

El seguro de responsabilidad civil hoy: aspectos jurídico-prácticos; los programas internacionales

JOAQUÍN ALARCÓN FIDALGO*

SUMARIO

1. El desarrollo del seguro de responsabilidad civil general en algunos países europeos
2. Problemas relacionados con el contrato de seguro y con la responsabilidad civil que afectan al seguro de Responsabilidad Civil General hoy
 - 2.1. Ausencia de un contrato de seguro uniforme
 - 2.2. No armonización de la legislación general y jurisdicción
 - 2.3. Falta de uniformidad de condicionados y de definiciones en las pólizas
 - 2.4. La valoración del daño personal
 - 2.5. El concepto de siniestro y la delimitación temporal del mismo
 - 2.5.1. El sistema de ocurrencia
 - 2.5.2. El sistema *Claims made* o de reclamación
 - 2.6. La cláusula de unidad de siniestro o siniestros en serie
 - 2.7. Condenas al asegurador que superan los límites contratados
 - 2.8. La responsabilidad medioambiental y el Seguro de Responsabilidad Civil
 - 2.9. El seguro de responsabilidad civil por terrorismo

Fecha de recepción: 1 de noviembre de 2007

* Abogado. Secretario General de la Sección Española de AIDA (SEAIDA).

3. Las nuevas tecnologías y el Seguro de Responsabilidad Civil
 - 3.1. Supuestos relacionados con el ámbito laboral
 - 3.2. El fraude informático
 - 3.3. El abuso de posición dominante
 - 3.4. Las videoconferencias caseras
 - 3.5. La tecnología de identificación por radiofrecuencia
 - 3.6. La investigación genética-biomédica
 - 3.7. La nanotecnología

4. Los escenarios clásicos
 - 4.1. El asbesto o amianto
 - 4.2. El tabaco
 - 4.3. La retirada de productos
 - 4.4. Las acciones colectivas

5. Los programas internacionales del seguro de responsabilidad civil
 - 5.1. Estructura de un programa internacional de seguros
 - 5.2. Los diversos escenarios problemáticos
 - 5.3. A modo de conclusiones

1. EL DESARROLLO DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL GENERAL EN ALGUNOS PAÍSES EUROPEOS

En *España*, el Seguro de RC representó algo más del 6% del total de las primas no Vida, es decir, una cantidad cercana a los 2.000 millones de euros, a los que hay que añadir 300 millones más procedentes del seguro de la RC profesional de arquitectos superiores y arquitectos técnicos. Ello supuso un incremento superior al 8%, tres veces la tasa de inflación. A efectos comparativos, Autos tiene una cuota de mercado del 40,6% y Accidentes del 3%. En cuanto a la siniestralidad, el ratio fue del 77,33% en el ejercicio 2004, del 80,02% en 2005 mientras que en el ejercicio pasado se detectó un importante descenso del mismo, debido a la reducción de la propia siniestralidad y al incremento en la recaudación de las primas.

Una idea del desarrollo, a nivel de siniestralidad, nos lo pueden dar los pagos acumulados de siniestros. En el ejercicio 2000 los pagos fueron de 33 millones. Después de siete años de desarrollo, dichos pagos ascendieron a 255 millones. En 2004 los pagos fueron de 58 millones y cinco años después estaban ya en 188 millones.

El negocio de la RC profesional de los arquitectos está asegurado en dos compañías, que ostentan una situación de monopolio, dada la dificultad de colocación del mismo; la aseguradora de los arquitectos (Asemas) tuvo en 2005 unas primas de 141,4 millones de euros con una siniestralidad pura (pagos más reservas) de 135,7 millones. En 2006 las primas fueron de 148,4 millones con una siniestralidad de 140 millones. La tasa total de siniestralidad (primas, reservas más gastos) supera el 110%. En la aseguradora de los arquitectos técnicos (Musaat), los datos siguen pautas similares: en el año 2005 primas de 115,6 millones con una siniestralidad pura de 105,1 millones y en 2006 unas primas de 148,2 millones y una siniestralidad de 125,1 millones. El número de siniestros es de unos 3.000 siniestros al año, cifra que se mantiene constante a lo largo de los años; el ratio acumulado de siniestralidad es del 94%. Ambas compañías tienen aproximadamente unos 20.000 asegurados cada una.

En *Alemania* las primas se acercaron a los 6.500 millones de euros en 2006 (+ 0,5%) con una tasa combinada de siniestralidad del 86% frente al 85,8% en el ejercicio anterior. Se considera que el desarrollo ha sido satisfactorio.

En *Francia*, las primas superaron la barrera de los 3.180 millones de euros en 2006 (+ 6%), con una tasa de siniestralidad combinada de alrededor del 100%.

En *Suiza*, a su vez, las primas del 2006 alcanzaron los 1.980 millones de francos suizos, lo que representa un 4% más que en el ejercicio anterior. La tasa de siniestralidad pura fue del 43,36% en 2005; para el ejercicio pasado se espera un ascenso hasta cerca del 50%.

Por último *Portugal* nos muestra una prima de 97,3 millones de euros con una tasa pura de siniestralidad por debajo del 50%.

2. PROBLEMAS RELACIONADOS CON EL CONTRATO DE SEGURO Y CON LA RESPONSABILIDAD CIVIL QUE AFECTAN AL SEGURO DE RC GENERAL HOY

2.1. Ausencia de un contrato de seguro uniforme

En la Unión Europea (UE) existe un origen común y una gran similitud en los contratos de seguro, pero los principios fundamentales que rigen su celebración y validez son diferentes en los diversos ordenamientos jurídicos nacionales de los estados miembros. Esta diversidad es un obstáculo importante para la realización del mercado único de seguros (véase Informe del Comité Económico y Social Europeo, Diario Oficial de la Unión Europea de 28.6.05). Esta falta de armonización de las normas imperativas del derecho contractual de seguros obstaculiza considerablemente la prestación transfronteriza de seguros y dificulta que clientes que desean contratar un seguro obtengan dicha cobertura de un asegurador extranjero, etc.

El derecho contractual sustantivo de seguros se ha armonizado únicamente en sectores concretos, especialmente en el sector del automóvil; también se conocen normas comunes referentes a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes al seguro de defensa jurídica (Directiva 87/344/CEE del Consejo, de 22 de junio de 1987).

Esta falta de armonización supone, entre otros, para el seguro de responsabilidad civil que la legislación aplicable cambia en función del lugar donde se venda la póliza, lo que, a vez, influye en el cálculo de la responsabilidad asumida y, por ende, en el funcionamiento de la ley de los grandes números. En resumen, la diversidad perturba y distorsiona el diseño de la póliza de RC que tiene que tener en cuenta el marco jurídico en el que se vende y en el que se puede realizar el siniestro.

Por otra parte nos encontramos con que la *acción directa* contra el asegurador aún no está introducida en muchos países europeos.

El mecanismo de la acción directa está instaurado en España, Francia, Bélgica y Luxemburgo.

En *Suiza* se está procediendo a una revisión completa de la Ley de Contrato de Seguro, uno de cuyos cambios más esenciales será la introducción de la acción directa en todas las modalidades de seguros de responsabilidad civil. El art. 60 de la Ley de Contrato de Seguro en vigor indica que en el seguro de responsabilidad civil el tercero perjudicado tiene un derecho de prenda sobre la indemnización que se debe al asegurado, pudiendo pagar el asegurador directamente al tercero perjudicado.

En *Alemania*, el art. 156.1 de la Ley de Contrato de Seguro prohíbe todos los actos de disposición sobre la indemnización derivada del contrato de seguro; la reforma de la Ley de Contrato de Seguro, que se está gestando, y que se piensa que entrará en vigor el próximo año, prevé también la introducción de la acción directa contra el asegurador en todos los casos de seguros obligatorios de responsabilidad civil. Se teme que, en el futuro, cualquier acuerdo tendente a no pagar al asegurado que ha abonado la indemnización a un tercero sin el consentimiento del asegurador será considerado sin efecto. También se piensa que la defensa frente a reclamaciones injustificadas se complicará y que se fomentará el fraude en este seguro.

En *Francia*, el art. 124–3 del Código de Seguros dice que el asegurador no puede pagar a persona distinta del tercero perjudicado, en todo o en parte, la suma debida, hasta que el tercero perjudicado haya sido resarcido, es decir, se produce una especie de inmovilización de la suma asegurada.

En *España*, el art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro extendió la acción directa a todos los supuestos de responsabilidad civil. Se ha discutido mucho sobre si la acción directa es una pretensión procesal o es un derecho propio, sustantivo, del perjudicado frente al asegurador, o también sobre la regulación legal de que la “acción directa es *immune* a las excepciones que puedan corresponder al asegurador frente al asegurado”, siendo también objeto de múltiples decisiones judiciales; la tendencia mayoritaria, tanto en doctrina científica como en los tribunales, es que se pueden oponer los hechos constitutivos del derecho del asegurado (póliza nula o extinguida, los límites cuantitativos, cualitativos, geográficos o temporales) pero no aquellos hechos, de carácter impositivo o extintivo, que normalmente dependen de la conducta del asegurado, en los que la prueba del incumplimiento incumbe al asegurador y le liberan frente a su asegurado pero no frente al perjudicado (como comportamientos subjetivos estarían los relacionados con el incumplimiento de la declaración del riesgo o la comunicación de su agravación, la suspensión de la póliza por impago de la prima antes de la resolución o extinción, el incumplimiento del deber de comunicar el siniestro, etc.). Lo más llamativo de la situación española es que sólo existe la posibilidad de repetir contra el asegurado en el caso de que el daño o perjuicio haya sido causado por su conducta dolosa o bien el que el

tercero perjudicado pueda ejercitar la acción directa contra el asegurador sin necesidad de demandar al causante del daño, es decir, al asegurado.

2.2. No armonización de legislación general y jurisdicción

Pero aun cuando las partes contratantes tuvieran la posibilidad de elegir libremente la legislación o si ésta estuviera determinada, por ejemplo, por el lugar del establecimiento del asegurador, el problema no quedaría del todo resuelto pues los tribunales del estado miembro seguirían aplicando sus propias normas obligatorias, en especial las de carácter procesal e incluso en temas de derecho sustantivo se produciría una cierta distorsión al no estar unificada la jurisdicción. Un ejemplo que se puede considerar ya como clásico es el de la responsabilidad por productos defectuosos: las legislaciones están en la mayoría de los estados miembros unificadas en base a la Directiva del 85 en donde el concepto de producto defectuoso va asociado a la expectativa del consumidor; es evidente que esta expectativa varía considerablemente según el país del consumidor, con clara influencia de la situación geográfica, clima etc., lo que el tribunal tendrá en cuenta a la hora de decidir.

El Tratado de Roma II es un nuevo intento de hacer frente en el futuro a esta diversidad, al indicar cuál sea la ley aplicable a reclamaciones extracontractuales transfronterizas, relacionadas con el lugar donde se produce el accidente o bien del domicilio si ambas partes están domiciliadas en el mismo país, etc. También se ocupa la Comisión de la UE de las pequeñas reclamaciones transfronterizas por importe de hasta 2.000 euros; el decreto de 13 de junio de 2007 establece procedimientos estandarizados a nivel europeo que se deben aplicar en los respectivos países, con la excepción de Dinamarca; en Alemania el demandante tendrá la opción de utilizar el procedimiento alemán. La regulación comunitaria prevé, en grandes líneas, que la reclamación se tramitará por escrito, a no ser que el tribunal considere necesario un juicio verbal; también se estandarizará la demanda, no siendo necesario utilizar abogado; las sentencias se ejecutarán provisionalmente con independencia de que se haya apelado, no siendo necesario prestar una garantía para ello. Este sistema de ejecución de sentencias está generalizado en España para todo tipo de daños desde el año 2000.

2.3. Falta de uniformidad de condicionados y de definiciones en las pólizas

Otra cuestión que guarda relación con lo indicado es que nos encontramos con que en un cierto número de mercados no existen condicionados homogéneos dentro del propio mercado cual es el caso de España, Bélgica o de Inglaterra (véase CEA "Stude comparative sur les conditions générales pour l'assurance responsabilité civile d'entreprise dans 16 pays d'Europe, 1999), si bien las pólizas coinciden, por lo general, en cuanto a su contenido; tampoco existen condicionados uniformes en los diversos países de la UE; estas diferencias se manifiestan en cuanto a otorgar o no cobertura para los perjuicios consecutivos, para los puros perjuicios patrimoniales o bien en cuanto a hacerlo mediante

sobreprima o no; también se ve una clara falta de uniformidad en algo tan esencial como son las definiciones respecto al objeto de la cobertura, etc.; las definiciones respecto a qué se entienda por daño, personal, material, consecuencia de éstos o perjuicio patrimonial puro varían de un país a otro, igualmente varían los riesgos cubiertos por la cobertura básica, así mientras algunos países cubren automáticamente la RC productos, otros la excluyen de la cobertura básica. Más selectivo se es en los riesgos de retirada y contaminación, que suelen estar excluidos, si bien algún país incluye automáticamente la contaminación accidental.

2.4. La valoración del daño personal

Otro factor que influye, de manera desigual, en el desarrollo del seguro de responsabilidad civil es la forma cómo se fija la cuantía del daño a la persona.

En la mayoría de los países europeos, los límites de las indemnizaciones se establecen por la jurisprudencia, que elabora sus criterios siguiendo unas pautas o sistemas orientativos, contando con la participación de médicos y otros especialistas. Pese a ello, las peculiaridades locales hacen que las indemnizaciones varíen considerablemente de un país a otro, en una escala que va desde los 65.000 euros en Holanda a los 390.000 euros en Italia para el mismo tipo de lesión (tetraplegia).

El Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó el 14 de marzo de 1975 la Resolución 75/7, por la que se establecían los principios relativos a la reparación de los daños en caso de lesiones y muerte. La resolución destacaba ya entonces la necesidad de unificar y armonizar el significado de los conceptos jurídicos básicos así como las nociones conexas, tales como las concepciones del daño material y moral, indicando que los diversos sistemas jurídicos ofrecían notables diferencias respecto a la determinación de los perjuicios resarcibles y la forma de llevarse a cabo la reparación, presentándose sensibles discordancias en la catalogación de los daños materiales o morales.

En realidad, la situación de diferencias sigue siendo la misma que en el año 1975. Ello supone la aleatoriedad de las cuantías, que afecta a las bases de cálculo de prima, especialmente para el negocio extranjero, pero que también produce fluctuaciones considerables dentro del propio país. Como resumen, a este respecto se puede constatar que existe: desigualdad de las cuantías, lentitud en los juzgados, diversidad o falta de criterios judiciales, falta de homogeneidad de los principios de valoración y, finalmente, inseguridad técnica de las aseguradoras.

España dio un enorme paso mediante la promulgación del denominado Baremo para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (Ley 30/1995, de 8 de noviembre), de carácter vinculante para dichos accidentes, pero que se aplica de manera generalizada a todos los supuestos de daños ocasionados por responsabilidad civil. El baremo establece un sistema prefijado de indemnizaciones, mediante unas tablas para los casos de muerte e invalidez y una serie de factores correctores que incrementan o disminuyen las indemnizaciones, junto a un baremo médico de

incapacidades. Portugal acaba de publicar también un baremo médico, con la idea de extenderlo a la fijación de cantidades.

Tal vez conviene recordar que la Sección Española de AIDA, SEAIDA, fue, mediante la creación de un Grupo de TRABAJO, integrado por prestigiosos juristas en el campo de la responsabilidad civil, quien sugirió los criterios y principios de valoración del daño personal que pudieran servir de orientación a las aseguradoras como a los jueces y magistrados. Fruto del trabajo del Grupo, que contó con el apoyo de ICEA, UNESPA y el Instituto de Toxicología, fue la publicación de los “Criterios para la Valoración de los Daños Personales, también conocido como el “Sistema SEAIDA 91” que fue la base del sistema actual.

En estos momentos se está estudiando extender el sistema de valoración por la vía legal a todos los supuestos de daños personales derivados de la responsabilidad civil, con independencia del origen de la misma (véase SEAIDA “Informe sobre la eventual viabilidad de la extensión del baremo de la Ley 30/95 a supuestos distintos de accidentes de circulación” Madrid, noviembre de 2005).

2.5. El concepto de siniestro y la delimitación temporal del mismo

Un tema que ha preocupado y sigue preocupando a los tribunales, doctrina científica y práctica aseguradora es la determinación del momento del siniestro. En algunos ramos es relativamente fácil esta determinación (el barco se hunde, el edificio queda destruido por el inmueble) pero en el seguro de responsabilidad civil no es tan fácil, estando su fijación condicionada tanto por el tipo de daños como por el hecho de que el acto ilícito y el daño ocasionado a un tercero se localicen en dos o más fracciones de tiempo que tienen una separación temporal considerable entre ellas como pueden ser los casos de siniestros procedentes de tabaco, asbestos, sida, látex o implantes de silicona. En estos daños de manifestación gradual o diferida, la exigencia de indemnización al responsable civil se materializa varios años después del momento en que se produjo el daño, una vez que el perjudicado conoce que su daño se debe a aquello que ocurrió varios años antes. La exposición del asegurador es por un período de tiempo no previsible, lo que le genera dificultades a la hora de fijar primas y reservas para un período concreto.

Las dificultades de definir el momento del siniestro en el seguro de RC, o lo que los alemanes llaman “caso de seguro”, se dan en todos los países (véase VersRecht, 2004 Dr. Tibo S. Pataky, “Der Versicherungsfall in der Haftpflichtversicherung - Grenzen eines Definitionsversuchs am Beispiel der “Claims made Theorie”).

La teoría de ligar el momento del siniestro a la reclamación está muy extendida en el ámbito anglosajón, pero no en otros. Ello prueba, por un lado, la internacionalización del mercado de seguros, pero muestra, a su vez, los límites de la internacionalización del producto seguro ya que éste, considerado como puro producto jurídico, no puede adaptarse sin más a las exigencias de la competencia y libre circulación mediante modificaciones de las peculiaridades jurídicas locales.

2.5.1. El sistema de ocurrencia

Entre los diversos sistemas utilizados para delimitar temporalmente el momento del siniestro está el de la *ocurrencia*, válido para riesgos de escasa complejidad estructural; en este sistema el hecho ilícito o evento y la manifestación del daño ocurren durante la vigencia de la póliza.

2.5.2. El sistema Claims made o de reclamación

El sistema de ocurrencia no resulta, al menos desde la perspectiva de la industria aseguradora, adecuado para aquellas pólizas que amparan la responsabilidad civil por productos o profesional o contaminación o puros perjuicios patrimoniales o, en general, para todos aquellos riesgos proclives a la producción de los denominados siniestros tardíos (*long tail risks*). Para estos riesgos se considera como más apropiado el sistema de *reclamación o Claims made* que, con múltiples variantes, no está tampoco libre de controversias, pues afecta al propio concepto de siniestro; en el sistema de reclamación, el surgimiento de la obligación del asegurador ya no se vincula exclusivamente a que el hecho generador de la responsabilidad civil y/o la ocurrencia o manifestación del daño se hayan producido estando en vigor la póliza.

El sistema de reclamación ampara, con carácter general, reclamaciones hechas al asegurado y comunicadas a la aseguradora durante el mismo período de seguro, sin tener en cuenta el momento en el que se produjo la acción u omisión. Si la reclamación no se produce en el período concreto pactado, no existe cobertura.

En principio podría parecer que es fácil en este sistema delimitar el momento el que se ha producido el siniestro a efectos de imputar éste a un período determinado, que sería aquel en el cual se ha producido la reclamación; pero el sistema experimenta problemas en supuestos tales como cuando el asegurador acuerda con el asegurado varias pólizas consecutivas, cada una de las cuales tiene vigencia por un año, en base al sistema de reclamación hecha al asegurado durante el mismo período de la póliza y comunicada por escrito al asegurador durante dicho período. Si el asegurado recibe la reclamación durante el primer año, sobre todo al final del período de la póliza pero comunica la misma al asegurador en el período siguiente ¿existe cobertura sólo por la póliza en efecto cuando se hizo la reclamación al asegurado o cuando se hizo al asegurador o en ambos casos? La respuesta podría ser no en los tres casos, pero esta afirmación va supeditada a la legislación aplicable y al lenguaje utilizado por la póliza.

Cuestión también muy debatida es si las cláusulas de reclamación que son admisibles en los seguros de responsabilidad civil para los grandes riesgos son, a su vez, oponibles a un tercero que ejercita la acción directa contra la aseguradora, en aquellos países, como España donde es posible que el perjudicado ejercite la acción directa contra la aseguradora. La respuesta pasaría por considerar la cláusula como una delimitación objetiva del riesgo, que puede oponerse al tercero al quedar la pretensión del mismo excluida de la cobertura del seguro.

Un problema conexo con los que plantea la delimitación temporal de la cobertura es el relacionado con la coordinación de las cláusulas de delimitación temporal entre la póliza antecedente y la póliza subsiguiente. La falta de coordinación ha originado lagunas de cobertura, generando situaciones de duplicidad de seguros con la correspondiente acumulación de límites o bien motivando a los tribunales a redefinir las estipulaciones contractuales con la finalidad de proteger a las víctimas.

En la mayoría de los casos fallados por los tribunales del ámbito jurídico anglosajón (como ej. *National Union Fire Insurance Co. v. Talcott*) la cobertura sólo existe en las pólizas consecutivas cuando la reclamación ha sido hecha al asegurado y comunicada a la aseguradora durante el mismo período de seguro (véase el trabajo de ROCKAS "Successive Claims Made Policies: Problems and possible Solutions" en el *Journal* May 2004, No. 112 de la *British Insurance Law Association*, págs. 25 y ss). Hay, sin embargo, otras decisiones de tribunales norteamericanos que, aunque minoritarias, se desvían de la regla indicada al no requerir que la reclamación y comunicación coincidan en el mismo período del seguro (como ejemplo el caso de "Cast Steel Products"). Las dudas se presentan principalmente en los casos donde las pólizas ofrecen un *extended reporting period* para los casos de que no se renueve o se cancele pero no para los casos donde la póliza se renueva o en aquellos casos donde la reclamación se presenta al final del período de seguro realmente afectado pero el asegurado tiene dificultades para comunicarlo al asegurador en ese período o también cuando el asegurado es demandado durante el período de seguro primero pero la notificación de la demanda al asegurado se hace en el segundo período, etc. En el caso del *extended reporting period* sólo para cancelación o no renovación pero no para la renovación se crea una situación ambigua que habría que evitar en la póliza; en el caso de la reclamación judicial en el primer período pero con notificación al asegurado en el segundo período habría que arbitrar un período de "gracia" de 30 ó 60 días para poder comunicar el siniestro, pues lo contrario produciría anomalías no justificadas. El aspecto básico a tener en cuenta para denegar la cobertura sería la omisión voluntaria del asegurado de no comunicar la reclamación al asegurador en el mismo período en el que recibe la misma.

En España hubo una enorme polémica y un claro escenario de contradicción entre la operativa de las aseguradoras utilizando el sistema *Claims made* y la doctrina de los tribunales remitiéndose continuamente al hecho generador como momento del siniestro; fue precisa la intervención del legislador quien, mediante la Ley 3/95, consideró admisibles las cláusulas que circunscriben la cobertura de la aseguradora a los supuestos en que "la reclamación del perjudicado haya tenido lugar dentro de un período de tiempo no inferior a un año, desde la terminación de la última de las prórrogas del contrato o, en su defecto, de su período de duración" y ... a los supuestos en que la reclamación del perjudicado tenga lugar durante el período de vigencia de la póliza siempre que, en este caso, tal cobertura se extienda a los supuestos en los que el nacimiento de la obligación de indemnizar a cargo del asegurado haya podido tener lugar con anterioridad, al menos, de un año, desde el comienzo de los efectos del contrato, y ello aunque dicho contrato sea prorrogado" (art. 73 LCS). La cláusula tiene, por ley, carácter de cláusula limitativa. Véase respecto a las cláusulas limitativas lo indicado en el punto siguiente.

2.6. La cláusula de unidad de siniestro o siniestros en serie (*aggregation clause*)

Esta cláusula, que pertenece al ámbito de estipulaciones específicas que impone el asegurador con la finalidad de controlar la exposición cuantitativa lo más posible, ofrece diversas variantes y ha sido objeto de numerosos pronunciamientos de los tribunales. El propósito de la cláusula es hacer posible que dos o más siniestros distintos amparados por una póliza sean considerados como un único siniestro a los efectos de la franquicia o a otros efectos siempre que ambos casos estén unidos por un factor unificador de igual clase.

Un ejemplo que ilustra la problemática (citado por TIPLADY en su artículo "Aggregation - the End of the Line", en el *Journal May* 2004, N° 111 de la British Insurance Law Association, págs. 16 y siguientes) es el del *Lloyds TSB v. Lloyds Bank*: La Social Security Act de 1986 permitió, por primera vez, a los empleados cambiar su esquema obligatorio de pensiones por un plan de pensiones privado. Las previsiones legales obligaban al vendedor de dichos planes individuales a dar "el mejor asesoramiento" (*best advise*) con el fin de que cada comprador estuviese debidamente informado de si le era más favorable comprar el plan individual o quedarse con el esquema obligatorio. Pero la compañía, como otros muchos vendedores, no entrenó debidamente a sus comerciales que, por lo general, no daban el asesoramiento debido; miles de empleados compraron el plan individual que era peor para sus intereses que si se hubieran quedado con el que tenían; reclamaron y recibieron más de 125 millones de libras. La compañía vendedora de los planes privados reclamó a la aseguradora con el fin de recobrar la suma; la sección de la responsabilidad civil profesional de la Bankers Composite Insurance Policy daba cobertura ilimitada para las reclamaciones en exceso de 1.000.000 de libras; los pagos hechos a un empleado estaban por debajo de las 35.000 libras; la póliza contenía la cláusula de siniestros en serie que decía que

"si se producen una serie de reclamaciones derivadas de una acción u omisión individual (o cualesquiera series de actos u omisiones relacionadas) entonces.... todas esas reclamaciones de terceros serán consideradas como una única reclamación de terceros a efectos de aplicación de la franquicia"

con lo que la aseguradora denegó la indemnización. El juez de 1ª Instancia confirmó la negativa, pues el fallo en el entrenamiento de los comerciales fue el acto u omisión individual que causó directamente las pérdidas; añadía que si las reclamaciones de los terceros se hubieran causado por los incidentes individuales del fallo de dar el mejor asesoramiento, entonces los mismos formarían series relacionadas, que estaban unidas por una causa única subyacente; el Tribunal de Apelación sostuvo también que había una serie de actos y omisiones relacionados pero rechazó que las pérdidas procedían de una acción u omisión única pues las pérdidas no habían sido originadas como causa próxima por el fallo en los entrenamientos, pero aceptó que los siniestros podían ser agregados bajo la segunda parte de la cláusula. La decisión de la House of Lords fue contraria a la última parte de la decisión de la Corte de Apelación.

2.7. Condenas al asegurador que superan los límites contratados

Los tribunales españoles de instancia, en su afán de proteger a la víctima, no respetan, a veces, el límite económico fijado en la póliza, la suma asegurada, cuando la indemnización fijada por daños y perjuicios es superior a la prevista en la póliza.

Las sentencias fundamentan la condena en que la suma asegurada es una cláusula limitativa de los derechos del asegurado y tiene, por tanto, que ajustarse a los requisitos previstos en el art. 3 de estar especialmente destacada y aceptada por el asegurado.

La propia Sala de lo Civil del Tribunal Supremo había mantenido diferencias de criterio en diversas ocasiones respecto a la naturaleza de la suma asegurada. Así la sentencia de 30 diciembre de 2005 decía que la suma asegurada era cláusula limitativa mientras que las de 2 de febrero de 2001, 14 de mayo y 11 de noviembre de 2004 calificaban de cláusulas delimitativas aquellas que definen el riesgo y determinan su alcance económico, en cuanto delimitan el objeto y el ámbito del seguro y son esenciales para que pueda nacer la obligación aseguradora, según la propia definición del contrato de seguro expresado en el art. 1 de la ley.

En un caso relativamente reciente (STS, Sala 1ª, de 11 de septiembre de 2006), en el que la suma asegurada venía referida a la cobertura por gastos ocasionados al asegurado en concepto de minuta de Letrado y derechos y suplidos de procurador hasta el límite máximo de 6.000 euros mientras que los gastos ocasionados en el pleito por este concepto ascendían a 36.000 euros, la parte actora sostenía en su demanda que, al no haberse establecido dentro de las condiciones particulares cláusulas restrictivas o limitativas, cada uno de los riesgos contratados tenía un carácter de ilimitado, sin ser de aplicación las condiciones generales en las que se establecía un capital asegurado inferior a la suma objeto de la reclamación, al no haber sido expresamente aceptadas ni incluidas en la póliza, ya que como cláusula limitativa, está sometida a la exigencia de aceptación del art. 3 de la LCS.

En la sentencia de 11 de septiembre, el TS trata de mantener *un criterio uniforme*, al señalar que las cláusulas delimitadoras del riesgo son aquellas mediante las cuales se concreta el objeto del contrato, fijando qué riesgos, en caso de producirse, por constituir el objeto del seguro, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación y en la aseguradora el recíproco deber de atenderla y para ello se remite a la jurisprudencia mayoritaria que declara que son cláusulas delimitativas aquellas que determinan qué riesgo se cubre, *en qué cuantía*, durante qué plazo y en qué ámbito espacial (SSTT de 2 de febrero 2001, 14 de mayo de 2004, 17 de marzo de 2006); estas cláusulas, susceptibles de incluirse en las condiciones generales para formar parte del contrato, quedan sometidas al régimen de aceptación genérica, sin necesidad de la observancia de los requisitos de incorporación que exigen las limitativas.

2.8. La responsabilidad medioambiental y el seguro de responsabilidad civil

La contaminación y el seguro de responsabilidad civil han formado desde siempre un matrimonio no muy bien avenido. Las discusiones sobre el alcance de la cobertura, sobre qué sea accidental o gradual, sobre los gastos de limpieza, etc. son ya clásicas, pero el tema sigue afectando al seguro.

La Directiva 2.004/35/CE trató de establecer un marco común para la prevención y la reparación de los daños medioambientales, por lo que no se aplica a las lesiones causadas a las personas ni a los daños causados a la propiedad privada; se trata de evitar un incremento de la contaminación y que la pérdida de la biodiversidad sea mayor en el futuro; también se insiste en que no es posible subsanar todas las formas de daño medioambiental mediante el mecanismo de la responsabilidad, pues para ello es preciso la identificación de uno o más contaminantes, la concreción y cuantificación de los daños y el establecimiento de un vínculo causal entre los daños y los contaminantes identificados por lo que la responsabilidad no es un instrumento adecuado para abordar la contaminación de carácter extendido y difuso en la que es imposible asociar los efectos negativos con actos u omisiones de determinados agentes individuales.

Como resumen, la Directiva reitera el principio de "quien contamina paga", por lo que un operador que cause daños medioambientales o que amenace de forma inminente con su causación debe sufragar, en principio, el coste de las medidas preventivas o reparadoras necesarias. Si las actuaciones se llevan a cabo por la autoridad, ésta debe repetir contra el operador afectado. Por lo demás define (art. 2) lo que se entiende por daño medioambiental (a las especies y hábitats protegidos, a las aguas, al suelo) siendo dicho daño el cambio adverso mensurable de un recurso natural o el perjuicio mensurable a un servicio de recursos naturales; operador es cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que desempeñe o controle una actividad profesional, efectuada con ocasión de una actividad económica, un negocio o una empresa, pública o privada o con fines lucrativos o no. Se prevén también garantías financieras a las que los operadores pueden recurrir para hacer frente a sus responsabilidades según la Directiva. La garantía financiera debe tener un límite máximo y excluir las actividades de bajo riesgo.

Pese a que el 30 de abril de 2007 finalizó el plazo para la transposición de la Directiva por los estados miembros, hay un considerable retraso; así en España, el Congreso ha aprobado el 4 de octubre de 2007 la Ley de Responsabilidad Medioambiental, como transposición de la Directiva, que establece una responsabilidad medioambiental ilimitada, ya que el contenido de la obligación de reparación o prevención es devolver los recursos naturales dañados a su estado original, sufragando el total de los costes de las medidas preventivas o reparadoras; para asegurar la solvencia del operador establece un sistema de garantías financieras (art. 24) mediante la suscripción de una póliza de seguro, la obtención de un aval o la constitución de una reserva técnica mediante la dotación de un fondo "ad hoc". El límite, por evento y anualidad, de la garantía no será superior a

20 millones de euros, siendo posible establecer una franquicia del 0,50% de la cuantía a garantizar que se fije en cada caso.

Alemania, a su vez, traspuso la Directiva mediante la Umweltschadengesetz de 30 de abril de 2007 que entrará en vigor el 14 de noviembre de este año. La Patronal del sector de seguros (GDV) ha desarrollado hace muy poco un concepto independiente de cobertura para cumplir con los requisitos de la nueva ley, en base al sistema ya acreditado de módulos y que se puede comprar en paralelo a la póliza de RC general y a la contaminación ya existente en respuesta a la ley del año 1991. Hungría ha modificado en julio su Ley de Contaminación Medioambiental para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva, incluso superándola en ciertos aspectos, lo que hace necesario que el mercado arbitre los mecanismos necesarios para la cobertura de seguro.

En el Reino Unido, la House of Lords, el 27 de junio de 2007 (caso Grid Gas plc vs. Environment Agency) falló que no hay responsabilidad por parte del sucesor legal de un suelo contaminado por su antecesor. Durante los trabajos de construcción de unos edificios residenciales en los años sesenta se descubrió la contaminación de los terrenos. La base legal tomada en cuenta para el fallo fue la Part 2A de la Environmental Protection Act, en vigor desde el año 1995, que no se aplica con carácter retroactivo.

Los aseguradores de todos los países afectados están creando modelos de cobertura para hacer frente al mandato legal. A su vez, la actitud de los reaseguradores, en general, es negativa, siendo partidarios de la exclusión de la responsabilidad medioambiental impuesta por la Directiva.

2.9. El seguro de responsabilidad civil por terrorismo

Los actos terroristas ocasionan pérdidas en vidas humanas, lesiones y considerables daños materiales. Para el seguro de responsabilidad civil, las consecuencias del terrorismo con sus diversas manifestaciones forman parte de una exclusión estandarizada, que va unida a la de guerra, etc. La justificación es que, en realidad, el asegurado no puede responder por dichos actos, ya que no es responsable de los mismos o bien es el autor material de los mismos con la que la exclusión del acto doloso o voluntario entraría en juego. Pero el problema de la cobertura no acaba en esta exclusión, pues hay una serie de supuestos que podrían dar lugar a responsabilidad por una omisión de las medidas de prevención necesarias para evitar que se produzca el evento dañoso.

Algunas aseguradoras (por ej. Hiscox) tratan de encontrar un hueco de mercado ofreciendo un seguro de responsabilidad civil por terrorismo que indemniza al asegurado de su pérdida neta definitiva como resultado de la responsabilidad que para él se derive de un acto de terrorismo, evento que debe ocurrir y reclamarse durante la vigencia de la póliza y ocasionar daños personales o materiales como consecuencia única y directa de un acto o actos terroristas ocasionados por el empleo de fuerza o violencia por parte de cualquier persona o grupo de personas, actuando por su cuenta o por cuenta de y en relación con cualquier organización, y efectuados por motivos políticos, religiosos o

ideológicos, incluyendo aquellos que tengan intención de influir en los gobiernos y/o que causen terror con estos propósitos. La póliza consta de 17 exclusiones, redactadas con mayor o menor fortuna, entre las que no se encuentra excluida la responsabilidad por dolo del propio asegurado, cosa que pensamos que se sobreentiende por el redactor del condicionado.

3. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

El amplio campo de las *nuevas tecnologías* es un reto profesional y se está convirtiendo en un nuevo frente de asesoramiento de los despachos de abogados a las aseguradoras y a las empresas. La importancia y actualidad de todo lo relacionado con las nuevas tecnologías obliga a especializarse en la normativa reguladora sobre Internet, las telecomunicaciones, la ingeniería genética y la biotecnología, la nanotecnología, los derechos de autor, la contratación informática, el comercio electrónico en general, los derechos de la personalidad, la protección de datos, el derecho internacional aplicable, la fiscalidad y los delitos informáticos.

A nivel de prevención y seguro es digno de destacar el hecho de que una de cada tres multinacionales opina que *la pérdida de datos* es una amenaza importante que debe ser abordada en la planificación de los riesgos operativos (Informe sobre riesgos realizado en 2006 por la "*Economist Intelligence Unit*", bajo el patrocinio del Grupo Europeo ACE). Esta pérdida de datos lleva asociada considerables pérdidas económicas y de otro tipo en las operaciones de las empresas, ocasionando retrasos considerables en las mismas. Entre las consecuencias de la pérdida de datos se destaca el daño que a la reputación de la empresa ocasiona la misma y, en grado menor, la pérdida de beneficios que irá en aumento si no toman las medidas de prevención necesarias.

La reposición de los datos, los daños a la reputación de una empresa o su pérdida de beneficios son consecuencias asegurables y aseguradas en las pólizas de RC profesional de los prestadores de dichos servicios, pero de dudosa cobertura mediante las pólizas de RC explotación/productos de una empresa no dedicada a las citadas actividades. La exclusión de reclamaciones por violación de los derechos de autor, con frecuencia incluidas en las pólizas, es algo que debería ser objeto de reflexión, dadas sus enormes repercusiones financieras, unidas a los gastos de defensa jurídica.

En caso de otorgar cobertura, la introducción de medidas preventivas para aminorar o evitar el siniestro debería formar parte del núcleo de la póliza.

3.1. Supuestos relacionados con el ámbito laboral

El campo de los supuestos de responsabilidad civil relacionados con el *ámbito laboral*, que afectan al seguro de responsabilidad civil, es muy variado, especialmente en aquellos países, como España, donde el trabajador que sufre un daño a consecuencia de un ilícito,

derivado de su actividad laboral, tiene acción directa contra el patrono; el cúmulo de prestaciones es muy considerable, ya que el trabajador afectado o sus causahabientes reciben varias indemnizaciones por un mismo hecho ilícito: una que deriva de la responsabilidad *ex lege*, por imperativo legal, en concreto del seguro obligatorio de Accidentes de Trabajo, otra que deriva de la responsabilidad normal del empresario, sujeta al principio de culpa, mediante la cual el trabajador puede reclamar al empresario el resarcimiento de todos los daños sufridos, con independencia de las prestaciones que haya recibido de la seguridad social; otras procedentes de eventuales pólizas individuales o colectivas de Vida o Accidentes.

Junto a estas reclamaciones por daños personales (RC Patronal) derivadas de los accidentes laborales, nos encontramos con otras cuyo escenario generador es también el ámbito laboral, pero que están relacionadas con las nuevas tecnologías; uno de los supuestos más frecuentes es el de la *utilización del ordenador de la empresa para fines privados*; en la práctica diaria se dan casos en los que el empleado utiliza la Intranet para enviar a colegas, especialmente del sexo femenino, correos con contenidos sexuales que hieren la sensibilidad del receptor (contenidos pornográficos) o bien un tercero entra en la Intranet, accede al servidor del correo electrónico, lee, utiliza indebidamente o incluso borra correos privados de los empleados, uno de los cuales contiene un plazo cuya no observancia ocasiona considerables perjuicios (no hacer un pago en una fecha determinada, rescisión de un contrato, etc.). Incluso se da el caso de venta de productos falsificados a través del "Black Board" puesto a disposición por el empresario para que los empleados se comuniquen entre sí.

Si el empresario afectado permite expresamente la utilización del sistema *on line* o lo consiente tácitamente, en realidad está prestando servicios de telecomunicaciones o servicios a distancia. Para el seguro, la primera pregunta es si este riesgo está o no incluido en la descripción del riesgo, cosa que no será así cuando el empresario no es un prestador de servicios de accesos, contenidos u hospedaje a distancia, sino simplemente un fabricante de muebles o una empresa de logística, por citar un ejemplo; cuando el empresario recibe una reclamación derivada de la lesión de derechos, bienes jurídicos o intereses patrimoniales como consecuencia de la utilización privada de Internet surge la duda de si dicha reclamación está o no amparada.

Desde la perspectiva de la responsabilidad, se pueden plantear diversas cuestiones como la de si el empresario es responsable por los actos de sus empleados, ya que falta el nexo causal entre el acto dañoso y el daño, al no estar la acción incluida dentro de las funciones encomendadas al empleado, o bien si estamos en presencia de una infracción del deber de tutela que tiene todo empresario frente a su empleado o incluso ante una negligencia a la hora de organizar la empresa.

Desde la perspectiva del seguro, tenemos dos ámbitos claramente diferenciados: por un lado la cobertura del empleado, que obra mal, a través de su póliza de RC privada o familiar y, por otro, la cobertura a través de la RC empresas. En ambos campos, se da el principio de la especialidad del riesgo, pero mientras en la RC privada estaríamos ante una actividad privada del asegurado que no precisa mayor descripción en la póliza, en la

póliza RC empresas sí sería necesaria la descripción del riesgo asegurado. Como normalmente el supuesto de uso privado de Internet no suele estar descrito, habría que operar mediante lo que es habitual o bien mediante las actividades auxiliares de toda actividad empresarial, cual es la Intranet. En principio, estaría cubierta por la póliza la utilización, con fines empresariales, de la misma, pero no la utilización, salvo pacto expreso, con fines privados, pues esto sería ya una modificación del riesgo original, aun en su carácter de actividad auxiliar. Entrarían aquí en juego las disposiciones sobre declaraciones, agravaciones o modificaciones del riesgo, así como las medidas previstas en el texto contractual para evitar la producción o aminorar las consecuencias del siniestro. También afecta al seguro, si partimos de que el riesgo está en origen asegurado, de qué daños son los que están amparados, pues muchas pólizas sólo otorgan cobertura para los daños personales, materiales o aquellos que son consecuencia de alguno de éstos. Es decir, el tema de la cobertura de los daños patrimoniales puros alcanza aquí gran relevancia. Vemos que tanto las delimitaciones primarias como secundarias (las exclusiones) tienen gran importancia en éstos y similares supuestos (véase también KOCH, ROBERT en "Versicherungsschutz bei Gestaltung privater Online-Nutzung am Arbeitsplatz - (k)neues Risiko? VersR 1º noviembre 2006).

3.2. El fraude informático

La Memoria de Reclamaciones del Banco de España, presentada el día 14 de septiembre de este año en Madrid, destacaba que los intentos de fraude por Internet habían crecido de forma alarmante en los tres últimos años. La práctica de recabar información confidencial de los usuarios de la banca digital a través de correos electrónicos con apariencia de comunicación oficial de la entidad financiera (*phishing*) contra las entidades se han incrementado considerablemente desde 2004; las pérdidas se han cuadruplicado hasta los 704 millones de euros en el último trienio. Estas estafas electrónicas se completan con otros medios como troyanos, *botnets*, *keyloggers*; la finalidad común de todos ellos es introducir en el ordenador del usuario un programa informático que haga la función de espía. El Banco de España está preocupado e inquieto y añade que esta situación genera la necesidad readoptar medidas que incrementen la seguridad en la red.

En este marco de la *piratería informática* hemos visto en los primeros días de septiembre que Napster ha cerrado definitivamente sus problemas legales por piratería seis años después del cierre gratuito de su servicio de intercambio de archivos: su accionista mayoritario, el grupo alemán Bertelsmann, ha cerrado la última demanda pendiente mediante una transacción de 143 millones de euros con la Asociación Nacional de Editores de Música de Estados Unidos. Se dice que Bertelsmann ha pagado en total unos 287 millones de euros, el doble de sus previsiones, para resolver los litigios por violación de los derechos autor de Napster, empresa que adquirió en 2001.

3.3. El abuso de posición dominante

El Tribunal de Primera Instancia de Luxemburgo ha ratificado en el mes de septiembre la multa de 497 millones de euros que el Ejecutivo de Bruselas impuso a Microsoft en 2004,

por abuso de posición dominante, al considerar que la multinacional estadounidense aprovechaba su dominio en los sistemas operativos para expulsar a sus competidores, a quienes, además, no facilitaba información para desarrollar productos compatibles con Windows. La decisión supone un hito en la historia del derecho comunitario de la competencia, ya con la misma los consumidores serán los beneficiarios al tener más alternativas donde elegir. A efectos del seguro de RC, las repercusiones pueden ser importantes, por un lado por la cuantía de la multa, excluida como principio en los seguros de RC pero incluida en los seguros de D & O muchas veces, y, por otro, por los enormes gastos de defensa originados por ambas partes, generalmente incluidos, incluso sin limitación; a título de ejemplo, Microsoft ha empleado casi cien abogados que han tardado casi un año en analizar el caso.

3.4. Las videoconferencias caseras

Un nuevo campo de reclamaciones, dentro del ámbito del seguro de la RC privada o familiar, lo constituye la paulatina introducción en los domicilios privados de la *videoconferencia casera*, muy sofisticada y, en muchos casos, gratuita. La intromisión en el honor de otras personas, el intercambio de pornografía "in vivo" por los menores, la adición a las llamadas, etc. supone una nueva fuente de responsabilidad para los titulares de la vivienda, el paterfamilias, cuya cobertura en las pólizas familiares presenta dificultades o bien está excluida.

3.5. La tecnología de identificación por radiofrecuencia

Esta tecnología es una herramienta ya consolidada, con claras ventajas en el entorno de la lectura y transmisión de datos a distancia. Se trata de un sistema de almacenaje y tratamiento de datos (información) que se pueden recuperar mediante acceso y control remoto utilizando etiquetas que contienen la información y van adheridas al producto; unas etiquetas permiten leer el producto solamente, otras grabar información y modificar las características asociadas al producto o a su ciclo de vida incluso otras sincronizan la información en los extremos lo que permite conseguir soluciones idóneas y optimizar su funcionalidad; la etiqueta tiene un número de identificación único que individualiza y reconoce inequívocamente al producto en cuestión (véase DAVARA RODRÍGUEZ en el Otrosí 86/07 del ICAM).

La pregunta de para qué sirve esta tecnología es fácil de contestar; desde hace tiempo sirve para controlar a distancia el acceso a edificios, garajes, reconocimiento de personas o características de un producto; se utiliza en el ámbito sanitario, en el transporte, en pagos y transferencias electrónicos, etc. Pero lo que lo hace más interesante ahora es que sustituye al código de barras, que precisa una línea de visión directa para poder ser leída, a la hora de identificar las características de un producto en su almacenamiento o en el ciclo de utilización; la etiqueta actúa mediante radiofrecuencias por lo que puede ser leída y se puede escribir en ella sin tener línea alguna de visión, incluso si se encuentra en el interior del producto. Se hace más sencillo ahora controlar los *stocks* de almacén,

comprobar el movimiento físico y lógico-operativo de un producto en un centro comercial, reducción de robos, hacer perfiles de clientes en base a la personalización de preferencias o necesidades.

Esta tecnología proporciona enormes ventajas mediante la trazabilidad que incide directamente en el estudio del mercado, en la fidelización del cliente, en la mejora de la competencia y en la optimización de la fabricación y distribución.

Pero desde la perspectiva jurídica, la utilización negligente de esta tecnología puede afectar seriamente al deber de confidencialidad y a la protección de datos, con los problemas conocidos de la calidad de los datos, el consentimiento, la información, la cesión de datos a terceros, etc. A efectos del seguro, los defectos de fabricación de las etiquetas, insuficiencia de instrucciones, manejo erróneo, pérdida de datos, infracción de la confidencialidad, etc. pueden originar considerables daños personales, materiales o incluso perjuicios patrimoniales puros.

3.6. La investigación genética-biomédica

Las investigaciones realizadas con material genético, procedente de los seres humanos y con la peculiaridad de ser soporte de datos genéticos, acarrear la exigencia de protección de determinados derechos constitucionales como puede ser el derecho a la intimidad, el derecho a la protección de datos, etc.

Desde la perspectiva de la responsabilidad civil y su seguro, la investigación biomédica tiene rasgos que pueden coincidir con ciertas zonas de la actuación médica normal con finalidad curativa, planteándose la pregunta de si es preciso o no crear un sistema de responsabilidad especializado propio (véase DÍAZ MARTÍNEZ, Ana en "Los daños causados en la investigación biomédica y la realización de estudios genéticos: conductas y omisiones determinantes de responsabilidad y resarcimiento", La Ley 19 de septiembre de 2007) o si se da la necesidad de nuevas coberturas de seguro. Al igual que en una actuación médica general, en la investigación biomédica tiene que darse un consentimiento informado, libre y consciente por el sujeto fuente o donante; igualmente existe un deber de confidencialidad en el tratamiento de los datos recabados tanto frente al sujeto fuente como a sus familiares biológicos.

La Ley española 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica, contiene, en su art. 18, una responsabilidad especial, de origen contractual o extracontractual, para aquellas investigaciones que "implican procedimientos invasivos en seres humanos"; se modifican las reglas sobre la carga de la prueba y las presunciones; esta responsabilidad se aplica únicamente a los daños personales en su amplia acepción (psíquico-físicos y al daño emergente o lucro cesante), previéndose compensaciones para quienes sufran daños como consecuencia de su participación en un proyecto de investigación; el resarcimiento de otros daños como los derivados de la violación del secreto profesional o de la confidencialidad o los ligados a la prestación de asesoramiento profesional que se apoye en las investigaciones realizadas se rigen por las normas generales o sus normas

específicas; se impone también la necesidad de suscribir obligatoriamente, con carácter previo, un *seguro de responsabilidad civil* para el desarrollo de las investigaciones que comporten procedimientos invasivos en seres humanos (art. 18,2º), si bien no se indica quien sea el tomador del seguro (el investigador, el equipo o el centro público o privado donde se realiza la investigación). Asegurados son aquellos cuya responsabilidad queda amparada en la póliza en cuestión. Si por cualquier circunstancia el seguro no cubre los daños causados, se establece una responsabilidad solidaria del promotor de la investigación, el investigador responsable y el hospital o centro en que se realizó la investigación; la responsabilidad de éstos se presenta como objetiva, ya que se indica expresamente que la misma procede “aunque no medie culpa” y ello aun cuando se disponga de todas las autorizaciones administrativas y actuado con el visto bueno del Comité ético de investigación. La exoneración de responsabilidad se produce por falta nexa causal.

Pero junto a los daños a la salud como consecuencia de una investigación que exija un procedimiento invasivo, se pueden producir otros derivados de la obtención, almacenamiento y tratamiento de muestras biológicas humanas si tenemos presente que dichas muestras son portadoras de información genética tanto del propio sujeto como de su familia biológica. Se puede vulnerar el principio de confidencialidad y dañar el bien jurídico protegido de la intimidad personal si no se adoptan las medidas preventivas adecuadas.

Interesante puede ser el plantearse si existe responsabilidad en aquellos casos en que la manipulación negligente de la muestra lleve a que la misma se deteriore o destruya. En la reproducción asistida, si sobran preembriones crioconservados, se exige la *suscripción de un seguro obligatorio* o garantía financiera (art. 11.7º. de la Ley 14/2006) cuya finalidad es compensar a las parejas si se produce un accidente que afecta a la crioconservación. La compensación tendría su justificación en la pérdida de la posibilidad de utilizar posteriormente tales preembriones con fines reproductivos por la propia pareja.

Otro supuesto de responsabilidad derivada de los estudios genéticos en seres humanos, se puede dar si por omisión de la información o de los estudios necesarios a la hora de analizar el examen se transmiten enfermedades congénitas o hereditarias que se pueden evitar a los descendientes o bien si se comunica al propio interesado que tiene una predisposición a padecer una determinada enfermedad y éste queda psíquica o físicamente afectado. Vemos que hay una contradicción: si no se comunica, podría haber lugar a responsabilidad, pero si se comunica, se podrían producir en el sujeto daños morales ocasionados por el miedo, incertidumbre y temor. También si no se comunica tendríamos el escenario de que no se pueden tomar las medidas preventivas necesarias, etc.

Se discute igualmente si el deber del profesional de informar sobre las consecuencias negativas de un análisis genético se da sólo frente al sujeto fuente o también frente a los familiares biológicos y si la negativa del sujeto principal de ser informado o a que se informe a sus familiares genéticos tendría efectos exoneratorios sobre el profesional. La Ley de investigación biomédica subraya (art. 49.2º) que si el sujeto fuente ejerce su

derecho o no ser informado, se puede dar a sus familiares biológicos la información necesaria para evitar un grave perjuicio en su salud.

3.7. La nanotecnología

El término nanotecnología describe un amplio arco de tecnologías ejecutadas a escala nanómetro con aplicaciones en diversos sectores industriales. Comprende la producción y aplicación de sistemas físicos, químicos y biológicos a escalas que van desde los átomos individuales o moléculas de alrededor 100 nanómetros a la integración de las nanoestructuras en sistemas más grandes; dicha tecnología consiste principalmente en el procesamiento de separación, consolidación y deformación de materiales por un átomo. Un nanómetro es una billonésima parte de un metro.

Materiales a nanoescala se han utilizado durante décadas y actualmente se emplean en una serie de productos destinados también al consumidor. Los más conocidos son los cristales para ventanas que están revestidos con nanopartículas de óxido de titanio que reaccionan a la luz del sol acabando con la suciedad. Así cuando el agua golpea la superficie del cristal lo hace de manera uniforme y muy rápidamente sobre la misma, en vez de formar gotitas, llevándose toda la suciedad; se utilizan también para reforzar los parachoques de los coches o mejorar la adherencia de las pinturas; también en las gafas, mediante el recubrimiento de polímeros antirreflectantes o resistentes a los rallados; en los textiles reforzando las propiedades contra el viento y el agua o en los aparatos de televisión mediante los nanotubos que consumen menos energía que las pantallas de plasma o cristal líquido; en un futuro próximo se extenderá su uso a la electrónica, a la seguridad nacional, a las telecomunicaciones, en el sector químico, farmacéutico, a la medicina, alimentación, etc. (véase el informe de Allianz en cooperación con la OECD-2006- titulado "Opportunities and risks of Nanotechnologies).

Como la comercialización de productos que contienen nanopartículas o usan nanotecnologías es un proceso imparable, nos enfrentamos a varios escenarios de riesgo que afectan principalmente a las pólizas de RC industrial o empresas, en especial a las coberturas de patronal, *workmen's compensation*, productos, retirada y, en general, todas las coberturas ampliadas: un considerable número de personas estarán expuestas a las nanopartículas que se creen; los efectos potenciales dañinos evolucionarán y manifestarán con un largo recorrido y pueden afectar a varias empresas dedicadas a distintas actividades; en casos individuales no siempre será fácil establecer la relación de causa a efecto entre la acción u omisión del empresario y el daño, lesión o pérdida financiera; la exposición ligada al lugar de trabajo es preocupante.

Todo este escenario, que nos recuerda al de asbestos, con sus dudas iniciales referidas a los riesgos asociados a esta tecnología, pone en lugar relevante la importancia de la identificación y evaluación de los riesgos, la gestión de los mismos y las posibles acumulaciones. Por ello en los planes que la Comisión Europea ha hecho públicos el 22 de agosto de 2007 para establecer una asociación público-privada con el objetivo de esponsorizar las inversiones en el campo de la nanotecnología, con una inversión de

3.000 millones de euros en este nuevo campo de la investigación (nanochips inteligentes para las tecnologías de la información/comunicación, vehículos electrónicos para la gestión del tráfico y la seguridad y medios auxiliares para el diagnóstico médico etc.), se centra principalmente en el examen de los riesgos conexos con la nanotecnología cuya evaluación ha sido difícil hasta el momento.

4. LOS ESCENARIOS CLÁSICOS

4.1. El asbesto o amianto

Este producto cancerígeno es ya un clásico dentro del campo del seguro de responsabilidad civil y ha tenido en las tres últimas décadas la mayor influencia en el seguro de RC.

Su utilización masiva en épocas pasadas como aislante efectivo ha dado lugar a miles de demandas, muchas de las cuales siguen su curso hoy. En *España* hay recopilados unos 3.000 casos procedentes principalmente de instaladores de tuberías y trabajadores de astilleros con varias decenas de demandas pendientes y otras con condenas firmes. En *Francia* se ha creado un Fondo de Compensación de las víctimas del amianto - FIVA por la Ley 2000-1257, con un derecho de repetición contra el responsable. En *Italia* es necesario, para tener éxito en una demanda por asbestosis, probar que el empresario omitió las medidas de seguridad necesarias (sentencia del TS italiano, sección laboral, de 11.4.2005, n. 7362). En *Holanda*, el Tribunal Supremo (*The Hoge Raad*) declaró, en un caso de concurrencia de cáncer de pulmón con infección por amianto, que era posible una compensación proporcional del daño sufrido.

La industria del seguro (aseguradores y reaseguradores) ha invertido ya unos 135.000 millones de dólares en pagos y reservas en las tres olas de demandas registradas, principalmente en Estados Unidos; la cuarta ola costará, según los expertos, otros 200.000 millones. Parecía que el panorama se había tranquilizado pero en 2003 hubo que reforzar las reservas otra vez de manera considerable. Y parece ser que las demandas continuarán, pues los esfuerzos por crear un fondo de 140.000 millones de dólares que liberara a la industria del problema no han cristalizado (Insurance Review & Directory 2006/07, pág. 32).

Junto al aspecto económico es interesante constatar, por un lado, la tendencia actual de presentar demandas por personas que no han estado sometidas a la exposición típica del asbesto en astilleros o en industrias determinadas. Un demandante, que pintaba escenas en los platós de cine para la Pinewood Studios, inhaló fibras de asbestos originadas por la instalación de tableros de asbestos para alinear el plató mientras trabajaba. Posteriormente contrajo el mesotelioma, la forma agresiva de cáncer causada por la exposición al asbesto, y murió en 2005 con 50 años (Insurance Day, 8 de enero de 2007).

Por otro lado, una sentencia del 13 de marzo de 2007 de la United States Court for the Northern District of California ha fallado en el sentido de que la naturaleza progresiva del daño ocasionado por asbestos favorece la aplicación de la teoría del *continuous trigger* en el que la póliza quedaba afectada si estaba vigente durante la exposición, o a la fecha de la manifestación, o durante el período de latencia (Flintke Co.v. General Accident Assurance Co. of Canada). Esta teoría había sido ya adoptada con carácter general por el Tribunal Supremo de California para reclamaciones de un daño continuo o que se deteriore progresivamente como ocurre con el asbestos.

Finalmente, la nota curiosa está representada por el hecho de que el amianto o asbestos, pese a su peligrosidad, se sigue utilizando; en *Estados Unidos* el año pasado se utilizaron 2.000 toneladas métricas en materiales para techados.

4.2. El tabaco

La exposición de los fumadores a la nicotina y las consecuencias que acarrea es un tema que sigue candente. El fumar disminuye en los países occidentales pero aumenta en los países en desarrollo. El Banco Mundial estima que el número de fumadores es de 1.100 millones lo que nos da una idea del grado de exposición. Las demandas de fumadores o familiares afectados, pero también de instituciones públicas, se han presentado en más de 30 países. Varios gobiernos y aseguradores de salud tratan de recobrar los gastos causados por el tratamiento. En 1998, 46 Estados de *Estados Unidos* llegaron a un acuerdo con las compañías tabaqueras mediante el cual éstas se comprometían a reembolsar a los estados unos 206.000 millones de dólares a lo largo de 25 años para compensar los gastos de tratamiento. A ello se añaden las demandas individuales.

El seguro de RC ocupa un lugar privilegiado en estas demandas. Sirva como ejemplo que el Gobierno de Andalucía en *España* (Junta de Andalucía) ha presentado, el 20 de septiembre de este año, una demanda contra la Administración del Estado, como responsable solidaria y contra seis empresas tabacaleras, reclamando 1,77 millones de euros por los gastos sanitarios de 135 pacientes víctimas del tabaco. En España se producen alrededor de 55.000 muertes al año por patologías directamente asociadas con el tabaco, entre las que se encuentran, según el Ministerio de Sanidad, 6.000 entre fumadores pasivos, la mayoría por haber respirado el humo del tabaco en el entorno familiar. Se dice en el informe que se adjunta a la demanda que la industria del tabaco introduce modificaciones en la forma y composición de los cigarrillos que favorecen la adicción; se fabrican con agujeros de ventilación que diluyen el contenido de alquitrán y nicotina que son medidos con los procedimientos oficiales, pero que no disminuyen la cantidad de estas sustancias que realmente se ingieren. En su composición se añaden productos como el amoniaco, que puede aumentar el efecto de la nicotina hasta 100 veces.

En estos momentos se han producido ocho demandas contra la industria del tabaco en España, demandas que han sido desestimadas por diversas consideraciones legales. Pese a ello, la presión sigue.

4.3. La retirada de productos

Los *juguetes* son, en principio, algo que se considera poco importante como factor de riesgo, pero que suele tener una gran incidencia en el seguro de responsabilidad civil, dado que los destinatarios son los niños. Junto a los daños personales que los mismos ocasionan y de los cuales hay ejemplos suficientes (creer que son dulces y tragárselos, intoxicarse, caerse por falta de estabilidad, etc.) nos encontramos con el riesgo financiero que representa el riesgo de retirada, tema de candente actualidad. El principal fabricante de juguetes estadounidense Mattel está en estos momentos retirando del mercado mundial parte de los juguetes que comercializa por excesivos niveles de plomo. La cifra es de unos 800.000 juguetes (entre ellos piezas del mobiliario de la muñeca Barbie, camión con remolque Geotrax, los coches de la película "Cars", etc.). La empresa lleva ya organizadas cuatro campañas de retirada por exceso de plomo. Los productos retirados proceden de China, subcontratas de empresas que trabajaban para Mattel. Sólo en España, donde la empresa es relativamente importante, se han tenido que retirar más de 500.000 unidades. Los gastos de retirada (necesarios para la publicación de la retirada, para la determinación o averiguación de qué productos resultan nocivos para la salud, honorarios de peritos, gastos de personal extra, los de eliminación o destrucción de los productos) son considerables y afectan de manera notable a esta cobertura ampliada de la póliza de RC Empresas.

Otro ejemplo actual de retirada es el de la *pasta* dentífrica importada de China: tanto en Estados Unidos como en España se ha descubierto hace poco que varias marcas de pasta de dientes contienen la sustancia tóxica glicol dietileno; este agente, que se utiliza como disolvente, puede producir el fallo del riñón y dañar el sistema nervioso central. Este caso también ha dado lugar a enormes acciones de retirada del producto que están afectando considerablemente las pólizas en cuestión.

4.4. Las acciones colectivas

Las denominadas *class actions* siguen también afectando considerablemente al seguro de RC, especialmente todas aquellas que están pendientes en Tribunales norteamericanos. Una buena parte de las reclamaciones se refiere a supuestos que involucran a *Alemania* relativos a la responsabilidad civil por fraudes a terceros en inversiones y en los balances. Si el TS norteamericano reconociera la responsabilidad frente a terceros, una serie de empresas alemanas y bancos podrían ser hechos responsables por manipulación de las partidas del balance hechas por sus socios norteamericanos. (Handelsblatt, 1 de agosto de 2007).

En *Estados Unidos*, sin embargo, la frecuencia de las *class actions* en temas relacionados con valores parece ser que está disminuyendo debido al efecto de la Private Securities Litigation Reform Act, promulgada con la función, entre otras, de poner coto a las demandas frívolas en temas de valores. Como ejemplo, en la primera mitad de este año se han presentado 59 demandas frente a un promedio anual de 202 demandas entre los años 1996 a 2005; se espera, sin embargo, que el importe ascienda a 69.000 millones,

dos mil millones más que el promedio anual de los ejercicios anteriores (*Business Insurance*, 16 de junio de 2007).

Dentro de estas acciones colectivas, que afectan en mayor medida a los aseguradores de D&O, pero también a otros sectores, se nota una tendencia a abandonar la acción colectiva a la que se habían adherido los perjudicados, especialmente inversores institucionales, y presentar su reclamación en un procedimiento judicial individual. La razón está en que se suelen obtener mayores indemnizaciones mediante un procedimiento individual. La mayor indemnización por importe de 246 millones de dólares fue pagada en febrero de este año por la Time Warner a la Universidad de California; la universidad declaró que esta cantidad era entre 16 y 20 veces superior a la que habría recibido vía *class action*; otro caso de abandono de la acción colectiva fue el del fondo de pensiones de los maestros californianos que recibieron 46.5 millones de dólares de Quest Communications y 105 millones de la Time Warner.

En la UE existe también inquietud al respecto pues la protección del consumidor tiene prioridad. Conviene señalar, no obstante, que existen ciertas diferencias entre Europa y Estados Unidos, entre otras que, en general, son jueces profesionales y no jurados quienes deciden, no se suelen conceder daños punitivos y tampoco suelen los abogados minutar en base al éxito obtenido (*contingency fees*).

Austria está estudiando la posibilidad de introducir las acciones colectivas en su ley reguladora del procedimiento civil. La reacción del sector asegurador es crítica, al parecer el borrador es confuso, la posición de igualdad entre demandante y demandado se desequilibraría al verse éste último enfrentado a una pluralidad de demandantes que no siempre tienen idénticas circunstancias, etc.

En *España*, las acciones de grupo o colectivas tienen ya carta de naturaleza en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el capítulo dedicado a la pluralidad de partes; los procesos pueden ser promovidos por los grupos de afectados o por las asociaciones de consumidores, distinguiendo la ley (art. 15) entre aquellos supuestos en los que los perjudicados por el hecho dañoso están determinados o son fácilmente determinables de aquellos otros en los que el hecho dañoso perjudica a una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación. La sentencia que se dicta, en el caso de no ser posible la determinación individual del sujeto, tiene que establecer los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago (art. 221). A solicitud de uno o varios interesados, el tribunal dicta un auto en el que, en base a los datos de la sentencia, les reconoce o no como beneficiarios de la condena; con el reconocimiento se puede instar la ejecución (art. 519).

5. LOS PROGRAMAS INTERNACIONALES DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

El profesional de las ciencias jurídicas y, dentro de éstas, de las relacionadas con el seguro se ve enfrentado, cada día más, a los problemas que surgen en relación con los programas

de seguro internacionales. Y ello porque la internacionalización de las operaciones de seguro, junto la utilización masiva de la comunicación electrónica, han ampliado considerablemente el escenario donde nos movemos. Internacionalización e Internet nos obligan a contrastar nuestros conocimientos locales con otros sistemas jurídicos y a una velocidad increíble.

El abogado o profesional del derecho que se ocupa de estos aspectos se encuentra con unas pólizas hechas con la intervención de diversos profesionales (asegurado, asegurador, reasegurador, reaseguradora cautiva del asegurado, corredor), salvo la suya propia; estas pólizas, que despliegan sus efectos en varios países con escenarios jurídicos distintos, parten de un proyecto local pero experimentan, en la fase precontractual o durante sus renovaciones, variaciones considerables respecto al mismo, tanto por motivos económicos como por deseos específicos de los gestores de la póliza, no siempre acordes con el entorno jurídico en el que la póliza debe desplegar sus efectos. Como regla general, las necesidades concretas de la multinacional son tan grandes o dominantes que hacen que la estructura jurídica “apta” ceda o que muy diluida ante ellas, lo que a veces, lleva a que no se respeten las normas más elementales del derecho de seguros.

Las *preguntas* que se puede hacer el asesor jurídico ante este escenario pueden ser diversas y obligan a hacerse algunas reflexiones prácticas sobre la aplicación internacional de nuestros conocimientos locales.

5.1. Estructura de un programa internacional de seguros

Los *objetivos* que persiguen los programas de seguros internacionales se centran en la reducción del coste del mismo y en la estandarización de coberturas; para ello se utilizan instrumentos tales como cautivas de reaseguro, brokers internacionales y la gerencia de riesgos de las propias empresas aseguradas.

Entre las *ventajas* de dichos programas se suele hablar de que hay un interlocutor único, de la uniformidad de los textos contractuales, de la capacidad de compra, de la solidaridad, de la localización/globalización y de la interpretación homogénea de clausulados.

La *configuración* del programa se hace en base a los tipos de pólizas en juego.

Los *programas de seguro especiales* están formados por pólizas distintas, denominadas primarias y las pólizas de exceso o umbrellas, que tienen dos elementos en común: dar una capacidad de seguro adicional a la póliza básica y dar entrada a varios intervinientes (asegurado, corredores de seguro y reaseguro, aseguradoras, reaseguradoras). Tenemos las siguientes variantes:

- a) La *póliza primaria* es el condicionado básico de todo el programa que se estructura a partir del mismo; en ella se contienen los aspectos más importantes relacionados con las garantías, con la tramitación de siniestros, con la ley aplicable o con los

gastos de defensa. Da cobertura hasta un determinado límite o suma asegurada, con un ámbito de cobertura lo más amplio posible. Sobre la primaria se monta todo el programa de límites asegurados y coberturas en exceso de la misma. El asegurador de la misma retiene todo o parte de la póliza y cede al reaseguro, proporcionalmente o en exceso, la parte que no retiene.

- b) *El fronting* se da cuando el asegurador no retiene nada del riesgo, sólo actúa nominalmente como asegurador, pero cede el riesgo en su totalidad al reaseguro. Es un supuesto frecuente en aquellos riesgos que la aseguradora tiene excluidos de su política de suscripción y de los contratos de reaseguro. En sí el asegurador *fronting* actúa como un simple comisionista; mediante un cierto porcentaje de la prima garantiza la gestión de la póliza y de los siniestros.
- c) *La póliza de exceso* proporciona límites adicionales a la póliza primaria, bien con un condicionado propio, que puede diferir de la primaria reduciendo el ámbito de cobertura, o bien aceptando el condicionado de la póliza primaria. La póliza de exceso incrementa el límite de responsabilidad de la primaria y reemplaza la cobertura de la primaria una vez que los límites agregados de esta se han agotado. La prima del exceso no se reparte en proporción a la capacidad o suma asegurada expuesta sino en función de la prioridad (*attachment point*) y del componente catastrófico o de frecuencia del tramo inferior.
- d) *Las pólizas umbrella* son una especie de pólizas de exceso, pero que, en determinadas áreas, otorgan coberturas y límites más amplios que la póliza primaria. Tienen pues tres funciones: otorgar coberturas en exceso de la póliza primaria, actuar cuando el límite agregado de una garantía o póliza primaria se ha agotado (*drop down*) y facilitar un ámbito de cobertura más amplio. Plantean, entre otros problemas, el problema del reparto de los gastos de defensa entre la primaria y la umbrella.

El programa multinacional en sentido estricto:

Este programa tiene como *función* hacer un pacto único, cuyas condiciones económicas y jurídicas se acuerdan con varios aseguradores y reaseguradores; es un acuerdo global que sustituye a toda una serie de pólizas independientes entre sí y colocadas localmente.

Los tipos de programas son diversos y van, en cierta medida, condicionados por varios rasgos:

- Así si un asegurador extranjero quiere operar en Estados Unidos como asegurador primario tiene que tener el status de "*admitted*", es decir, estar autorizado. Si lo hace sin tener esta condición, obraría contra el principio de la buena fe, la cobertura sería declarada nula y tendría que hacer frente a los gastos del procedimiento judicial. Por ello, los "*non admitted*", que son la mayoría, se buscan un socio local que cumpla los requisitos.

- En los programas *coordinados* cada filial extranjera de una multinacional suscribe pólizas locales con aseguradoras locales; las pólizas tienen coberturas y límites asegurados distintos; la propia multinacional contrata su póliza en el país donde tiene su sede central. Aunque se tienen en cuenta las peculiaridades locales, la desventaja es que si se produce un siniestro transfronterizo no se sabe bien a qué aseguradora presentar la reclamación, o qué póliza es la afectada o cómo se reparten las sumas aseguradas.
- En los programas *integrados* todas las filiales extranjeras se integran en la póliza principal de la multinacional lo que presenta ciertas desventajas ya que no se tienen en cuenta las prácticas locales, ni la ley aplicable, pueden presentarse implicaciones fiscales, dificultad de tramitar los siniestros a distancia o el problema de las responsabilidades en Estados Unidos.
- La *master cover*, finalmente, es, en realidad, una póliza que perfecciona los programas integrados: el asegurador donde está la casa central de la multinacional hace el diseño de cada una de las pólizas locales necesarias para que sean redactadas y emitidas por cada una de sus sucursales o delegaciones en el país correspondiente. Por encima de estas pólizas locales se coloca la póliza master que asegura que cualquier programa, cobertura o riesgo que no sea posible suscribirlo localmente por impedimentos prácticos o legales del país concreto podrá ser otorgada al menos en diferencia de condiciones (DIC) o diferencia de límites (DIL).

La Master Policy presupone, pues, que los países que forman parte del programa internacional emiten sus propias pólizas, con unos límites de indemnización equivalentes entre ellos, aunque no siempre sea así. Los pagos de siniestros realizados por alguna de las pólizas locales se deducen del límite total previsto en la master; si este límite se agota, no se pueden hacer más bajo las pólizas locales.

Por otro lado, el asegurador de la master paga la diferencia entre el límite de indemnización que tiene esta póliza y el límite de las pólizas locales (DIL); si el límite de una póliza local queda reducido parcialmente por un siniestro, la master lo completa en exceso en los siguientes siniestros; si la cobertura que otorga la master es más amplia que la de las locales del programa, entonces actúa la póliza master (DIC).

5.2. Los diversos escenarios problemáticos

El asesor jurídico relacionado con un programa internacional se encuentra ante problemas variados a la hora de decidir sobre un tema relacionado con el seguro o con la responsabilidad; algunos son de estos problemas son de *carácter general*; entre ellos nos encontramos con la ausencia de un contrato de seguro uniforme, con la no armonización de legislación general y jurisdicción, con diversos enfoques a la hora de valorar los daños y perjuicios, con la falta de uniformidad de condicionados y de definiciones en las pólizas, etc. Nos remitimos a lo dicho más arriba (véase 2).

Pero también se producen problemas de *carácter específico*, problemas que se suelen originar por la vigencia de la póliza, la delimitación geográfica y temporal, la descripción exacta del riesgo, el riesgo de exportación, las garantías originales y los sublímites, las franquicias originales, las exclusiones pertinentes y su interpretación, etc. Es decir, el abogado, a la hora de informar en un caso de siniestro, se puede encontrar, entre otros, con:

- a) problemas relacionados con la *descripción de las actividades aseguradas* que se describen de manera genérica en la póliza y ello da lugar a dudas de interpretación, especialmente cuando se incorpora una nueva línea de negocio (Internet por ejemplo), o en el caso del uso del ordenador para fines privados. Esta descripción de la actividad asegurada se ve también muy complicada por la cláusula que indica que la cobertura de la póliza se aplica automáticamente a cualquier nueva adquisición de otra empresa por el asegurado. Junto a las dudas sobre si la actividad de la empresa adquirida entra o no en el riesgo asegurado, se suelen plantear problemas de retroactividad o conflictos con la póliza de la empresa adquirida.
- b) Como hemos indicado más arriba, la *disparidad de condicionados*, la forma de redacción farragosa o las prioridades tenidas en cuenta a la hora de redactarlos, lleva a que en algunos procedimientos arbitrales no se admita una determinada cláusula precedente respecto a la notificación del siniestro, o cooperación y asistencia, pese a tratarse de un supuesto de grandes riesgos.
- c) *Los gastos de defensa* son otra fuente de problemas pues las previsiones de las pólizas suelen ser distintas. Las grandes empresas suelen hacer pólizas locales y una póliza master o umbrella, según los casos, que pueden o no pueden cubrir los gastos de defensa y otros gastos. Los gastos de defensa suelen estar sujetos a los límites de la póliza, cualquier pago realizado disminuye dicho límite. A veces se da, como cobertura aparte, un concepto de gastos de investigación, fuera de los límites de la póliza.

Por otro lado, se dan supuestos de erosión indebida de los gastos de defensa mediante la interposición de todo tipo de pegas, recurrir todo, etc.

- d) *El concepto de siniestro y la delimitación temporal del mismo* ya que, como hemos dicho más arriba, en el seguro de responsabilidad civil su fijación viene condicionada tanto por el tipo de daños como por el hecho de que el acto ilícito y el daño ocasionado a un tercero se localicen o no en dos o más fracciones de tiempo que tienen una separación temporal considerable entre ellas como pueden ser los casos de siniestros procedentes de tabaco, asbestos, sida, látex o implantes de silicona. En estos daños de manifestación gradual o diferida, la exigencia de indemnización al responsable civil se materializa varios años después del momento en que se produjo el daño.
- e) *La cláusula de unidad de siniestro o siniestros en serie* (aggregation clause) cuya finalidad es hacer posible que dos o más siniestros distintos amparados por una póliza sean considerados como un único siniestro a los efectos de la franquicia o a

otros efectos siempre que ambos casos estén unidos por un factor unificador de igual clase, pero que origina pronunciamientos contradictorios de los tribunales (véase supra).

- f) Otro aspecto preocupante es que los grandes clientes exigen a la aseguradora que tenga un *departamento de siniestros especializado* (*comprehensive claims management services techniques*); estos servicios de siniestros son elemento vital para controlar el coste de los siniestros y, en último extremo, el coste del riesgo. Por ello se exige que se designe un grupo de siniestros especializado para el asegurado, que se defina el proceso de tramitación de los siniestros, por ejemplo, cómo se produce la comunicación del siniestro *on line* y periodos de respuesta, se prefieren las soluciones *on line*, la correspondencia debe ser en inglés, alemán, francés, español, sistema de comunicación a la gerencia de riesgos del asegurado, sistema *on line*, web, de acceso al sistema de gestión de siniestros de la aseguradora.
- g) La intervención de las *cautivas* que tienen un capital muy reducido, de 1 millón, pero actúan muy por encima de sus posibilidades y plantean grandes conflictos entre el asegurador y el asegurado a quien pertenece la cautiva; la cautiva, en determinados casos, reasegura el 100% del riesgo y cede mediante retrocesión el 95% al reasegurador; el control de siniestros se lo reserva la abridora pero el conflicto se plantea porque el asegurado da toda la información de los siniestros a su cautiva, que es el propio asegurado; la cautiva es la que lleva el control del siniestro, lo que supone que la cautiva manda al reasegurador de verdad el importe del siniestro que ha discutido consigo mismo.
- h) En los programas internacionales, especialmente en determinados riesgos, es el *reasegurador* quien impone las condiciones. Estas condiciones son un campo abonado de discusiones que el asesor jurídico tiene que conocer a la hora de decidir, pues una postura en contra de lo estipulado en los contratos facultativos u obligatorios de reaseguro puede ocasionar graves pérdidas y generar responsabilidad del asesor jurídico.

Los contratos de reaseguro, incluso las aceptaciones individuales, prevén una serie de cautelas, no siempre claras, que hacen la labor del asesor jurídico complicada.

Por un lado, suele el reasegurador exigir a la cedente el envío de información básica sobre temas estrictamente jurídicos como es la delimitación temporal; por otro lado, las exclusiones que contempla el correspondiente tratado de reaseguro alcanzan cifras considerables, acercándose al medio centenar, teniendo muchas de ellas especificaciones o subespecies que son, en realidad, limitaciones o delimitaciones del riesgo.

El concepto de cuál sea el momento del siniestro, imprescindible para imputar el caso a uno u otro año de suscripción, presenta planteamientos distintos según que haya que analizar la relación entre reasegurador con cedente, o bien cedente con su asegurado.

Los contratos de reaseguro están llenos de observaciones tales como "riesgo a suscribir sólo con la aprobación del reasegurador, obligación de remitir determinadas pólizas

originales, no sobrepasar determinados límites por ej. que el asegurado no tenga una facturación destinada a USA superior a X etc.

También se suelen excluir los riesgos Fortune 500 (las quinientas empresas más grandes del mundo), pero con el problema de qué pasa con las sucursales en determinados países, planteándose la situación diferenciada de que las sucursales firmen o no con el mismo nombre.

En los contratos de responsabilidad civil, para la suscripción de riesgos europeos no españoles, se suelen incorporar al tratado, con carácter vinculante, las listas de exclusiones específicas de otros países como puede ser Alemania, Francia o Reino Unido, con lo que el asesor jurídico se ve ante una dificultad adicional, al tener que interpretar dichas exclusiones en sus justos términos y casarlas con las estipulaciones de las pólizas.

5.3. A modo de conclusiones

La situación reseñada es motivo de preocupación en los círculos jurídicos relacionados con el seguro, pero también en los no jurídicos (técnicos, comerciales, dirección) ya que las decisiones que toma el asesor jurídico no siempre son acordes con la "verdad" o incluso con lo que sería conveniente. Por ello, se piensa en la conveniencia de: dar una cierta intervención al asesor jurídico ya en la redacción original de las pólizas como garantía de la seguridad jurídica; para ello, el asesor debe conocer los sistemas jurídicos en los que van a vivir o viven las diversas pólizas, conocer los esquemas de coberturas de los diversos países, vigilar los plazos de prescripción y caducidad, coordinar las diversas cláusulas de delimitación temporal entre las pólizas vigentes en un momento determinado y entre las que les preceden y siguen así como las relacionadas con los siniestros en serie, llegar a un *modus operandi* con los departamentos "especializados" de siniestros y tener una cierta formación en la mecánica del reaseguro.

