

Bancario y Financiero

# Perjuicio en la subrogación del asegurador de daños

Sobre la aplicación del art. 43 LCS cuando el asegurado y el tercero han llegado a un acuerdo transaccional extintivo de las obligaciones respectivas derivadas del contrato de arrendamiento antes de que el asegurador haya realizado el pago.

## ÁNGEL CARRASCO PERERA

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

### 1. El perjuicio a la subrogación del asegurador de daños

Es doctrina no discutida que asegurador de responsabilidad civil y asegurado dañante responden solidariamente frente al dañado. Entre ellos existe una relación de solidaridad no impropia, sino perfecta, lo que comportaría que las relaciones entre ellos se gobernarán por el art. 1143 CC si hubiera que determinar la suerte de la deuda común cuando un codeudor solidario hubiere celebrado una transacción con el acreedor. Como el asegurador-codeudor es quien tiene que soportar enteramente la deuda en la relación interna con el asegurado, y no

hay “partes” de deuda, la transacción tendría que producir directamente el efecto de que el acuerdo transaccional extingue la obligación solidaria en su conjunto, y no se aplicarían los arts. 1146 y 1148. Lo mismo hubiera sido si se concibiera que el asegurador de responsabilidad civil es un cuasi-fiador de la deuda de responsabilidad, porque el art. 1835 II llevaría al resultado de que la aseguradora podría “aprovecharse” de la transacción habida entre las partes. En el seguro de daños, empero, no hay concurrencia deuditoria. El asegurador pagará al asegurado y se subrogará en los términos del art. 43 LCS, contra el autor del daño, salvo que se trate de los sujetos a los que la

norma excluye de los efectos de la subrogación. El acreedor asegurado que transige con el autor y responsable del daño está “perjudicando la subrogación” del asegurador. ¿Qué ocurre entonces?

## 2. **SAP Asturias, Sección 5ª, Sentencia 391/2021 de 9 Noviembre 2021**

CASER ejercitaba, tras el pago a su asegurado y con fundamento en el art. 43 de la LCS, la acción de responsabilidad contractual con fundamento en el art. 1.563 y siguientes del Código Civil contra los arrendatarios de la vivienda y plaza de garaje incendiadas. Se había producido un incendio en el sótano de una vivienda unifamiliar que ocupaban los demandados en arrendamiento, causando daños en todas las estancias de la vivienda. Al momento del incendio, el arrendador tenía suscrito contrato de seguros con CASER que incluía la cobertura de daños por incendio al continente y al contenido. En apelación argumentan los demandados que no resultan responsables de los daños causados por cuanto el arrendatario había abandonado la vivienda días antes del siniestro y, en todo caso, ambos habrían quedado exonerados dado que el arrendador, antes de haber percibido la indemnización de la aseguradora, suscribió acuerdo en el que pactaban las partes la resolución del contrato de arrendamiento y consignaban que nada tenía que reclamarles por ningún concepto. Los recurrentes sostienen que quedaron exonerados de la responsabilidad frente al arrendador en virtud del acuerdo de resolución del contrato locativo suscrito entre los arrendatarios y el arrendador antes de que éste fuera indemnizado por su aseguradora. Ésta opone que el acuerdo simplemente se refería al importe de las rentas pendientes o adelantadas y que cualquier acuerdo pactado entre arrendador y

arrendatario no puede afectar a la aseguradora que está reclamando unos daños causados por los demandados vigente el contrato de arrendamiento.

La Sala compartirá la argumentación de los arrendatarios. Si concurriera una renuncia de acciones en el acuerdo resolutorio del arrendamiento alcanzado antes del pago de la indemnización por la aseguradora, no se producirá la subrogación legal, pues no existiría en ese momento el crédito de resarcimiento frente al causante del daño, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad que el asegurado hubiera incurrido por ello frente al asegurador, como expresamente previene el párrafo segundo del art. 43 LCS. La específica inclusión dentro de las obligaciones del arrendador de celebrar un contrato de seguro cabría interpretarlo como una regla modificativa del régimen legal sobre el riesgo de pérdida de la cosa arrendada, en el sentido de que se imputaría en cuanto alcanzara el coste de reparación a la prestación de la aseguradora. Pero fuera aquel el sentido u otro de la previsión, lo cierto es que el acuerdo de resolución del contrato parece tener en consideración esta regla y, por lo que ahora importa, conociendo el arrendador la existencia de los daños producidos por el incendio, su alcance y valoración, puesto que ya se encontraban tasados por la aseguradora, concreta los desperfectos por los que deben responder los arrendatarios a los de mantenimiento del jardín, ajenos al siniestro, que deduce de la devolución de las rentas percibidas por adelantado y la fianza. Y por ello, la última estipulación del acuerdo de resolución y liquidación del contrato, consigna que ninguna de las partes tendrá nada que reclamar de la otra parte por la resolución, teniendo por ello la consideración de un contrato de fijación. El arrendador y los arrendatarios, conociendo

la existencia del siniestro, en cuya virtud proceden a la resolución del contrato, y los desperfectos causados a la vivienda, proceden a fijar la cantidad que por los daños responden los arrendatarios, acuerdo que implica una renuncia a reclamar los restantes ya conocidos y no establecidos en aquel acuerdo, para lo que el arrendador, sin duda, tuvo en consideración que se encontraban cubiertos con el seguro a cuya suscripción se había obligado al celebrar el contrato de arrendamiento. Impide, por ello, aquel acuerdo el ejercicio de la acción subrogatoria por la compañía de seguros, lo que determina la estimación del recurso y la desestimación de la demanda.

### 3. Crítica de la sentencia

En principio, la doctrina de la Audiencia no puede ser compartida. Si el asegurado ha “perjudicado” la subrogación del art. 43 LCS ha de producirse el mismo efecto que cuando el acreedor ha perjudicado la letra de cambio en el art. 1170 CC o el acreedor ha perjudicado la subrogación del fiador en el art. 1852 CC, con las consecuencias que extraen, por ejemplo, las SS Toledo 25 septiembre 1998 (AC 1998, 6456) y Barcelona 3 septiembre 1998 (AC 1998, 6459). La STS 7 octubre 1986 (RJ 1986, 5331) se refiere a un supuesto de «perjuicio» en la subrogación consistente en que el asegurado había retenido los pagos hechos por tercero, sin haber subrogado en ellos al asegurador; en aras del principio indemnizatorio se estimó la compensación de estas cantidades con lo debido por el asegurador. El asegurado habría perdido su derecho al pago de la indemnización asegurada o tendría que restituirlo, hasta la cantidad que el asegurador hubiera podido recuperar del arrendatario, lo que exigirá un juicio prospectivo de hechos futuros.

Con todo, cabe otra solución. Diríamos que el asegurado no ha “perjudicado” ningún derecho o garantía en la que el asegurador pudiera haberse subrogado. Podía haber sido el caso, pero parece que el derecho contra el responsable no estaba dotado de determinados privilegios que se hubieran perdido. El derecho a la subrogación formaría parte del patrimonio del asegurador desde el momento del pago, y el arrendador asegurado no podía hacer nada para afectar negativamente el derecho de aquél. Simplemente, no podía extinguir el crédito subrogable por medio de una transacción con el dañante, porque el contrato de seguro habría creado una expectativa legítima de derecho en estado de pendencia, que se consolidaría, a pesar de cualquier tercero, con el hecho del pago. Igual que en el caso de la fianza.

En definitiva, en el primer caso es el asegurado quien soporta el riesgo del perjuicio subrogatorio y en el segundo caso es el tercero dañante, arrendatario responsable. ¿Cuál sería la solución correcta? Entendemos que la primera, porque el arrendatario no tiene ningún deber de protección del derecho del asegurador y porque puede contar que sus derechos y deberes como arrendatario se determinan sólo por el contrato con la otra parte, sin que este efecto pueda ser alterado por la existencia de un contrato ajeno. Por otro lado, con la primera solución no hay que proponer construcciones sutiles que hagan posible un *ius ad subrogationem* anterior al pago. Es además la solución que corresponde al sentido del inciso final del art. 43 II LCS (El asegurado será responsable de los perjuicios que, con sus actos u omisiones, pueda causar al asegurador en su derecho a subrogarse).

¿Pero qué hubiera ocurrido si el asegurador hubiese pagado al asegurado y luego éste

hubiera pactado la transacción con finiquito con el arrendatario? La hipótesis es similar a la que se contempla en la STS de 28 de octubre de 2021; después del pago, asegurado (por el exceso de daño no asegurado) y asegurador concurren en el regreso contra el dañante. Habiendo desistido el asegurado de la apelación, se cuestionaba en casación si esta conducta procesal comportaba la extinción del derecho en que el asegurador se había subrogado parcialmente. La Sala sostuvo que no, como era evidente, porque, una vez que el crédito de regreso formaba parte del patrimonio del asegurador, ninguna conducta del asegurado podía perjudicar esta subrogación. Lo mismo hubiera ocurrido en el presente caso: el arrendatario no podría haber opuesto la extinción del crédito de responsabilidad, que en el momento de la transacción ya no pertenecía al arrendador.

#### 4. ¿Seguro por cuenta del dañante?

Queda una consideración. Se nos dice confusamente en la sentencia que de alguna manera se había pactado en el contrato

de arrendamiento que el arrendador aseguraría la vivienda a su costa. Según la sentencia, ello comportaría una especie de “asunción” de responsabilidad (hasta el límite del seguro) por los daños causados por incendio, que *prima facie* se imputan al arrendatario salvo que éste acredite un caso fortuito. No conocemos los términos de aquel acuerdo, pero es muy probable que las cosas no tuvieran este alcance. Una cosa es que el arrendador concierte por su cuenta un seguro de incendios sobre la vivienda arrendada y otra cosa es que ello se hiciera con el propósito de que el arrendador absorbiera el riesgo del incendio en la relación con el arrendatario, de forma que éste quedase comprendido en el círculo de los “asegurados” contra los que no cupiera acción subrogatoria (*cfr* para un caso equivalente, SSTS 557/2021 y 860/2021). Nuestro arrendador no reclamó al arrendatario los daños causados por el incendio porque contaba con que los sufragaría la aseguradora, no porque entendiera que estaba sujeto a un deber de mantener al arrendatario indemne de los costes de la propia culpa.