

CAPÍTULO 29

«CLAIMS MADE»: ENTRE LA EFICIENCIA Y LA LÓGICA PERVERSA

ABEL B. VEIGA COPO

*Profesor Ordinario de Derecho Mercantil.
Universidad Pontificia Comillas de Madrid*

SUMARIO: I. LAS CLÁUSULAS CLAIMS MADE. UN MARCO TEÓRICO PRÁCTICO EXPORTADO DESDE OTRAS EXPERIENCIAS JURÍDICAS. II. EL ATAJO CONVENCIONAL. III. LA NATURALEZA ONTOLÓGICA DE LA CLÁUSULA. IV. LA EFICACIA DE LA COBERTURA TEMPORAL. V. LA COMPLEJIDAD DEL SINIESTRO Y LA COBERTURA RETROACTIVA.

I. LAS CLÁUSULAS CLAIMS MADE. UN MARCO TEÓRICO PRÁCTICO EXPORTADO DESDE OTRAS EXPERIENCIAS JURÍDICAS¹

¿A qué lógica responde una cláusula que acota la variable siniestro-reclamación a una unidad temporal concreta? Acotar la reclamación del siniestro a un marco relativamente cierto y definido en su categorización y estructura, bien sea porque el mismo se produce y reclama en el mismo periodo anual de cobertura, bien por discordancia de esta secuenciación, en un año anterior o en un año posterior al periodo real de cobertura del riesgo, ¿esconde per se una limitación de derechos del asegurado o por el contrario, responde a una lógica de eficiencia en la que no es dable ni menos exigible conforme a la ecuación riesgo versus prima exigir una cobertura retroactiva o a posteriori más amplia?

(1) Sobre el origen y su exportación de las claims made a Europa, vid. sobre todo, SPIER, "Long tail (liability) risks and claims made policies", *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, 1998, n.º 87, pp. 152 y ss., p. 153. Imprescindible igualmente la obra de ABRAHAM, "Making sense of the liability insurance crisis", *Ohio St. L. J.*, 1987, n.º 48, pp. 405 y ss., donde detalla las enormes resistencias tanto por parte de los asegurados como de los propios reguladores de estas cláusulas y su repercusión.

La dimensión temporal del contrato de seguro constituye uno de los epicentros del contrato de seguro, máxime de una no pequeña litigiosidad y controversia interpretativa que los tribunales, con mayor o menor acierto, contribuyen, o tratan al menos de aclarar, cuando no, de arrojar certidumbre donde de suyo no la hay. Una certidumbre que se entrevera de equívocos, de multitudes por la propia redacción de los condicionados, las exclusiones legales o convencionales, las limitaciones expresas, los plazos, las prescripciones, etc.². Pero sin duda, el siniestro mismo y el momento en que se verifica, amén del conocimiento en sí del *iter* siniestral que, en no pocas ocasiones, se subsume sin embargo en la existencia de una reclamación por parte de un tercero víctima o perjudicado, juega un papel esencial y capital en el seguro³.

Todo, absolutamente todo en el contrato de seguro viene marcado por la dimensión temporal. Y en esa tensión de fuerzas no escapa la eficacia de unas coberturas y unas garantías que pretenden lo más, por un lado y, por otro, buscan en cambio la selección, también la antiselección y limitación estadística de alcances y eficiencias de cobertura y por tanto de asunción de riesgos. En esa intersección, en ese eje cortado y cartesiano, el tiempo, la dimensión temporal del seguro se erige en protagonista, entre dos coordenadas muy claras, riesgo y siniestro. Posibilidades atemperadas de previsibilidades, también de incertidumbres, sean éstas objetivas o meramente subjetivas que marcaron, marcan y marcarán el devenir mismo del contrato.

El factor tiempo es una constante en el seguro, tanto en fase precontractual, como en la propiamente contractual y de ejecución del mismo, sobre todo, una vez acaecido el evento dañoso. Unas veces se especifica y concretiza cuantitativamente, otras, en cambio no, se apela a lo ambiguo, si acaso a lo genérico. Sirva como botón de muestra, en cierto sentido también de la diligencia y probidad de aseguradoras y tomador, la obligación, que no deber u *onere*, de entregar la póliza al tomador. La Ley del contrato de seguro no impone taxativa y excluyentemente un plazo, pero sí la obligación de entregar la póliza toda vez que se hubiere perfeccionado el contrato.

Dirimir el alcance de las coberturas, el comienzo exacto de éstas, la eficacia retroactiva o *a posteriori* de las mismas, máxime en los seguros de responsabilidad civil, la incidencia de la dimensión tiempo en la tarificación de la prima, el pago sucesivo o periódico de la misma y las consecuencias del impago y los tiempos, la fraccionabilidad en el tiempo de la propia prima, el sinalagma entre cobertura y prima durante el tiempo de vigencia

(2) Sobre la prescripción nos hemos ocupado en profundidad en VEIGA, *La prescripción en el contrato de seguro*, Cizur Menor, 2019.

(3) Sobre el principio de indivisibilidad del siniestro y la ampliación de la denuncia, Vid. STIGLITZ, *Temas de derecho de seguros*, Bogotá, 2010, pp. 115 y ss., p. 116, principio que hace que las pérdidas (daños) que provienen del siniestro, en razón de la inescindibilidad de sus dos elementos: evento-daño y en virtud de su efectiva vinculación, se consideren inseparablemente ligadas al primero (evento).

del contrato al margen de que se produzca o no el siniestro, el tiempo del siniestro, de la reclamación, de la exigibilidad judicial o no de las mismas, cuestiones relativas a la prórroga del contrato de seguro y especialmente la prórroga tácita y el cálculo de la sucesiva prima se hubiere o no modificado el riesgo, la nueva potestad de la modificación extintiva del asegurador introducida en las reformas de 2015, el ejercicio temporal de los derechos de rescate, reducción y anticipo, son sempiternos problemas de la práctica del seguro. Y estas variables, a saber, riesgo *vs.* tiempo, que no es, sino una subvariable de la dimensión riesgo, pago tempestivo de la prima y siniestro, constituirán el vértice y vórtice de la delimitación de la cobertura del contrato de seguro⁴.

El seguro o el fenómeno asegurador es un fenómeno complejo y en el que se entrecruzan de modo conexo al lado de aspectos eminentemente jurídicos, reglas económicas y técnicas que presiden el fenómeno aseguratorio en todos sus contextos. Dimensiones y valoraciones, selecciones y previsiones, técnicas actuariales frente a realidades tangibles que sólo conoce quien tiene un verdadero interés sobre el seguro. Reglas que pernean y modelan la disciplina jurídica del seguro⁵. Y que auxilian y coadyuvan a

(4) No le faltaba razón a KULLMANN, "Clauses abusives et contrat d'assurance", *RGAT*, 1996, n.º 1, pp. 11 y ss., p. 23, cuando señalaba cómo es necesario evocar otro aspecto de equilibrio entre la prima y la delimitación del riesgo garantizado. El riesgo de responsabilidad civil es claramente delimitado con la ayuda del tiempo. Un equilibrio significativo será en efecto establecido si el asegurador puede demostrar que la prima ha sido realmente calculada en función de la duración de la garantía acordada. Afirma, nuevamente STIGLITZ, en el prólogo a la obra de JARAMILLO, *La configuración del siniestro en el seguro de responsabilidad civil*, Bogotá, 2011, p. XXV, como una cláusula *claims made* o la norma que la consagre porta sus consecuencias jurídicas. A saber, de un lado, la limitación temporal de la cobertura implica, tal y como ha sido concebida, y según la redacción dotada a la cláusula o a la norma establecida que, como la deuda de responsabilidad asumida por el asegurador se extiende sólo a los reclamos deducidos durante la vigencia material del contrato de seguro (de ordinario un año) o, dentro del año o de los dos años siguientes a la fecha de su finalización que, a partir del límite mencionado, el asegurado se halla desprovisto de garantía asegurativa por las demandas promovidas con ulterioridad. De otra parte, todo esto se traduce en la imposibilidad de tomar un seguro que ampare efectivamente la responsabilidad civil contractual, pues el límite temporal consagrado en la citada cláusula o norma, al ser inoponible a terceros (con relación al contrato de seguro), ni poder perjudicarlos (efecto relativo de los contratos), no impedirá que las víctimas de la responsabilidad deduzcan sus pretensiones vencido el año siguiente a la finalización de la vigencia de la póliza, pero dentro del plazo de prescripción. Finalmente, desde una perspectiva que se desentiende del derecho y que concentra sus mayores y mejores desvelos en la rentabilidad de las empresas, la cláusula *claims made* ha sido pensada para que, quienes sientan la necesidad (función del contrato de seguro) de hallarse amparados frente a la eventualidad de incurrir en responsabilidad contractual, celebren contratos de seguro sucesivos, o sea en cada ocasión en que se extinga la cobertura que, según "lo acordado por las partes", lo será al finalizar la vigencia material, o uno o dos años después.

(5) Es ésta una constante en la doctrina, bien reflejada ya en su momento por GASPERONI, "La data di scadenza del primo premio e la riattivazione del contratto di assicurazione sulla vita", *Revista di diritto commerciale*, 1964, I, pp. 204 y ss., y también publicado en GASPERONI, *Assicurazioni Private (Scritti giuridici)*, Padova, 1972, pp. 841 y ss., quien advierte además que considerar aisladamente el contrato de seguro, con independencia de su encuadramiento con los tradicionales esquemas civiles pero ajenos a las reglas técnicas, no sólo se

que el seguro cumpla sus múltiples funciones y alcance lo que se conoce como riesgo óptimo⁶. Pero en el reverso de esa misma cara, el contrato de seguro es más versátil, más sutil tal vez, debiendo hallar y mantener un justo reequilibrio de las obligaciones y deberes de las partes.

Probablemente es la delimitación temporal del riesgo en el contrato de seguro la que plantea las controversias más agudas, máxime en el seguro de responsabilidad civil, donde en principio el hecho causante del daño que origina la responsabilidad civil del asegurado ha de producirse dentro del período de la duración material de la relación jurídica que deriva del contrato de seguro⁷. Pero la realidad desborda el continente, así como el precipitado de una cláusula temporal. Daños no siempre sencillos y de manifestación tempestiva.

A priori el artículo 73 LCS parte de un postulado simple, a saber, la delimitación temporal llevada a cabo en la póliza o en el condicionado tiene una finalidad lógica, esto es, marcar el período de tiempo en el cual el contrato despliega toda su eficacia, una eficacia de la que manarán en su caso derechos y obligaciones para ambas partes. A ello, únase además, la controversia en torno a la conceptualización de que tipo de cláusulas se trata, si delimitadoras del riesgo *stricto sensu* o, contrariamente, limitativas de derechos tal y como enuncia además, sin recato, el art. 73. Véase en este punto de controversia la sentencia del Supremo de 26 de abril de 2018⁸. Hay que tener

individualizan los particulares elementos en la plenitud de su aspecto en su realidad, sino que se tergiversan o se llegan a conclusiones inaceptables y erróneas. Señala GHERSI, *Contrato de seguro*, Buenos Aires, 2007, desde una óptica o análisis más economicista del contrato de seguro, pp. 5 y 6, cómo la aseguradora realiza un *estudio de riesgos*, conforme a distintas actividades de emprendimientos empresariales (como sistema de organización, independientemente del tamaño), así como *evaluaciones* de los daños acaecibles a personas en el transcurso de su vida, incluso su propia muerte, y trata de relacionar estos *riesgos*, secuencialmente acaecibles y ponderados de manera estadística, con un *prima* o contraprestación del tomador, por su lapso o plazo, y la suma eventual que debería abonar de producirse el siniestro (es una formulación reparativa, donde la compañía de seguros sustituye al dañador y, simultáneamente, asegura la solvencia de la reparabilidad).

(6) Véase sobre este extremo, SCHWINTOWSKI, *Berliner Kommentar zum Versicherungs-vertragsgesetz* [HONSELL (Hrsg.)], Zurich, 1998, pp. 44 y ss., donde desarrolla las funciones de garantía, liquidación, innovación, riesgo óptimo, prestación de servicios y desarrollo productivo.

(7) Véase en un sentido genérico SÁNCHEZ CALERO, “La delimitación temporal del riesgo en el Seguro de Responsabilidad Civil tras la modificación del artículo 73 de la Ley del Contrato de Seguro”, *Estudios Homenaje profesor J. Duque*, II, Valladolid, 1998, pp. 1315-1330. Nos recuerda BOGLIONE, “Le clause *loss occurrence* e *claims made* nell’assicurazione di responsabilità civile (RC)”, *Assicurazione*, 2009, n.º 4, pp. 469 y ss., p. 469, cómo la cláusula *claims made* remedia a la exigencia de “sicurtà, non altrimenti assecondabile”, para los siniestros de larga “latenza” que, manifestándose a distancia de tiempo del evento generador del daño, en presencia de contratos sobre la base *loss occurrence* no serían resarcibles ya que acaecen antes del inicio de la cobertura.

(8) Sentencia comentada por TAPIA HERMIDA, “Seguro de responsabilidad civil. Delimitación temporal de la cobertura. Validez de las cláusulas “claims made” unidimensionales. Sentencia del Tribunal Supremo 252/2018, de 26 de abril”, [<http://ajtapia.com/2018/05/seguro-de-responsabilidad-civil-delimitacion-temporal-de-la-cobertura-validez-de-las-clausulas-claims-made-unidimensionales-sentencia-del-tribunal-supremo-252-2018-de-26-de-abril/>]

en cuenta que en muchas ocasiones la acción u omisión de la que emana el daño tiene lugar en un determinado momento, pero la manifestación del mismo va a ser muy ulterior. Si se nos permite, la lógica sería muy parecida a la del devengo y el de la exigibilidad de otros ámbitos. ¿Cómo reaccionan ante esto las aseguradoras? Es obvio que no todo siniestro, y sobre todo, su exteriorización, tanto causal como de resultado, es homogéneo.

Tres han sido en el ámbito de las cláusulas *claims made*, las teorías dominantes, susceptibles de combinar las dimensiones vigencia del contrato, hecho causal y reclamación⁹. Así, la teoría de la acción (*action committed basis*), la teoría del daño ocurrido (*loss occurrence basis*) y la teoría de la reclamación (*claims made basis*)¹⁰.

En la primera de las teorías el eje catalizador es el hecho generador del daño, hecho que no siempre es fácil de deslindar, incluso percibir y determinar de cara a la manifestación del siniestro, máxime si son varios los hechos concurrentes. Dirimir en qué momento se produce el hecho causante y cohesionarlo con la vigencia efectiva del contrato de seguro es la cuestión central, principal quedando al margen la manifestación, así como la hipotética reclamación del tercero víctima. Llevada a un máximo esta teoría implica que si el hecho causante del daño acaece con anterioridad a la vigencia efectiva de la póliza el mismo no es objeto de garantía, del mismo modo que si se produce con posterioridad tampoco haría frente la aseguradora a la reclamación del tercero perjudicado.

Por su parte la teoría del daño ocurrido –*loss occurrence*–, la aseguradora sólo asume el daño si el mismo se produce, acaece y verifica, por lo tanto, se manifiesta, durante el período de vigencia de cobertura de la póliza. No importa *a priori* que la reclamación sea extemporánea a esa vigencia. Su efecto constrictor es grave pero también claro. Todo sigue su curso si se produce un hecho que lleva consigo la inmediata exteriorización del daño, por ejemplo, accidente de circulación y rotura de costillas del asegurado, o caída de la cornisa de un inmueble y heridas o fallecimiento de un peatón, con lo que no hay especiales dificultades para determinar si tal hecho da origen a la indemnización dado que entra en el ámbito temporal de la duración material del seguro.

(9) La importancia y quizás también el embrujo de este tipo de cláusulas es creciente y constante en la doctrina comparada y jurisprudencia. Una de las últimas aportaciones, relevante, se debe a ROSSI, *Le clausole claims made: della giurisprudenza alla logica del mercato assicurativo*, Milano, 2018. Sobre todo, PARTENZA/NUCCI, *Claims made. L'efficacia temporale della garanzia di responsabilità civile*, 2020 en donde los autores analizan con detalle las últimas sentencias de Casación.

(10) Una sucinta exposición de las mismas en, ELENA MOLINA, *Ruina y seguro de responsabilidad decenal*, Granada, 1998, pp. 96 a 106; en la doctrina foránea y de modo muy exhaustivo, DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, *El seguro de responsabilidad*, Bogotá, 2006, pp. 201 y ss., en donde el autor, además, ofrece un amplio abanico de derecho comparado a propósito de estas teorías. El autor nos ofrece un vasto análisis de la cláusula *claims made* y en la que disecciona con y sin período de retroactividad, con reporte durante el período de vigencia, con cobertura especial a futuro para hechos notificados con período adicional para notificaciones posteriores así como la experiencia comparada.

La cosa cambia, si el hecho da origen a unos daños continuados y duraderos en el tiempo con graves secuelas o, en el peor de los escenarios, incluso que no se manifiestan hasta transcurridos unos meses, años, desde la producción del evento. Pensemos en un delito contra la salud pública cometido por el fabricante que vende un producto nocivo para la salud, la fabricación, distribución y comercialización de un alimento en mal estado, o el farmacéutico que despacha un fármaco deteriorado o alterado.

Pero son éstas unas cláusulas sumamente polémicas y objeto de no pocos litigios. Una de las recientes sentencias que aborda, una vez más, la problemática viene de la mano de la Corte de Casación italiana de 23 de abril de 2020, n.º 8117, y en las que el tribunal reconoce, de un lado, que las partes pueden derogar el llamado “mecanismo de seguro de siniestralidad”, por lo que pueden optar libremente por el modelo de esquema de reclamaciones al incluir cláusulas puras o mixtas; de otro lado, tales cláusulas no pueden considerarse lesivas a los efectos del artículo 1341 del Código Civil, ya que no limitan la responsabilidad del asegurador sino que definen el alcance de la cobertura; además, el plan de reclamos ahora debe considerarse legalmente típico, ya que está expresamente previsto por la ley en materia de seguro profesional obligatorio; en consecuencia, no debe evaluarse si los intereses perseguidos por las partes son dignos de protección, sino más bien si el contrato cumple con los requisitos impuestos por la ley; y, finalmente, y como implica una evaluación de los hechos de un caso, el Tribunal de Casación no puede evaluar el cumplimiento de tales requisitos. Por lo tanto, las partes pueden optar por una cláusula de reclamos puros (es decir, cuando se otorga cobertura siempre que el reclamo de compensación se haga contra el asegurado durante el período de la póliza) o una cláusula mixta de reclamos-hechos (es decir, cuando se otorga cobertura proporcionada que tanto el reclamo de compensación como la acción ilícita caen dentro del período de la póliza) en los contratos de seguro.

Así, en el caso *Medicina. Mut. En s. Co. v. Am. Cas. Co.*, 2010 WL 2402853 (EDNC 14 de junio de 2010), el tribunal también sostuvo que la exclusión de otro seguro en una póliza claims made no necesariamente elimina la cobertura donde también podría aplicarse una póliza basada en hechos. El caso involucró a una enfermera que se enteró de un posible siniestro-reclamo por negligencia en abril de 2005 por presunto tratamiento negligente de un paciente en marzo de 2004. En el momento en que la enfermera se enteró e informó sobre la reclamación, estaba asegurada bajo una póliza de responsabilidad claims made. En el momento en que ocurrió la supuesta negligencia, ella estaba asegurada bajo una póliza basada en hechos. La claims made estipuló que “*este seguro es subsidiario sobre cualquier otra cobertura válida y cobrable... [a] se aplicará primero cualquier otro seguro ya sea primario, proporcional, contributivo, en exceso o contingente*”. La póliza basada en la ocurrencia declaró que “[i] existe otra póliza de seguro o instrumento de transferencia de riesgos... eso aplica... dicho otro seguro debe pagar primero.... Este seguro no contribuirá con ningún otro seguro”.

La aseguradora basada en hechos defendió y resolvió la reclamación por negligencia. Luego solicitó que la aseguradora de reclamos proporcione una indemnización en relación con el acuerdo. La aseguradora de los reclamos se negó y posteriormente inició la acción instantánea buscando una declaración de que no tenía el deber de indemnizar o defender la acción subyacente.

El tribunal primero abordó el argumento de la aseguradora de reclamaciones de que su póliza no se aplicaba en base a una exclusión por “[d] daños que surjan de o en conexión con cualquier lesión resultante de la prestación o la falta de prestación de servicios profesionales por parte de un Asegurado antes del período de la póliza si dichos daños están cubiertos total o parcialmente por cualquier otro seguro”. Como asunto inicial, el tribunal declaró que la primera parte de la exclusión se cumplió porque los daños alegados surgieron de una lesión resultante de la prestación de los servicios profesionales de la enfermera antes del período de la póliza de reclamos. Sin embargo, el tribunal concluyó que la póliza basada en hechos no era “otro seguro” como se describe en la exclusión porque contenía una cláusula de exceso (designando la póliza como exceso sobre otras pólizas aplicables),

En apoyo de la aplicación de la exclusión, la aseguradora de reclamos argumentó que 1) la póliza basada en hechos era la única póliza vigente en el momento del hecho (es decir, cuando se prestaron los servicios profesionales), y 2) que la exclusión constituía una cláusula de “súper escape” que prohíbe la cobertura donde hay cobertura basada en hechos para un evento que ocurra antes del inicio de la póliza de reclamos. El tribunal rechazó el argumento de la aseguradora de reclamos de que “otro seguro” debería determinarse en el momento en que se activó la cobertura, razonando que hacerlo sería prohibir la cobertura de la póliza de reclamos cada vez que exista una póliza basada en hechos. El tribunal también rechazó la caracterización de la “súper evasión” de la aseguradora, declarando que los tribunales de Carolina del Norte consideran la intención de las partes contratantes en lugar de las etiquetas. El tribunal determinó que la frase “cualquier otro seguro”, tal como se usa en la exclusión, era ambigua en cuanto a si el exceso de seguro podría constituir otro seguro. Como tal, el tribunal dictaminó que la cláusula debe interpretarse contra la aseguradora y a favor de la cobertura.

Luego, el tribunal evaluó las otras cláusulas de seguro que compiten, enfatizando que la ley de Carolina del Norte requiere que el tribunal determine las intenciones de las partes con respecto a los contratos de seguro. Al afirmar que no podía discernir la diferencia entre las intenciones subyacentes a las otras cláusulas de seguro en competencia, el tribunal determinó que el objetivo de ambos era que su póliza sería excesiva para cualquier otro seguro. Por lo tanto, el tribunal consideró que las disposiciones en competencia eran mutuamente repugnantes y ordenó que la cobertura de indemnización se prorrateara entre los dos¹¹.

(11) Gráfico sin duda, al apelar a esos “campos minados” que suponen las claims made, el artículo de SIMMONS, “Avoiding the minefields of claims-made insurance coverage”, 3

de enero de 2017, [<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=183f6ec6-1b8d-4bc7-bb16-7cb25c994f82>], y donde el autor señala: Hace cincuenta años, la mayoría de las aseguradoras emitieron pólizas de seguro de responsabilidad civil en formularios de póliza de “ocurrencia”. A medida que las aseguradoras ampliaron sus ofertas de cobertura para riesgos profesionales y ejecutivos en los años sesenta y setenta, comenzaron a utilizar formularios de póliza de “reclamos”. Hoy, aunque la mayoría de las pólizas de responsabilidad general comercial o “CGL” se emiten en formularios de ocurrencia, las pólizas de reclamaciones dominan el mercado de responsabilidad profesional, D&O, fiduciarios y otras coberturas especiales.

Las pólizas de reclamaciones difieren de las pólizas basadas en hechos principalmente en el método de activación de la cobertura bajo la póliza. Estas pólizas crean desafíos únicos para los titulares de pólizas, tanto en relación con la presentación de reclamos como con la compra de una póliza con los términos, condiciones y exclusiones apropiados para los riesgos que enfrenta el asegurado.

Para comprender la cobertura de reclamos, es importante comenzar con una comparación de los formularios de pólizas de ocurrencia con los formularios de reclamos. Los formularios de *póliza de CGL basados en hechos aseguran lesiones corporales o daños a la propiedad que tienen lugar durante el período de la póliza, independientemente de cuándo se haga el reclamo contra el asegurado*. El “disparador” de la cobertura es cuando el reclamante se lesiona o cuando se produce el daño a la propiedad.

Sin embargo, el desencadenante del análisis de cobertura con una forma basada en la ocurrencia no siempre es simple. Por ejemplo, en un caso de abuso de sustancias tóxicas de asbesto, con frecuencia es difícil determinar la fecha de la ocurrencia porque hay un período de latencia entre la exposición original al asbesto y la manifestación de la lesión. Los tribunales han desarrollado diferentes reglas para determinar el desencadenante de cobertura en este tipo de caso de lesión latente: (1) el desencadenante de “exposición”, que aplica la póliza vigente en el momento de la exposición al daño; (2) el disparador de “manifestación”, que aplica la póliza vigente en el momento en que se manifestó la lesión; (3) el desencadenante “lesión en hecho”, que aplica la póliza o pólizas que estaban vigentes en cualquier momento en que ocurrió la lesión real; y (4) el disparador de “lesión continua”.

Las pólizas de reclamos operan de manera muy diferente. Una póliza para reclamos brinda cobertura *si el reclamo se hace contra el asegurado durante el período de la póliza*, independientemente de cuándo ocurrió la lesión (aunque la mayoría de las pólizas requieren que la lesión ocurra después de una “fecha retroactiva” establecida en la póliza). La mayoría de las pólizas de reclamos realizados también estipulan que el asegurado debe reportar el reclamo al asegurador durante el período de la póliza o durante un “período de informe extendido”.

Existen cuatro diferencias clave entre las pólizas basadas en hechos y las políticas de reclamos. Primero, con una póliza de reclamos, el evento de umbral es un reclamo contra el asegurado durante el período de la póliza. Por el contrario, la cobertura de CGL basada en la ocurrencia analiza si se produjeron lesiones o daños durante el período de la póliza.

Segundo, con una póliza de reclamos, es el concepto de un “acto ilícito” (típicamente definido como un “acto, error u omisión”) lo que da lugar a la cobertura. Con las pólizas de CGL basadas en hechos, por otro lado, es la lesión corporal o el daño a la propiedad lo que da lugar a la cobertura, no el acto ilícito del asegurado.

Tercero, informar al asegurador es un elemento afirmativo de cobertura que el asegurado generalmente debe probar bajo los términos de una póliza de reclamos. El asegurado debe notificar a la compañía de seguros del reclamo durante un período de tiempo específico (ya sea durante el período de la póliza o durante el período de informe extendido) o perder la cobertura. Según las pólizas basadas en hechos, la notificación no es un elemento de cobertura, sino una condición de la póliza.

Debido a que la presentación de informes es un elemento de cobertura, la mayoría de los tribunales que interpretan las pólizas de reclamos hacen cumplir estrictamente los requisitos de notificación. Si el asegurado no proporciona un aviso dentro del período requerido bajo una póliza de reclamos, el asegurador puede negarse a cubrir la pérdida sin

Es cierto que en los seguros de daños en sentido estricto no es una tarea difícil identificar el momento del siniestro: en principio será el incendio, la explosión, la rotura de la cañería, el robo, el granizo, la helada, etc., sin embargo, en los seguros de responsabilidad civil, la persona que sufre las consecuencias del hecho dañoso no es, como en aquellos supuestos el asegurado, sino la víctima que resulta atropellada o que consume el fármaco o el alimento deteriorado o manipulado o sufre las consecuencias de una operación quirúrgica negligente. El asegurado lo que está asegurando no es otra cosa que las consecuencias adversas que sobre su propio patrimonio puedan tener las actividades dañosas que lleve a cabo, él o sus dependientes, de las que en definitiva responde con la garantía genérica patrimonial que predica el artículo 1911 del Código civil que, hasta cierto punto no deja de ser una mera ficción jurídica.

En el caso *Griffiths v. Liberty Syndicate 4472 [2020] EWHC 948 (TCC)* se dirimen dos ámbitos, los de cobertura de una póliza en concreto y el tiempo de cobertura en el momento del siniestro. El caso se refería a un apartamento dentro de una antigua fábrica que se había convertido para uso residencial. Como parte de la construcción se crearon varias partes comunes para el uso de los residentes, incluido un patio y un espacio exterior en la azotea, que incluía una pista de atletismo y un área de barbacoa. Los demandantes afirmaron que estas partes comunes sufrían defectos que permitían que el agua de lluvia se filtrara en el edificio y causara daños estructurales a la propiedad.

Los Griffiths, junto con otros propietarios de apartamentos, estaban asegurados bajo una nueva póliza de garantía para el hogar suscrita por la aseguradora, Liberty Syndicated. Según la póliza, el seguro relacionado con las partes comunes del desarrollo expiró el 3 de octubre de 2010.

Ambas partes aceptaron que los defectos relacionados con las partes comunes habían sido comunicados al constructor-promotor y a la aseguradora el 5 de julio de 2009 o alrededor de esa fecha, y que fue rechazado por correo electrónico el 17 de junio de 2011. Los procedimientos legales no tuvieron lugar hasta ocho años después, el 4 de enero de 2019¹².

demostrar que el asegurador fue perjudicado por la demora. En la mayoría de los estados, si un asegurado no proporciona un aviso oportuno bajo una póliza de CGL basada en hechos, el asegurador debe proporcionar cobertura a menos que el retraso resulte en un perjuicio para el asegurador.

(12) A propósito de esta sentencia, sostiene LAMB, “New-build home owner beware! The limitations of new-build home insurance policies”, 22 de junio de 2020, [<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=893d6380-d802-4cd2-8bc5-e5514f76ec50&utm>], como la Sección 5 de la Limitation Act establece que una acción relacionada con un contrato simple no puede presentarse contra la otra parte después de seis años a partir de la fecha en que se produjo la causa de acción. Las partes acordaron que si la responsabilidad se hubiera acumulado antes del 5 de enero de 2013, el reclamo estaba prohibido, porque la pérdida indemnizada por la póliza habría ocurrido más de seis años antes de que se emitiera el reclamo. El juez declaró que el argumento de los Griffithses permitiría al propietario dictar la fecha en la cual el tiempo comenzó a correr según la póliza al elegir si pagar o no el costo de rectificar un defecto. Esto permitiría que la póliza, en teoría, se ejecute indefinidamente hasta que se incurra en costos. Estar de acuerdo con este punto también

De este modo cuando por ejemplo un profesional contrata un seguro, lo hace porque desea cubrir las consecuencias económicas que puedan derivarse de las exigencias de responsabilidades en que pueda incurrir en su actividad durante el plazo previsto en la duración material de la póliza. Ahora bien, el significado que pueda tener o el impacto cierto que tienen conceptos como accidente en estos seguros no siempre es una tarea fácil de analizar¹³.

El problema radica en que los seguros de responsabilidad civil, la causa –daño infligido a un tercero– y el efecto –efectiva declaración de responsabilidad–, carecen de simultaneidad en el tiempo¹⁴. En cambio, en los seguros de daños, la causa –robo, incendio, rotura de cristales, cañerías– y el efecto –daño– coinciden normalmente en el tiempo. De este modo, la acción del asegurado causante del daño a un tercero, debe producirse como hecho decisivo dentro de la vigencia de la póliza para que el asegurador indemnice a la víctima.

Es el momento en el que el asegurado actúa, omite una ley, fabrica un producto o una casa, vacuna, etc., –*qué decir de las reclamaciones por asbestosis o talidomida, el dispositivo anticonceptivo dalkon shielden los años setenta, etc., que provocaron que las aseguradoras asumieran muchos años después millonarias indemnizaciones en el mercado norteamericano*¹⁵–, cuando en definitiva se produce el hecho dañoso y, consecuentemente, la causa generadora de la

socavaría el punto de tener dicho seguro, ya que la garantía se proporcionó en última instancia a los propietarios de viviendas para permitirles obtener trabajos correctivos incluso cuando normalmente sería demasiado costoso para ellos pagarlos. La decisión en *Griffiths* no tiene precedentes y respalda varias decisiones anteriores tomadas por el tribunal. Sin embargo, sirve como un recordatorio oportuno para los nuevos propietarios de que el tribunal no siempre favorece a los propietarios y que existen limitaciones importantes en tales garantías.

En particular, las personas que deseen confiar en una nueva garantía para el hogar deben ser conscientes de que, según la Ley de Limitación, un reclamo de seguro por pérdida o procedimientos legales en busca de ese reclamo, deben presentarse dentro de los seis años posteriores a la causa de la acción. Para ese fin, es vital que, si un nuevo propietario de la vivienda se alerta a tal pérdida, haga un reclamo lo antes posible o corra el riesgo de no poder recuperar las pérdidas incurridas.

(13) Así lo testimonian autores como PAVELEK ZAMORA, “La delimitación temporal en el seguro de responsabilidad civil”, *Gerencia de Riesgos*, 1993, n.º 41, Mapfre, pp. 43 y ss., cuando señala cómo la noción de accidente u “*occurrence*” no tienen apenas sentido en los siniestros que derivan de errores u omisiones en el ejercicio de profesiones como la abogacía, la auditoría, administradores sociales, agentes inmobiliarios, etc., afirma además cómo tampoco el hecho generador, el error profesional en sí, es determinante, dado que existen negligencias continuadas e inactividades u omisiones que abren un inmenso campo a la incertidumbre en lo que a su dimensión temporal afecta.

(14) En parecidos términos CLARKE, *Law of Insurance Contracts* [*non vidi*, cit. DE BOGLIONE, cit., p. 471], señala: “The key feature of course is that the insurance covers liability for claims made during the period of cover, even though the event giving rise to the claim occurred earlier. A corollary is that claims made after the period are excluded, even though the event occurred within the period. The interval of time between event and claim can vary considerably and this has led to hybrid policies”.

(15) Así nos lo recuerda PAVELEK, *op. cit.*, p. 42. También DÍAZ GRANADOS, *El seguro*, cit., p. 179.

responsabilidad civil. Ahora bien, no sería justo circunscribir únicamente la cobertura al hecho de que la causa se produjese durante la vigencia del contrato amén de la reclamación. Rota esta consecuencialidad, las aseguradoras han tratado de blindarse y mitigar a un mínimo las reclamaciones extemporáneas con lo que han jugado con la prescripción. Lo relevante es en principio el momento en el que se incumplió el contrato o se contravino el *naeminem laedere*, y no el momento en el que los daños se manifiestan o se exterioriza la reclamación del tercero¹⁶.

Y si bien ésta ha de ser la delimitación natural de la póliza en su vertiente o perspectiva temporal, la cuestión no es tan sencilla, dado que las partes o por mejor decir, el asegurador suele poner ciertos límites, al intentar no exponerse durante períodos dilatados de tiempo al riesgo de que se entablen reclamaciones por los perjudicados de la actuación dañosa de sus asegurados por hechos acaecidos durante la vigencia del contrato pero que manifiestan sus efectos dañosos tiempo después de expirar el término de vigencia del contrato de seguro¹⁷.

II. EL ATAJO CONVENCIONAL

Si en el epígrafe anterior dibujamos o quizá desdibujábamos a través de las pinceladas de unas pocas sentencias, la realidad era clara, por lo que, inequívocamente, para atajar toda esta problemática las aseguradoras han tratado de autoblandarse con cláusulas convencionales que limitan y restringen gravemente la cobertura de los riesgos a las reclamaciones efectuadas por los terceros o por el propio asegurado dentro de un calculado y determinado plazo, bien la del acaecimiento del hecho dañoso, bien la de la terminación de la vigencia material de la póliza de seguro¹⁸. Se petri-

(16) Indica REGLERO CAMPOS, “Objeto, riesgo y siniestro en el seguro de responsabilidad civil (reflexiones en torno a las llamadas cláusulas *claim made*)”, INURIA, 1994, 1, p. 33, que tanto en los casos de daños inmediatos como en los que no lo son, el momento al que ha de remitirse el nacimiento de la obligación de indemnizar es aquel en el que acaece o se desarrolla el hecho o la actividad causal, si bien, y esto vale especialmente para los casos de daños diferidos, esa obligación (reparatoria) está sometida a una condición: que se manifieste o se produzca el daño.

(17) Cita YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, Madrid, 1997, p. 228, el caso de un arquitecto que aseguró la totalidad de su vida profesional, pagando religiosamente las primas del seguro de responsabilidad hasta su jubilación, pero ocho años después la vivienda cuya construcción se finalizó en el último año de su ejercicio profesional, se derrumba causando varias muertes. No cabe duda de que el arquitecto (siempre que el fallo le fuese atribuible, claro está), es responsable, pues la ruina ha aparecido todavía dentro del plazo de garantía decenal que marca el artículo 1591 del Código civil. Pero, ¿qué sucede si un edificio de más de diez años de antigüedad manifiesta mucho después los desperfectos por deberse la ruina a fallos estructurales. ¿Qué asegurador puede prevenir un riesgo semejante?

(18) Reconoce GABASIO, “Modalità di validità della clausola in claims made: il pensiero dell’assicuratore”, en *Medicina e Diritto*, 2010, pp. 41 y ss., como el fenómeno de los siniestros tardíos tiene un gran impacto también en relación con los balances asegurativos. Las pólizas *claims made* favorecen, incluso imponen, balances más fieles y rigurosos para las entidades aseguradoras. Afirma: “Quando una polizza smette di generare entrate (i premi

fica convencionalmente una fecha, una cobertura temporal vinculada o bien al hecho, bien a la reclamación y la interdependencia temporal entre ambas, a la efectividad de la cobertura. Tras pasado ese límite o unidad de tiempo, la cobertura adolece de eficacia sin que importen conductas, conocimientos o reclamaciones “extemporáneas” a la cláusula.

En *Westport Ins. Corp. v. Al Boudreau Ins. Svcs.*, 2010 WL 1507785 (Mich. App. 15 de abril de 2010), el tribunal también sostuvo que la aseguradora no renunció al derecho de presentar un aviso inoportuno como defensa de la cobertura al no cumplir con los requisitos de informe para un “posible reclamo” en su carta de rechazo.

El caso involucró una póliza de responsabilidad profesional de una compañía de seguros con un período de póliza del 14 de diciembre de 2005 al 14 de diciembre de 2006. La póliza proporcionó cobertura específica para pérdidas resultantes de reclamaciones hechas primero contra el asegurado durante el período de póliza. La póliza definió un “reclamo” como un aviso de cualquier demanda o el recibo de “una citación, una demanda o cualquier otro aviso de proceso legal”. La póliza también estipula que el asegurado debe proporcionar un aviso por escrito al asegurador “tan pronto como sea práctico”.

La reclamación en cuestión involucró una acción que resultó en un juicio por incumplimiento de \$ 3 millones contra la taberna demandada. En mayo de 2005, el demandante subyacente presentó una demanda por negligencia derivada de la sentencia por defecto contra el asegurado como cesionario de la taberna. En septiembre de 2006, después de un juicio, el tribunal de primera instancia otorgó al reclamante daños y perjuicios subyacentes de \$ 1.5 millones del asegurado. El 1 de diciembre de 2006, el asegurado notificó la acción de negligencia a su asegurador de responsabilidad profesional en busca de indemnización por el fallo. El 2 de mayo de 2007, la aseguradora negó la cobertura por incumplimiento de los requisitos de notificación de la póliza, y señaló que el asegurado “no informó la reclamación hasta casi un año después de que la póliza expiró”. Después, la aseguradora presentó la acción de cobertura y solicitó una declaración de que la póliza no brindaba cobertura porque el asegurado notificó

assecurativi) smette anche di generare usciti (i sinistri), il bilancio di fini anno rappresenta fedelmente l'andamento della compagnia”. Contundente y enérgico, STIGLITZ, en el prólogo a la obra de JARAMILLO, *La configuración del siniestro en el seguro de responsabilidad civil*, Bogotá, 2011, p. XXVI blasona la nulidad de la cláusula al apartarse, primero, de la definición legal, limita temporalmente la garantía asegurativa, ampliando inequitativamente los derechos del asegurador y restringiendo los del asegurado. Segundo, se genera una desnaturalización de las obligaciones que, en lo que al asegurador se refiere, deben extenderse al débito de responsabilidad del asegurado por hechos acaecidos durante la vigencia del contrato de seguro, con abstracción de la oportunidad en que el damnificado concrete su pretensión resarcitoria, por lo que la cláusula claims made deberá tenérsela por no convenida o, lo que es lo mismo, deberá decretarse de pleno derecho la nulidad (manifiesta) parcial del contrato de seguro que la incluya, por la sola circunstancia que se verifique su existencia, y sustituida por la norma legal o principio general aplicable, en el caso, el artículo 109 de la Ley de Seguros en Argentina.

el reclamo casi un año después del vencimiento de la póliza activada, en violación de los requisitos de notificación y notificación de la póliza. En mociones cruzadas para juicio sumario, el tribunal de primera instancia dictaminó que el asegurado renunció al derecho de afirmar que la póliza había expirado. Alternativamente, el tribunal de primera instancia determinó que, si bien la notificación del asegurado fue inoportuna, la aseguradora no presentó ninguna evidencia de perjuicio real y, por lo tanto, no pudo presentar una notificación tardía como defensa de la cobertura. En mociones cruzadas para juicio sumario, el tribunal de primera instancia dictaminó que el asegurado renunció al derecho de afirmar que la póliza había expirado. Alternativamente, el tribunal de primera instancia determinó que, si bien la notificación del asegurado fue inoportuna, la aseguradora no presentó ninguna evidencia de perjuicio real y, por lo tanto, no pudo presentar una notificación tardía como defensa de la cobertura. En mociones cruzadas para juicio sumario, el tribunal de primera instancia dictaminó que el asegurado renunció al derecho de afirmar que la póliza había expirado. Alternativamente, el tribunal de primera instancia determinó que, si bien la notificación del asegurado fue inoportuna, la aseguradora no presentó ninguna evidencia de perjuicio real y, por lo tanto, no pudo presentar una notificación tardía como defensa de la cobertura.

En la apelación, el tribunal abordó las diferencias entre las pólizas de reclamos y las pólizas basadas en hechos, declarando que las pólizas de reclamos “generalmente protegen [] al asegurado solo contra los reclamos realizados durante la vigencia de la póliza”. El tribunal señaló que, a la luz de la disposición de notificación de la política de reclamos, “no era necesario que la [aseguradora] demostrara perjuicio”. Tampoco encontró evidencia que respalde el argumento del titular de la póliza de que la aseguradora había renunciado al derecho de afirmar el vencimiento de la póliza como defensa de la cobertura al no cumplir con los requisitos de informe para un “posible reclamo” en la carta de rechazo. El tribunal señaló que la carta de rechazo claramente rechazó la cobertura por incumplimiento de los requisitos de notificación y notificación de la política, y declaró explícitamente que la aseguradora “consideraba que la política aplicable había expirado”. En consecuencia, el tribunal de apelaciones revocó y remitió el caso para que se dicte sentencia a favor de la aseguradora.

No ha sido pequeña tampoco la polémica que estas cláusulas han generado en otros ordenamientos y prácticas asegurativas. Así, en Italia, las posturas doctrinales y jurisprudenciales han estado enfrentadas, pues la ambivalencia y la licitud frente a una negativa y lesividad han sido las dos posiciones más acendradas. La Suprema Corte ha terminado por afirmar la licitud de la cláusula unida eso sí a la tipicidad de su naturaleza unida al contrato. Es más, en Casación se ha desechado calificar como onerosa esta cláusula de un modo genérico sin observar además el contenido concreto del contrato.

La polémica ha versado entre el dictado del artículo 1917 del Codice combinado con los artículos 1913 y 1914 que identifican el siniestro

precisamente con el hecho del cual debe responder el asegurado, mientras que no legitimaría una diversa solución el artículo 1952 si, como es sabido, se refiriese a la solicitud de resarcimiento si considera, solamente a los fines del transcurso de la prescripción y exclusivamente respecto a las relaciones entre asegurado y aseguradora. Así, véase la sentencia del Tribunal de Milán de 18 de marzo de 2010 donde se recompilan distintas cláusulas *claims made* y el alcance de las mismas¹⁹.

Más sin duda la sentencia de Casación, Sección Unida, de 6 de mayo de 2016, n.º 9140 ha marcado un cierto giro copernicano en la doctrina y la propia jurisprudencia al cuestionar la incertidumbre que genera la validez de la cláusula *claims made* contenida en los condicionados de las pólizas de seguro de responsabilidad civil²⁰.

Unas cláusulas que tienen un clarísimo beneficiario, el asegurador, que trata de alejar el fantasma de una responsabilidad civil viva y que puede exigirse en cualquier momento incluso cuando la póliza ya no está vigente²¹. Se blindan frente a los vacíos de cobertura y las dudas que el arco temporal entre el evento dañoso y su manifestación a través de la denuncia del siniestro por parte de la víctima es capaz de provocar. El anatema del riesgo indefinido y el siniestro tardío han hecho que el resultado sea peor que el problema, la indefensión del asegurado al exonerarse de responsabilidad indemnizatoria la aseguradora. ¿Quién vence en esta lucha desigual, asegurado o asegurador? No cabe duda que, el gran perjudicado, es el asegurado, máxime si el siniestro está o queda a extramuros de la garantía asegurado, ya que al ser exigible esa responsabilidad civil que ya no es

(19) Véanse autores como MONTI, “In tema di liceità della clausola *claims made* nel contratto di assicurazione della responsabilità civile”, *Ass.*, 2006, 2, II, pp. 4 y ss.; LANDINI, “La clausola *claims made* è vessatoria?”, *N. giur. civ.*, 2006, I, pp. 153 y ss. Concluyentes CARLEVALE/VICARI, “I contratto di assicurazione”, *cit.*, p. 26, consideran no onerosa la cláusula solamente en aplicación de aquel siniestro que aparece resarcible pero que implícitamente lleva al intérprete a constatar que esta, en realidad, se circunscribe a los riesgos asegurables y delimitados temporalmente. Se trata, a juicio de estos autores, de perfiles, por tanto, que nada tienen que ver con la supuesta limitación de la responsabilidad a favor de la compañía emitente de la póliza. Resaltan como la sentencia del Tribunal de Nápoles de 11 de febrero de 2010 [*Ass.*, 2011, II, pp. 131 y ss.] según la cual, la adopción de una cláusula *claims made* no circunscribe el ámbito objetivo de la responsabilidad.

(20) Entre quienes la han comentado, véanse los trabajos de FACCI, “Le incerte conseguenze un caso di nullità della clausola *claims made*”, *NGCC*, 2016, n.º 11, pp. 1523 y ss.; CARNEVALI, “La clausola *claims made* nella sentenza delle Sezioni Unite”, *Corr. Giur.*, 2016, pp. 921 y ss.; con anterioridad véase el trabajo de LOCATELLI, “Clausole *claims made*, rischio e successione di polizze”, *Resp. civ. e prev.*, 2014, pp. 829 y ss.; BUGIOLACCHI, “I mobili confini del tipo assicurativo: considerazioni in tema di assicurazione della r.c. con clausola *claims made*”, *Resp. civ. e prev.*, 2012, pp. 922 y ss.

(21) Constata FACCI, “Le incerte conseguenze un caso di nullità della clausola *claims made*”, *cit.*, p. 1523 como los jueces en sucesivos pronunciamientos denotan una profunda desaprobación por el sistema *claims made*, sobre todo cuando la garantía negocial está limitada –no solo a la solicitud resarcitoria recibida en el periodo de eficacia de la póliza–, sino también a los hechos acaecidos en un determinado y prestablecido laxo de tiempo (las llamadas *claims made mixta* o *espuria*). Sobre esta última dualidad, “mista o *spuria*”, véase la sentencia del Tribunal de Milán de 18 de marzo de 2010, *Corr. merito*, 2010, pp. 1054 y ss.

objeto de seguro, del riesgo cubierto, será él quien peche con las consecuencias de la misma, en cuanto causante del daño al tercero perjudicado.

III. LA NATURALEZA ONTOLÓGICA DE LA CLÁUSULA

¿Estamos ante una cláusula limitativa de derechos o realmente ante una cláusula abusiva?²² ¿Es nula en algún caso? Mas ¿puede conceptualizarse la misma de cláusula sorpresiva? La discusión o el debate dogmático y jurisprudencial sigue abierto. Pese a que, a nuestro Tribunal Supremo se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la naturaleza limitativa de derechos o delimitadora de riesgos, la conclusión no está cerrada desafortunadamente desde un punto de vista jurisprudencial²³. Como último botón de muestra la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Supremo de 26 de abril de 2018, y que abordaremos *infra*.

Son probablemente estas cláusulas, las *claims made* o de delimitación temporal tardía del daño las que han generado mayor controversia, recelo, y quizás, interpretación²⁴. Incluso hay quién ha considerado estas cláusulas

(22) Contudente LANDINI, “La clausola claims made è vessatoria?”, *Assic.*, 2006, II, 2, p. 3, al comentar la sentencia de Casación italiana de 15 de marzo de 2005, n.º 5624. Nos recuerda además BOGLIONE, cit., p. 475, cómo en Italia la cláusula claims made ha pasado el filtro de Casación, que la ha juzgado válida si bien atípica y vessatoria, con lo que necesita específica aprobación escrita a efectos de validez. La voz más crítica ha sido la de STIGLITZ, en su prólogo a la obra de JARAMILLO, *La configuración del siniestro en el seguro de la responsabilidad civil*, cit., p. XXIV al referirse a la cláusula claim made y la expresión reclamo, señala que la utilización de la misma se hace para de un lado, limitar en el tiempo la garantía del asegurador, ampliándose así los derechos de éste en franca violación a la noción y al propósito práctico o causa final que anida en el seguro contra la responsabilidad civil, ampliando a su vez los derechos del predisponente y restringiendo los del asegurado quien [...] ostenta condición de usuario y, agregamos, débil y vulnerable. Lo que significa que la referida cláusula ha sido insertada con el objeto o con el efecto de provocar un desequilibrio significativo entre los derechos, cargas y obligaciones que asisten a ambas partes del contrato. Y eso, en todo el Derecho Comparado, constituye una cláusula abusiva. De otro lado, equipararla con “el hecho acaecido” al que se hace referencia en el artículo 109, Ley de seguros de Argentina, o “el hecho externo” como se lo enunciaba en Colombia, desentendiéndose de su auténtico significado que no es otro que el incumplimiento de la obligación contractual o la acción u omisión antijurídica y dañosa, según se trate de responsabilidad contractual o extracontractual, se reclame su reparación o no. Tal intento de paralelo importaría que la cláusula que contenga semejante afirmación (que el reclamo constituye el siniestro), por inesperada, por imprevisible y por su alta dosis de inmoralidad, es sorpresiva y, por ende, nula. Y la consecuencia consiste –o debería consistir– en tenerla por no escrita, en aislarla del contrato.

(23) Una buena muestra también en otros países, nos la ofrece CIOFFI, “Modelli assicurativi: validità e vessatorietà della clausola claims made”, *Cel*, 2016, n.º 6, pp. 1515 y ss.

(24) Manifiesta con claridad y rotundidad CESERANI, “Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola *claims made*: alcune necessari puntualizzazioni”, *Dir. Ed Eco. Dell’ass.*, 2011, n.º 2, pp. 501 y ss., p. 501 y 502 como los pactos sobre bases *claims made* de la cobertura asegurativa de la responsabilidad civil encuentra también resistencias e incomprendiones por parte de la jurisprudencia italiana que se debate entre posiciones de neta “chiusura” y “ostracismo”, y tímidas aperturas que arrastran por otro lado la dificultad de recibir plenamente esta innovadora arquitectura contractual nacida y evolucionada en varios ordenamientos de *common law*.

como epígonos de la asegurabilidad del riesgo putativo, habida cuenta que la amplitud y contenido de estas cláusulas varían en diferentes extremos desde un mínimo a un máximo, como por ejemplo sería admitir una cláusula que activase la garantía de cobertura cualquiera que fuere el momento en que se reclamase el daño²⁵. Y lo son y serán por ese resquicio que el legislador ha tolerado en el art. 73 para que las partes modulen el alcance temporal de la cobertura específica cuando de responsabilidad civil se trata.

Pero también por culpa de las diferentes concepciones que sobre siniestro se prodigan en el ámbito del seguro de responsabilidad civil y en la que, por ejemplo, mantener que siniestro es la reclamación del tercero hace que la delimitación temporal de las garantías cubiertas por el seguro, venga a ser simplemente un imposible categórico. Las *claims made*, fueron una creación de las aseguradoras por reacción desmesurada frente a la avalancha de reclamaciones por daños en los seguros de responsabilidad civil y que supusieron sin duda una auténtica revolución a la hora de definir y limitar temporalmente la cobertura del riesgo asegurado²⁶.

La catarsis se produce ante las reclamaciones que terceros o perjudicados hacían a las aseguradoras, toda vez que la eficacia temporal de la garantía limitada en los condicionados y la póliza había expirado. El arquitrabe sin embargo era que el daño latía por un hecho causante o causado en el momento de vigencia pero que su exteriorización e impacto no se conocía o se exteriorizaba hasta que transcurría un determinado período temporal más o menos largo y que solía coincidir o bien con la inexistencia de seguro o con un seguro bajo otra entidad aseguradora²⁷. Cuando no, hechos dañosos anteriores a la vigencia de una póliza o cobertura y

(25) Al respecto véanse las reflexiones y estudio jurisprudencia que realizan CARLEVALE/VICARI, "Il contratto di assicurazione", *Giur. comm.*, 2012, n.º 39.3, II, pp. 5 y ss., p. 22. También a propósito de la sentencia del Tribunal de Roma de 1 de agosto de 2006 la nota a la misma de STROBEL, "Claims made e rischio putativo", *Dir. Econ. ass.*, 2007, pp. 171 y ss.; o la sentencia de Tribunal de Génova de 8 de abril de 2008 con comentario crítico de CARASSALE, "La nullità della clausola claims made nel contratto di assicurazione della responsabilità civile", *Danno e resp.*, 2009, pp. 103 y ss.

(26) Para CESERANI, "Origine e sviluppi della clausola *claims made* nei mercati internazionali", *Dir. ed econ. dell'assic.*, 2007, n.º 3-4, pp. 799 y ss., p. 803 ante las dificultades para fijar en el tiempo el momento en que es operativa la garantía, la posible concurrencia de varias aseguradoras en los distintos momentos del proceso de desarrollo del riesgo entre daño potencial y efectivo, amén de otros problemas, surgen las cláusulas *claims made*, que prevén un mecanismo de activación del contrato asegurativo que se basa en un momento fácilmente determinable en el tiempo: fecha de la denuncia por parte del asegurado con la demanda resarcitoria del tercero dañado; exclusión de la posibilidad de activar más de una garantía para cada siniestro; fija un límite en el tiempo de la cobertura correspondiente al período de vigencia temporal del contrato activado, salvo expreso pacto derogatorio para períodos de retroactividad o de ultra actividad de la garantía; delimita las obligaciones contractuales y financieras de la aseguradora dentro del horizonte temporal de la anualidad suscrita de la garantía.

(27) Para la sentencia de Casación, Sez. Unite, de 6 de mayo de 2016, n.º 9140, la voluntad no puede ser otra que la de tutelar al asegurado, como contratante débil, incluso cuando estamos ante un profesional se encuentra normalmente en una posición de fuerte asimetría informativa, susceptible de determinar una condición de penalizante

cuya exteriorización o manifestación podría realizarse constante la póliza, o incluso expirada la vigencia de ésta.

Desde otra óptica no cabe duda que, las mismas, pueden ser vistas y valoradas como un resquicio a la ruptura del sinalagma contractual en cuanto que la ampliación de la cobertura o de la obligación de garantía no siempre tiene correspondencia con la prima de tarifa deducida del contrato a cargo del asegurado y calculada en cambio sobre la extensión de la garantía prestada conforme al sistema de *claims made*²⁸. ¿Cómo impactan estas cláusulas o sistema *claims made* en la prima y el cálculo de la ecuación riesgo vs. prima?

Sin duda, estas cláusulas desde el punto de vista de su conceptualización dogmática han suscitado grandes y furibundas divergencias, cuando no recurrentes oscilaciones doctrinales que han tratado de resituirlas en espacios que no les corresponden en puridad. Así, estamos inequívocamente ante cláusulas que delimitan temporalmente el riesgo cubierto, y no en puridad el concepto de siniestro en el seguro de responsabilidad civil. Son cláusulas de delimitación del riesgo. Ni limitan, ni marcan el contorno del siniestro, sino del riesgo mismo que va a ser asumido o garantizado. Y aquí el legislador ha sido rehén de la inercia, de los temores y de una equívoca conceptualización que hizo la capital sentencia del Supremo de 20 de marzo de 1991.

Y es que esta primera sentencia atribuyó a estas cláusulas el calificativo de limitativas de derechos, a nuestro juicio errónea y equivocadamente, con lo que condenó a las mismas a cumplir los especiales requisitos de incorporación que se señalan en el art 3 LCS confundiendo además y esto sí es más importante que lo meramente formal, la delimitación y selección de riesgos cubiertos con lo que es en puridad una limitación, que sólo procede cuando antes de gozar o atesorar un derecho, que no es el caso en los supuestos de delimitación de riesgos, donde precisamente hay que acotar el alcance del riesgo asumido o que pretende asumir la aseguradora. No obstante, esta tendencia, se trasluce todavía en pronunciamientos tan recientes como el del Pleno de la Sala de lo Civil del Supremo de 26 de abril de 2018, si bien la materia central de la sentencia es analizar y enjuiciar el trasfondo y significado del apartado segundo del artículo 73 de la norma del contrato de seguro.

Problema además que, en el ámbito de la responsabilidad civil y su aseguramiento provoca para el tercero que víctima y perjudicado y al que no

desinformación “en orden a complejos mecanismos jurídicos que gobiernan el sistema de la responsabilidad civil” y a las condiciones contractuales relativas al específico contrato.

(28) Sobre el equilibrio económico del acuerdo contractual según el sistema de *claims made* en el que se produce un precio de tarifa inferior respecto de aquel practicado en pólizas ordinarias, véase la aportación de CESERANI, “Origini e sviluppi”, cit., p. 834. Por su parte FACCI, “Le incerte conseguenze un caso di nullità della clausola *claims made*”, cit., 1529 alerta de los riesgos de vacíos de cobertura, “buchi di copertura” sobre todo cuando el riesgo va a dejar de ser cubierto por una póliza y empezar a serlo por otra. En ese entretiem po el riesgo en su dimensión temporal puede no estar cubierto de un modo indubitado.

pueden serle opuestas excepciones *a priori*, *sentencias de Pleno de la Sala de lo Civil del TS de 11 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 6576)* dimanantes de una relación contractual de seguro de la que no forma parte y a quien desde luego no se le pueden imputar las consecuencias de no haber cumplido los requisitos de incorporación que la ley prevé para las cláusulas limitativas. Nos recuerdan que son cláusulas delimitativas del riesgo, y cuáles limitativas la de TS 7 de mayo de 2009 (RJ 2009, 2915) para una cobertura en un seguro de responsabilidad civil y en la que había nuevamente que dirimir la distinción entre cláusulas limitativas de derechos y delimitadores del riesgo. Estas últimas pertenecen al ámbito de la autonomía de la voluntad, constituyen la causa del contrato y el régimen de los derechos y obligaciones del asegurador, y no están sujetas a los requisitos impuestos por la Ley a las limitativas²⁹.

IV. LA EFICACIA DE LA COBERTURA TEMPORAL

Temporalidad y eficacia de las coberturas son una dimensión única y siniestro y momento de acaecimiento del siniestro otra bien distinta³⁰. Lo

(29) Traemos por su claridad y contundencia un fragmento del fundamento de derecho segundo: "... la jurisprudencia de esta Sala, contenida en la sentencia de Pleno de 11 de septiembre de 2006, declaró lo siguiente". Según la STS de 16 octubre de 2000, la cláusula limitativa opera para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido, y la cláusula de exclusión de riesgo es la que especifica qué clase de ellos se ha constituido en objeto del contrato. Esta distinción ha sido aceptada por la jurisprudencia de esta Sala (sentencia de 16 de mayo de 2000 y las que cita). Las cláusulas delimitadoras del riesgo son, pues, aquéllas mediante las cuales se concreta el objeto del contrato, fijando que 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). Ello permite distinguir lo que es la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada o contratada, de las cláusulas del contrato que limitan los derechos de los asegurados, una vez ya se ha concretado el objeto del seguro, por cuanto nada tienen que ver con estas, sino con las delimitativas, en cuanto pertenecen al ámbito de la autonomía de la voluntad, constituyen la causa del contrato y el régimen de los derechos y obligaciones del asegurador, y no están sujetas a los requisitos impuestos por la Ley a las limitativas, conforme el art. 3, puesto que la exigencia de este precepto no se refiere a una condición general o a sus cláusulas excluyentes de responsabilidad de la aseguradora, sino a aquéllas que son limitativas de los derechos del asegurado (STS 5 de marzo 2003, y las que en ella se citan). La suma asegurada, como límite máximo establecido contractualmente para el contrato de seguro (art. 27), puede ser limitada o ilimitada, cuando así se pacta o se deduce de las prestaciones convenidas, pero debe incluirse necesariamente en la Póliza, como elemento esencial del contrato, en cuanto sirve de base para calcular la prima y de límite contractual a la futura prestación de la aseguradora, según la propia definición del contrato de seguro en el artículo 1 de la Ley, de tal forma que aquellas cláusulas mediante las cuales se establece la cuantía asegurada o alcance de la cobertura no constituyen una limitación de los derechos que la ley o el contrato reconocen al asegurado, sino que delimitan la prestación del asegurador por constituir el objeto del contrato.

(30) Como bien señala FACCI, "Le incerte conseguenze in caso de nullità della clausola claims made", cit., p. 1524 y siguiendo el postulado de la sentencia de Casación de 6 de

que no impide, para que, en cierto modo, estas cláusulas *claims made* ayuden a definir convencionalmente el siniestro³¹. No olvidemos que para que se verifique el siniestro no sólo es necesario que se haya verificado además un daño, dado que si sólo en este caso surge o nace la obligación de la aseguradora de indemnizar al asegurado. En el caso de la responsabilidad civil no habrá daño *stricto sensu* si un tercero no busca el resarcimiento del mismo, al margen de que con culpa o sin ella se hubiere dañado causalmente a ese tercero³². Doctrina y jurisprudencia han sido a lo largo de estos años titubeantes y no exentos de contradicción en torno a la admisibilidad o por el contrario prohibición de estas cláusulas.

Nadie puede minimizar o negar el derecho de una aseguradora a delimitar el riesgo asegurable, el que está dispuesto a asumir en garantía y por tanto tarificar, pero tampoco cercenar el derecho a una eficiente tutela y protección del asegurado. Éste no tiene un derecho a una cobertura holística, total y absoluta para todo momento, sino tal vez para cada momento particular.

Cuestión bien diferente es valorar el tiempo, máxime ante sucesión de pólizas de seguro distintas que cubren unos mismos riesgos, en el que el daño se produce así como la reclamación resarcitoria a la compañía aseguradora. La eficacia aseguradora de una póliza y un riesgo determinado puede reducirse a la nada en función del momento en que el asegurado solicite el resarcimiento. Los vacíos de cobertura o saltos en la misma, máxime entre distintos contratos de seguro que se suceden en el tiempo puede llegar a dejar sin resarcimiento alguno a un determinado daño. Marcar el límite y la franja temporal donde se produjo el siniestro y trazar con nitidez lo que es siniestro acaecido en un umbral temporal y no por tanto ser un siniestro nuevo para la aseguradora, no siempre será sencillo³³.

mayo de 2016, la cláusula no parece que incida sobre la causa del contrato, en cuanto con el empleo de la *claims made*, el asegurado viene sin embargo a poner en marcha la operación de protección del riesgo de daño al propio patrimonio, en relación al surgimiento de obligaciones resarcitorias que dimanen de hechos al mismo imputables. La cláusula, como reconoce la Casación, circunscribe solamente en términos temporales el riesgo deducido en el contrato, con la previsión de un especial mecanismo de activación de la garantía, representado por la solicitud de resarcimiento.

(31) Vid. en este sentido, CIOFFI, “Modelli assicurativi: validità e vessatorietà della clausola *claims made*”, *CeI*, 2016, n° 6, pp. 1515 y ss., p. 1517 que incide en esta función definitoria del siniestro, en un intento de ir más allá del ámbito legislativamente definido por el artículo 1917 del Codice.

(32) Acierta VOLPE PUTZOLU, “La clausola “*claims made*”. Rischio e sinistro nell’assicurazione r. c.”, cit., p. 5, cuando señala que no es suficiente que el daño sea altamente probable en presencia de un evento idóneo para causarlo. A su vez, afirma cómo no se puede considerar verificado el siniestro en el momento en que subsisten los presupuestos causales “che rendano in prospettiva”, en base a datos de la experiencia, “inevitabilidad” del daño, porque el juicio de inevitabilidad es fruto de una valoración de tipo probabilístico, que no es suficiente para realzar el derecho del asegurado al resarcimiento del daño.

(33) No le falta razón a FACCI, “Le incerte conseguenze un caso di nullità della clausola *claims made*”, cit., p. 1530 cuando dice que, en estos casos, al primer asegurador nada le impide sostener que se trata de siniestro “nuevos” acaecidos cuando la póliza ya había

Conciliar ambas máximas y no desnaturalizar la esencia del contrato de seguro se convierten en la verdadera médula de la admisibilidad de estas cláusulas de temporalidad. Las oportunas, o desdichadas por el contrario, regulaciones o intervenciones legislativas, han ocasionado a veces más problemas allí donde precisamente debía prodigar las mejores soluciones.

Y es que el seguro de responsabilidad civil, epicentro de las cláusulas *claims made* y que no tendría sentido en otras tipologías o ramos, no cubre el daño sufrido por los terceros, sean víctimas, sean perjudicados o sus causahabientes, sino que cubre el daño que sufre el patrimonio del asegurado *per se*, cuando ese tercero acciona frente al mismo exigiendo una responsabilidad civil por un daño que ha sufrido. Sin duda, el daño que sufre el asegurado en los seguros de responsabilidad civil no se manifiesta ni súbita ni inmediatamente, antes bien, exige una manifestación, una demanda, una interpelación inequívoca de un tercero que busca un resarcimiento frente al patrimonio de quien presumiblemente ha causado un daño.

Patrimonio y demandas de resarcimiento que son, o caben en el objeto del seguro. No debemos confundir siniestro con aquellos presupuestos esenciales para erigir la pretensión patrimonial indemnizatoria del tercero o del propio asegurado. Diseccionar en las coberturas garantizadas así como desde la perspectiva causal del tiempo se erigen en presupuestos esenciales del contrato de seguro y como las capas de una cebolla redimensionan la entidad y vitalidad del derecho al resarcimiento³⁴.

La dualidad confundida era la de hacer depender el derecho del asegurado que no es sino el riesgo cubierto, del ejercicio potestativo de una facultad conferida a un tercero, víctima o perjudicado, que reclama una indemnización como consecuencia de un daño sufrido. Si bien sabemos lo que es o debería ser un siniestro, como hecho medular del contrato de seguro, la medida del mismo lo marca en esta cláusula, el hilo temporal de la reclamación temporánea o no conforme a los plazos impuestos legal o convencionalmente³⁵.

La versatilidad de estas cláusulas rayanas en la lesividad más que en la limitación de los derechos pese a que muchos las han clasificado en esta última categoría, hace que las mismas sean elásticas a la hora de configurarse, admitiendo una gran variedad³⁶. Y el recurrente interrogante no es

cesado en sus efectos, y para el segundo asegurador, en cambio, podría oponer el conocimiento anterior del hecho por parte del asegurado.

(34) Sólo así se comprende que, si bien el siniestro es el presupuesto esencial del derecho del asegurado a la indemnidad, esto no ha de confundirse con las condiciones previstas tanto en la ley como en el contrato de seguro para la eficacia de la garantía, entre las cuales la previsión de particulares obligaciones a cargo del asegurado preceden a la verificación del daño. *Vid.* sobre esta reflexión nuevamente VOLPE PUTZOLU, "La clausola "claims made". Rischio e sinistro nell'assicurazione r. c.", cit. p. 5 y 6.

(35) En parecidos términos ORDÓÑEZ, *El contrato de seguro. Ley 389 de 197 y otros estudios*, Bogotá, 1998, p. 99.

(36) Constata FACCI, cit., p. 1526 como la jurisprudencia parece tamizar que la operación comercial sea justa: se verifica un desequilibrio unilateral del sinalagma con tal cláusula,

otro que el si estas cláusulas son *per se* lesivas. Llegan a serlo en función de los casos, en función del riesgo no asumido, de la duración, del desarrollo natural de la actividad profesional del asegurado, y en otros supuestos, es rechazable que las mismas, *per se*, sean catalogadas como abusivas o lesivas. Pues no lo son cuando cubren aquellos hechos acaecidos pero ignorados por el asegurado antes de que éste asegure su interés, que no es otro que su propio patrimonio ante el riesgo de que por hechos ilícitos o culposos un tercero reclame resarcimiento.

Catalogar estas cláusulas de putativas sin duda con una retroactividad claramente beneficiosa y generosa para el asegurado como lesiva excede una mínima congruencia factual pero también lógica jurídica. En cambio limitar estos hechos o exteriorizaciones de los mismos cual siniestros a un período *ex post* de la vigencia contractual del seguro puede, en unos supuestos, ser lesivo sobre todo ante plazos sumamente exigüos y no serlo en el resto de hipótesis. Pero de nuevo cohonestar la efectiva delimitación del riesgo, con la duración efectiva y real del seguro, así como el desarrollo profesional y objetivo de la actividad del asegurado se convertirán sin duda en los verdaderos jueces de esa lesividad o permisividad. Cada supuesto es cada supuesto, y cada cláusula *claims made* ha de escrutarse, radiografiarse en el contexto específico de cada seguro, de cada condicionado y de cada responsabilidad civil profesional³⁷. Cualquier otra solución lejos de una sana prudencia conduce al exceso, sea por defecto, sea por permisividad absoluta.

Una pronta sentencia del Supremo de 20 de marzo de 1991 (RJ 1991, 2267) y que en realidad marca el inicio de esta aguda controversia, en un supuesto de contrato de seguro de responsabilidad civil suscrito por un colegio de médicos, señalaba:

“en esencia es el riesgo del nacimiento, es decir, el acto médico que resultare equivocado, lo que constituye el siniestro y comporta en consecuencia la obligación de indemnizar, de tal modo que ésta surge meramente de aquél, que es consecuencia del acto médico culposo, y todo ello con independencia de la fecha en que el perjudicado por tal acto formule su reclamación, y por tanto de que la puesta en conocimiento se produzca con posterioridad a la vigencia de la póliza..., porque de lo contrario dejaría fuera del ámbito responsabilizador contratado siniestros comprendidos dentro

que ha venido a ser declarada inválida o bien sujeta a correctivos. Y en p. 1527 afirma que el sistema de *claims made* articulada ya sobre el modelo mixto o espurio o en la fórmula *claims made and reported from clauses*, actúa sin embargo como una transferencia del riesgo sobre la compañía suscriptora de la póliza; tal transferencia sucede “en los modos y en los límites establecidos por el contrato”, los cuales, todavía, pueden no ser “adecuados” respecto a las exigencias específicas del asegurado.

(37) Por ello mismo alerta FACCI, “Le incerte conseguenze un caso di nullità della clausola *claims made*”, cit., p. 1531 al analizar tanto la posible invalidez como la inadecuación de la póliza, como es indudable que la situación de asimetría informativa entre asegurado y asegurador ante una compleja articulación de la garantía por responsabilidad civil presupone al fin de evitar perjudiciales situaciones de vacío de cobertura, con particular atención a las obligaciones de diligencia en fase de intermediación y de asesoramiento asegurativo, para valorizar las concretas necesidades.

de la cobertura del riesgo contrato, cual sería actos médicos cuya consecuencia culposa, en virtud de su naturaleza y características, no pudieran ser revelados hasta tiempo después que tales actos hubieren sido llevados a cabo, y que consiguientemente se hubieran puesto de manifiesto con posterioridad a la vigencia de la póliza, y en cuyo momento era cuando podía formularse reclamación por el afectado y ser puesto en conocimiento por la entidad aseguradora, creándose con ello una alteración al criterio legal establecido por el aludido art. 73 de la Ley de Seguro... ”.

Esta lógica jurídica pero también contractual, llevaría al silogismo que poco después plantearía el propio Supremo cuando en sentencia de 23 de abril de 1992 asevera: “... una interpretación contraria llevaría al absurdo de excluir de la cobertura daños causados en fecha próxima a la expiración de la póliza pero que los facultativos no hubieran podido comunicar a la aseguradora porque nada se les habría reprochado ni reclamado todavía”.

Hasta qué punto cercenar en el tiempo pero sobre todo disociar los efectos de las causas de un daño no rompe el equilibrio contractual, no rasga la simetría de prestaciones y no constituye todo un atentado a la seguridad jurídica y reciprocidad sinalagmática del contrato de seguro, se erige en un interrogante que hay que responder. Referenciar la cobertura a aquellas reclamaciones *ex post* de la ordinaria y natural vigencia de la póliza a unos meses o a un año equivale, en no pocos casos, a dejar sin cobertura –vaciamiento del riesgo– casi cualquier riesgo durante la vigencia de la póliza³⁸. Constrañir y delimitar el alcance de los riesgos que una aseguradora está dispuesta a asumir es lícito, pero la licitud tiene un umbral, a saber, no desnaturalizar la esencia misma de ese contrato, el objeto función del seguro. Contratos de seguros ineficaces o con coberturas ridículas no son contratos, son otra cosa.

La ruptura de la secuencia hecho causante, exteriorización del daño ocasionado en un intervalo cerrado de tiempo, es una realidad que el seguro, y sobre todo, la limitación temporal del mismo, no pueden ignorar salvo actuación abusiva³⁹. Y es que el siniestro no es algo muchas veces instantá-

(38) Señalaba a su vez la sentencia del TS de 18 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 6940), como en el seguro de responsabilidad civil, reviste especial interés la delimitación temporal del riesgo dado que es frecuente que la manifestación del daño no sea simultánea a la realización del evento dañoso, pudiendo transcurrir entre ambos un largo período de tiempo. De tal suerte, no serán extrañas las reclamaciones del tercero perjudicado ya extinguido el contrato de seguro. Por ello, se ha generalizado en la práctica actuarial la delimitación del riesgo a las reclamaciones que tengan lugar durante la vigencia material del contrato de seguro.

(39) Contundente VOLPE PUTZOLU, “La clausola “claims made”. Rischio e sinistro nell’assicurazione r. c.”, cit. p. 7 cuando asevera que la circunstancia que el evento causativo del daño al tercero se hubiere verificado en el “tiempo de la aseguración” es por consiguiente una condición de eficacia de la garantía. Esta autora trata además de conciliar el empuje, que no validez o no, de esta cláusula con el asertivo categórico del primer párrafo del artículo 1917 del Codice. Y es concluyente al postular que admitir la cláusula *claims made* implicaría una derogación al primer apartado del art. 1917 que incide sobre el período de eficacia de la garantía aseguraticia. La garantía es prestada, no por la demanda de resarcimiento consecutiva a un hecho ilícito verificado en el curso del contrato, sino por la demanda de resarcimiento presentada en el curso del contrato. El asegurador está obligado a mantener incólume al asegurado de cuánto debe pagar al tercero dañado en

neo, de ejecución y exteriorización inminente y cerrada en un momento único y definitivo. Daños latentes, daños diferidos, daños emergentes que escapan al conocimiento de los contratantes, pero no de la técnica aseguradora que busca como blindarse, como limitar, como, en definitiva, caminar sobre una delgada línea entre realizar coberturas eficaces y perfectamente tarifadas y huir de la aversión de daños extemporáneamente verificados pero causados en el interin de cobertura⁴⁰. La línea entre la permisividad y el abuso es demasiado sutil.

La práctica es rica o prolífica en crear, a veces también disfrazar y erosionar el verdadero alcance y finalidad de estas cláusulas. Ahora bien, una cuestión es definir estas cláusulas, otra apelar a su variedad tipológica y, otra bien distinta, evaluar axiológicamente el alcance, finalidad y sobre todo cuáles de ellas en el fondo no son ni abusivas, ni vejatorias para el asegurado, si es que estas adjetivaciones se pueden generalizar en suma sobre estas cláusulas. Como también cuestionarse los deberes de diligencia, de información, de transparencia y de asimetría informativa bajo las cuales las mismas se han inserto en el contrato⁴¹. Serían en los ámbitos de la responsabilidad civil primero por polución o productos defectuosos y luego por la responsabilidad civil profesional los primeros en los que estas cláusulas-laboratorio se introducirían y en cierto sentido experimentarían desde la imposición y no negociación de las mismas. Y el prisma del que se partía era tanto de las regulaciones existentes en esos momentos, normalmente la década de los sesenta y setenta, así como de la realidad práctica de las coberturas imperantes en esos tiempos, en los que la responsabilidad civil basculaba sobre hechos accidentales y se discutía si cabía o no el aseguramiento de la responsabilidad contractual⁴².

dependencia de la responsabilidad deducida en aseguración. No obstante, la autora señala (p. 8) como la aplicación de la norma resulta en cambio, problemática en la cobertura de riesgos caracterizado por la incertidumbre en mérito a la tipología del “fatto” o al tiempo en que este se ha verificado.

(40) Es en este ámbito, el de los intervalos temporales para siniestros *long tail claims*, donde se pueden manifestar de una manera gradual en el tiempo, donde se sitúan una de las grandes dificultades de los seguros de responsabilidad civil profesional, por contaminación, por productos defectuosos y por responsabilidad sanitaria. Para mayor detalle de estos problemas así como su origen, véase, CESERANI, “Origine e sviluppi della clausola *claims made* nei mercati internazionali”, *cit.*, pp. 805 y ss.

(41) De ahí que FACCI, “Le incerte conseguenze un caso di nullità della clausola *claims made*”, *cit.*, p. 1532 señale como la jurisprudencia ha tenido ya ocasión de enfatizar a los fines de la verificación de la responsabilidad en caso de vacío de cobertura asegurativa, el rol de la “consulenza”, asesoramiento, prestada que debe ser destinada a “obtener una cobertura asegurativa lo más posible adherente a las exigencias del asegurado”. Es lícito por tanto, esperar un aumento considerable de contenciosos respecto a la responsabilidad civil de los intermediarios asegurativos por parte de asegurados “delusi” de la propia póliza de rc. A causa de la inadecuación de la garantía y de la falta de información acerca de la subsistencia de posibles vacíos de cobertura. En este sentido se pronuncia también BOSA, “Il contratto di assicurazione professionale tra mercato e recenti normative”, *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, II, pp. 277 y ss.

(42) Una buena panorámica de esta situación nos la ofrece GERI, “Osservazioni circa i limiti di assicurabilità della responsabilità civile contrattuale”, *Assic.*, 1966, II, pp. 150 y ss.

Así, el campo de la responsabilidad por contaminación como por los productos defectuosos serían los primeros en buscar la aplicación de estas delimitaciones temporales. Daños y siniestros con la peculiaridad exacerbada de que éstos pueden manifestarse después de un período temporal más o menos largo de haber acaecido o verificado el hecho potencialmente dañoso. Daño latente, exteriorización en suma del mismo dilatada. Daños además con la dificultad de no poderse en muchas ocasiones individualizar correcta y certeramente el momento de su acaecimiento, por ejemplo, piénsese en el ámbito de la sanidad y en un tratamiento prolongado en el tiempo en los que los diagnósticos, terapias y tratamiento farmacológicos han variado a lo largo de los meses o incluso años. Cuándo se verificó ese daño, cuándo y a qué aseguradora de responsabilidad civil profesional se exigirá el resarcimiento, y qué límites, coberturas y garantías temporales puede esgrimir ésta, son interrogantes que indefectiblemente siguen todavía hoy abiertos⁴³.

Lo mismo sucede por ejemplo en el ámbito de los seguros contra daños en los seguros multimodales de transporte de mercancías y en los que dirimir el momento exacto y objetivo en que se verificó el siniestro así como el transporte concreto sobre el acaeció no está exento de dificultades probatorias y también de presunciones que, como la legal, presume que el mismo se verificó en aquel transporte en que el bien o mercancía estuvo más tiempo. Solución ésta que no deja de ser un tanto insatisfactoria. Y daños donde no queda claro a qué asegurador imputar su resarcimiento al haber existido diversas coberturas y no poderse situar el momento del siniestro, del daño con una mínima objetividad.

¿Sería descabellado exigir en estos supuestos un método de solidaridad pasiva entre todas las aseguradoras que han prestado su garantía? O ¿un método proporcional en función de los años o tiempo en que unas y otras aseguradoras han cubierto esas garantías y sólo se conoce y exterioriza el daño meses o años después de expirar aquellas coberturas?, ¿qué dirían las aseguradoras si *lege ferenda* se estableciera una suerte de compensación de los daños entre todas las que hubieren participado en los años anteriores en la cobertura de esos riesgos siempre y cuando éste no haya variado de tal intensidad que hiciera especialmente onerosa esta compensación?⁴⁴

(43) Como bien apunta VOLPE PUTZOLU, “La clausola “claims made”. Rischio e sinistro nell’assicurazione r. c.”, cit. p. 9 son evidentemente los inconvenientes para ambas partes las que marcan el rumbo de estas cláusulas, desde el siniestro, los fines de la eficacia de la garantía, deben ser individualizados en el momento en el cual se ha verificado el hecho potencialmente dañoso; para el asegurado la dificultad de probar que el hecho se ha verificado en el período de validez del contrato; para la aseguradora una excesiva prolongación de la obligación asumida y la consecuente imposibilidad de una eficiente *quotazione* del riesgo.

(44) Un buen espejo lo encontramos en la práctica judicial norteamericana de los últimos años donde todas estas teorías con mejor o peor cabida han ido plasmándose entre los distintos circuitos y tribunales, unas con mayor fortuna y arraigo y otras condenadas al ostracismo. Son mecanismos que oscilan entre las *injury-in fact trigger*, *continuous trigger*, *joint and several liability approach*, *pro rata allocation or time on risk method*; *stacking of limits*, *trigger of coverage*. Sirvan como muestra los pronunciamientos: *American Home Prods Corp. V. Liberty*

La *claims made* pura cubre las reclamaciones presentadas durante la vigencia de la póliza, por lo que tanto el hecho causante del daño como su manifestación y reclamación procede únicamente en ese ínterin temporal⁴⁵. Todo el escenario siniestral y resarcitorio, al menos su solicitud, debe proceder en el intervalo temporal de vigencia de la póliza, desde el momento mismo en que comienza la cobertura hasta el término final de vigencia señalado en la misma⁴⁶.

Si bien, no hay que ignorar que pronto doctrina y prácticos esgrimieron una falla, *recte*, ¿qué sucede con los siniestros que tienen lugar en el último día de vigencia de la póliza y por tanto de la cobertura si la petición de resarcimiento excede a esta temporalidad, incluso la manifestación del daño? Situación que indefectiblemente no cabe en la “pureza” de esta cláusula estructurada en términos tan tajantes y restrictivos.

La rigidez de las premisas anteriores al confeccionar una *claims made* sin margen alguno que excediere los límites infranqueables temporalmente, hizo que la arquitectura aseguraticia desarrollase *claims made* híbridas. Unas cláusulas que partían de esa disociación temporal entre daño, o hecho ilícito, y su exteriorización así como su ulterior o subsiguiente reclamación o resarcimiento frente a la aseguradora o el asegurado. Al hilo de las mismas ha surgido una variada práctica en el clausulado, que tiene como eje basculante la disociación entre hecho causante del daño y reclamación resarcitoria por parte de tercero de las consecuencias de ese daño, cláusulas que permiten una cierta tolerancia en el período de retroactividad, incluso *post siniestrum*, o de “descubrimiento”⁴⁷. El epicentro de la retroactividad es la

Mutual Insurance Co, 565 F Supp. 1085 (SDNY1983) a propósito del mecanismo *injury-in fact*, o el caso *Keene Corp. V. Insurance Company of North America*, 513 F Supp 47 (DDC1981) *reversed*, 667 F2d 1034 (DC Circ. 1981), sobre el mecanismo *continuous trigger*.

(45) Afirma CESERANI, “Origine e sviluppi della clausola *claims made* nei mercati internazionali”, *cit.*, p. 811 y 812 como en este tipo de cláusula se evidencia con toda nitidez el mecanismo *claims made*, dado que prevén que se verifiquen en el ámbito de vigencia temporal de la garantía no solo todos los elementos que constituyen el escenario del siniestro de lungo-latencia (comportamiento ilícito del responsable, exposición del daño, manifestación del mismo) sino también la solicitud de resarcimiento del dañado y la consiguiente denuncia del asegurado.

(46) Significativa la sentencia del Tribunal de Milano de 18 de marzo de 2010, sobre la distinción de la *claims made* pura y espúria o mixta. Vid. así, Corr. merito, 2010, pp. 1054. Por su parte la sentencia del Tribunal de Treviso de 10 de junio de 2016 en el que se enjuiciaba una póliza con retroactividad limitada a cinco años.

(47) En la experiencia inglesa se ha formulado una *claims made* peculiar. A saber, la *deeming clause*, que sobre la base de una cobertura *on claims made basis* exige una notificación de circunstancias de hecho que son conocidas por el asegurado en el curso del contrato y que, quizás, en un determinado momento futuro pueden originar una reclamación resarcitoria. Ahora bien, las dificultades de esta *deeming provision clause* es la de fijar una exacta delimitación o concreción de las circunstancias fácticas que el asegurado debe comunicar a la aseguradora a efectos de mantener operativa la cobertura. ¿Deben sólo comunicarse los específicos hechos o actos que representan *in real and objective risk* o por el contrario todo tipo de hecho genérico y ambiguo *blanket notifications*? En el marco asegurador norteamericano la *deeming clause* perfila más el objeto de comunicación, exigiendo, primero que se cumpla de modo tempestivo, segundo, que constituye *per se* una condición precedente

ignorancia o desconocimiento del asegurado-tomador de ciertos hechos causales u originarios o circunstancias.

Algunas aseguradoras introducen la exigencia de que la reclamación, aun con retroactividad o sin ella al momento de perfeccionarse el contrato, se produzca en todo caso durante la vigencia material de la póliza. Se toleran también las cláusulas en las que el asegurado comunica a la aseguradora ciertos hechos que pueden desencadenar a futuro una exigencia de responsabilidad, de modo que si en un plazo adicional y expirada la vigencia de la póliza se produce esa reclamación, la aseguradora la indemnizaría⁴⁸.

Son las *deeming provisions clauses* de los prácticas aseguraticias anglosajonas y en las que, la actuación de buena fe y anticipadora del asegurado que comunica o notifica a su aseguradora posibles hechos o circunstancias que en el futuro pueden ocasionar una solicitud de resarcimiento por parte de un tercero. Hechos o circunstancias objetivas, reales, ciertas, pertinentes en suma.

No son extraños los sucesos o accidentes de los que se ignoran las verdaderas consecuencias, incluso secuelas, hasta que no transcurren determinados espacios temporales, a veces incluso años, los conocidos como –daños diferidos–. Una operación quirúrgica negligentemente efectuada al colocar mal la válvula mitral y que, aunque aparentemente y en un primer momento, el paciente salga satisfecho y se recupere sin mayores problemas, al cabo de unos meses o unos años fallece como consecuencia de la operación. O el accidente de tráfico que salvo unas leves contusiones no se le da la menor importancia y a la larga acarrea problemas psicomotrices llevando al lesionado a una invalidez absoluta. Pensemos también en los daños causados por una defectuosa radiación de rayos X tanto en pacientes como en el propio personal sanitario.

O el supuesto del constructor o el propio arquitecto que tiene asegurada toda su vida profesional y el siniestro debido finalmente a una negligencia del arquitecto ocurre años después de jubilado el mismo⁴⁹. La reclamación

de cobertura, que permite al asegurador contestar la operatividad de la garantía y, en tercer lugar, ha de centrarse en los hechos específicos, y no en circunstancias genéricas que no hacen sino romper o comprometer el equilibrio sobre el que la garantía estipulada se asienta.

(48) Para FACCI, cit., p. 1527 es evidente que el sistema de claims made presenta críticas, determinadas por los posibles vacíos de cobertura de algunos siniestros, sobre todo en el caso de sucesiones de más pólizas en el tiempo; es sin duda el mayor número que el modelo los ocurren no sería capaz de soportar el impacto de los nuevos y siempre más frecuentes exposiciones de ilícitos; tales riesgos estarían destinados a permanecer privados de cobertura asegurativa, o bien, podrían ser garantizados por condiciones del todo prohibitivas.

(49) No perdamos de vista como bien señala YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles*, cit., p. 226, nota 71, que por un lado el plazo de garantía decenal que marca el del Código civil el cual no significa que una vez transcurrido, dejan de responder en todo caso constructor o arquitecto, sino que, a partir del décimo año, es a la víctima a quien corresponde la prueba de que la ruina se debe a las actuaciones de uno u otro. Pensemos en un edificio de más

del perjudicado o sus causahabientes en virtud de la acción directa, procederá en muchos casos tras varios años del hecho causal. ¿Pueden las aseguradoras delimitar el concreto ámbito temporal de cobertura de los riesgos o por el contrario esta delimitación limita los derechos del asegurado o aún peor, hay motivo para considerar semejantes estipulaciones como lesivas y por consiguiente, nulas⁵⁰? ¿dónde llega o hasta dónde debe llegar la reciprocidad, la probidad, la seguridad jurídica y, en suma, la *ratio* y esencia de unas coberturas frente a unos hechos que se aseguran?, ¿por qué se desnaturalizan los contratos, las coberturas, ignorándose siniestros o argumentando exclusiones difíciles de justificar jurídicamente si la causalidad y el nexo siguen incólumes?

Con estas cláusulas de temporalidad, la efectiva cobertura de las aseguradoras limita y a la vez condiciona el actuar de terceros, direcciona sus pretensiones y acciones y no sólo requieren que el hecho generador del daño, y por tanto el siniestro, ocurra dentro de los marcos temporales establecidos en la póliza sino que además la víctima, reclame dentro de esos plazos⁵¹. Y aquí radica una de sus grandes dificultades para preconizar su admisibilidad sin mácula.

Una cosa es que la cláusula vincule o no a las partes y otra que irradie y contamine toda actuación con terceros. Amén de borrar de un plumazo una realidad incontestable, los siniestros tardíos y los daños diferidos⁵².

de diez años de antigüedad que manifiesta mucho después los desperfectos por deberse la ruina a fallos estructurales. Téngase en cuenta de otro lado la Ley de 5 de noviembre de 1999 de Ordenación de la Edificación la cual establece en sus artículos 17 y 18 regímenes especiales de coberturas y plazos de prescripción.

(50) Véase al respecto y sobre las limitaciones de las responsabilidades en los seguros de responsabilidad civil, el trabajo de FUSCO, "Clausole limitative della responsabilità e clausole delimitative del rischio assicurato: qualificazione ed interpretazione", *Dir. ed econ. dell'assicur.*, 2004, n.º 3, pp. 806 y ss.; también el reciente artículo de RIZZUTI, "Vessatorietà e clausole di limitazione della responsabilità", *Assi.*, 2010, n.º 3, pp. 469 y ss., a propósito de su comentario a la sentencia de la Corte Suprema di Cassazione de 7 de abril de 2010, n.º 8235.

(51) En palabras de STIGLITZ, *El siniestro*, Buenos Aires, 1980, p. 198 esto implica sostener que el siniestro es el reclamo de la víctima, tergiversando en suma que la aparición para el asegurado de una deuda de responsabilidad no viene ya generada por el ilícito dañoso, cuanto por la subordinación al arbitrio del damnificado. *Vid.* además del propio STIGLITZ, "Seguro contra la responsabilidad civil y la limitación temporal de la garantía asegurativa. Estado de situación en Argentina", *RES*, 1997, n.º 89, pp. 114; en similares términos FERNÁNDEZ MUÑOZ, "Las cláusulas *claims made* en el contrato de seguro de responsabilidad civil", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Universidad del Rosario, 2002, vol. 4, pp. 213 y ss., p. 220 al afirmar como la característica esencial de la cláusula *claims made* es condicionar el pago de la indemnización a que la reclamación de la víctima se produzca durante la vigencia del contrato, ésta genera problemas cuando el daño se manifiesta luego de un largo período.

(52) En la búsqueda de un origen justificativo para las cláusulas *claims made*, DE STROBEL, "La vicenda del "claims made"", *Dir. ed econ. dell'assicur.*, 2006, n.º 2, pp. 531 y ss., p. 532 sitúa precisamente en los siniestros tardíos los episodios más relevantes y proclives a la aplicabilidad de estas limitaciones temporales. Amén de los tipos de siniestros de grandes dimensiones que tienen presente la causa originaria (*acte comited*) en un período precedente pero que aflora con consecuencias dañosas en un momento temporal sucesivo con

Siniestros tardíos en suma, que, primero son ignorados por todos incluso, y luego son emergentes. Y que actuaría y económicamente no se proveyeron de reservas técnicas, siquiera estimaciones, y que se hacen o hacían apoyar sobre el aumento tarifario de la asunción de nuevos riesgos, con lo que por otra parte se quiebra el principio mutuo sobre el que se asienta el seguro. Esto explicó además el recurso a la limitación en el tiempo de las garantías de cobertura y se crearon estos constructos artificiosos y de difícil interpretación.

V. LA COMPLEJIDAD DEL SINIESTRO Y LA COBERTURA RETROACTIVA

Una de las cuestiones más espinosas en el complejo y a la vez delicado perímetro del siniestro, sobre todo teniendo en cuenta el hecho generador y causante del siniestro y el diferimiento de la exteriorización o manifestación del mismo, así como el momento en el que se produce la reclamación efectiva del daño, bien al asegurado, bien directamente a la aseguradora, viene cuando la dilación entre esos dos momentos del *iter* siniestral se demoran y retrasan en el tiempo hasta el punto de manifestarse años después de acaecido el evento dañoso, culposo.

¿Qué sucede con siniestros que han ocurrido por ejemplo hace muchos años consecuencia de un atentado terrorista y qué pasados quince o veinte años a la víctima se le reconoce una incapacidad como consecuencia de ansiedades, traumas, depresiones, etc., que se han ido manifestando secuencialmente pero también de modo continuo durante estos años?, ¿debe responder la aseguradora?, ¿hasta dónde llegan los límites temporales de cobertura cuando hecho siniestral y declaración judicial de responsabilidad civil se prolongan en el tiempo?, ¿debe jugar como límite la prescripción y, en este caso, cuál, la genérica del 1964 del Código civil o la propia y específica del seguro en el artículo 23 LCS?⁵³

Piénsese a modo de ejemplo en la actividad profesional de un arquitecto, el cual su vida profesional no va a ser lo mismo desde sus inicios a los momentos últimos de su profesión, ¿debe acaso concertar una póliza de responsabilidad civil con coberturas *ex post* en el tiempo toda vez que cesa su actividad para cubrir las eventuales demandas de responsabilidad civil que se le puedan exigir?, ¿Y hasta dónde debe alcanzar ese umbral, decenal, acaso la general de quince años del código civil?, ¿y si la ruina del edificio sobreviene ocho, diez, catorce años después de jubilado el profesional?,

enorme distancia de tiempo. Es cierto que en Italia por su parte, el Código de la Aseguración privada en su artículo 37.6 ha exigido la obligación de constituir reservas técnicas adecuadas para “los siniestros acaecidos pero no todavía denunciados” a la fecha del cierre del ejercicio, “siniestros que en sede internacional se identifican con la sigla IBNR “incurred but not reported””. Del mismo autor, DE STROBEL, *Assicurazione r.c.*, 3.ª ed., Milano, 1992, pp. 115 y ss., nos ofrece un estudio sobre los orígenes de estas cláusulas.

(53) *In extenso* nos remitimos a nuestro trabajo, VEIGA, *La prescripción en el contrato de seguro*, Cizur Menor, 2019.

¿debe responder aquella primigenia aseguradora que cubría los riesgos constante la póliza?

No cabe duda que, como hemos ya avanzado *supra*, la delimitación temporal del riesgo en el contrato de seguro es la que plantea las controversias más agudas en el seguro de responsabilidad civil, donde en principio el hecho causante del daño que origina la responsabilidad civil del asegurado ha de producirse dentro del período de la duración material de la relación jurídica que deriva del contrato de seguro⁵⁴.

Hay que tener en cuenta que en muchas ocasiones la acción u omisión de la que emana el daño tiene lugar en un determinado momento, pero la manifestación del mismo va a ser muy ulterior. Concatenar hecho dañoso culposo con reclamación *vigore tempore* la póliza sólo puede conducir a situaciones abusivas y a la vez absurdas para el contrato de seguro, pues el tomador contrataría algo que no satisface las necesidades de garantía. Ha de distinguirse en suma, una vez más, lo que ha de ser condición necesaria y suficiente, tal vez eficiente, de lo demás, superfluo y colateral, pero coligiéndolo a su vez con marcos temporales razonables y que se prevean en la cobertura y máxime en la tarificación de la prima⁵⁵.

Uno de los últimos pronunciamientos jurisprudenciales existentes en nuestro país, no exento de cierta polémica, viene de la mano del fundamento tercero de la Sentencia de Pleno de la Sala de lo Civil del Supremo de 26 de abril de 2018 señala respecto de las cláusulas de delimitación temporal cuando afirma:

“La jurisprudencia, al interpretar el actual párrafo segundo del art. 73 LCS, añadido por la d. adicional 6.ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, ha considerado admisibles las cláusulas de delimitación temporal del seguro de responsabilidad civil si cumplen el requisito, como cláusulas limitativas que son según la propia norma, de aparecer destacadas de modo especial en la póliza y haber sido específicamente aceptadas por escrito, como exige el art. 3 LCS (sentencias 700/2003, de 14 de julio, 87/2011, de 14 de febrero, 283/2014, de 20 de mayo, y 134/2018, de 8 de marzo)”.

También se ha declarado por la jurisprudencia que la interpretación de estas cláusulas no debe perjudicar al asegurado ni al perjudicado (sentencias 87/2011, de 14 de febrero, y 366/2012, de 19 de junio), pero esta

(54) Véase en un sentido genérico SÁNCHEZ CALERO, “La delimitación temporal del riesgo en el Seguro de Responsabilidad Civil tras la modificación del artículo 73 de la Ley del Contrato de Seguro”, *Estudios Homenaje profesor J. Duque*, II, Valladolid, 1998, pp. 1315-1330. También CALZADA CONDE, *El seguro de responsabilidad civil*, Cizur Menor, 2005, p. 58 y ss.

(55) No le faltaba razón a KULMANN, “Clauses abusives et contrat d’assurance”, RGAT, 1996, n.º 1, pp. 11 y ss., p. 23 cuando señalaba cómo es necesario evocar otro aspecto de equilibrio entre la prima y la delimitación del riesgo garantizado. El riesgo de responsabilidad civil es claramente delimitado con la ayuda del tiempo. Un equilibrio significativo será en efecto establecido si el asegurador puede demostrar que la prima ha sido realmente calculada en función de la duración de la garantía acordada.

declaración debe ponerse en relación o bien con sentencias sobre el art. 73 LCS antes de su modificación en 1995, o bien con la aplicación de su redacción posterior a casos de sucesión o concurrencia de seguros de responsabilidad civil para evitar periodos de carencia de seguro o de disminución de cobertura en detrimento del asegurado o del perjudicado, pues claro está que las cláusulas de delimitación temporal, como limitativas que son, en principio siempre perjudican al asegurado.

En cambio, esta sala no se ha pronunciado sobre la concreta cuestión que plantea el presente recurso, consistente en si cualquier cláusula de delimitación temporal del seguro de responsabilidad civil debe o no cumplir, a la vez, los requisitos de las de futuro (reclamación posterior a la vigencia del seguro, inciso primero del párrafo segundo del art. 73 LCS) y de las retrospectivas o de pasado (nacimiento de la obligación antes de la vigencia del seguro, inciso segundo del mismo párrafo).

Pero sobre todo su fundamento sexto in fine señala:

“...También procede fijar la siguiente doctrina jurisprudencial: “El párrafo segundo del art. 73 de la Ley de Contrato de Seguro regula dos cláusulas limitativas diferentes, cada una con sus propios requisitos de cobertura temporal, de modo que para la validez de las de futuro (inciso segundo) no es exigible, además, la cobertura retrospectiva, ni para la validez de las retrospectivas o de pasado es exigible, además, que cubran reclamaciones posteriores a la vigencia del seguro”.

En consecuencia, entiende la sentencia, que *“la cláusula de delimitación temporal controvertida cumplía con lo exigido para la modalidad del inciso segundo del párrafo segundo del art. 73 de la LCS, pues la limitación temporal consistente en que la reclamación al asegurado se formulara ‘durante la vigencia de la póliza’ se compensaba con una falta de límite temporal alguno respecto del hecho origen de la reclamación (‘obras realizadas con anterioridad o durante la vigencia de este contrato’); es decir, cualquiera que fuese el tiempo de ‘nacimiento de la obligación’, y por más que la redacción del art. 8 de las condiciones especiales de la póliza, en negativo, fuese manifiestamente mejorable con solo haberla hecho en positivo. Por tanto la sentencia recurrida, al declarar nula la cláusula en cuestión por no incluir una cobertura, además, de las reclamaciones posteriores en, al menos, un año a contar desde la fecha de finalización del contrato, infringió el párrafo segundo del art. 73 de la LCS, pues vino a sumar un requisito exigido únicamente para las limitaciones temporales de la modalidad del inciso primero (cobertura posterior de futuro), que pone el acento en la reclamación y no en el nacimiento de la obligación resarcitoria del asegurado frente a terceros”*⁵⁶.

(56) Véase en este sentido el comentario a esta sentencia que realiza LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, “La validez de la cláusula “claim made prospectiva” no depende de la validez ni de la existencia de la cláusula de cobertura retroactiva y viceversa”, RC, 2018, nº 6, pp. 32 y ss. Autor que defiende los requisitos de incorporación de las limitativas de derechos al entender que estas cláusulas reúnen esta categoría y no la de delimitativas del riesgo. Así, afirma: “Si bien, parte la sentencia de que la Sala Primera no se ha pronunciado sobre la concreta cuestión que plantea el presente recurso, consistente en si cualquier cláusula de delimitación temporal del seguro de responsabilidad civil debe o no cumplir, a

Es evidente que todo sigue su curso normal si se produce un hecho que lleva consigo la inmediata exteriorización del daño, por ejemplo, accidente de circulación y rotura de costillas del asegurado, o caída de la cornisa de un inmueble y heridas o fallecimiento de un peatón, con lo que no hay especiales dificultades para determinar si tal hecho da origen a la indemnización dado que entra en el ámbito temporal de la duración material del seguro.

La cosa cambia, si el hecho da origen a unos daños continuados y duraderos en el tiempo con graves secuelas o incluso que no se manifiestan hasta transcurridos unos meses desde la producción del evento. Pensemos en un delito contra la salud pública cometido por el fabricante que vende un producto nocivo para la salud, o el farmacéutico que despacha un fármaco deteriorado o alterado. Es cierto que en los seguros de daños en sentido estricto no es una tarea difícil identificar el momento del siniestro: en principio será el incendio, la explosión, la rotura de la cañería, el robo, el granizo, la helada, etc., sin embargo, en los seguros de responsabilidad civil, la persona que sufre las consecuencias del hecho dañoso no es, como en aquellos supuestos el asegurado, sino la víctima que resulta atropellada o que consume el fármaco o el alimento deteriorado o manipulado o sufre las consecuencias de una operación quirúrgica negligente. El asegurado lo que está asegurando no es otra cosa que las consecuencias adversas que sobre su propio patrimonio puedan tener las actividades dañosas que lleve a cabo, de las que en definitiva responde con la garantía genérica patrimonial que predica el artículo 1911 del Código civil. De este modo cuando por ejemplo un profesional contrata un seguro, lo hace porque desea cubrir las responsabilidades en que pueda incurrir en su actividad durante el plazo previsto en la duración material de la póliza.

El problema radica en que los seguros de responsabilidad civil, la causa –daño infligido a un tercero– y el efecto –efectiva declaración de responsabilidad–, carecen de simultaneidad en el tiempo. Ni satisfactoria era la redacción inicial conferida al artículo 73 que venía a exigir que la realización del hecho dañoso y su reclamación coincidiera en el momento temporal de vigencia de la póliza, ni lo reformado tampoco es la opción idónea y satisfactoria ante el peligro cierto y real de vacíos de cobertura.

la vez, los requisitos de las de futuro (reclamación posterior a la vigencia del seguro, inciso primero del párrafo segundo del LCS) y de las retrospectivas o de pasado (nacimiento de la obligación antes de la vigencia del seguro, inciso segundo del mismo párrafo). A este respecto, concluye que la tesis adoptada por la sentencia recurrida no se corresponde con lo que en realidad dispone el art. 73 de la LCS. Y lo cierto es, –sin perjuicio de la opinión que merezca la introducción de su párrafo segundo al alterar la regla general de su párrafo primero– que se declaran legalmente admisibles dos modalidades de cláusulas de delimitación temporal, cada una de ellas con sus propios requisitos de validez. Así se desprende de su regulación diferenciada en dos incisos separados por un punto y seguido y del comienzo de la redacción del inciso segundo con el adverbio “asimismo”, equivalente a “también”, seguido de las palabras “y con el mismo carácter de cláusulas limitativas”, reveladoras de que cada una de las modalidades contempladas en el párrafo segundo del art. 73 de la LCS es diferente de la otra y tiene sus propios requisitos de validez, por más que ambas sean limitativas”.

Es cierto que en los seguros de daños, la causa –robo, incendio, rotura de cristales, cañerías– y el efecto –daño– coinciden normalmente en el tiempo. Son el paradigma del daño inmediato, al margen eso sí, que el pago o indemnización pueda realizarse una vez extinguido el propio contrato de seguro, pero esta es una cuestión accidental o colateral. Causa eficiente y necesaria, también suficiente en todo caso pues no hay problemas de diferimiento temporal importante, lo que no quiere decir que hecho y exteriorización no se dilaten en el tiempo, aunque este es efímero normalmente. De este modo, la acción del asegurado causante del daño a un tercero, debe producirse como hecho decisivo dentro de la vigencia de la póliza para que el asegurador indemnice a la víctima.

Como señalamos supra, es el momento en el que el asegurado actúa, omite una ley, fabrica un producto o una casa, vacuna, adopta decisiones en el seno del consejo de administración peligrosas, dudosas, erróneas, culposas, etc., cuando en definitiva se produce el hecho dañoso y, consecuentemente, la causa generadora de la responsabilidad civil. Lo relevante es en principio el momento en el que se incumplió el contrato o se contravino el *naeminem laedere*, y no el momento en el que los daños se manifiestan o se exterioriza la reclamación del tercero⁵⁷. Pero, ¿hasta cuándo debe responder una aseguradora D&O de la negligencia de un administrador?, ¿Cómo responde acaso y de que un socio saliente que abandona una sociedad de responsabilidad ilimitada, subsidiaria, provisional y solidaria? Es obvio que la generación de incertidumbre no es despreciable ni siquiera para la aseguradora a la que se le deben brindar soluciones también, o exigencias de coberturas *ex post* más amplias y que han de influir sin duda en la tarificación de la prima.

Los riesgos de previsión y provisión financiera, así como dificultades de operaciones de reaseguro por parte de la propia entidad aseguradora no han de minimizarse o restarse importancia. Es obvio que las aseguradoras recelan de estos siniestros tardíos, o tratan de esquivar el riesgo latente de verse sometidos a demandas judiciales durante el tiempo que dura la prescripción de la acción. Es cuando acotan esta posibilidad, este riesgo de latencia cuando abusan, y lo hacen limitando los derechos del asegurado al circunscribirle única y exclusivamente la cobertura a dos hechos, o bien que la reclamación acaezca durante la vigencia de cobertura de la póliza, o bien que aquella se demore en todo caso un año, transcurrido el cual la aseguradora se exonera de toda responsabilidad.

Como es fácilmente adivinable, se limitan o reducen los derechos incluso expectativas de estos asegurados que se ven compelidos por la

(57) Indica REGLERO CAMPOS, “Objeto, riesgo y siniestro en el seguro de responsabilidad civil (reflexiones en torno a las llamadas cláusulas *claim made*)”, INURIA, 1994, 1, p. 33 que tanto en los casos de daños inmediatos como en los que no lo son, el momento al que ha de remitirse el nacimiento de la obligación de indemnizar es aquel en el que acaece o se desarrolla el hecho o la actividad causal, si bien, y esto vale especialmente para los casos de daños diferidos, esa obligación (reparatoria) está sometida a una condición: que se manifieste o se produzca el daño.

amenaza, latente, eso sí, de que en tanto no prescriban los hechos, el perjudicado puede accionar frente al asegurado que, en el mejor de los casos pudo haber concluido otro contrato con otra aseguradora pero que persiste igualmente la incertidumbre de cobertura por hechos acaecidos bajo la vigencia de otra póliza pues siempre esgrimirá la nueva aseguradora la probabilidad o duda razonable de una certidumbre subjetiva, salvo el supuesto de riesgo putativo.

¿Es justo que no lícito, que una compañía de seguros cubra el riesgo de eventuales responsabilidades civiles exigidas y fundadas al asegurado por hechos acaecidos durante los tres, cuatro o cinco años anteriores a la existencia de la póliza y que se reclaman constante ésta? Práctica ésta muy frecuente en el mundo anglosajón, sobre todo americano, como también en la práctica asegurativa suiza donde las cláusulas “reprise du passe” se cubren los daños dimanantes de actuaciones anteriores a la fecha de comienzo de la cobertura, eso sí, siempre que fueran ignorados por el propio asegurado o tomador.

Pero también los sufre el propio asegurado que no sabe hasta dónde llega la cobertura si el evento y la reclamación se demoran en años, que sabe que los umbrales de indemnización están tasados por la suma asegurada pactada inicialmente y que sabe que, en no pocos casos, unas y otras aseguradoras discutirán sus vigencias o exclusiones, amén de la extinción de las relaciones jurídicas como hechos impeditivos y a la vez extintivos de toda obligación de indemnizar⁵⁸.

Si bien esta ha de ser la delimitación natural de la póliza en su vertiente o perspectiva temporal, la cuestión no es tan sencilla, dado que las partes o por mejor decir, el asegurador suele poner ciertos límites, al intentar no exponerse durante períodos dilatados de tiempo al riesgo de que se entablen reclamaciones por los perjudicados de la actuación dañosa de sus asegurados por hechos acaecidos durante la vigencia del contrato pero que manifiestan sus efectos dañosos tiempo después de expirar el término de vigencia del contrato de seguro⁵⁹.

(58) Proyecta también MANSILLA GARCÍA, “Ámbito temporal de la cobertura aseguradora en el seguro de responsabilidad civil, en relación con el momento de la producción del siniestro”, *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad civil en la gran empresa* [SÁNCHEZ CALERO (Dir.)], Madrid, 1994, pp. 211 y ss., pp. 216 y ss. También en parecidos términos WESOŁOWSKI-ROIG, “La delimitación del período de cobertura en los seguros de responsabilidad civil relativos a daños diferidos: una solución práctica”, *Previsión y Seguro*, s.f., n.º 31, pp. 12 y ss.

(59) Cita YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos*, cit., p. 228 el caso de un arquitecto que aseguró la totalidad de su vida profesional, pagando religiosamente las primas del seguro de responsabilidad hasta su jubilación, pero ocho años después la vivienda cuya construcción se finalizó en el último año de su ejercicio profesional, se derrumba causando varias muertes. No cabe duda de que el arquitecto (siempre que el fallo le fuese atribuible, claro está), es responsable, pues la ruina ha aparecido todavía dentro del plazo de garantía decenal que marca el del Código civil. Pero qué sucede si un edificio de más de diez años de antigüedad que manifiesta mucho después los desperfectos por deberse la ruina a fallos estructurales. ¿Qué asegurador puede prevenir un riesgo semejante?

Es obvio desde un punto de vista práctico, que las cláusulas temporales no plantean problema alguno cuando el siniestro y el daño derivado del mismo acaece inmediatamente, sin solución de continuidad, es decir, cuando existe coincidencia temporal entre el daño y sus efectos. Como el siniestro ocurre dentro del período de vigencia de la póliza de seguro, no hay o no debería haber problema alguno para reclamar de modo inmediato el daño sufrido sin tener en cuenta el límite temporal de cobertura.

La situación cambia en los supuestos de daños diferidos, en los que las cláusulas temporales desplegarán toda su eficacia y repercusión práctica. Estamos ante daños en los que sus efectos sólo se conocen después de transcurrido un período de tiempo, sin que se haya producido la prescripción del derecho de crédito del perjudicado. Daño que, además puede ser continuado en el tiempo.

El que las aseguradoras respondieran *sine die art. 73* de cualquier evento que acaeciera en el pasado siempre que hubiere estado asegurado el mismo, llevaba en ocasiones a supuestos de hacer frente a indemnizaciones a veces millonarias a consecuencia de las pólizas de responsabilidad civil estando ya en ese momento resueltas o extinguidas. Sin duda esta es la otra arista que también hay que colacionar en este momento y analizar. Arista que explica la reacción pendular y abusiva sin embargo, de las aseguradoras. La redacción originaria del de la LCS implicaba la plena cobertura del asegurador de los hechos ocurridos durante la vigencia de la póliza, por todo el período de prescripción de la responsabilidad civil, en tanto que así se entendía el ámbito de delimitación temporal natural sin que las partes lo modulasen.

Ante este estado de cosas y el evidente malestar de las aseguradoras que podían ver mermados una buena parte de sus beneficios que se daban por seguros, y ante ausencia de reservas técnicas para esos daños tardíos, el legislador añadió un segundo párrafo al art. 73 de la LCS que permite acotar el período de tiempo en el que se puede reclamar a la aseguradora a través de una serie de modalidades de cláusulas⁶⁰. Será el acto u omisión dañosa el que constituye el “hecho causante”.

Se contrae la cobertura, ni más ni menos. Y se contrae artificialmente jugando con las delimitaciones causales del riesgo, en este caso umbrales temporales de cobertura. De este modo y como excepción a este régimen general, es por el que surgen, en definitiva, las cláusulas *claims made*, con la clara finalidad de limitar la cobertura temporal de las aseguradoras en los seguros de responsabilidad civil, en virtud de la libertad contractual que el artículo 73 reconocía y que, no obstante, las aseguradoras venían aplicando con anterioridad a su consagración legal por la fuerza de los hechos. El asegurador no deseaba encontrarse sujeto durante períodos dilatados de tiempo al riesgo de que se entablen contra él reclamaciones

(60) Sobre la evolución histórica y tratamiento legal y jurisprudencial de este precepto, véase entre otros, ROUANET MOTA, “Las cláusulas temporales en el contrato de seguro o “claims made””, AC, 2002, n.º 40, pp. 1261 y ss., p. 1262 a 1266.

por hechos acaecidos durante la vida del contrato, pero que hacen notar sus efectos dañosos tiempo después de expirado el término de vigencia temporal. En cierto modo se desvirtuaba la esencia misma de la responsabilidad civil.

Las razones de política legislativa que se encuentran tras la admisibilidad de estas cláusulas residen en la necesidad de evitar la incertidumbre ilimitada sobre si deben pagar o no y en favorecer colisiones entre asegurado y tercero⁶¹. Más ¿son justas estas limitaciones?, ¿lo es también el hecho de hacer depender la indemnización y desde el otro lado, el beneficio de la aseguradora, de la reclamación de un tercero, como forma de limitar la cobertura de la responsabilidad civil?⁶²

Eran por tanto frecuentes las cláusulas que ceñían la cobertura de la aseguradora a los hechos dañosos originados por el asegurado que se produzcan estando vigente el contrato, a condición de que la denuncia de la verificación del hecho dañoso por el asegurado al asegurador tuviera lugar durante esa vigencia. Incluso se limitaba la cobertura del asegurador no sólo a la circunstancia de que el siniestro se produzca durante la vigencia de la póliza, sino además a que la denuncia del siniestro y la reclamación del tercero perjudicado de la indemnización tuviese lugar durante ese período de tiempo, por lo que no sólo se exigía que la producción del hecho dañoso que origina la deuda de responsabilidad civil se produjese en ese tiempo de vigencia del contrato, sino que tanto la denuncia del siniestro como la reclamación del tercero tuviesen lugar también en ese período de vigencia temporal del contrato de seguro.

En ocasiones se dulcificaba un tanto esta rigidez permitiéndose que la comunicación del siniestro a la aseguradora, así como también la reclamación del tercero perjudicado se lleve a cabo no más tarde de determinado plazo, un año, dos años, contados a partir del momento en que se verificación el evento dañoso. Modalidades y variantes que en suma cambiaban de unas pólizas a otras pero que todas tenían como denominador común, la enorme restricción que supone para el asegurado y sobre todo, para el tercero perjudicado.

(61) En el mismo sentido TAPIA HERMIDA, “La articulación de la póliza de seguro de responsabilidad civil: cláusulas definitorias, delimitadoras y limitativas”, cit., pp. 184 y ss., p. 192; precisamente estas eran las causas que se esgrimían para la respuesta afirmativa a la validez de las cláusulas delimitadoras del riesgo en el tiempo, *Vid.* JIMÉNEZ DE PARGA, “Reflexiones sobre la cuestión del daño diferido en el seguro de responsabilidad civil. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1, 20 de marzo de 1991”, *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil Homenaje a Evelio Verdura*, II, Madrid, 1994, p. 1362.

(62) Contrasta esta situación con la experiencia paralela y sin embargo tan disímil que se producía en Francia, donde la corte suprema se había pronunciado en los noventa en diversos pronunciamientos que sin ambages declaraban ilegítima, y por consiguiente, no escrita, estas cláusulas. En noviembre de 2003 la ley n.º 706 cambió y completó el artículo 80 del Código de seguros, la conocida como enmienda Hunault, que introducía la garantía en el tiempo por la póliza a la que se unía la responsabilidad del asegurado. En efecto, las partes contrayentes podía elegir la garantía asegurativa bien sobre la base del hecho dañoso, bien sobre la de la reclamación.

En conclusión, la doctrina jurisprudencial mayoritaria consideraba que siempre que el siniestro se hubiera producido dentro del plazo de vigencia del contrato de seguro, existía obligación de indemnizar, con independencia del momento en que el perjudicado formulare su reclamación y siempre que no haya prescrito la acción de reclamación del perjudicado, conforme a las reglas generales o especiales de la prescripción⁶³.

De este modo se dice que, en el terreno de la responsabilidad civil, se suele hablar de tres momentos dentro de cada uno de los cuales se puede encuadrar el hecho que el seguro cubre: el de la acción u omisión, el de la ocurrencia o manifestación del daño y el de la formulación de la reclamación por parte del perjudicado; y una de las consecuencias prácticas de la determinación del concepto de siniestro que se adopte será la del ámbito de la cobertura temporal del seguro, es decir, en qué preciso momento surge para la compañía aseguradora la obligación de indemnizar el siniestro y su dimensión temporal, que el sector asegurador trata de resolver mediante las denominadas cláusulas *claim made*, que buscan excluir las reclamaciones producidas después de un determinado período de tiempo y cuya validez o eficacia resulta igualmente controvertida.

Sería precisamente la proliferación de las *claims made* en las pólizas de seguro la que hizo precisa la intervención del legislador para conferirle una regulación específica, tratando de atajar ciertos abusos que terminaban por hacer dichas cláusulas lesivas, lo que dio lugar a la incorporación de un segundo párrafo en el de la LCS en virtud de la reforma operada con la D. A.^a. Sexta punto 5, de la ley de 8 de noviembre de 1995.

Impuesta la reforma, este artículo 73.2 ha sido objeto de las críticas y duras objeciones opuestas tanto por doctrina como por jurisprudencia –incluso se llegó a tachar el artículo de *engendro jurídico* y de barbaridad técnica al introducir una trampa creada por los aseguradores que hace peligrar a la propia institución del seguro de responsabilidad civil y, en algunos puntos, era además un atentado contra el buen castellano⁶⁴–, de manera

(63) Sobre esta cuestión véase SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro*, cit., p. 1118 y ss.; también SÁNCHEZ CALERO, “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, 1997, n. 89, pp. 7 y ss.; CALZADA CONDE, “La delimitación del riesgo en el seguro de responsabilidad civil: el nuevo párrafo segundo del artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS)”, RES, 1997, n. 89, pp. 45-68, p. 45; VERDERÁ Y TUELLS, “La cláusula “claims made” ante la jurisprudencia del TS: una primera revisión crítica”, *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa* [SÁNCHEZ CALERO (Dir.)], Madrid, 1994, pp. 77-134, p. 77; HEBRERO ÁLVAREZ, “La validez de las cláusulas claims made en el mercado español de responsabilidad civil”, RES, 1988, n.º 56, p. 89; ROUANET MOTA, “Las cláusulas temporales en el contrato de seguro o “claims made””, cit., pp. 1261 y ss., p. 1263.

(64) De “engendro jurídico” lo tachaba REGLERO CAMPOS, “Objeto, riesgo y siniestro en el seguro de responsabilidad civil (reflexiones en torno a las llamadas cláusulas claims made)”, INURIA, n. 1, 1994, pp. 17 y ss., p. 49; YZQUIERDO TOLSADA, cit., p. 229. ELGUERO MERINO, “Artículo 73”, *Ley de contrato de seguro* [REGLERO (Coord.)], Cizur Menor, 2007, pp. 1047 y ss., p. 1072 señala igualmente como la introducción de este segundo párrafo ha dado como resultado un texto confuso, desordenadamente estructurado y reiterativo, con

que si bien admite las cláusulas temporales, ya que no le queda otro remedio, las considera mayoritariamente cómo limitativas de los derechos de los asegurados y por tanto necesitadas de las especiales características que conllevan estas cláusulas⁶⁵. Incluso hay voces que se decantan por la lesividad de estas cláusulas⁶⁶.

Así, el art. 73 de la LCS en su segundo párrafo únicamente considera admisibles como límites establecidos en el contrato, dos tipos de cláusulas diferentes: a) las cláusulas por las que el asegurador cubre las reclamaciones realizadas por el asegurado por siniestros ocurridos durante la vigencia del contrato y también los acaecidos durante el año anterior a esa vigencia, siempre que sean desconocidos por el asegurado –riesgo putativo– y, b) las cláusulas que circunscriben la cobertura del contrato de seguro a aquellas reclamaciones efectuadas en un determinado período de tiempo, no inferior a un año, después del vencimiento de la póliza de seguro. En otros ordenamientos se eleva el plazo a los dos años incluso.

Existe pues una disociación temporal inevitable entre dos acontecimientos: el hecho causante del nacimiento de la deuda resarcitoria y la reclamación del perjudicado, que dará lugar, en su caso, al reconocimiento extrajudicial o a la declaración judicial de la responsabilidad civil del asegurado. Así, cuando ambos acontecimientos –hecho causante y reclamación– coinciden en el período de vigencia de la póliza, no debe albergarse duda alguna al menos desde la óptica temporal de la cobertura por parte de la aseguradora. Por el contrario, cuando sólo uno de ellos acaece en aquel intervalo temporal, se plantean problemas respecto a la delimitación temporal de la cobertura⁶⁷.

En el primer supuesto no sólo se cubren los siniestros ocurridos durante el período de vigencia de la póliza, sino también y de un modo retroactivo, los ocurridos durante un año antes del inicio de la duración formal del seguro, período mínimo que podrá ser ampliado por la aseguradora pero nunca restringido por las partes, resultando lesiva y por tanto nula la cláusula por la que se acortase el período de retroacción de cobertura de al menos un año.

deficiencias técnicas y posiblemente mal ubicado en el artículo 73. Términos que vuelve a emplear en su aportación italiana REGLERO CAMPOS, “Le clause claim made nel diritto spagnolo”, *Dir. ed econ. dell'assicur.*, 2007, n.º 1, pp. 139 y ss., p. 155.

(65) *Vid.* ROUANET MOTA, “Las cláusulas temporales en el contrato de seguro o “claims made””, cit., pp. 1261 y ss., p. 1264; TAPIA HERMIDA, “La articulación de la póliza”, cit., p. 192.

(66) En este sentido LARRAYA RUIZ, *Las cláusulas limitativas*, cit., p. 94.

(67) Véanse las reflexiones de DELPOUX, “Durée de la garantie dans les assurances de responsabilité civile réglementées: un nouveau cas d'inécurité juridique (À propos de l'arrêt du Conseil d'État du 29 décembre 2000)”, *RGDA*, 2001, n.º 1, pp. 33 y ss., p. 37 quien señala cómo después del pronunciamiento del Consejo de Estado será difícil “contenter d'un modus vivendi empirique”, aseverando como el problema del tiempo en los seguros de responsabilidad civil, “long” por naturaleza, dados los enormes intervalos temporales que pueden surgir entre los hechos generadores de la responsabilidad y la manifestación del daño que da lugar a la reclamación de resarcimiento, *est incontournable et on ne peut le postuler réglé ab initio* según el artículo 1131 del Code.

Se da en estos supuestos una suerte de riesgo putativo, las partes tienen una incertidumbre jurídica subjetiva en el sentido de que ignoran si el evento se ha verificado o no, por lo que no se distorsiona en absoluto la aleatoriedad del contrato puesto que el riesgo ya acaecido se trata de un riesgo ignorado por las partes y del que tampoco se conoce si se producirá o no una reclamación que trae su causa de aquellos hechos o actividades.

Es pues requisito imprescindible que el asegurado no tuviera conocimiento del siniestro antes del efecto del contrato de seguro, para lo cual incluso la aseguradora podrá cerciorarse de esa buena fe del asegurado en la fase de la declaración precontractual del riesgo a través del oportuno cuestionario para que se declare lo atinente al riesgo y a su conocimiento.

Se produce, en suma, una excepción a la norma del artículo 4 de la LCS que considera nulo el contrato de seguro si en el momento de su conclusión “había ocurrido el siniestro”. Esto significa que en el caso de seguros de responsabilidad civil, el asegurado no conocía que determinados hechos eran dañosos para un tercero y había generado una obligación de indemnizar a su cargo⁶⁸.

En todo caso el asegurador únicamente garantizará los hechos acaecidos durante la vigencia de la póliza y en el año anterior que sean reclamados por el perjudicado en el período de vigencia del contrato, esto es, se cubren como mucho sólo dos años salvo que la aseguradora como cláusula más beneficiosa prolongase el plazo del año anterior a la vigencia del contrato de seguro.

No tiene desperdicio alguno la importante sentencia del Supremo de 30 de julio de 2007, sentencia extensísima y compleja, que con atinado acierto asevera en su Fundamento Décimo segundo:

... “A) *La validez de la cláusula de limitación temporal en función de la fecha de presentación de la reclamación (cláusula “claims made”) es aceptada por las partes litigantes, puesto que la invoca la parte demandante para justificar que el seguro cubre un hecho generador de responsabilidad civil producido con anterioridad a la entrada en vigor del contrato y la aseguradora, que no podría alegar su nulidad en su propio beneficio, se limita a defender que, en el caso de que fuera nula, debería serlo en su totalidad.*

Se cuestiona, sin embargo, que sea válida la exigencia (contenida en la misma cláusula) de que no exista conocimiento anterior por parte del asegurado del hecho que da lugar a la responsabilidad. Este inciso, en sí, no puede ser considerado, como lo hace la sentencia de instancia, como una cláusula limitativa de los derechos del asegurado, puesto que tiene su apoyo en la naturaleza propia del contrato de seguro y en la necesidad de que los hechos generadores del riesgo asegurado sean inciertos (...). Por otra parte, no puede aceptarse que el incumplimiento de los requisitos de

(68) No falta razón a la aseveración que establece que mediante esta clase de cláusulas “los aseguradores no toman a su cargo más que el pasado desconocido, los daños de los que el asegurado no había tenido aún conocimiento el día de la suscripción del contrato”. *Vid.* LAMBERT-FAIVRE, *Droit des assurances*, 11.^a ed., París, p. 481.

transparencia que la LCS impone a las cláusulas limitativas pueda determinar la nulidad parcial de una cláusula invocada por la parte que pretende que se reconozcan sus efectos.

B) Sin embargo, el carácter limitativo y la consiguiente invalidez parcial de la cláusula controvertida constituye sólo un razonamiento auxiliar de la sentencia impugnada. Dada la falta de efecto útil del recurso de casación derivada de la equivalencia de resultados entre un recurso estimatorio y un recurso desestimatorio, no cabe la declaración de haber lugar a éste. En efecto, la sentencia recurrida se apoya como razón operativa en que el conocimiento por parte del asegurado del hecho determinante de la responsabilidad con anterioridad al contrato no puede ser considerado como un hecho que pueda ser propuesto por vía de excepción a los terceros que ejercitan la acción directa como perjudicados, dado que esta acción es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado (art. 76 LCS).

El conocimiento previo de la existencia de un hecho generador de responsabilidad por parte del asegurado constituye un hecho ligado a la conducta de éste. En ciertas circunstancias, puede ser demostrativo de un incumplimiento del deber que tiene aquél de declarar las circunstancias por él conocidas que pueden influir en la valoración del riesgo o de la concurrencia de una conducta dolosa o gravemente negligente en la contratación. Es lugar común en la doctrina que no es susceptible de ser opuesta al perjudicado una excepción fundada en el incumplimiento del deber de declaración de riesgo, tanto antes de la conclusión del contrato, como durante la vigencia de éste. La jurisprudencia, asimismo, considera como excepción no susceptible de ser opuesta al perjudicado el dolo del causante del daño (STS de 20 de julio de 2005). El conocimiento por el asegurado del hecho causante del daño con anterioridad a la vigencia del seguro constituye una circunstancia equiparable a las que se acaban de enunciar, pues exige probar la existencia de un hecho vinculado a la conducta del asegurado (“que el asegurado conociera o pudiera razonablemente haber conocido”) y no comporta una delimitación de la cobertura establecida en abstracto, que incluye los hechos anteriores a la vigencia de la póliza, sino la exclusión de un concreto siniestro fundada en la conducta subjetiva del asegurado como índice de la ausencia de incertidumbre respecto a la producción del siniestro.

La conceptualización de ciertas excepciones como objetivas y oponibles al perjudicado por hallarse fundadas en la ley o en la voluntad paccionada de las partes, concebida especialmente para el supuesto en que el asegurador opone al perjudicado causas de exoneración de la responsabilidad del asegurado o hechos sobrevenidos que determinan la extinción de la relación obligatoria, no resulta aplicable a este supuesto, en que el hecho que se opone se funda en la alegación de una conducta del asegurado consistente en el conocimiento previo del siniestro, o en la posibilidad de haberlo tenido, pero no, en palabras de las SSTs de 7 de mayo de 1986 y 2 de diciembre de 1998, en una circunstancia objetiva determinante del evento dañoso.

Esta es la interpretación que sustancialmente acoge la sentencia recurrida, por lo que no puede entenderse cometida la infracción denunciada. Resulta, en definitiva, improcedente examinar si se ha probado que el asegurado conocía o había podido conocer razonablemente el siniestro con anterioridad a la fecha de efectividad de la póliza, dado que estamos en presencia de una acción directa ejercitada por los

perjudicados y no ante una acción de repetición ejercitada por la aseguradora frente al asegurado”.

Estamos en cierto sentido ante cláusulas de cobertura retroactiva, que limitan la cobertura a los hechos causantes acaecidos durante el año anterior al período de vigencia de la póliza que hayan dado lugar a reclamaciones durante dicho período⁶⁹. Cláusulas beneficiosas y tuitivas *per se* para el asegurado, a diferencia de las cláusulas de descubrimiento o *ex post contractum* en las que el descubrimiento del hecho generador transcurrido ese período que marca el propio artículo 73.2 y que no suele ampliarse en póliza o condicionado, implica una suerte de constricción temporal para el asegurado que no vería cubierto por el seguro el resarcimiento que le exige el tercero⁷⁰.

Ahora bien, ¿puede afirmarse en estos casos que realmente estamos ante una limitación de derechos del asegurado, ante una cláusula nula cuando por otra parte y basándose en la incertidumbre subjetiva, el seguro sí cubrirá aquellos daños acaecidos *ex ante* el comienzo de cobertura efectiva pero reclamados los daños vigente el contrato de seguro? ¿no es en todo caso y para este supuesto una cláusula que tutela al asegurado y que le beneficia?, ¿es que no se está asegurando en todo caso y como objeto del seguro la actividad fuente de responsabilidad y no la efectiva reclamación o demanda resarcitoria de un tercero perjudicado o víctima?

Se produce una extensión sustancial en el contrato de la cobertura a los hechos causantes acaecidos con anterioridad a la vigencia del seguro y reclamados durante la misma. Es cierto que este tipo de cláusulas de cobertura retroactiva no se corresponden con las que, en la práctica anterior a la reforma introducida en el art. 73 de la LCS plantearon problemas de validez. Pero *per se*, esta cláusula retroactiva no atenta contra la reciprocidad ni sinalagma de la relación contractual. No creemos que sin más la misma pueda tacharse de nula, de ilícita.

La misma con la reforma del artículo 73 obtiene cierta tipificación legal y protege, siempre que el siniestro no se conozca por las partes, máxime por el titular del interés del seguro, los derechos y patrimonio de éste. Bien es verdad que en la mayoría de los casos estas cláusulas de cobertura temporal pueden ser desventajosas para el asegurado. Incluso ilícitas, ilegales, abusivas, desnaturalizadoras totalmente del objeto contractual por su

(69) Sobre los problemas que pueden causar este tipo de cláusulas *Vid.* sobre todo CALZADA CONDE, “La delimitación”, cit., p. 54 y ss.

(70) Nos ofrece ELGUERO MERINO, “Artículo 73”, *Ley de contrato de seguro* [REGLERO (Coord.)], cit., pp. 1047 y ss., p. 1077 las cuatro hipótesis o sistema para delimitar el riesgo que ofrece el artículo 73. Adviértase que en un momento anterior el propio autor catalogaba estas cláusulas como limitativas, y sin embargo ahora alude a delimitar el riesgo. Insistimos una vez más en las enormes dificultades que existen para diseccionar y no intercambiar además estos dos vocablos, delimitar y limitar. Y nosotros planteamos este sencillo silogismo, ¿se puede limitar delimitando?, ¿se puede lesionar delimitando riesgos y limitando derechos? Indudablemente sí, pero partiendo de una elasticidad y flexibilidad conceptual que escapa al mundo del seguro.

vaciamiento garantizador⁷¹. Pero hay excepciones, como la presente que aun limitando la garantía del asegurador son beneficiosas para el asegurado. El límite de validez o no sólo puede ser el de una natural y efectiva cobertura temporal de garantía propia del objeto de seguro. Desvirtuar el objeto, la causa que no es otra que el riesgo temporalmente aherroja la validez misma de estas cláusulas. Es evidente que la aseguradora selecciona riesgos, *recte*, los antiselecciona, unas veces con mejor y mayor acierto, otros incluso abusivamente yendo más allá de lo que es una delimitación normal, causal, propia del objeto e interés asegurado.

Ahora bien, esa cláusula repugna cuando los límites de vejación son lesivos, desproporcionados, vaciadores de la eficaz cobertura de garantía. Si la misma ignora una eficaz tutela de asegurado, sólo cabe preconizar su lesividad. Y siempre será lesiva la cláusula *claims made* que ciña siniestro y reclamación a la vigencia del período de cobertura del contrato de seguro, pues es su restricción máxima y claramente inoperante en el ámbito de aquellos siniestros que no son instantáneos tanto en su generación como en su exteriorización y descubrimiento, ignorando los siniestros tardíos, sobrevenido, continuos y diferidos. El resto, y lo que viene a hacer en realidad el artículo 73.2 desde la disponibilidad absoluta para los contratantes es moldear temporalmente el alcance de esa disociación entre hecho generador del daño y exteriorización del mismo permitiendo en márgenes estrechos unos colchones temporales para exigir el resarcimiento, tanto *ex ante* como *ex post contractum*. Nada empece a que las partes pacten plazos más amplios, si bien ésta no será la tónica de las aseguradoras.

Ahora bien, estas cláusulas se enmarcan normalmente en pólizas celebradas y concertadas entre profesionales, profesionales que conocen los riesgos, las técnicas de aseguramiento. Una cosa es delimitar, otra limitar, y otra bien distinta lesionar. Ante qué dimensión estamos cuando se introduce una cláusula *claim made* es un interrogante áspero, complejo y máxime si no somos capaces de diseccionar aquellas premisas de delimitar o limitar y lesionar, así como situar los umbrales precisos con sus límites o líneas rojas en las que cada una juega⁷². Esferas que, a día de hoy, sin embargo no son nítidas para doctrina y jurisprudencia.

(71) Magistrado ORDOQUI CASTILLA, *Abuso de derecho*, Bogotá, 2010, pp. 195 y 196 en las que el reputado autor uruguayo analiza la lesividad y abuso de las cláusulas que desnaturaliza las obligaciones contractuales, y lo hacen dejar de lado el derecho dispositivo sin una justa causa que termina por afectar y desnaturalizar la naturaleza básica del contrato y propone la razonabilidad como parámetro de valoración. El axioma del que parte es claro, a saber, la noción de injustificado y claro desequilibrio en la distribución de derechos y obligaciones se presenta como una noción general de contenido indeterminado, que debe ser determinada, en definitiva por un juez.

(72) Para ELGUERO MERINO, “Artículo 73”, *Ley de contrato de seguro* [REGLERO (Coord.)], Cizur Menor, 2007, pp. 1047 y ss., p. 1075 no cabe duda, el debate entre delimitar y limitar ha alcanzado también al sistema de delimitación temporal de la cobertura, aunque la propia expresión de “delimitación temporal” es engañosa, pues no se trata –a juicio del autor– de una delimitación del riesgo sino de una limitación de derechos en la esfera temporal. Es cierto que el autor se basa en el propio dictado del artículo 73 que establece y conceptúa estas delimitaciones en cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados ajustadas al art. 3 LCS.

Saber si con esta cláusula un asegurado está perfecta y eficazmente cubierto frente a la contingencia de ciertos daños se erige en presupuesto de validez de las mismas. Conocer hasta dónde alcanza, desde cuándo y hasta cuándo, en qué momento es eficaz y desde qué momento pierde su eficiencia, deslindar daño como hecho causante de reclamación cuanto espoleta causal del resarcimiento. Saber en suma a qué se comprometen y a qué no se comprometen ambas partes es sinónimo de concreción, claridad y sencillez en la redacción de estos clausulados que allana caminos y mitiga necesarias interpretaciones⁷³.

Nada ha de objetarse a nuestro juicio a la posibilidad de que se establezca convencionalmente la asunción por el asegurador de siniestros relativos a hechos o actividades llevadas a cabo con anterioridad al comienzo de vigencia del seguro (recordemos que al hablar de vigencia de cobertura hemos de distinguir además lo que es duración formal de duración material), y que den lugar a una manifestación posterior del daño y a una reclamación del perjudicado que se va a producir vigente la póliza de seguro. Del mismo modo tampoco ha de vetarse la posibilidad de que la cláusula retroactiva pueda combinarse con la cláusula de cobertura posterior, que como mínimo ha de tener igualmente una duración de un año.

Es cierto que las cláusulas de cobertura retroactiva tenían especial utilidad en los supuestos de contratos de responsabilidad civil sucesivos de un mismo asegurado con el fin de evitar vacíos o lagunas en la cobertura entre un contrato y otro, en el supuesto de que los hechos dañosos acaecidos vigente el primer seguro no se pusieran de manifiesto una vez expirado el término de vigencia del mismo.

Otra cuestión es la de aquellos supuestos de seguro doble en la hipótesis de contratos sucesivos existiendo en el segundo contrato una cláusula de cobertura retroactiva, si el hecho dañoso acaece dentro del primer año de la vigencia del segundo contrato de seguro, pues en tal supuesto el tercero perjudicado podrá reclamar tanto del primer asegurador como del segundo, si bien en tal hipótesis el asegurador que abona la indemnización podrá repetir contra el otro conforme a los criterios del seguro múltiple establecidos en el art. 32 de la LCS.

Sin embargo, la segunda hipótesis es si cabe más drástica y hasta cicatera, puesto que el asegurador sólo cubrirá los sucesos ocurridos durante la vigencia de la póliza y reclamados por el perjudicado en el período de vigencia del contrato y en su año posterior. Se cubren nuevamente sólo dos años, el de vigencia de la póliza y el inmediatamente ulterior. Indudablemente en este segundo caso, estas cláusulas que delimitan temporalmente el riesgo cubierto favorecen a la entidad

(73) Extremos sobre los que ya nos hemos pronunciado con anterioridad en otros trabajos, VEIGA COPO, *Condiciones en el contrato de seguro*, 2.^a ed., Granada, 2008; VEIGA COPO, *Tratado del contrato de seguro*, Cizur Menor, 2009.

aseguradora introduciendo un enorme efecto perturbador para el asegurado ya que resultan especialmente gravosas para el mismo, ya que al quedar viva la responsabilidad civil no asegurada, será el propio asegurado quien ha de pechar con las consecuencias del daño causado al tercero perjudicado⁷⁴.

El riesgo asegurado nace con el hecho causante del daño, y por mucho que para la dinámica del seguro todo se activa una vez que se proceda a la reclamación del tercero, no es admisible hacer gravitar sobre ésta el protagonismo exclusivo de la secuencia⁷⁵. En cierto sentido la configuración que de esta segunda hipótesis se hace de la cobertura es que da la espalda a la propia configuración legal del seguro.

Son las denominadas cláusulas “de cobertura posterior”, o de “descubrimiento” las cuales extienden dicha cobertura a las reclamaciones del perjudicado derivadas de un hecho causante acaecido durante la vigencia de la póliza y realizadas durante el año siguiente al fin del período del seguro. Estas cláusulas, en contraposición a las anteriores, sí limitan convencionalmente y hacen más oneroso para el asegurado la cobertura natural de este tipo de seguro, ya que de no existir aquéllas, el asegurado estaría cubierto siempre que el hecho causante acaeciera en el período del seguro con independencia de la dilación en el tiempo de la reclamación del perjudicado.

La Ley establece la validez de la cláusula de cobertura posterior de las reclamaciones del tercero perjudicado que tenga lugar dentro de un plazo que como mínimo tiene una duración de un año a contar desde la fecha en que finalizó el contrato. Nada impide la validez de una cláusula con una duración mayor, lo que en buena medida vendrá de la mano de la modalidad del contrato de seguro de responsabilidad civil pactado.

Por tanto, no serán admisibles las cláusulas de reclamación que tengan una duración posterior a la vigencia del contrato inferior a un año. Sin embargo, la práctica del seguro y de la responsabilidad profesional sí ha ampliado esta duración a más de un año después de la vigencia del contrato en el ámbito de las pólizas de responsabilidad civil de consejeros

(74) En parecidos términos ROUANET MOTA, cit., p. 1265. Extremadamente críticos SOBRINO, *Derecho de seguros. La cláusula claims made*, Buenos Aires, 1996, p. 41 cuando señala que a la poste y al atomizar la aseguradora el riesgo dado que contrata con una reaseguradora, no acepta mantener latente el riesgo durante el período de prescripción, por lo que obliga al asegurado a que sea él quien tenga que responder el riesgo, esto es “que él sólo afronte con su patrimonio las indemnizaciones”. Muy crítica también VINEY, *L'interprétation et l'application du contrat d'assurance par le juge*, París, 1997, p. 7 al indicar cómo en los contratos que cubren la responsabilidad cuyas manifestaciones no son inmediatas, la cláusula de reclamación vuelve el seguro sino totalmente ilusorio, al menos extremadamente insuficiente. Las consecuencias de esta insuficiencia son catastróficas no solamente para las víctimas, también para los asegurados que han de financiar ellos mismos los daños causados bajo el pretexto de que las víctimas han tardado en presentar su reclamación.

(75) En idéntico sentido YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles*, cit., p. 230.

y administradores en las que su responsabilidad tras el cese es de cuatro años conforme a los parámetros prescriptivos del artículo 949 del Código de comercio.

De este modo una cláusula que ciña la cobertura a seis meses tras la vigencia del contrato de seguro es nula, no sólo por establecer un plazo menor al preceptuado legalmente, sino también porque este era el criterio jurisprudencial anterior a la reforma operada con la LOSSP por las que se consideraba que las cláusulas tradicionales que fijaban la limitación temporal de la cobertura del riesgo haciéndola coincidir con la terminación del contrato, eran lesivas para el asegurado.

Contundente la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2009 (sobre oponibilidad de la cláusula de delimitación temporal del riesgo en el seguro de responsabilidad civil frente a la víctima que ejercita la acción directa del art. 76 LCS), y que explicita claramente la virtualidad de la cobertura temporal del riesgo –cláusula *claims made*– y su eficacia frente a la acción directa del tercero víctima o perjudicado. Así las cosas, se señala en el fundamento octavo:

- I. “[...] Existía, por tanto, una delimitación del período temporal de cobertura, que las partes podían pactar en virtud de lo establecido en el art. 73 LCS, que les afecta y que nadie ha impugnado. En consecuencia, afecta también a los que ejerciten la acción directa. Como afirma la sentencia de 4 de junio de 2008: “En conclusión, nos hallamos ante unas cláusulas delimitadoras del riesgo, que definen de forma clara el siniestro que dará lugar a la reclamación y además, determinan el período temporal de cobertura, que se identifica en tiempo de vigencia del contrato, dentro del que debe haberse efectuado la reclamación que obliga al asegurado a indemnizar al perjudicado [...]”. Al no haberse podido oponer dichas cláusulas a la aseguradora, se ha vulnerado la norma del artículo 76 LCS, porque es cierto que dicha aseguradora es responsable si su asegurado lo es, pero siempre de acuerdo con las condiciones pactadas en el contrato”⁷⁶.

Y es que como la propia sentencia arguye, el artículo 76 establece que si bien la acción directa es inmune a las excepciones que el asegurador pueda oponer al asegurado, frente a la reclamación pueden oponerse las

(76) Sobre esta sentencia un rápido comentario de SOTO NIETO, “Cláusulas de delimitación temporal del riesgo en el contrato de seguro de responsabilidad civil”, Diario La Ley, 8 de marzo de 2010, pp. 1 y ss., quién es categórico cuando asevera que “la acción directa formulada contra la entidad aseguradora ha de reportar la constatación de una forma obligatoria que le constriñe y la existencia de responsabilidad sujeta favorablemente a la invocada cobertura”. Ello no implica necesariamente que la víctima tenga que demandar al asegurador en solitario, sino que puede hacerlo conjuntamente frente al asegurado y el asegurador... Las obligaciones del asegurador se configuran y delimitan en el contrato de seguro, lo cual no puede verse afectado por el hecho de que la Ley conceda a la víctima una acción directa para exigir el cumplimiento de dichas obligaciones. Frente a ambos, asegurado y víctima, el asegurador tiene la facultad de oponer excepciones propias del contrato de seguro, con los límites de la inmunidad a las excepciones del asegurador contra el asegurado.

denominadas “excepciones impropias”, es decir, aquellos hechos impositivos objetivos, que deriven de la ley o de la voluntad de las partes, tal como señala la sentencia del Supremo de 22 de noviembre de 2006. Por consiguiente, “el asegurador puede oponer frente al tercero que ejerce la acción directa, todas aquellas condiciones establecidas en el contrato y relativas a su contenido, que podría haber opuesto frente a su asegurado en el caso de que éste fuera quien hubiese reclamado”.