMITATIVAS EN EL SEGURO DE TRANSPORTE DE MERCANCÍAS POR CARRETERA EN LA JURISPRUDENCIA: LA QUIEBRA DEL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD.....	98
LOS DEBERES DEL ASEGURADO EN EL SEGURO DE TRANSPORTE TERRESTRE DE MERCANCÍAS, <i>José Manuel Martín Osante</i>	107
I. INTRODUCCIÓN.....	107
II. OBLIGACIÓN DE PAGAR LA PRIMA.....	110
III. DEBER DE DECLARACIÓN DEL RIESGO	112
IV. DEBER DE COMUNICAR LA EXISTENCIA DE OTROS SEGUROS SOBRE LOS MISMOS BIENES	115
V. DEBER DE COMUNICAR LA AGRAVACIÓN DEL RIESGO.....	117
VI. DEBER DE COMUNICAR EL SINIESTRO Y DE DAR INFORMACIONES SOBRE SUS CIRCUNSTANCIAS Y CONSECUENCIAS.....	118
VII. DEBER DE SALVAMENTO.....	121
VIII. DEBER DE COMUNICAR LA CONSTITUCIÓN DE GARANTÍAS REALES SOBRE LOS BIENES ASEGURADOS	123
IX. DEBER DE COMUNICAR LA MUERTE O EL CONCURSO DEL TOMADOR DEL SEGURO O DEL ASEGURADO	124
X. DEBER DE COMUNICAR LA TRANSMISIÓN DEL INTERÉS ASEGURADO.....	125
LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LOS ASEGURADORES EN LAS RECLAMACIONES DEL TRANSPORTE, <i>María Rosa Isern Salvat</i>	129
I. LA SUBROGACIÓN COMO FUENTE DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL ASEGURADOR DEL TRANSPORTE.....	129
1. La subrogación en los seguros de daños.....	129
2. Presupuestos legales para su operatividad	130
2.1. El pago de la indemnización al asegurado en virtud de un contrato válido y existente	131

	<u>Pág.</u>
2.2. La existencia de una deuda de responsabilidad del porteador.....	134
2.2.1. Límites legales a la responsabilidad del porteador	135
2.2.2. Ineficacia de las cláusulas convencionales de exoneración y limitación de la responsabilidad del porteador en el seguro de transporte terrestre	136
II. DETERMINACIÓN DE LA LEGITIMACIÓN DEL ASEGURADOR FRENTE AL PORTEADOR QUE CONTRATA EL SEGURO DE TRANSPORTE	138
1. El tomador del seguro como sujeto pasivo de la subrogación	138
2. La contratación del seguro de transporte por el porteador	140
2.1. Contratación del seguro de transporte por cuenta del propio porteador.....	142
2.2. Doctrina judicial respecto al seguro de transporte contratado en nombre propio por el porteador	145
2.3. La posición del porteador que contrata por cuenta ajena.....	148
III. LA FALTA DE LEGITIMACIÓN DEL ASEGURADOR DEL TRANSPORTE CONFORME AL ART. 43.3 LCS	150
1. Exclusiones al derecho de subrogación del asegurador.....	150
2. La exclusión de la subrogación frente a las personas que generarían la responsabilidad del asegurado.....	151
3. La exclusión de la subrogación frente a las personas de las cuales deba responder el asegurado en el seguro de transporte	152
IV. BIBLIOGRAFÍA.....	155
EL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN DEL SINIESTRO EN EL SEGURO DE TRANSPORTE, Achim Puetz	159
I. INTRODUCCIÓN.....	159
II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN ASUMIDA POR EL ASEGURADOR.....	160
III. REQUISITOS PARA QUE SEA EXIGIBLE EL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN	161
1. Requisitos positivos	162
1.1. Existencia y validez del contrato de seguro.....	162
1.2. Materialización de un riesgo cubierto por la póliza.....	163
1.2.1. Concepto de siniestro	163
1.2.2. Ámbito temporal de la cobertura del seguro de transporte terrestre	165
2. Requisitos negativos.....	166
2.1. Inexistencia de mala fe por parte del asegurado.....	166
2.2. Ausencia de excepciones que pueda alegar el asegurador	170
IV. LIQUIDACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN.....	171
1. Verificación del siniestro y de sus causas y circunstancias	171

	<u>Pág.</u>
2. Cuantificación de la indemnización.....	173
2.1. Preexistencia de los objetos asegurados, estimación del daño y documentos que han de remitirse al asegurador	173
2.2. Importe del daño	175
2.2.1. Determinación del valor del interés	176
2.2.1.1. Determinación convencional: la póliza estimada	177
2.2.1.2. Determinación legal del valor del interés.....	178
• Regla general	179
• Mercancías destinadas a la venta	181
• Aspectos comunes	182
2.3. Los gastos de salvamento	183
2.4. Fijación convencional y pericial del importe de la indemnización .	186
V. PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN POR PARTE DEL ASEGURADOR.....	187
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	189
ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DEL ASEGURADOR EN LAS RECLAMACIONES DE TRANSPORTE TERRESTRE: LEGITIMACIÓN, CONTENIDO Y PLAZOS, Alberto Emparanza Sobejano	193
I. LA SUBROGACIÓN DEL ASEGURADOR	193
II. LEGITIMACIÓN ACTIVA.....	195
1. Asegurador del cargador: conflicto posible con el propietario de la mercancía transportada.....	195
2. Asegurador del porteador	199
III. CONTENIDO Y EXCEPCIONES OPONIBLES	200
1. Relación derivada del contrato de transporte	200
2. Aplicación de la normativa vigente en el contrato de transporte: régimen de responsabilidad y límites de indemnización	202
IV. EJERCICIO Y PLAZOS DE LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN	205
1. Plazos previstos en la normativa reguladora del transporte	205
2. Efectos de las reservas.....	207
V. OTROS EFECTOS DE LA RECLAMACIÓN DEL ASEGURADOR: EL RECONOCIMIENTO IMPLÍCITO DE LA RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR EFECTIVO	208
EL SEGURO DE LOS INTERMEDIARIOS DEL TRANSPORTE, Matilde Pacheco Cañete	213
I. CONSIDERACIONES PREELIMINARES.....	213
II. EL ASEGURADO: EL INTERMEDIARIO DE TRANSPORTES.....	214
1. Delimitación conceptual. Clases de intermediarios de transportes	215
2. El intermediario de transportes como porteador contractual.....	219

	<u>Pág.</u>
III. EL SEGURO DE LOS INTERMEDIARIOS DE TRANSPORTE	227
1. La responsabilidad contractual de los intermediarios del transporte	227
2. Seguro de transporte terrestre de mercancías: el intermediario como tomador	230
3. Los seguros de responsabilidad civil de los intermediarios de transportes: el intermediario como asegurado	232
IV. BIBLIOGRAFÍA.....	235
EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL EN LOS TRANSPORTES DE MERCANCÍAS PELIGROSAS , <i>Ana María Tobío Rivas</i>	239
I. INTRODUCCIÓN: LA RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL Y SU INCIDENCIA EN LA ACTIVIDAD DEL TRANSPORTE	239
1. Régimen general	239
2. Exclusiones	242
II. LAS GARANTÍAS FINANCIERAS OBLIGATORIAS EXIGIDAS POR LA LEY DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL: ESPECIAL REFERENCIA A LOS SEGUROS DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL.	244
1. La obligación de constituir una garantía financiera obligatoria.....	244
2. Los seguros de responsabilidad medioambiental versus seguros de responsabilidad civil	248
III. LOS SEGUROS DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL EN EL ÁMBITO DE LOS TRANSPORTES TERRESTRES DE MERCANCÍAS.....	250
1. Los seguros responsabilidad medioambiental versus otros seguros de los transportes terrestres de mercancías: clases y delimitación.....	250
2. Los seguros de responsabilidad medioambiental en el transporte de mercancías peligrosas.....	252
3. Principales elementos y características de los seguros de responsabilidad medioambiental de los transportes terrestres de mercancías	253
3.1. Interés y riesgo cubierto	254
3.2. Exclusiones del riesgo cubierto.....	255
3.3. Los sujetos del seguro: asegurado, tomador del seguro, asegurador y beneficiario	257
3.4. Suma asegurada	260
3.5. Prestaciones objeto de cobertura	261
3.6. Ámbito temporal de la cobertura.....	262
4. Concurrencia de seguros y seguros combinados con el seguro de responsabilidad medioambiental: seguro de responsabilidad civil por contaminación y seguro de daños por contaminación del propio suelo	264
IV. CONCLUSIONES.....	265
V. BIBLIOGRAFÍA.....	266

	<u>Pág.</u>
LOS INTENTOS DE COORDINACIÓN ENTRE EL SEGURO DE TRANSPORTE TERRESTRE DE MERCANCÍAS Y EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PORTEADOR: PROBLEMAS ACTUALES Y PROPUESTAS DE MEJORA, Arantza Martínez Balmaseda.....	269
I. PLANTEAMIENTO	269
II. LOS INTENTOS DE COORDINACIÓN ENTRE EL SEGURO DE TRANSPORTE DE MERCANCÍAS Y EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PORTEADOR	270
1. Planteamiento	270
2. Modalidades empleadas en la práctica.....	271
2.1. Una única póliza con doble cobertura	271
2.2. El porteador contrata como tomador un seguro de mercancías por cuenta del cargador	272
2.2.1. Planteamiento.....	272
2.2.2. Problemas que genera esta modalidad	272
2.3. El porteador contrata como tomador una póliza de transporte figurando como asegurado	273
2.3.1. Planteamiento.....	273
2.3.2. Problemas que genera esta modalidad	274
3. Problemas de delimitación entre el seguro de mercancías y el seguro de responsabilidad civil.....	276
III. PROPUESTAS DE MEJORA PARA EL ÁMBITO DEL SEGURO DE TRANSPORTE Y EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PORTEADOR	278
1. Planteamiento	278
2. Cláusulas de renuncia a la subrogación incorporadas en un seguro de mercancías	279
2.1. Seguro de mercancías contratado por el porteador por cuenta de quien corresponda con renuncia a la subrogación	279
2.1.1. Planteamiento.....	279
2.1.2. El seguro de transporte por cuenta de quien corresponda	279
2.2. Seguro de mercancías contratado por el cargador con renuncia a la subrogación.....	284
3. Una única póliza con doble cobertura	285
4. Otras propuestas de lege ferenda	286
4.1. Responsabilidad objetiva.....	286
4.2. Irresponsabilidad total del porteador por los daños que sufran las mercancías	287
IV. CONCLUSIONES.....	287
V. BIBLIOGRAFÍA.....	288

PRESENTACIÓN

El presente libro constituye un estudio actualizado de los problemas que plantea el régimen jurídico del seguro de transporte terrestre de mercancías, en el que se aportan soluciones y líneas interpretativas encaminadas a superar las dificultades que presenta la aplicación práctica de dicho contrato para los operadores del sector del transporte y para los profesionales del Derecho. Los capítulos de esta obra, redactados por destacados especialistas en Derecho del transporte y Derecho de los seguros, contienen un examen detenido de la regulación de dicho contrato prevista en la Ley del Contrato de Seguro, así como de las pólizas españolas y anglosajonas empleadas mayoritariamente por las aseguradoras. Asimismo, en los capítulos se aportan y estudian las sentencias más relevantes dictadas por el Tribunal Supremo y por las Audiencias Provinciales en este ámbito, lo que resulta de un indudable interés práctico para los operadores jurídicos que intervengan en el sector del transporte terrestre de mercancías (abogados, jueces, compañías de seguros, corredores de seguros, transportistas, operadores logísticos, etc.).

La redacción de esta obra se ha llevado a cabo, de forma coordinada, por profesores de seis universidades (Jaume(FF)I de Castellón, País Vasco, Rovira i Virgili de Tarragona, Sevilla, Valencia y Vigo). En concreto, los trabajos aportados por los autores a la presente obra colectiva constituyen, con las oportunas modificaciones y ampliaciones, las versiones escritas de las ponencias impartidas por éstos en el Congreso de Seguro de Transporte Terrestre de Mercancías que tuvo lugar en Bilbao en diciembre de 2012. En el equipo de autores se combina la reconocida experiencia de profesores con una dilatada trayectoria investigadora en los sectores del transporte y del seguro con la juventud de otros investigadores que, a pesar de ello, cuentan con múltiples aportaciones científicas en este campo. En todo caso, la pluralidad de autores participantes en la obra no ha supuesto merma alguna en la coherencia y homogeneidad del trabajo colectivo, ya que se ha realizado la tarea precisa de coordinación dirigida a evitar incoherencias, solapamientos y contradicciones, sin perjuicio de que los autores hayan podido manifestar sus opiniones con plena libertad. En este sentido, debe señalarse que los directores de esta obra ya han acometido con anterioridad labores de coordi-

nación y dirección de obras colectivas. Tal es el supuesto del *Estudio Sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*, libro publicado en el año 2006 y coordinado por quienes suscriben esta presentación. De modo similar, el estudio sobre *El contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril*, publicado en el año 2008, fue coordinado por los profesores Andrés Recalde Castells y Alberto Emparanza Sobejano. Igualmente, este último dirigió la obra *Las Reglas de Rotterdam*, publicada en el año 2010. Todo ello viene a constatar la experiencia de los directores en la coordinación de equipos de investigadores de diversas universidades.

Los autores han realizado un estudio de carácter sistemático del régimen jurídico del seguro de transporte terrestre de mercancías en el que son objeto de tratamiento específico las diferentes materias de las que se ocupa su regulación. Los aspectos académicos y profesionales más relevantes de tal contrato son examinados con profundidad y con ánimo de exhaustividad, en la confianza de que ninguna cuestión sustancial haya quedado fuera del libro. En esta sede no se realizará una relación pormenorizada de los trabajos que componen la obra y de las líneas fundamentales de sus contenidos, ya que el lector tiene la oportunidad de examinarlos seguidamente. No obstante, cabe señalar que este libro comienza con una aproximación al marco jurídico actual del contrato de seguro de transporte terrestre de mercancías, prestando una atención especial a las propuestas de reforma de dicho contrato. A continuación se examina la problemática en torno a la configuración del citado seguro como un seguro de daños a las mercancías o como un seguro de responsabilidad del porteador. Posteriormente son objeto de estudio la duración de la cobertura de seguro, las cláusulas limitativas y delimitadoras del riesgo, la legitimación activa a la hora de ejercer las reclamaciones derivadas del seguro de transporte, el ejercicio de la subrogación del asegurador y las obligaciones y deberes de las partes, en particular, la obligación de pago de la indemnización por el asegurador. Asimismo, esta obra colectiva no podía obviar el tratamiento detenido de los seguros de los intermediarios del transporte y del seguro de responsabilidad medioambiental en los transportes de mercancías peligrosas. Para finalizar, el libro contempla los intentos de coordinación entre el seguro de mercancías y el seguro de responsabilidad civil del porteador terrestre.

La presente publicación constituye uno de los resultados de las investigaciones desarrolladas en el marco de la ejecución del proyecto de investigación titulado «Nuevas tecnologías y seguridad en la reforma del Derecho del transporte» (ref. DER 2009-14735-C02-02/JURI), subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y dirigido por el profesor Alberto Emparanza Sobejano. A su vez, dicha obra es en cierta medida heredera de los trabajos e investigaciones realizados al amparo de los diversos proyectos de investigación concedidos en las oportunas convocatorias públicas al grupo de autores que participan en la misma. Entre estos proyectos podrían destacarse el titulado «Retos y límites de la liberalización en el sector del transporte. Ayudas estatales, seguridad, intermodalidad e incidencia de las nuevas tecnologías», concedido por el Ministerio de Fomento (ref. (FF)70010/T05) para los años 2005 a 2008 y cuyo investigador principal fue el profesor Fernando Martínez Sanz; así como el relativo a «La proyectada reforma

del Derecho del transporte marítimo a la luz de los convenios internacionales», concedido por el Ministerio de Educación y Ciencia (ref. SEJ 2006-15520-C02-2) para los años 2006 a 2009, bajo la dirección del profesor Alberto Emparanza Sobejano. El cumplimiento de los objetivos marcados en tales investigaciones y la colaboración estrecha entre profesores procedentes de diferentes universidades han sido reconocidos por el Ministerio de Economía y Competitividad mediante la concesión del proyecto de investigación sobre «Nuevas soluciones jurídicas en materia de documentación y de responsabilidad ante la reestructuración del mercado del transporte» (ref. DER 2012-37543-C03-02) para los años 2003 a 2005 y cuyo investigador principal es el profesor José Manuel Martín Osante. Este nuevo reconocimiento institucional permitirá a los investigadores continuar profundizando en la línea temática del estudio del régimen jurídico del transporte. Aprovechamos la ocasión para agradecer a estas instituciones el apoyo y la confianza depositada a lo largo de los años en los investigadores que integran los equipos de tales proyectos.

Por otra parte, el proceso de constantes reformas que afectan al Derecho mercantil, fruto de la cambiante realidad económica y empresarial, se ha extendido al campo del transporte terrestre de mercancías. Entre las reformas iniciadas cobran una particular relevancia la propuesta de modificación de la Ley del Contrato de Seguro, así como el planteamiento de confección de un nuevo Código Mercantil siguiendo el modelo del legislador francés. En esta línea, la contratación del transporte terrestre de mercancías ha visto modificado su régimen jurídico tras la adopción de la Ley 15/2009 del Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías. En este sentido, la presente publicación toma en consideración la incidencia que sobre el seguro de transporte terrestre de mercancías producen las citadas propuestas de reforma y el nuevo escenario jurídico en el que se contrata dicho transporte.

La publicación de la presente obra colectiva se realiza en la editorial Marcial Pons, a quien desde estas líneas agradecemos que haya aceptado, una vez más, los originales que le fueron presentados y que los haya tratado con una profesionalidad exquisita. Su apoyo decidido a los estudios de Derecho del transporte se pone de manifiesto, entre otras iniciativas, con la publicación periódica de la *Revista de Derecho del Transporte Terrestre, Marítimo, Aéreo y Multimodal (RDT)* —publicación de referencia en el sector del transporte— y con la edición de un importante número de monografías, manuales y otras obras de calidad que contribuyen a superar la insuficiente atención que la doctrina española había prestado al régimen jurídico del transporte. En esta línea se enmarca la presente obra, con la que se pretende contribuir a esta labor de aportación de estudios actualizados y rigurosos en el campo del Derecho del transporte.

La realización de esta obra ha sido posible gracias al esfuerzo y a la excelente disposición mostrada por los autores que han participado en su redacción. Todos ellos aceptaron participar como ponentes en el Congreso de Seguro de Transporte Terrestre de Mercancías que tuvo lugar en Bilbao en diciembre de 2012 y en la posterior elaboración de este libro, a pesar de los múltiples compromisos investigadores y docentes que deben afrontar los profesores universitarios. Por tales motivos, los directores de la obra queremos agradecer muy sinceramente

a todos los autores su trabajo, su colaboración y su compromiso a fin de que la obra viese finalmente la luz. Únicamente queda esperar que el esfuerzo colectivo haya merecido la pena y que la obra contribuya a resolver los problemas que plantea en la actualidad el régimen jurídico del seguro de transporte terrestre de mercancías.

En San Sebastián y Bilbao a 30 de abril de 2013.

Alberto EMPARANZA SOBEJANO
José Manuel MARTÍN OSANTE
Directores de la obra

EL MARCO ACTUAL DEL SEGURO DE TRANSPORTE TERRESTRE DE MERCANCÍAS Y LA INCIDENCIA DE LA REFORMA DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO*

Pablo GIRGADO PERANDONES

Profesor titular de Universidad de Derecho Mercantil
Universidad Rovira i Virgili (Tarragona)

SUMARIO: I. EL MARCO ACTUAL DEL SEGURO DE TRANSPORTE TERRESTRE DE MERCANCÍAS.—1. El régimen jurídico vigente.—2. La imperatividad y su excepción en los seguros de grandes riesgos.—3. La autonomía privada en los seguros de transporte y sus límites.—4. El significado de las condiciones generales en los seguros de transporte.—II. LA REFORMA DE LA LEY DEL CONTRATO DE SEGURO.—1. La justificación de la reforma.—2. Las diversas propuestas de reforma.—2.1. El ALCS y el traslado de la sede normativa de los seguros de transporte.—2.2. La incorporación a un futuro Código Mercantil.—2.3. El contenido de la reforma.—2.3.1. Definición del contrato de seguro de transporte terrestre.—2.3.2. Pluralidad de medios de transporte.—2.3.3. Delimitación del riesgo.—2.3.4. Inicio y fin de la cobertura.—2.3.5. Depósito de las mercancías, inmovilización o cambio de vehículo.—2.3.6. Alteración del medio de transporte, itinerario o plazos del viaje.—2.3.7. Daños a indemnizar.—III. VALORACIÓN FINAL.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

La regulación de los seguros de transporte terrestre de mercancías se contempla en la Ley del Contrato de Seguro, sujeta a un proceso de reforma en los últimos años, aún no concluido. Las propuestas de reforma —objeto de atención en el presente estudio— van desde su traslado de sede normativa a la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías por Carretera, hasta su incorporación al previsto Código Mercantil. En cualquier caso, y a diferencia de la mayoría de los seguros, el régimen de los seguros de transporte se caracteriza por el reconocimiento de la autonomía privada de las partes en su configuración, como se desprende de su naturaleza dispositiva —son calificados de «grandes riesgos»— y el recurso a condicionados generales. Por ello, es preci-

* El trabajo se inserta dentro de los proyectos de investigación DER2010-21314 (Ministerio de Ciencia e Innovación) y 2009AIRE-11UROV (Universidad Rovira i Virgili).

so reconocer la existencia de límites a dicha autonomía de la voluntad y su papel como función ordenadora de este contrato.

I. EL MARCO ACTUAL DEL SEGURO DE TRANSPORTE TERRESTRE DE MERCANCÍAS

1. El régimen jurídico vigente

El marco actual del contrato de seguro de transporte terrestre de mercancías se contempla en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro, en concreto en sus arts. 54 a 62, correspondientes a la Sección IV de su Título II dedicado a los seguros de daños. El texto se ha mantenido invariable desde su aprobación y no ha sufrido modificaciones, a diferencia de otros apartados de la ley. Asimismo, existen otras disposiciones relativas al mismo seguro, si bien comprendidas en el ordenamiento del transporte; en concreto, la LOTT en su art. 21.2 presta atención a la posibilidad de que, reglamentariamente, se establezcan fórmulas de coordinación entre el seguro de transporte de mercancías y el seguro de responsabilidad del porteador «incluso a través de la unificación de ambos»¹. La LOTT no determina su obligatoriedad, salvo en el caso del depósito de las mercancías en manos de almacenistas-distribuidores, si bien no se plantea como un seguro de responsabilidad civil, sino de daños a las mercancías [art. 173.2.b) ROTT]².

A nivel internacional no se cuenta con una normativa relativa a esta modalidad de seguros, sin menoscabo de su presencia de nuevo en el ámbito del transporte. De tal modo, el Convenio CMR atiende a la materia de los seguros, concretamente en dos puntos. En cuanto al primero, la carta de porte, en caso de existir seguro de mercancías, deberá contener las instrucciones del remitente al transportista relativas al citado seguro [art. 6.2.e) CMR]³.

En cuanto al segundo, el Convenio CMR se preocupa de declarar la nulidad de pleno derecho de cualquier estipulación contractual que coloque al transportista como beneficiario del seguro de mercancías o que tenga resultados análogos (art. 41.2 CMR). En este sentido, conviene no confundir tal cláusula con la posibilidad de que las partes en el contrato de seguro puedan acordar la no subrogación del asegurador contra el porteador causante del siniestro⁴.

¹ El art. 21 LOTT establece la obligatoriedad de un seguro de responsabilidad civil en el transporte público de viajeros. En cambio, en los transportes de mercancías sólo apunta la posibilidad de que la Administración —en los términos y con los límites que la misma establezca— exija tal deber a las empresas y agencias de transporte y que cubra su responsabilidad derivada del cumplimiento del contrato de transportes de mercancías. En el proceso de reforma actual de la LOTT se postula la supresión de este segundo apartado del art. 21 [tanto en el Proyecto LOTT de 2011 (BOCG de 10 de junio de 2011) como en el reciente de 2012 (BOCG de 22 de diciembre)].

² «Las mercancías depositadas deberán estar aseguradas de los posibles daños que puedan sufrir». Como se observa del tenor del artículo, el interés asegurado no recae en el patrimonio del almacenista-distribuidor, sino en las mismas mercancías.

³ El convenio CMR no contempla la responsabilidad del porteador sobre la citada ausencia. Al respecto, *vid.* STS de 12 de junio de 1986 (RAJ 4506/1986).

⁴ Sobre esta temática, recientemente, *vid.* M. R. ISERN SALVAT, *El derecho de subrogación del asegurador en el seguro de transporte de mercancías por carretera*, 2013.

2. La imperatividad y su excepción en los seguros de grandes riesgos

Como es sabido, la LCS establece el carácter imperativo de su articulado en las distintas modalidades del contrato de seguro, a no ser que en ellos se disponga otra cosa (art. 2 LCS). El fundamento de tal imperatividad subyace no sólo en la debilidad del tomador del seguro frente al poder económico del asegurador, sino también en el «conocimiento más profundo» que tiene este último sobre la materia⁵. Ante tal situación, el legislador pretende proteger a aquél mediante una normativa tuitiva y, al mismo tiempo, de carácter imperativo, sin menoscabo de la validez de los pactos alcanzados más beneficiosos para el asegurado.

No obstante, en determinadas modalidades de seguros, como los de transporte de mercancías, calificados de grandes riesgos (*vid.* art. 44.2 LCS y su delimitación en el art. 107.2) no será de aplicación tal imperatividad, ya que se considera que el poder económico del tomador del seguro es equivalente al de la entidad aseguradora⁶. Así, no se precisa la aplicación imperativa de una normativa protectora como la de la LCS, como expresaba la reforma del citado precepto⁷.

El art. 44.2 LCS pretende «flexibilizar» el régimen jurídico en aquellos supuestos que no requieran de especial tutela del tomador, lo que implica dotar de mayor libertad de contratación y un mayor énfasis en la autonomía de la voluntad de tales contratos⁸ en consonancia con el régimen de los seguros marítimos⁹.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con los seguros de responsabilidad civil del porteador. Al respecto cabe recordar que la consideración de grandes riesgos se refiere a los seguros de transporte de mercancías, pero no siempre al seguro de responsabilidad civil del porteador terrestre¹⁰. En este último caso se requiere

⁵ F. SÁNCHEZ, CALERO, «Sobre la imperatividad de la Ley del Contrato de Seguro», en AAVV, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. III, Madrid, Civitas, 1996, p. 2991, citando la STS de 12 de diciembre de 1988 (RAJ 9429/1988).

⁶ Más en detalle sobre el significado de los grandes riesgos, *vid.* nuestro trabajo «Límites a la autonomía privada en los seguros de grandes riesgos, con especial atención a los seguros de transporte terrestre», en L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, J. M.ª EMBID IRUJO, A. RECALDE CASTELLS y F. J. LEÓN SANZ (eds.), *Liber amicorum profesor José María Gondra Romero*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 277 y ss.

⁷ Considerando quinto de la Directiva 88/359/CEE: «Conviene conceder a aquellos tomadores de seguro que por su condición, por su importancia o por la naturaleza del riesgo que deba asegurarse no necesiten una protección específica en el Estado en que esté localizado el riesgo, completa libertad de acceso al mercado más amplio posible de seguros, y, por otra parte, conviene garantizar un adecuado nivel de protección a los demás tomadores de seguros». En tal sentido ya se había pronunciado nuestra doctrina, *vid.* F. SÁNCHEZ CALERO, «El Código de Comercio y los contratos mercantiles», en AAVV, *Centenario del Código de Comercio*, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1986, pp. 213 y ss.

⁸ Como indica M. OLIVENCIA RUIZ, «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 oponible», en F. SÁNCHEZ CALERO (dir.), *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad civil en la gran empresa*, Madrid, Musini, 1994, pp. 199-200: «Menor control, mayor libertad de contratación y más amplia autonomía de la voluntad son, pues, las consecuencias que derivan de las especialidades de los grandes riesgos en consideración a las de sus tomadores».

⁹ Como nos recuerda la Exposición de Motivos: «Una mayor libertad de contratación, situando el principio de autonomía de la voluntad en lugar preferente, tal como el legislador español reconoció al seguro marítimo al no derogar los arts. 737 y ss. del Código de Comercio con motivo de la promulgación de la Ley 50/1980, de 8 de octubre».

¹⁰ L. M. ALMAJANO PABLOS, «El Derecho comunitario y su aplicación en el Derecho español en

que el tomador cumpla determinados requisitos que «certifiquen» un poder de negociación equivalente al de la entidad aseguradora [art. 107.2.c) LCS]¹¹.

Resalta la delimitación de tal criterio sobre la base del tomador y no del asegurado, pues, como recientemente se ha destacado¹², tal proceder puede implicar desprotección cuando el asegurado sea un consumidor. En tal caso se defiende que, si bien la LCS mantiene su carácter dispositivo, el asegurado, en protección de sus derechos, puede recurrir a la normativa de defensa del consumidor y usuario como «un núcleo inderogable».

La declaración de imperatividad del art. 2 LCS no implica la exclusión del régimen legal, sino que sus preceptos tienen carácter dispositivo y pueden ser alterados por la voluntad de las partes¹³. De tal modo, el legislador reconoce que las partes en un seguro de grandes riesgos pueden libremente excluir la sujeción del contenido de la póliza a la LCS. Su aplicación tendría carácter subsidiario y se aplicaría en defecto de pacto por las partes del contrato. Pero no debe entenderse que se trata de una función meramente supletoria, sino que, como toda norma —en este caso, dispositiva—, cumple «una función ordenadora» del contrato¹⁴.

En este sentido, y con el fin de aclarar las posibles dudas que suscite la consideración de un seguro como gran riesgo, se ha propuesto por un sector autorizado de la doctrina¹⁵ que sean las partes las que, con carácter preliminar, identifiquen en la misma póliza la condición de gran riesgo del seguro que están concluyendo. En nuestra opinión, sin menoscabo de la claridad que implica tal redacción a las partes y a los propios tribunales competentes, la ausencia de tal calificación no afecta a la consideración de «gran riesgo» del supuesto *ad hoc*, ya que es la propia LCS —y no los contratantes— en su art. 107.2 la que atribuye dicha condición. Por nuestra parte, entendemos que la delimitación de los grandes riesgos *de lege ferenda* no ha de hacerse a un criterio de determinados contratos (como entiende el art. 107 LCS), sino al criterio subjetivo de quién es el tomador del seguro o el asegurado¹⁶.

materia de responsabilidad civil en los grandes riesgos», en F. SÁNCHEZ CALERO (dir.), *Estudios sobre el aseguramiento...*, op. cit., pp. 68-69.

¹¹ Conforme al citado artículo, los seguros de responsabilidad civil en vehículos terrestres automóviles —comprendida la responsabilidad del transportista— se consideran *gran riesgo* «siempre que el tomador supere los límites de, al menos, dos de los tres criterios siguientes:

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

¹² J. BATALLER GRAU, «Art. 44 LCS», en J. BOQUERA MATARRDONA, J. BATALLER GRAU y J. OLAVARRÍA IGLESIA (coords.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 556. Al respecto indica que dicha protección es cumulativa y no concéntrica, ya que podrán aplicarse a veces ambas a la vez o, en determinados casos, sólo una de ellas.

¹³ Así, F. SÁNCHEZ CALERO, «Sobre la imperatividad...», op. cit., p. 3003.

¹⁴ Como recuerda F. DE CASTRO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 1985, p. 80: «Las normas que regulan los contratos, y cada tipo de contrato, no son dadas para auxilio de descuidados o desmemoriados, supletorias o adivinatorias de sus voluntades, sino que manifiestan la regulación normal y, por tanto, tienen un cierto carácter imperativo; son preceptos en los que el legislador ha ponderado cuidadosamente la situación normal de los intereses de las partes, tienen una “función ordenadora”, por lo que no pueden ser desplazados sin una razón suficiente».

¹⁵ F. SÁNCHEZ CALERO, «Art. 44 LCS», en F. SÁNCHEZ CALERO (dir.), *Ley del Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4.ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2010, pp. 1005-1006.

¹⁶ En idéntico sentido, F. J. TIRADO SUÁREZ, «Art. 54», en F. SÁNCHEZ CALERO (dir.), *Ley del Con-*

Por otro lado, la aplicación supletoria de la LCS a los «grandes riesgos» ofrece indudables ventajas. Así, cabe destacar la posibilidad de prescindir de la aplicación de determinadas normas excesivamente rigurosas con el asegurador, como en el caso del art. 20 LCS. En tal supuesto ejemplificativo los efectos positivos son evidentes, ya que implica prescindir de un precepto con bastante litigiosidad en vía judicial, así como favorecer el abaratamiento del seguro, afectado sensiblemente por las consecuencias derivadas de la aplicación del citado art. 20 LCS¹⁷. También se ha de destacar la ventaja de «flexibilidad» en la modalidad aseguradora calificada como «gran riesgo», pudiendo no sólo permitir la negociación de las cláusulas contractuales entre las partes, sino también la adaptación a la evolución constante del mercado de seguros a escala internacional¹⁸.

Como veremos más adelante, la cuestión a dilucidar será el «ámbito de derogación» de la LCS a fin de conocer cuáles son los límites contractuales dentro de los que pueden actuar las partes¹⁹. En tal sentido no podemos olvidar que la LOSSP califica como falta grave el incumplimiento por la entidad aseguradora de determinados preceptos de la LCS [*vid.* el art. 40.4.h)].

La doctrina ha indicado la necesidad de «ponderación» en la interpretación y aplicación del art. 2 LCS, cuya formulación es calificada como «muy rigurosa»²⁰. Existe el riesgo del excesivo *ius cogens* en los contratos de seguro por obra del art. 2 LCS. Este contrato debe seguir siendo esencialmente de naturaleza dispositiva, aunque «sometido a limitaciones tanto desde el punto de vista del Derecho público como desde el punto de vista del Derecho privado»²¹.

3. La autonomía privada en los seguros de transporte y sus límites

Como ya hemos indicado, el principio de autonomía privada está presente en el contrato de seguro desde un primer momento, cuya noción declara la obligación del asegurador de indemnizar «dentro de los límites pactados» (art. 1 LCS)²². Por

trato de Seguro..., *op. cit.*, p. 1194, nota 13, indica que «*de lege ferenda*, hubiera sido preferible haber fijado reglas diferentes en función de las características del asegurado, según fuera el mismo un consumidor o un profesional, partiendo de que ambos son los elementos antagónicos de toda relación jurídico-mercantil».

¹⁷ F. SÁNCHEZ CALERO, «Art. 44 LCS», *op. cit.*, p. 1004.

¹⁸ Como ponen de manifiesto F. SÁNCHEZ CALERO, «Art. 44 LCS», *op. cit.*, pp. 1004-1005, y F. J. TIRADO SUÁREZ, «Art. 54 LCS», *op. cit.*, p. 1194.

¹⁹ El término «derogación» no nos parece en esta ocasión acertado, ya que la aplicación de la LCS no se deroga, sino que queda supeditada a lo convenido entre las partes. El término es empleado en la doctrina en relación con los seguros de responsabilidad civil de la gran empresa; así, E. VERDERA Y TUELLS, «La cláusula *claims made* ante la jurisprudencia del TS: una primera revisión crítica», en F. SÁNCHEZ CALERO (coord.), *Estudios sobre el aseguramiento...*, *op. cit.*, p. 105. Por otro lado, el mismo autor pone de manifiesto la falta de resolución de la cuestión conforme al modelo legal actualmente vigente. En idéntico sentido, *vid.* J. F. DUQUE DOMÍNGUEZ, «Seguros de incendio, contra el robo, de transporte terrestre y lucro cesante (arts. 45-67)», en E. VERDERA Y TUELLS (dir.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, t. I, Madrid, CUNEF-CSB, 1982, pp. 753 y ss., especialmente p. 758.

²⁰ A. MENÉNDEZ, «Preliminar», en E. VERDERA Y TUELLS (dir.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, *op. cit.*, p. 128.

²¹ *Ibid.*, p. 128.

²² Como indica A. FONT RIBAS, «Estudio introductorio», en A. HERNÁNDEZ MORENO (dir.), *Contrato de Seguro. Exclusión de cobertura y cláusulas limitativas. La jurisprudencia del TS sobre la delimita-*

ello, la redacción posterior del art. 2 LCS declarando el carácter imperativo de su articulado no ha de ser valorada como la supresión del citado principio, sino que «viene a fijar el marco en que puede jugar dicha autonomía»²⁵. De tal modo, las normas dispositivas sirven para fijar «el cauce» en que se desenvuelve la voluntad de las partes²⁴.

Este reconocimiento de la autonomía privada destaca en los seguros de grandes riesgos, pues —como ya se ha indicado— no juega el carácter imperativo de la LCS (art. 2)²⁵. Esta «mayor autonomía» en los seguros de grandes riesgos no implica que la normativa contractual deje de tener validez, sino que cambian los mecanismos de control. Así, como veremos en el siguiente epígrafe, las normas generales sobre contratos sirven como instrumentos de delimitación del ámbito de actuación de las partes (cfr. art. 1.255 LC), al igual que las normas propias del contrato de seguro. Por eso no compartimos la opinión de que determinadas cuestiones, como la referida a la «lesividad», no puedan ser objeto de examen también por la LCS, sino únicamente por los conceptos generales de lesión contemplados en los arts. 1.290 y ss.²⁶

Al igual que la imperatividad de la LCS no ha de considerarse como absoluta²⁷ tampoco lo es la referencia específica a su carácter dispositivo. Así, es evidente que la autonomía de las partes en la configuración del contrato ha de ejercerse respetando una serie de límites, que se enmarcarían dentro de los generales de todos los contratos y los específicos del contrato de seguro²⁸.

Entre los primeros habría que indicar que, conforme al art. 1.255 CC, las partes «pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público». En cuanto a cuáles son las leyes que se han de entender comprendidas en el citado precepto, se ha de considerar no sólo las normas imperativas y las prohibitivas, sino también las dispositivas²⁹. De estas últimas se podrán apartar

ción del objeto y la limitación de derechos en el contrato de seguro, Barcelona, Cedecs, 1998, p. 18: «El seguro es fundamentalmente un contrato que, como tal, está sometido al principio de autonomía de la voluntad de las partes, las cuales pueden moldear a su antojo, respetando los límites imperativos, el contenido esencial de sus relaciones recíprocas (art. 1.255 CC)».

²⁵ J. M.^a EMBID IRUJO, «El consumidor ante el Derecho de seguros», en AAVV, *Estudios sobre el Derecho de consumo*, Bilbao, Iberdrola, 1994, p. 254.

²⁴ F. SÁNCHEZ CALERO, «Sobre la imperatividad...», *op. cit.*, p. 2991, reconoce un «cierto carácter imperativo» a la norma dispositiva, ya que cumple una «función ordenadora de los intereses de las partes», y siguiendo a la doctrina civilista (en concreto, Amorós Guardiola y García-Amigo) señala que «la norma dispositiva es tan obligatoria como la imperativa y tiene, como ésta, la pretensión de ordenar la vida social, si bien, en el caso de normas dispositivas, su eficacia se traduce en autorizar el juego preferente del pacto convencional o negocial».

²⁵ E. VERDERA Y TUELLS, «La cláusula *claims made*...», *op. cit.*, p. 107, en referencia a los seguros de responsabilidad civil, indica que, asimismo, es aplicable dicho criterio respecto de los seguros de crédito y de lucro cesante. En nuestra opinión, representa también un claro ejemplo en los seguros de transporte, objeto de especial atención en el presente trabajo.

²⁶ Como defiende L. M. ALMAJANO PABLOS, «El Derecho comunitario...», *op. cit.*, p. 71.

²⁷ F. SÁNCHEZ CALERO, «Sobre la imperatividad...», *op. cit.*, p. 2988.

²⁸ En este sentido, en la doctrina civilista se advierte que «la autonomía de la voluntad tiene límites inmanentes, los que fueran considerados naturales e indiscutibles por el Derecho común». Cfr. F. DE CASTRO, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *ADC*, vol. 35, núm. 4, 1982, p. 1066.

²⁹ Como indica F. DE CASTRO, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas...», *op. cit.*, p. 1061: «[L]as

los contratantes, pero siempre que esté fundamentado y no implique un desequilibrio injustificado entre las partes⁵⁰.

Con respecto a la noción de «orden público» del art. 1.255 CC, es preciso entenderlo conforme al sentido propio atribuido en el Código Civil, al margen del significado vulgar de tal concepto⁵¹. La importancia del orden público como criterio delimitador de los seguros de grandes riesgos es, además, puesta de relieve en la propia Ley, según la cual el carácter dispositivo de su normativa respecto de tales seguros «se entenderá sin perjuicio de las disposiciones de orden público contenidas en la ley española, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato de seguro de daños» (art. 107.5 LCS).

Por otro lado, el contrato de seguro no se puede «desnaturalizar» a través de un ejercicio de la autonomía privada que altere los fundamentos básicos del seguro, sino que, al contrario, éstos han de ser respetados⁵². Los contratantes han de cumplir con los requisitos inherentes a todo contrato de seguro, entre los cuales habría que considerar los elementos esenciales del contrato (entre otros, el relativo a la existencia de un riesgo y de un interés) y los principios básicos como el de prohibición del enriquecimiento injusto⁵³. Estaríamos, por tanto, en presencia de razones de orden público que implican la limitación de la libertad contractual ante normas que serían calificadas como «absolutamente imperativas», ya que prescindir de ellas «desnaturalizaría la esencia del seguro»⁵⁴.

Así, con carácter ejemplificativo, podemos plantearnos el significado de que las partes decidan establecer en las condiciones generales o particulares de la póliza una cláusula en virtud de la cual la cobertura incluya la producción dolosa del siniestro. En tal caso se alteraría el criterio establecido en el art. 19 LCS en virtud del cual la mala fe del asegurado libera de la obligación del pago al

reglas dispositivas no han sido puestas en las leyes a modo de modelo o ejemplo que se deja al arbitrio de los contratantes el seguirlos o no seguirlos. En general, han sido recogidas como consecuencias naturales o típicas de cada clase de contrato. Responden a lo que se ha estimado normal según los intereses en juego, de acuerdo con el buen sentido, de lo tradicional y los dictados de la equidad respecto a la debida equivalencia de las respectivas obligaciones. Lo indicado no quiere decir que los que contratan estén constreñidos a seguir el modelo legal; señalan que los pactos, cláusulas y condiciones que se desvíen del mismo o lo contradigan habrán de tener su adecuada justificación para ser eficaces. Ineficacia que habría de darse cuando resulte del contrato un desequilibrio injustificado de las respectivas obligaciones de los contratantes, en daño de una de las partes, que no pueda compaginarse con la naturaleza típica o atípica del contrato».

⁵⁰ *Ibid.*, pp. 1061 y 1066-1067.

⁵¹ *Ibid.*, pp. 1015 y ss. También conviene diferenciar entre el «orden público» del art. 1.255 CC y el «orden público económico». Así, *ibid.*, pp. 1031 y ss. Recientemente, entre nosotros, S. SOLERNOU SANZ, *La ordenación del mercado de transporte de mercancías por carretera*, en prensa, pp. 56-57.

⁵² Como indica F. SÁNCHEZ CALERO, «Sobre la imperatividad...», *op. cit.*, p. 2992, en referencia al contrato de reaseguro y al carácter dispositivo de las normas de la LCS respecto de él. El mismo autor («Art. 44 LCS», *op. cit.*, p. 1004) afirma que el carácter dispositivo de la norma LCS ha de partir del presupuesto de que reúna los requisitos esenciales para ser un contrato de seguro.

⁵³ Como indica F. SÁNCHEZ CALERO, «Sobre la imperatividad...», *op. cit.*, p. 2997, siguiendo a A. MENÉNDEZ, «Preliminar», *op. cit.*, p. 121. Así, los autores citados se refieren, a título de ejemplo, a la aplicación del principio indemnizatorio y la no admisibilidad de una cláusula que haga posible una indemnización muy superior al asegurado.

⁵⁴ F. SÁNCHEZ CALERO, «Sobre la imperatividad...», *op. cit.*, pp. 2999 y 3003, indica algunos preceptos de los que se puede deducir dicho carácter absolutamente imperativo; así, los arts. 4, 25, 26, 31.2 y 83.4.

asegurador. La cuestión, en tal caso, no está en la contravención de una norma imperativa de la LCS, sino en la de los fundamentos básicos de la institución aseguradora³⁵. Supuesto semejante concurriría con ocasión de un acuerdo entre las partes del contrato del seguro en virtud del cual se establezca un valor muy superior al normal del interés asegurado como referente indemnizatorio en caso de producción del siniestro objeto de cobertura³⁶.

En otro orden, también se ha de tener en cuenta que los acuerdos entre las partes no pueden afectar negativamente a los derechos reconocidos a terceros en la propia LCS. Claro ejemplo de ello es el derecho propio que tiene el tercero perjudicado a ejercitar una acción directa contra la entidad aseguradora (art. 74 LCS). Del tenor literal del art. 2 LCS, con carácter preliminar, se puede interpretar que en los seguros de grandes riesgos se puede prescindir de dicha acción. Pero los acuerdos que puedan formalizar las partes en el contrato de seguro no pueden afectar a los derechos reconocidos en la LCS a favor de los terceros³⁷. Por tanto, la acción directa como derecho del tercero perjudicado no puede ser objeto de disposición por las partes en los seguros de grandes riesgos. A mayor abundamiento se puede invocar el criterio general del art. 6.2 CC, conforme al cual «[l]a exclusión voluntaria de la Ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo será válida cuando no contraríe el interés o el orden público ni perjudique a terceros».

En el caso concreto del seguro de transporte, se califique o no como gran riesgo, en el seguro de responsabilidad civil del porteador se conserva la acción directa como derecho del tercero perjudicado frente al asegurador y del que no pueden disponer las partes del contrato³⁸. En cambio, si se trata de un seguro de transporte de mercancías contratado por el porteador (seguro por cuenta ajena), la protección del porteador no parece tan clara. El asegurado no es un tercero ajeno al contrato, sino por cuenta de quien se contrata y titular del interés asegurado, y su interés no podría quedar mermado por el acuerdo alcanzado entre aquéllos.

³⁵ J. M.^a EMBID IRUJO, «Art. 2 LCS», en J. BOQUERA MATARREDONA, J. BATALLER GRAU y J. OLAVARRÍA IGLESIA (coords.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, *op. cit.*, p. 23.

³⁶ J. M.^a EMBID IRUJO, «Art. 2 LCS», *op. cit.*, p. 23, en referencia a A. MENÉNDEZ, «Preliminar», *op. cit.*, p. 121.

³⁷ M. OLIVENCIA RUIZ, «El seguro de responsabilidad civil...», *op. cit.*, pp. 199 y ss. Según F. SÁNCHEZ CALERO, «Art. 44 LCS», *op. cit.*, p. 1008, el derecho del tercero «está al margen del poder de disposición de las partes del contrato».

No obstante, OLIVENCIA (*op. cit.*, pp. 208-209) analiza el significado de la cláusula *claims made* y su significado en sede de seguros de responsabilidad civil de la gran empresa. Al respecto indica que si bien las partes del contrato de seguro no pueden limitar los derechos del tercero limitando temporalmente el ejercicio de sus derechos (nos encontraríamos ante una cláusula lesiva), sí sería posible que las partes delimiten objetivamente el periodo de cobertura del riesgo. En tal caso, los derechos del tercero perjudicado no se verían afectados (cláusula delimitadora del riesgo).

³⁸ M. OLIVENCIA, «El seguro de responsabilidad civil...», *op. cit.*, pp. 199 y ss. El titular de unas mercancías no puede ver disminuidos sus derechos «por el hecho de ser víctima de un “gran riesgo” (convertido en siniestro) de una “gran empresa”. Ese derecho protege un interés que la ley considera digno de tutela y que constituye una cuestión de “orden público”. El carácter imperativo de la Ley de Contrato de Seguro no sólo protege a los asegurados y beneficiarios, sino a terceros a los que el contrato puede aprovechar, y, por tanto, no cabe admitir pactos, cláusulas o condiciones entre asegurador y asegurado (art. 1.255 CC) que excluyan o limiten los derechos y acciones de terceros (art. 1.257 CC)» (*ibid.*, p. 204).