

SECCIÓN DOCTRINAL

La temporalidad en el contrato de seguro. Riesgo y siniestro: una ecuación interesadamente compleja*

ABEL B. VEIGA COPO* **

SUMARIO

Fecha de recepción: 13 de marzo 2010
Fecha de aceptación: 19 de abril 2010

Introducción

1. Las cláusulas *claims made*

2. El siniestro

3. El momento del siniestro. El hecho causante o la reclamación.

4. Los vacíos de cobertura

Bibliografía

* El presente artículo es el resultado de la investigación del autor durante un tiempo aproximado de 6 meses, y que se origina en la inquietud del mismo por dar a conocer a la academia un tema de tanta trascendencia para la actividad aseguradora. Debido a esta el texto se presentará de forma más desarrollada en las Jornadas de Derecho privado de la Pontificia Universidad Javeriana-Bogotá (Colombia) en el mes de Agosto de 2010.

** Abogado con doctorado y profesor agregado de Derecho Mercantil y del Seguro, Universidad Pontificia Comillas de Madrid (ICADE). Político y sociólogo de la Universidad Nacional de Educación a distancia de España. Autor de mencionados artículos en editoriales como Civitas, Tirant Lo Blanch y Comares. Invitado constantemente a eventos en las Cámaras de Comercio de Colombia.

Correo Electrónico: aveiga@upcomillas.es

RESUMEN

El desarrollo de la ecuación del riesgo en los seguros de Responsabilidad Civil, es el tema principal analizado a lo largo del texto en conjunto con normas, jurisprudencia y doctrina, pues concurre a su tratamiento un sinnúmero de elementos que son importantes para las compañías aseguradoras. De tal manera la investigación del tema al lado de ejercicios como el de las cláusulas delimitadoras del riesgo (claims made), la ocurrencia del siniestro, su verificación o acaecimiento, los hechos que lo causaron y la conceptualización o definición dentro de la redacción contractual, son temas que demuestran el difícil panorama al momento de definir cuál es la cobertura a prestar según el caso. Estamos ante cláusulas delimitadoras del riesgo en su ámbito temporal, o acaso ante limitativas de derechos cuando no puntualmente lesivas? Y es precisamente este tema, otro punto importante, pues los vacíos en la cobertura presentan los dilemas mas grandes dentro de las aseguradoras al momento de responder por situaciones que no son de ocurrencia típica y que por tanto no se ha conocido aún alguna solución al respecto.

Palabras clave: riesgo, riesgo en el Seguro de Responsabilidad Civil, cobertura, vigencia, causas generadoras de responsabilidad, clausulas claims made, daño, temporalidad de cobertura, siniestro, Prescripción.

Palabras clave descriptor: Seguro de responsabilidad civil, riesgo, claims made, siniestro.

Temporary character of the insurance policy. Risk and loss: an equally interested equation

ABSTRACT

The development of the risk equation in civil liability insurance policies is the main issue studied throughout this text along with the rules, jurisprudence and doctrine to the extent that its discussion entails a number of elements that are important to insurance companies. Hence, the issue researched along with risk limitation clauses, the occurrence of the loss, verification thereof, events resulting in a loss and the definition within the contractual language are topics that show a difficult panorama when trying to define which is the coverage to be provided. Are we before risk limiting clauses in a temporal ambit or rather before harmful rights-limiting clauses? And it's precisely this issue another very important moot point because non-defined coverage aspects pose the biggest dilemmas for insurance companies at the time of covering losses that do not occur frequently and with respect to which a solution has not yet been devised.

Key words: Risk, Civil Liability Insurance Policy, coverage, validity, liability causes, claims made clauses, loss, coverage temporary character, statute of limitations.

Key words plus: Civil Liability Insurance, Risk, Claims made, sinister.

INTRODUCCIÓN

Sin duda una de las ecuaciones más extraordinarias que se producen en el contrato de seguro es la que une el riesgo, su cobertura legal o voluntaria, con el acaecimiento del siniestro. Qué es siniestro y qué no lo es no siempre es una delimitación fácil, antes al contrario, se antoja compleja, llena de matices y en función precisamente no del hecho que genera y desencadena el daño, el perjuicio, sino si el mismo se produce teniendo en cuenta las coberturas negociadas, *recte*, impuestas en la mayoría de los supuestos. Determinar por otra parte el momento exacto de realización del siniestro –hecho dañoso *versus* reclamación del perjudicado o de la víctima en su caso, dado que no siempre víctima y perjudicado han de ser la misma persona– es algo perentorio para una aseguradora en aras de reducir la posibilidad de un riesgo indefinido, holístico. Y en medio irrumpe la dimensión temporal, dimensión no menor, sino principal y que juega como anatema sobre todo en los seguros de responsabilidad civil¹. Una dimensión que banaliza en no pocos supuestos el período de vigencia material del seguro –si éste se entiende en un sentido estricto aunque moldeable conforme al tenor del Art. 22 de la Ley de contrato de Seguro (LCS)–, al hacerlo pendular entre la fecha que se produce el siniestro y la fecha que, en su caso, presenta de haberla, la reclamación de un tercero,

-
- 1 Es unánime en la doctrina la fuerte imbricación e interrelación entre la dimensión o delimitación temporal del riesgo en el seguro de responsabilidad civil y el siniestro, así, vid. entre otros, ALARCÓN FIDALGO, “El siniestro en el seguro de RC contemplado en su dimensión temporal. La problemática de los ‘aggregate limites’”, *Responsabilidad civil de productos*, Seida, Madrid, 1983, pág. 89 y ss.; ALONSO SOTO, R. (1977), *El seguro de la culpa*, Madrid, España, pág. 57 y ss., quien parte además de calificar el siniestro como el factor capital de la relación de seguro. Al determinar por una parte, la obligación esencial del asegurador, el pago de la indemnización, y, de otra parte, los principales deberes o cargas del asegurado, el cumplimiento de los cuales condiciona a su vez el derecho a obtener la prestación del asegurador. Es el eje en torno al cual gravitan las relaciones entre el asegurador y el asegurado.

víctima o perjudicado, pues no siempre han de ser ni tienen porque ser la misma persona². Discernir los parámetros de lo que se entiende por reclamación no siempre es fácil³.

Y en esta ecuación hipotética o real, el hilazón común viene determinado –pactado o impuesto y adviértase la erosión en la bilateralidad del contrato de seguro– por la cobertura temporal, máxime cuando se disocia el hecho generador del daño, la exteriorización del mismo y su ulterior reclamación⁴. Al lado, en ese lado menos visible y perceptible, el riesgo de conculcación de los derechos de los asegurados, la posibilidad de un abuso manifiesto, no sólo de una limitación del derecho. Qué son sino las estrategias de reducir la cobertura a siniestros respecto a los cuales sólo se consideran si se produce la reclamación dentro de unos umbrales temporales concretos. ¿Estamos ante cláusulas delimitadoras del riesgo en su ámbito temporal, o acaso ante limitativas de derechos cuando no puntualmente lesivas? Es este un interrogante cuya respuesta se antoja compleja.

Hasta tal punto es así que sólo se considera siniestro en la responsabilidad civil cuando se produce la reclamación por un tercero bien contra el asegurado en exigencia de una responsabilidad que dimana de una acción u omisión negligente del mismo, bien directamente a la aseguradora. Mas ¿cuántas fases atraviesa el itersiniestral cuando no el mismo daño? Recuerda y se decanta la sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2000 –no es normal que este órgano se pronuncie sobre cláusulas y temporalidad en el seguro– aduciendo como *esta cláusula limitativa (a la sazón establecía la póliza una cobertura retroactiva), que delimita temporalmente la cobertura de la póliza, puede ser opuesta al asegurador, pues en el caso de asunción voluntaria de la obligación de aseguramiento, el asegurador puede acotar temporalmente el alcance de su obligación de aseguramiento.*

-
- 2 Un análisis de la dimensión temporal del contrato de seguro especialmente centrado en el Art. 22 LCS, en Calonje Conde, “El marco temporal del contrato de seguro”, Revista ICADe, 2007, No. 71, Monográfico *Nuevos retos del contrato de seguro*, [VEIGA (Coord.)], pág. 221 y ss.
 - 3 Ya lo advertía RONCERO, “El seguro de responsabilidad civil de los administradores”, InDret 1/2005, No. 272, 2a. ed., pág. 27 al plantearse la definición de reclamación el dilema de si es suficiente entender cualquier clase de exigencia o requerimiento para entender formulada una reclamación o si, por el contrario, es necesario que la misma se refiere al pago de una compensación económica y a quién ha de formularse la misma (básicamente, al asegurado o a la sociedad tomadora).
 - 4 Dada la versatilidad del riesgo y la impronta de la delimitación temporal, nos ofrece ELENA MOLINA, *Ruina y seguro de responsabilidad decenal. Las coberturas aseguradoras de la responsabilidad decenal*, Granada, 1998, pág. 93 y ss., un amplio abanico de criterios seguidos por la praxis aseguradora en los que se combinan las circunstancias propias de cada riesgo, el tipo de garantía aseguradora, la prima pactada y las distintas delimitaciones temporales que configura el espema del seguro de responsabilidad civil: evento causal, daño producido y reclamación fehaciente de un tercero que se considera perjudicado por la actividad culpable del asegurado.

Es más, cuál es el plazo de prescripción, ¿el de la acción de responsabilidad que puede enervar la víctima frente al asegurado? en su caso, las acciones personales, o en cambio, ¿el plazo de vigencia del contrato o período ulterior limitado y tasado que establece una cláusula *ad hoc* siempre y cuando en el mismo se produzca la reclamación? Pero, qué ocurre con los siniestros tardíos, o aquellos daños que se manifiesta diferidamente en el tiempo. ¿Cómo juega en este escenario una cláusula de limitación temporal cuando la acción u omisión que genera el daño tiene lugar en un preciso momento y la manifestación del daño sin embargo en otro ulterior? ¿Y si el daño es continuado, incluso ex intervalo pero con nexos de causales o consecuenciales? Es más, ¿qué entendemos o debemos entender por daño? ¿Debe reducirse en todo caso a un concepto de lesión de un interés entendido éste como relación entre un sujeto y un bien, o la propia vida?⁵.

No todo hecho es asegurable, no todo riesgo se garantiza. La versatilidad del mismo es nota común en el derecho del seguro. Hechos asegurables y no asegurables, hechos que cumplen o deben cumplir con las condiciones de asegurabilidad que marca indefectiblemente la aseguradora a través de la antiselección del mismo⁶. No todo riesgo ha de ser objeto de cobertura, pero sí el natural, el inescindible a cada modalidad o rama aseguraticia, de modo que las exclusiones no desnaturalicen la esencia misma del contrato de seguro⁷. Mas, ¿lo desnaturaliza acaso la una delimitación temporal

-
- 5 Magistral FANELLI, *Le Assicurazioni*, Milano, 1973, pág. 72, cuando establece la necesidad de distinguir entre el interés a la aseguración y el interés al resarcimiento del daño, además de precisar que el interés al resarcimiento del daño no subsiste solamente cuando resulta amenazado o minorado por un riesgo una determinada relación entre un sujeto y un bien de la vida, sino también cuando el sujeto se encuentra en una situación tal que determina la posibilidad de una alteración negativa (surgimiento de un débito) de una situación patrimonial. Concluyente afirma: "riesgo, interés asegurado, bienes, valores, son por tanto, en el aseguramiento contra los daños elementos y aspectos estrechamente correlacionados y coligados, siendo el interés asegurado el objeto del riesgo, el bien el objeto del interés y el valor la medida de los intereses y, por consiguiente, del riesgo al cual el interés y el bien son expuestos y que, con la aseguración, vienen asumidos por el asegurador".
 - 6 Sobre las condiciones naturales del riesgo para ser asegurable, distinguiendo entre hecho asegurable y no asegurable vid. LASHERAS-SANZ, "Objeto cierto y causa lícita en la relación del seguro. El riesgo", RDP, 1952, XXXVI, pág. 1 y ss., pág. 3 quien distinguía una serie de condiciones tales como la objetividad o naturaleza aleatoria de los hechos, hechos que deben provenir de la causa externa y no puede ser comúnmente influido por la voluntad de quien directa o indirectamente haya de percibir los beneficios económicos del seguro. Una subjetividad que debe distinguir dos aspectos, de un lado la subjetividad genérica, pero específicamente objetiva.
 - 7 Como bien señalaba SANTORO-PASSARELLI, "La causa del contratto di assicurazioni", en: *Studi sulle Assicurazioni. Raccolti in occasione del cinquantenario dell' istituto nazionale delle assicurazioni*, Roma, 1963, pág. 216 la función del seguro privado, y por tanto la causa del contrato de seguro, está en la cobertura del riesgo de una futura necesidad, por una prima. Puesto que tal función es efectuada por el seguro privado por medio de un reparto de los riesgos y costes correspondientes entre quienes se encuentran

elusiva? Delimitar el riesgo, sea positiva, sea negativamente, se convierte probablemente, en la médula misma de todo el contrato de seguro⁸. El cómo se haga, el cómo se digan las cosas, el cómo se transcriban en los documentos contractuales marcará el derrotero interpretativo, litigioso o no, de la relación de seguro. ¿Se asegura en todo caso el riesgo al margen del momento en que se produce el siniestro, o incluso la reclamación? ¿Y si el mismo es extemporáneo a la cobertura temporal, existe riesgo en ese caso? Es lógico que al hablar de riesgos se habla en primer lugar de riesgos genéricos, riesgos que hay y que habrá qué especificar, concretar, individualizar definiéndolos, mencionándolos, plasmándolos en el elenco de coberturas, sea incluso por exclusión. Labor y tarea que antecede al momento de perfección contractual. Cuáles son las circunstancias y las consecuencias de los riesgos. Qué hechos, qué actividades son o no garantizados por el seguro, en qué circunstancias se cubre el riesgo, si solo con hechos de la circulación o no, qué consecuencias, si cubre la invalidez o incapacidad de trabajo o cualquier tipo de incapacidad. Si se cubren daños directos o incluso también los indirectos, materiales o no. En suma la actividad de definición del riesgo es nuclear en todo contrato de seguro, un punto de partida que si no existiere simplemente sería un hecho imposible el seguro. Y en él, la cobertura temporal es clave.

El estado de riesgo así como su intensidad, esto es, la variabilidad del mismo, la probabilidad y grado de realización del riesgo no suele ser uniforme y constante a lo largo de todo el período de cobertura. Varía en el tiempo, en la duración material del contrato de seguro. Antes bien, el riesgo es voluble, no está petrificado, las circunstancias que, en parte no son otras sino las que se han tenido en cuenta para valorar y calibrar su asunción o no en el contrato de seguro, cambian. Así las cosas, base dualizar además el riesgo en constante o variable. En el primer supuesto estamos ante una homogeneidad uniforme a lo largo de la vida del seguro en cuanto a la probabilidad de que el riesgo se realice, o lo que es lo mismo, la probabilidad de que se verifique el siniestro es similar a lo largo del período o períodos de cobertura. Por el contrario cuando el riesgo es variable, la intensidad fluctúa a lo largo del período de cobertura, el mismo puede aumentar o disminuir, por lo que el estado de riesgo es diverso en la misma unidad

expuestos a los propios riesgos, esto es, trámite la mutualidad directa o trámite la mutualidad indirecta que se realiza por la empresa, la función del seguro privado no difiere sustancialmente de la función del seguro social.

- 8 Acertadamente HALPERIN, *Contrato de seguro*, Buenos Aires, 1966, 2a. ed., págs. 281 y 282 señala como todos los riesgos no son asegurables, siendo menester que reúna ciertos caracteres para su limitación e individualización, frecuencia, dispersión e intensidad. Individualización que viene dada por la vinculación causal, temporal, local y objetiva. Frecuencia, necesaria para la obtención de estadísticas que permitan establecer las probabilidades del siniestro. Dispersión, esto es, que el siniestro no afecte a una masa de personas o cosas al mismo tiempo: el riesgo no debe ser generalizado universal, y, finalmente la intensidad o lo que es lo mismo, la variabilidad, dado que los riesgos pueden ser constantes o variables. La intensidad varía según la probabilidad y el grado de realización del riesgo. Incertidumbre, hechos futuros inciertos, mas la incertidumbre de la necesidad que funda el seguro sólo puede ser objetiva.

temporal de cobertura, lo que explica que se pueda hablar de riesgos progresivos y riesgos degresivos⁹. Lo normal es la constancia del riesgo con ciertos umbrales de disonancia pero mínimos, y si el mismo es variable o bruscamente variable lo suyo es que responda a cuestiones temporales.

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 seguro¹⁰. Daños no siempre sencillos y de manifestación tempestiva. *A priori* la delimitación temporal llevada a cabo en la póliza o en el condicionado tiene una finalidad clara, a saber, 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. 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. ¿Cómo reaccionan ante esto las aseguradoras? Por todos es conocida la redacción inicial de la ley y su reforma en 1995 en lo atinente al Art. 73 LCS.

Es obvio que no todo siniestro, y sobre todo su exteriorización tanto causal como de resultado es homogéneo. Tres han sido las teorías dominantes, combinativas de la dimensión vigencia del contrato, hecho causal y reclamación. 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*)¹¹. En la primera de las teorías el eje catalizador es

9 En este punto, vid. a HALPERIN, *Contrato de seguro*, cit., pág. 284 que sigue a su vez la doctrina francesa de Hémard y Besson y Picard.

10 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, págs. 1315-1330. Nos recuerda BOGLIONE, "Le clausole *loss occurrence* e *claims made* nell'assicurazione di responsabilità civile (R.C.)", *Assicurazione*, 2009, No. 4, págs. 469 y ss., pág. 469 como 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 resarcible ya que acaecen antes del inicio de la cobertura. Vid. además, EVANGELIO LLORCA, "La validez de las cláusulas *claim made* antes y después de la modificación del art. 73 LCS por la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados", *RGD*, 1998, No. 651, págs. 14668 y ss.; FERNÁNDEZ DEL MORAL, "En torno a la delimitación temporal de la cobertura en los seguros de responsabilidad civil profesional y su proyectada reforma. ¿Fin del stop español a la *claim made*?", *RES*, 1994, No. 78, pág. 44 y ss. GUTIÉRREZ GILSANZ, "Delimitación temporal del riesgo en el seguro de R.C. de auditores y "cláusulas *claim made*". El nuevo artículo 35.1 del Reglamento de Auditoría de Cuentas", *Diario La Ley*, No. 6447, 23 de marzo de 2006.

11 Una sucinta exposición de las mismas en, ELENA MOLINA, *Ruina y seguro de responsabilidad decenal*, cit., págs. 96 a 106; en la doctrina foránea y de modo muy exhaustivo, DÍAZ-

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, quedando al margen la manifestación así como la hipotética reclamación del tercero la 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 no se produce con posterioridad tampoco haría frente la aseguradora a la reclamación del tercero perjudicado. Por su parte la teoría *loss occurrence*, la aseguradora sólo asume el daño si el mismo se produce 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. 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, 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, 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, él o sus dependientes, de las que en definitiva responde con la garantía genérica patrimonial que predica el Art. 1911 del Código civil (C.C.). 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. Ahora bien el significado que pueda tener o el impacto cierto que tienen conceptos como accidente en estos

GRANADOS ORTIZ, *El seguro de responsabilidad*, Bogotá, 2006, pág. 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 amplio 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.

seguros no siempre es una tarea fácil de analizar¹². 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 tiempo¹³. 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 dalkon shield, etc., que provocaron que las aseguradoras asumieran muchos años después millonarias indemnizaciones en el mercado norteamericano¹⁴–, cuando en definitiva se produce el hecho dañoso y, consecuentemente, la causa generadora de la 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 *naeminen laedere*, y no el momento en el que los daños se manifiestan o se exterioriza la reclamación del tercero¹⁵. 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

-
- 12 Así lo testimonian autores como PAVELEK ZAMORA, “La delimitación temporal en el seguro de responsabilidad civil”, *Gerencia de Riesgos*, 1993, No. 41, Mapfre, pág. 43, cuando señala como 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 como 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.
- 13 En parecidos términos CLARKE, *Law of Insurance Contracts*, [non vidi, cit. de BOGLIONE, cit., pág. 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”.
- 14 Así nos lo recuerda PAVELEK, *op. cit.*, pág. 42.
- 15 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, pág. 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”.

vigencia del contrato pero que manifiestan sus efectos dañosos tiempo después de expirar el término de vigencia del contrato de seguro¹⁶. Para atajar toda esta problemática las aseguradoras han tratado de autoblindarse 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 seguro.

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 vigente. 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. No hay que ser muy avispados para darse cuenta que el gran perjudicado es el asegurado, ya que al ser exigible esa responsabilidad civil que ya no es objeto de seguro, será el quien pague con las consecuencias de la misma, en cuanto causante del daño al tercero perjudicado. Pero, ¿estamos ante una cláusula limitativa de derechos o realmente ante una cláusula abusiva?¹⁷.

- 16 Cita YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, Madrid, 1997, pág. 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 le fallo le fuese atribuible, claro está), es responsable, pues la ruina ha aparecido todavía dentro del plazo de garantía decenal que marca el art. 1591 del Código civil. Pero que 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?
- 17 Contudente LANDINI, "La clausola claims made è vessatoria?", *Assic.*, 2006, II, 2, pág. 3, al comentar la sentencia de Casación italiana de 15 de marzo de 2005, No. 5624. Nos recuerda además BOGLIONE, cit., pág. 475 como 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. FERNÁNDEZ MUÑOZ, "Las cláusulas *claim made*", cit., pág. 239 postula la lesividad de las mismas aseverando que cuando se autoriza a las aseguradoras incluir convenciones *claims made*, se afecta a las personas que deben suscribir seguros de responsabilidad civil, sin importar que la víctima presente su reclamación después de cierto tiempo, y se pregunta: "¿De qué sirve pagar un seguro que exija al asegurado que la reclamación del tercero se produzca durante la vigencia del contrato o dentro de los dos años siguientes, so pena de que el contrato de SRC no pueda cubrir dicha reclamación?"; Recientemente SOTO NIETO, "Cláusulas de delimitación temporal del riesgo en el contrato de seguro de responsabilidad civil", *Diario La Ley*, No. 7357, 8 de marzo de 2010, pág. 2 defiende como las cláusulas de delimitación temporal de cobertura no son limitativas de los derechos del asegurado, sino que determinan el riesgo asegurado, el ámbito a que el mismo se extiende, y ayudan a constituir o perfilar el objeto contractual.

I. LAS CLÁUSULAS *CLAIMS MADE*

Sin duda, estas cláusulas desde el punto de vista de su conceptualización dogmática han suscitado grandes y furibundas divergencias, cláusulas que delimitan temporalmente el riesgo cubierto, y no en puridad el concepto de siniestro en el seguro de responsabilidad civil. 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 convencionalmente¹⁸. La versatilidad de estas cláusulas rayanas en la lesividad más que en la limitación de los derechos, hace que las mismas sean elásticas a la hora de configurarse, admitiendo una gran variedad. 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 interim temporal. Al hilo de las mismas ha surgido una variada práctica en el clausulado, como la que permite una cierta tolerancia en el período de retroactividad, incluso *post siniestrum*. Situar el hecho generador y la reclamación en una estricta y procelosa dimensión temporal es la clave de estas cláusulas. El epicentro de la retroactividad es la ignorancia o desconocimiento del asegurado-tomador de ciertos hechos 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 indemnizaría.

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 mismo¹⁹. La reclamación del perjudicado o

18 En parecidos términos ORDÓÑEZ, *El contrato de seguro. Ley 389 de 197 y otros estudios*, Bogotá, 1998, pág. 99.

19 No perdamos de vista como bien señala YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles*, cit., pág. 226, nota 71, que por un lado el plazo de garantía decenal que marca el artículo 1591 del Código civil el cual no significa que una transcurrido, dejan de responder en todo caso constructor o arquitecto, sino que, a partir del décimo año, es a la víctima a quien corresponde

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, nulas? Con estas cláusulas la efectiva cobertura de las aseguradoras 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 plazos²⁰. Ahora bien, ¿acaso no es paradójico que la propia validez de la cláusula y eficacia del contrato se haga valer en cierto modo de un hecho ajeno cuál la reclamación de un tercero? ¿Cuál es la condición suficiente, el hecho generador, la reclamación, o ambos?

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 acaecen inmediatamente, 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.

El que las aseguradoras respondieran *sine die* 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 rescindidas. La redacción

la prueba de que la ruina se debe a las actuaciones de uno u otro. Pensemos en un edificio de más 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.

- 20 En palabras de STIGLITZ, *El siniestro*, Buenos Aires, 1980, pág. 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, No. 89, pág. 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, pág. 213 y ss., pág. 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.

originaria del Art. 73 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, 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 cláusulas²¹. Será el acto u omisión dañosa el que constituye el "hecho causante". De este modo y como excepción a este régimen general, surgen las denominadas cláusulas *claims made* o temporales, 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 Art. 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 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 tercero²². Mas ¿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 civil²³?

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

-
- 21 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, No. 40, pág. 1261 y ss., pág. 1262 a 1266.
- 22 En el mismo sentido TAPIA HERMIDA, "La articulación de la póliza de seguro de responsabilidad civil: cláusulas definitorias, delimitadoras y limitativas", cit., pág. 184 y ss., pág. 192; precisamente éstas 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, pág. 1362.
- 23 Señala al respecto FERNÁNDEZ MUÑOZ, "Las cláusulas claims made en el contrato de seguro de responsabilidad civil", cit., pág. 222 como las cláusulas *claims made* son de limitación temporal, pues con ellas se condiciona el pago de la indemnización a que la reclamación por la víctima al asegurado o al asegurador, se produzca dentro de la vigencia de la póliza o durante un lapso limitado siguiente a su expiración, el cual cubre en ocasiones un período anterior al contrato, independientemente de que el hecho que las origina haya ocurrido dentro de la vigencia del contrato de seguro o antes de su formalización.

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 verificó 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.

A falta por tanto de una regulación específica, y ante la práctica reiterada de las aseguradoras por limitar temporalmente la cobertura del riesgo hasta la reforma de 1995 que introduce este tipo de cláusulas, la jurisprudencia de un modo mayoritario se venía pronunciando en contra de este tipo de estipulaciones, al estimar que se trataba de cláusulas contrarias a la ley y a los principios contractuales, la buena fe, toda vez que significaban la limitación de los derechos del asegurado, ya que estas cláusulas en ningún caso podían ir en contra de lo previsto en el Art. 3 de la LCS, que establece que las condiciones del contrato en modo alguno podrán tener el carácter de lesivo para los asegurados. Así, véanse las importantísimas sentencias para la materia que supusieron las SSTs de 20 de marzo de 1991, de 23 de abril de 1992, de 10 de marzo de 1993 entre otras. De hecho la STS de 20 de marzo de 1991, objeto de varios comentarios doctrinales, con buen tino vino a declarar ilícita la cláusula que señalaba que la cobertura otorgada bajo la póliza alcanzaba a aquellas reclamaciones por hechos ocurridos estando en vigor el contrato, siempre que unos y otros hubieren sido puestos en conocimiento de la aseguradora dentro del período de vigencia de la póliza. En la sentencia, los hechos probados demostraban que para que se diera la cobertura por parte de la aseguradora, y así era el reflejo de lo que acontecía con este seguro y este tipo de cláusulas antes de la reforma en la práctica diaria, tenían que coincidir tres acontecimientos durante la vigencia de la póliza: el hecho causante del daño, la reclamación del perjudicado y su comunicación al asegurador por parte del asegurado, de tal modo que el asegurador no cubría los daños causados por un hecho acaecido durante el período de seguro si la comunicación del hecho o de la reclamación tenían lugar una vez transcurrido aquél. Es notorio en suma, los posibles vacíos de cobertura al tercero perjudicado sin establecerse mecanismos alternativos de garantía.

La ilicitud de semejante cláusula y por ende la censura a tamañas barbaridades prácticas que sólo provocaban una desnaturalización de la figura, se asentaba no tanto en el posible carácter o no de ser una estipulación limitativa de los derechos del asegurado, cuanto en su condición de lesiva para el asegurado si tenemos en cuenta el dictado del

Art. 3 de la LCS. Lógicamente esta lesividad trae su causa de su radical incompatibilidad con la noción misma de seguro de responsabilidad civil establecida en el primer párrafo del Art. 73 de la LCS, amén de la ruptura del principio de equivalencia de las prestaciones, esencial en todo contrato de seguro²⁴.

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 prescripción²⁵. 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.

La STS de 23 de abril de 1992 exclamaba: "... al prevenir el artículo 73 que por el seguro de responsabilidad el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, a cubrir el riesgo de nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato, de cuyas consecuencias sea civilmente responsable conforme a Derecho, claramente está poniendo de manifiesto que el Legislador español, en materia de responsabilidad civil, de entre los sistemas determinantes de indemnización, de su hecho motivador, de la reclamación, o de ambos, ha optado simplemente por el hecho motivador, que en esencia es el riesgo de nacimiento, es decir, del acto que resulte equivocado, que es, en definitiva, lo que constituye el siniestro y comporta en

24 Vid. sobre todo JIMÉNEZ DE PARGA, cit., pág. 1366; TAPIA HERMIDA, "La articulación de la póliza de seguro de responsabilidad civil", cit., pág. 192.

25 Sobre esta cuestión véase SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro*, cit., pág. 1118 y ss.; ídem, "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, No. 89, pág. 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, No. 89, págs. 45-68, 45; VERDERA 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, págs. 77-134, 77; HEBRERO ÁLVAREZ, "La validez de las cláusulas *claims made* en el mercado español de responsabilidad civil", RES, 1988, No. 56, 89; ROUANET MOTA, "Las cláusulas temporales en el contrato de seguro o 'claims made'", AC, No. 40, 2002, pág. 1261 y ss., pág. 1263.

consecuencia la obligación de indemnizar, de tal modo que ésta surge meramente de aquél, que es consecuencia del acto culposo, y todo ello con independencia de la fecha en que el perjudicado por tal acto formule su reclamación”.

Vemos pues como la jurisprudencia reflexionaba en términos cada vez más críticos sobre la validez de semejantes cláusulas antes de que el legislador les atribuyera carta de naturaleza para su inequívoca validez. Unas cláusulas introducidas unilateralmente por las que las aseguradoras querían evitar a toda costa la incertidumbre reinante ante las más que posibles reclamaciones de terceros en el *interin* que iba desde la producción del siniestro hasta el final del período de prescripción de la acción de responsabilidad civil. 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 Art. 73 de la LCS en virtud de la reforma operada con la Ley 30/1995, de 8 de noviembre en su Disposición Adicional Sexta, punto 5 que añadía ese aserso.

Impuesta la reforma, este Art. 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 castellano²⁶–, de manera que si bien admite las cláusulas temporales, ya que no le queda otro remedio, las considera mayoritariamente como limitativas de los derechos de los asegurados y por tanto necesitadas de las especiales características que conllevan estas cláusulas²⁷. Incluso hay voces que se decantan por la lesividad de estas cláusulas²⁸.

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:

- 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,
- las cláusulas que circunscriben la cobertura del contrato de seguro a aquellas reclamaciones efectuadas en un determinado período de tiempo, no inferior a un

26 De “engendro jurídico” lo tachaba REGLERO CAMPOS, “Objeto, riesgo y siniestro en el seguro de responsabilidad civil (reflexiones en torno a las llamadas cláusulas claim made)”, *INURIA*, No. 1, 1994, pág. 17 y ss., pág. 49; YZQUIERDO TOLSADA, cit., pág. 229.

27 Vid. entre otros ROUANET MOTA, “Las cláusulas temporales en el contrato de seguro o ‘claims made’”, cit., pág. 1261 y ss., pág. 1264; TAPIA HERMIDA, “La articulación de la póliza”, cit., pág. 192.

28 En este sentido LARRAYA RUIZ, Las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados. Artículo 3.1 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro, Elcano, 2001, pág. 94.

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 cobertura.

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. 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 Art. 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 cargo²⁹. 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:

29 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*, 6a. ed., París, 1988, pág. 481.

“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 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 (artículo 10 LCS), como durante la vigencia de éste (artículo 11 LCS). 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”.

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 período³⁰. 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.

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. Con la redacción del Art. 73.2 de la LCS esta posibilidad ha sido cercenada al no consentir las cláusulas que limiten la cobertura del asegurador a las reclamaciones efectuadas dentro del año siguiente a la terminación de la duración material del contrato. 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

30 Sobre los problemas que pueden causar este tipo de cláusulas vid. sobre todo CALZADA CONDE, “La delimitación”, cit., pág. 54 y ss.

temporalmente el riesgo cubierto favorecen a la entidad 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 perjudicado³¹. 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 secuencia³². En cierto sentido la configuración de esta segunda hipótesis la configuración que se hace de la cobertura da la espalda a la propia configuración legal del seguro³³. Son las cláusulas “de cobertura posterior”, 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.

31 En parecidos términos ROUANET MOTA, cit., pág. 1265. Extremadamente críticos SOBRINO, Derecho de seguros. La cláusula *claims made*, Buenos Aires, 1996, pág. 41 cuando señala que a la postre 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*, Paris, 1997, pág. 7 al indicar como 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.

32 En idéntico sentido YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles*, cit., pág. 230.

33 Vid. en este sentido YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles*, cit., pág. 230, que críticamente señala que no se diga que el nuevo párrafo 2 del art. 73 permite una “propina” de un año desde la terminación del período de vigencia de la póliza. ... y lo que es muy sugestivo, si se dice que se trata de cláusulas “limitativas de los derechos del asegurado”, ¿no cabría entender que son inoponibles a la acción directa entablada por la víctima, de modo que el asegurador ha de pagar y sólo le queda el consuelo –ilusorio, muchas veces– de intentar el regreso contra el asegurado?

Por tanto no serán admisibles las cláusulas de reclamación que tengan una duración posterior a la vigencia del contrato inferior a un año. 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 éste era el criterio jurisprudencial anterior a la reforma operada con la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados (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 (vid. SSTs de 20 de marzo de 1991 (RJ 1991, 2267) y 23 de abril de 1992 (RJ 1992, 3323)).

La tosquedad y las prisas con que se llevó a cabo la reforma introducida en la LCS por la Ley 30/1995, ha provocado que la introducción del segundo párrafo del Art. 73 se haya hecho confusamente. Primero porque parece que quedarían dentro de la cobertura daños producidos después de la expiración del contrato pero que hayan dado lugar a reclamaciones anteriores al año posterior. Eso sin tener en cuenta además, que la redacción dada al plazo para la cobertura posterior se empieza a contar “desde la terminación de la última de las prórrogas del contrato, o, en su defecto, de su período de duración” no es demasiado clara ni tampoco ayuda a ello. Por el camino se olvida el legislador que lo que se entiende por duración del contrato es el lapso de tiempo que dura la relación jurídica que nace del mismo, y que lo relevante para el cómputo del plazo que fije la cláusula de cobertura posterior es el término final de la duración de esa relación, sin que tenga trascendencia, a los efectos de marcar ese término, que haya finalizado en el plazo inicialmente previsto en el contrato o que esa terminación se produzca después de unas prórrogas³⁴. Segundo, porque califica como cláusulas limitativas a estas cláusulas de reclamación o *claims made*, lo cual es un craso error.

La Ley debería haber eludido su calificación como limitativa de los derechos del asegurado y sí aludido a su naturaleza de delimitación del riesgo asegurado, pues de eso se trata en su vertiente temporal. No existe limitación de derecho del asegurado en tanto que difícilmente se puede limitar un derecho que aún no ha nacido. No debemos aceptar el argumento de que existe una limitación en los derechos del asegurado, ya que lo que se busca es concretar y definir el riesgo asegurado y contratado y no limitar o aniquilar un derecho que tuviese en su caso por vía legal. No confundamos esta última situación con lo que es interpretar qué riesgo se aseguró y cuál fue el objeto del contrato (vid. STS de 8 de junio de 1992 (RJ 1992, 5170)).

En principio no cabe duda que, tanto las cláusulas definitorias del riesgo cubierto como las delimitadoras por inclusión, pertenecen al género de las condiciones generales, las cuales como requisitos de validez exigen una redacción clara, precisa y sencilla. Sin embargo, las dudas surgen a la hora de conceptuar o más bien clasificar a las cláusulas delimitadoras por exclusión, ya que se han considerado como cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, si bien con algunas discrepancias en las jurisprudencia más reciente que las contempla como delimitadoras, y en las que, por tanto, se exigiría

34 En este sentido SÁNCHEZ CALERO, *Ley Contrato de Seguro*, cit., pág. 1164.

los específicos requisitos de validez que requieren las limitativas, aceptación específica y escrita, así como especial realce o relevancia (es cierto incluso que la controversia se agudiza aún más si los pronunciamientos jurisprudenciales pertenecen a la Sala de lo Civil o a la de lo Penal). Por otra parte, respecto a las cláusulas que desempeñan una especial incidencia en los derechos del asegurado también podemos diferenciar hasta tres tipos de cláusulas partiendo de las premisas del Art. 3 de la LCS: así, en primer lugar, estarían aquellas cláusulas que contienen condiciones generales que atribuyen al asegurado *ex contractu* el derecho a percibir la prestación del asegurador; en segundo lugar, las que limitan los derechos del asegurado, previamente atribuidos en la póliza o en la misma LCS con carácter dispositivo, y a diferencia de las anteriores se exige además de la redacción clara y precisa, su específica aceptación por escrito y su relevancia. Finalmente, las cláusulas lesivas para los asegurados que les privan de derechos que la Ley del contrato de seguro atribuye de modo imperativo. En todo caso, estas cláusulas serían siempre nulas, al contradecir una norma imperativa³⁵.

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:

“[...] Existía, por tanto, una delimitación del período temporal de cobertura, que las partes podían pactar en virtud de lo establecido en el artículo 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 contrato³⁶”.

35 Para mayor profundidad véase TAPIA HERMIDA, “La articulación de la póliza”, cit., pág. 185.

36 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, pág. 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

Y es que como la propia sentencia argüye, el Art. 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 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 reclamado³⁷”.

2. EL SINIESTRO

Es indudable que la verificación o acaecimiento del hecho dañoso, o no tan dañoso en función del riesgo y el seguro concreto, es uno de los momentos fundamentales y de mayor importancia para el contrato de seguro³⁸. Pero también lo es que la noción de siniestro es una noción compleja, difícil, rocosa y discutible. Es cierto que, hasta cierto punto, el concepto de daño difiere en cuanto a su contenido y alcance en función del concreto ramo o seguro de que se trate, no así en su fundamentación jurídico-económica, pero una concepción siempre negativa del mismo no encaja bien en los moldes menos angostos de los seguros de personas y asistenciales que de los de daños o patrimoniales. La relación siniestro-daño es estrecha, secuencial, biunívoca y complementaria, pero no yuxtapuesta, sin daño difícilmente puede hablarse de siniestro, pero ¿ante qué tipo de daño estamos? ¿Daño al interés, daño contractual positivo, negativo, daño presente, futuro, continuado, sobrevenido, mediato o inmediato, emergente, lucro cesante, pérdida de oportunidades? ¿Y qué decir de los daños patrimoniales, morales y

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.

- 37 El caso en cuestión partía de una cláusula relativa al período de cobertura que decía lo siguiente: “... modificando en lo preciso las condiciones generales impresas, quedan cubiertas las reclamaciones presentadas al asegurado, o al asegurador en el ejercicio de la acción directa, durante el período de vigencia de la póliza, que se deriven de siniestros ocurridos a partir de 1 de marzo de 1989”. Además, para el caso de no renovación de la póliza o de su vencimiento, se estableció un período de doce meses a partir de la fecha de vencimiento, para la reclamación de siniestros producidos durante la cobertura de la póliza hasta el vencimiento.
- 38 Desde el punto de vista del contenido del contrato, calificaba GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, cit., pág. 160, el siniestro como constituyente del punto crucial de la relación de seguro.

daños corporales con el siempre complejo tema y anatema del baremo más o menos objetivo, mudable y exportable a otras categorías de seguro que reclaman la extensión del baremo más allá de los accidentes de tráfico?³⁹.

El siniestro no es sino la realización o materialización del evento que se había asegurado. La realización del riesgo, de ese riesgo esperado, previsible, de un estado de riesgo que podía ser más o menos intenso, variable, inmodificable, más próximo a la necesidad que a la posibilidad o al contrario, pero desencadenante en todo caso de la fase dinámica propiamente del contrato de seguro. Más ¿qué entendemos por siniestro? ¿Existe en puridad un concepto único o unívoco de siniestro o por el contrario en función de la implicación del daño que cause se puede optar por hablar de una pluralidad conceptual?; ¿acaso no condicionan los hechos y las circunstancias las consecuencias del propio siniestro? Y, ¿qué entiende en realidad la aseguradora por siniestro y máxime por siniestralidad en relación de efecto a fin con el beneficio del seguro? ¿qué decir sin embargo de las cláusulas de suma asegurada por siniestro o de las nociones estrictamente técnicas de “unidad de siniestros”?; ¿quién las mide, quién las valora y sobre todo quién y cómo se hace en los seguros de responsabilidad civil?; ¿qué entiende la práctica del seguro por un mismo y único siniestro? ¿Cuándo estamos sin embargo ante un mismo y único hecho generador o causante de un siniestro⁴⁰? Sin duda lo único relevante para hablar de unidad o no de siniestro es si el daño o los daños proceden de una misma acción u omisión del asegurado y que a la postre es el único desencadenante el daño.

39 Nos recuerda con maestría YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, 2000, pág. 140 que pocas cosas habrá en Derecho Civil en las que la falta de acuerdo terminológico haya arrojado mayor confusión como la clasificación de los daños en atención al objeto o bien agredido. Daños personales, materiales, morales, corporales, patrimoniales directos, patrimoniales indirectos, patrimoniales primarios, extramatrimoniales, morales propios, morales impropios, continuados, duraderos... cada vocablo tiene su significado, pero a su vez cada uno tiene sus zonas de intersección con los demás, provocando una serie de clasificaciones cruzadas y un estado de cosas en que, paradójicamente, el lenguaje sirve como vehículo de corte del entendimiento científico.

40 Al respecto, véase la aportación, entre otros, de PAVELEK, “El seguro de responsabilidad civil de productos (II)”, RES, 2000, No. 103, pág. 509 y ss. Señala CALZADA CONDE, *El seguro de responsabilidad civil*, 2005, Cizur Menor, pág. 57, como en la responsabilidad civil de profesionales parece que la “unidad de siniestro” ha de corresponderse con la “unidad de acto profesional”: aunque un médico cometa el mismo tipo de error en varios actos médicos distintos causando los correspondientes daños (por ejemplo, varias operaciones quirúrgicas del mismo tipo) cada uno de estos actos médicos es un “siniestro” distinto. Afirma la autora como la misma “causa original” de que hablan en ocasiones las pólizas para definir la “unidad de siniestro” habrá de entenderse como la acción u omisión concreta que desata el daño, no como “mismo tipo de negligencia”.

No se olvide que siniestralidad o por mejor decir, no siniestralidad y rentabilidad para una aseguradora forman un todo, la otra cara de la moneda, la del beneficio para ésta⁴¹. Es evidente que en función de los distintos ramos y contratos de seguro, o por mejor decir, de las distintas coberturas aseguradas, riesgos garantizados y asegurados por tanto, la noción de siniestro no siempre va a ser lineal, mimética, menos en función de los seguros.

El propio hecho de su verificación, la realización del evento previsto y cubierto en el contrato de seguro, va a originar la actuación de las partes en el contrato de seguro, significativamente en un primer momento el tomador o en su caso, el asegurado, con la carga o deber de comunicación del acaecimiento del mismo así como de todo la información concerniente y constitutiva del mismo a la aseguradora, pero antes incluso con el deber de salvamento de aquellos bienes o cosas que pueden ser salvados del daño, o reducir el impacto de éste sobre los mismos. Y sin duda generará además, la obligación esencial y principal de la entidad aseguradora, mas eso sí, siempre que el evento desencadenante estuviese cubierto por el riesgo asumido.

El siniestro es la materialización necesaria del riesgo cubierto, del evento o eventos que precisamente eran objeto de cobertura ante la posibilidad, incluso probabilidad de que se produjese el mismo. Ahora bien, hablar de daño en algunas modalidades o tipos de seguro significa abstraerse de una concepción eminentemente negativa, máxime en seguros de personas para casos de supervivencia y en seguros asistenciales pues no siempre daño equivale a pérdida, perjuicio, destrucción, etc. Si el mismo no está cubierto, o la disonancia toda vez acaecido el siniestro entre el riesgo real, verdaderamente real y el riesgo declarado es excesiva, la aseguradora en función de la actuación y a la vez intencionalidad o no del tomador en el momento de la declaración del riesgo, podrá reaccionar frente al mismo, reduciendo en todo caso la indemnización o las prestaciones pactadas en función del tipo de seguro y el resarcimiento establecido o, incluso evitando que en su patrimonio surja un efectivo deber-obligación de indemnizar.

41 Así, y estudiando las fuentes del beneficio, LASHERAS-SANZ, "El derecho de propiedad sobre los beneficios económicos del asegurador", RDP, 1959, 179 y ss., pág. 181 situaba éstas en la siniestralidad, la rentabilidad y los gastos sociales como las tres fuentes primordiales que pueden motivar beneficios o pérdidas para la aseguradora. Respecto de la siniestralidad, afirmaba el autor (pág. 183) como puede suceder que las bases estadístico-actuariales utilizadas para la determinación de las primas y, por consiguiente, las primas resultantes, por lo que respecta al precio medio de la siniestralidad, que significan, comprendan o no un recargo implícito, representado por un aumento en la probabilidad adoptada para la previsión de la siniestralidad o por un aumento de los recargos industriales comprendidos en las primas, o explícito, por un recargo más, de esta forma, a agregar a los industriales. ... el mayor o menor esmero del asegurador en la selección y vigilancia de los riesgos depura su cartera de seguros, haciendo que acudan y permanezcan en ella aquellos riesgos que, dentro de los de la misma naturaleza, ofrezcan una menor exposición al siniestro por estar rodeados de circunstancias y concurrir en ellos condiciones que, sin motivar su inclusión en otras categorías, los hace aproximarse lo más posible al límite de los significativo de lo más ventajoso dentro de aquella en que están incluidos.

La Ley del contrato de seguro no ofrece un concepto de siniestro pero sin embargo sí hace referencia al mismo en una serie no interrumpida de artículos. Ni aseguradora ni tomador del seguro saben si se verificará el siniestro, ese hecho dañoso, sea un daño total o parcial, material o incluso jurídico, directo o indirecto. Es una expectativa, una situación de pendencia. Salvo en los supuestos de seguros de vida para caso de muerte, pues ningún riesgo es más seguro y cierto que la muerte, cuestión bien distinta es saber el momento, paradigma sin duda del viejo apriorismo *certus an, incertus quando*. Una posición expectante en el que ninguna de las dos partes debe alterar artificiosamente el riesgo. Acaecido el mismo, todos los mecanismos se activan para reparar, resarcir al asegurado si es el caso. Que este resarcimiento sea pleno y coincida por tanto con la entidad real del daño sufrido es una cuestión ideal y teórica en muchos casos, más que efectiva y práctica. No serán pocas las veces que en el momento del siniestro se perciba el desfase entre el riesgo declarado y asumido y el riesgo real que la cosa, el bien o la persona realmente sufría.

A *priori* la materialización del siniestro y el estado de necesidad real y material que el mismo acarrea para el asegurado, incluso para el perjudicado, ha de exteriorizarse vigente la cobertura contractual. Ahora bien ¿qué sucede con los daños continuados?, ¿qué sucede con aquellos hechos que realmente causaron el daño pero que éste no se exterioriza sino una vez finalizado y extinguido el contrato de seguro, o incluso antes de comenzada la cobertura del riesgo pero que el siniestro brota o exterioriza constante la nueva póliza?, ¿y cuándo en un pequeño intervalo de tiempo existen dos pólizas de aseguradoras diferentes y se verifica el hecho vigente una y se exteriorizan las consecuencias del daño constante la otra? La problemática es amplia, las soluciones dispares, a veces incluso contradictorias. Durante mucho tiempo incluso estuvo extendida la regla pauta del principio de indivisibilidad del riesgo, de modo que, acaecido el hecho dañoso constante el seguro, pero verificado el siniestro, por ejemplo la muerte que era en realidad el riesgo cubierto y previsto en la póliza, vencido el plazo de vigencia o cobertura temporal del riesgo, el siniestro no tenía razón de ser⁴². Solución ésta que respondía a otras épocas y donde la realidad rompía causalidades y nexos. Sería con los seguros de responsabilidad civil y la irrupción legal ya no sólo convencional de las cláusulas *claim made*, sobre todo a partir de los noventa cuando se rompería toda esta inercia. Además y partiendo del ya clásico axioma respecto al riesgo de principio de universalidad *versus* especialidad cobra mayor o menor por el contrario protagonismo la causalidad. Así las cosas, determinados eventos con casi total independencia del motivo, origen o causa que lo provoque, serán, incontestadamente tomados como dañosos o perjudiciales para el asegurado y por consiguiente generarán la obligación de indemnizar por parte de la aseguradora, pese a las posibles y cada vez más frecuentes ciertas limitaciones y exclusiones que tanto legal como sobre todo convencionalmente puedan estipularse. Pensemos en un seguro de vida para caso de muerte y en el que se comprende prácticamente de un modo holístico los supuestos que pueden originar el hecho dañoso, la muerte, si bien en función de la calidad del riesgo, del sujeto, máxime

42 Vid. entre otros HALPERIN, *Contrato de seguro*, 2a. ed., Buenos Aires, 1966, pág. 492, quien sigue una vez más a BRUCK, cit., pág. 629, a Vivante, Gasperoni, Patterson, etc., quienes en su momento, mantenían idéntica postura.

de salud y ocultación de ciertas enfermedades (aunque en estos casos la no indemnización o su reducción respondería a otras motivaciones), de circunstancias profesionales, geográficas, laborales, podrían atemperarse o incluso excluirse el derecho a la indemnización⁴³.

Es evidente que, para que exista siniestro, sea éste parcial o total, y por tanto obligación del asegurador, el mismo ha de acaecer dentro del ámbito de duración del contrato de seguro, con o sin retroactividad *a priori* o *a posteriori*, (*claim made*), como, sobre todo, estar dentro del riesgo previsto y cubierto en la póliza, el riesgo garantizado y asegurado, no el asegurable. Siniestro que causa un perjuicio, un daño al asegurado, si bien la noción de daño en seguros de personas suele relativizarse en función de quién recibe la prestación y la indemnización.

3. EL MOMENTO DEL SINIESTRO. EL HECHO CAUSANTE O LA RECLAMACIÓN

A pesar de la aparente claridad terminológica que atesora el concepto siniestro, éste, o por mejor decir, la fijación de lo que es siniestro y desde cuándo existe el mismo, es una de las cuestiones más controvertidas de todo el derecho de seguros⁴⁴.

43 En nota a pie de página HALPERIN, *Contrato de seguro*, cit., pág. 492, nota 7 se hace eco del criterio de VITERBO (*non vidi*), que plantea como en casos dudosos han de resolverse con el criterio de la conexión habitual, así, “no es necesario que la actividad habitualmente conexa a la asegurada sea la frecuente, sino sólo que verificándose ciertas circunstancias en el desarrollo de la actividad típica asegurada, es habitual que a él se conecte otra actividad en sí no típica”, planteando el supuesto de cómo estaría incluido en un seguro de responsabilidad médica las lesiones sufridas por éste en un accidente de automóvil, al dirigirse a gran velocidad para atender la llamada de un enfermo en estado grave.

44 En la legislación colombiana de seguros y hasta la promulgación de la Ley 389 de 1997, sólo se preveía que las pólizas de seguro contemplaran los llamados siniestros por ocurrencia, en tanto que siniestro era el hecho externo que produce los efectos dañinos en el patrimonio del asegurado, al margen del conocimiento o no que se tuviera del hecho o de que éste estuviera en capacidad de producir los efectos de pérdida en el asegurado. Así, conforme AMADOR ROSAS, “El siniestro. Algunos aspectos técnicos y jurídicos”, *Seguros. Temas esenciales*, (PALACIOS SÁNCHEZ (Dir.)), 3a. ed., Bogotá, 2007, pág. 505 y ss., pág. 507. Tras la reforma además de los siniestros por ocurrencia, existen o han cobrado carta de naturaleza los siniestros por descubrimiento y los siniestros por reclamación (*claims made*). En el siniestro por ocurrencia, señala el autor, se mira el momento mismo en que ocurre el hecho externo, un hecho objetivo y simplemente considerado, constituyéndose para todos los efectos del contrato de seguro, en el siniestro que da origen al nacimiento de la obligación de indemnizar. Piénsese en la colisión de un vehículo, el incendio, la inundación de una fábrica, el daño de un generador en el seguro de maquinaria, etc. El siniestro por descubrimiento no se asegura que el hecho ocurra, si no que el hecho lo descubra el asegurado. El amparo de la póliza se produce en el momento en que se descubra el hecho, independiente de cuándo ocurrió o empezó a ocurrir. El asegurado

Piénsese en el profesional liberal, médico, odontólogo, arquitecto, aparejador, etc., y el momento en que el siniestro se exterioriza o se hace perceptible para todos. Momento que no tiene por qué coincidir ni siquiera con la vigencia del contrato de seguro, pero ¿ha de responder la aseguradora de ese siniestro que se exterioriza meses o años después de expirada la póliza?, y si lo es ¿en base a qué?, ¿acaso la realización del riesgo en los seguros de responsabilidad civil no pasa por distintas fases o manifestaciones? ¿Qué decir sino de las tan polémicas cláusulas de cobertura retroactiva y *claim made*?, ¿existe indefectiblemente un *itersiniestral*?

Es evidente que siniestro es la realización de ese riesgo que de probable o posible se convierte en necesario. Aunque no siempre es posible identificar esa ecuación. A veces el siniestro es un algo más, un plus, a la realización de ese riesgo previsto en el contrato. El siniestro es algo material, es una realidad. Hablar de siniestro es inescindible de riesgo, del riesgo asumido contractualmente. La realización de ese riesgo que es el siniestro hace de ambos conceptos que sean interdependientes incluso desde un plano meramente jurídico ya no sólo técnico. Uno depende del otro⁴⁵.

No es fácil perimetrar los contornos reales de la noción de siniestro. El silencio del legislador dificulta el camino. La teoría es dispar como también lo son los pronunciamientos jurisprudenciales. Y es probablemente en el ámbito de la responsabilidad civil donde los perfiles se hacen todavía más porosos, y donde últimamente cierta doctrina, así como jurisprudencia han tratado de marcar un cambio de líneas y un cambio de rumbo interpretativo⁴⁶. Realmente el siniestro, ¿se produce cuando acaece el daño al tercero?, ¿existe cuando el asegurado indemnizó el daño y como tal, causa un perjuicio (disminución) a su propio patrimonio, o en cambio hay que entender, olvidando la posible cobertura de una cláusula *claim made*, que siniestro

no debe probar cuando empezó el fraude por ejemplo empleados, hurtos, robos, infidelidad, etc., si no cuando lo descubrió, obrando diligentemente en la supervisión y de acuerdo con las normas de control que han de existir en los negocios. El siniestro por reclamación, se tiene en cuenta no cuando ocurrió el hecho, sino el momento en que le es reclamada judicial o extrajudicialmente al asegurado la indemnización por los daños causados. Ámbito típico de la responsabilidad civil.

45 No se equivoca NICOLÁS, "Le sinistre", *Traité de droit des assurances, Le Contrat D'Assurance*, (BIGOT (Dir.)), tome 3, Paris, 2002, pág. 973 y ss., pág. 974 cuando señala como si ya el riesgo es difícil de definir en una acepción unitaria, más lo es la noción de siniestro.

46 Y es que como bien se ha dicho, Díez-PICAZO, *Derecho de daños*, cit., pág. 195, el reverso de la medalla de la imputación de responsabilidad por asegurabilidad, es la cuestión de la existencia o inexistencia de acción para reclamar si los daños están cubiertos por un seguro, que, en nuestra hipótesis ha de ser, lógicamente, un seguro contra daño. En principio es claro que quien tiene contratado un seguro contra daños y recibe del asegurador, por virtud de un contrato celebrado, la totalidad de la indemnización por los daños sufridos, carece de acción frente al causante del daño, opuesto que ese daño ya no existe. En estos casos, la discusión ha versado de antiguo, en punto a si el asegurador que satisface la indemnización se subroga en la acción indemnizatoria que tenía el que sufrió el daño y fue indemnizado, frente al indemnizante del mismo.

existe cuando el tercero reclama contra el asegurado, momento a partir del cual nace una necesidad real y tangible? O dicho de otro modo desde la óptica estricta de la responsabilidad civil, ¿cuándo y en qué momento se identifica la responsabilidad civil con el daño?, ¿con la causa que genera el daño, con el resultado o con la reclamación dentro del período de la póliza (cláusulas *claim made*)? No son pocas las cláusulas que se imponen más que incorporan en los condicionados que empiezan a identificar el siniestro con las indemnizaciones exigibles en virtud de reclamaciones judiciales o extrajudiciales producidas durante el período estipulado de vigencia de la póliza o un año tras la pérdida de vigencia por negligencias ocurridas mientras la póliza está en vigor. De este modo se cuestiona si el siniestro debe identificarse con la causa del daño o con la reclamación del mismo. Evidentemente si a lo largo de una primigenia cobertura de responsabilidad civil se han ido incrementando o disminuyendo las sumas aseguradas, el camino queda expedito para la controversia. Pues ¿qué sucede si el hecho generador o causal del daño tuvo lugar en el momento que la cobertura era notablemente superior al momento en que se descubre el daño y se efectúa al reclamación donde la suma asegurada había disminuido notablemente? ¿Y si son distintas coberturas o con distintas pólizas en compañías aseguradoras diferentes?, o de otro modo ¿cuándo es exigible la obligación de indemnizar?, ¿desde el momento en que se detecta el acaecimiento de los hechos causantes de la responsabilidad civil? o ¿desde el momento de la reclamación? ¿por qué se está tratando de identificar a la hora de fechar o datar el momento del siniestro su producción con su comunicación en un claro olvido cuando no desprecio del concepto jurisprudencial de siniestro atesorado en sentencias del Supremo tales como las de 12 de julio y 3 de noviembre de 1997, 7 de diciembre de 1998, 22 de enero, 24 de febrero y 18 de septiembre de 1999, 14 de junio de 2002 ó la de 16 de octubre de 2003?

Tres hipótesis, tres teorías que no han sino creado enorme confusión y polémica interesada. Todas estas teorías o tesis han tenido sus sustentadores y detractores, también la jurisprudencia ha ido basculando a lo largo de los años. Ninguna es completa o mitiga cualquier atisbo de duda y resistencia. Así, aquellas tesis, más germánicas e italianas que entendían por siniestro el hecho del que nace la deuda de responsabilidad y que ha sido seguida en nuestro país por cierto sector doctrinal, también jurisprudencial que ve su reflejo en el dictado del Art. 73, ha ido dejando paso a otras construcciones doctrinales, quizá mejor fundamentadas al menos si se tiene en cuenta la realidad práctica, de que el siniestro no se produce hasta tanto en cuanto el tercero víctima o perjudicado no reclama al asegurado la causación del daño, reclamación eso sí, que puede ser tanto judicial como extrajudicial. Salvar esta tesis requiere partir de una noción amplia y a la vez compleja de siniestro, como iter siniestral y conjunción de distintos elementos que se completan en el momento de la reclamación de la víctima, con lo que el hecho generador del daño necesita la actuación del perjudicado para completar el proceso siniestral. No compartimos ya otras teorías que completan el proceso del siniestro hasta el momento en se paga la indemnización o deuda resarcitoria al tercero víctima, tampoco otras que niegan la idoneidad del vocablo siniestro cuando realmente el asegurado no sufre el daño directamente, algo que no resiste por lo demás la rápida respuesta de que es el patrimonio del asegurado quien realmente sufre un detrimento como consecuencia de un daño que le es imputable a él. Que lo pague o no la aseguradora

es otra cuestión, sin olvidar los regresos que, en múltiples ocasiones se producen hacia el causante del daño toda vez que la víctima ya ha sido resarcida⁴⁷.

Tres momentos y tres formas de entender el siniestro, que a la postre obligan a precisar, aún sin tomar partido manifiestamente por ninguna en este momento inicial, a tener en cuenta, de un lado, la delimitación temporal de la cobertura, al menos en un ámbito tan específico como es el de la responsabilidad civil, pero de otro, a disociar este hecho de lo que el plazo para comunicar el siniestro.

Es claro que del tenor del Art. 73 siniestro sería el nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar, pero, ¿cuándo se produce realmente el siniestro?, ¿en el momento del hecho que lo causa, o cuando alguien reclama al asegurado la causa de ese daño que ha de ser reparado? De un lado y parece *a priori* lo más seguro, la generación del hecho que provoca o hace nacer una responsabilidad al asegurado es la que marca y determina el siniestro. Pero, ¿es el hecho dañoso por sí mismo constitutivo del siniestro, o por el contrario, la causa del mismo, la fuente que obliga a la indemnización⁴⁸? Algunos autores han dado un paso más y mantenido que no puede hablarse de siniestro hasta tanto no se produzca el nacimiento de una deuda de responsabilidad en el patrimonio del asegurado, con lo que en cierto modo se está disociando daño y evento, de modo que el daño no surge hasta que nace la deuda con independencia de que el hecho o evento hubiere ocurrido en un momento anterior⁴⁹. Se separan las nociones de realización del riesgo y de siniestro.

La práctica aseguradora rehúye de esos daños que se exteriorizan después de la vigencia de la póliza pero que ocurrieron o se produjeron constante ésta. En efecto, los aseguradores asignan los siniestros a un período concreto, evitando en la medida de lo posible los siniestros que se reclaman tardíamente. Imaginémonos esos siniestros que son fruto de un daño continuado y prolongado en el tiempo, ¿cómo se mide el siniestro,

47 Son significativas al respecto las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1991, 23 de abril de 1992, 10 de marzo de 1993, 19 de septiembre de 2003, o de 1 de diciembre de 2006, en las que después de exponer las diferentes teorías que han ido surgiendo, todas se decantan con claridad y sin atisbo de duda alguna, por sostener que el siniestro coincide en el hecho dañoso, el hecho motivador, que en esencia es el riesgo del nacimiento. Ello no impide además para que la postura dominante jurisprudencialmente y a efectos de liquidación, sea la de atender la medida del daño no al momento de producción del hecho dañoso, sino al que se hace su liquidación. Lo cual juega sin duda a favor del perjudicado o víctima.

48 Es esta la premisa de la que parte OLIVENCIA, "Seguro de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro", *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Madrid, 1982, I, pág. 867, pág. 902.

49 Vid. en este sentido, ALONSO SOTO, "Consideraciones sobre la noción de siniestro en la nueva LCS", *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Madrid, 1982, pág. 201 y ss., pág. 206.

la responsabilidad civil, cómo se comunica y cuál es el *quantum* si todavía es imposible concretarlo?

Probablemente gran parte de la ingente problemática causada se diluiría si el legislador fuese capaz de establecer conceptual y aisladamente las categorías de reclamación, así como una definición de fecha de siniestro y una propia noción de siniestro. Para ello hay que partir además de una noción clara del hecho que genera el siniestro, y su plasmación en el tiempo, pues no siempre nos vale el esquema o la premisa de que en muchos casos el hecho dañoso o el propio siniestro es la realización de un evento en un momento determinado, dado que si la premisa es cierta para algunas hipótesis no lo es en cambio para otras en las que las consecuencias no hacen sino acumular diversos hechos a lo largo de un determinado curso temporal en el que el siniestro se concreta. Pensemos en las lesiones que son consecuencia de un accidente corporal, sea de tráfico o no. ¿Cuándo y en qué momento se manifiesta la plenitud de la lesión, del siniestro en suma? ¿Inmediatamente al mismo, o por desgracia como ocurre con frecuencia, semanas, meses incluso años después de acaecer aquél?

Sólo así se podría con nitidez pero también con seguridad diseccionar equitativamente lo que ha de ser indemnizado y lo que rechazado. Asignar siniestros a períodos concretos se convierte en una cuadratura imposible y máxime cuando aparece figuras como el reaseguro o el seguro directo. Es más reconocer una responsabilidad en cierto modo se equipara a la reclamación del tercero víctima o perjudicado. Cuestión distinta es que la aseguradora sí pueda oponer cierto tipo de excepciones personales frente a la víctima o una concurrencia por ejemplo de culpas en la causación del daño y que minore el alcance de la indemnización por el siniestro. Del mismo modo en un seguro de vida para caso de muerte el hecho del fallecimiento del asegurado es sin duda el siniestro, pero ¿genera alguna obligación indemnitaria para la aseguradora? No si no hay una reclamación por parte del beneficiario de la misma, eso sí, siempre que éste sepa su condición de beneficiario, al margen de registros y buenas voluntades. Es más ¿caso una aseguradora obliga al propio beneficiario a que demuestre que ha sufrido un perjuicio o un daño? Simplemente habrá de demostrarse la verificación del siniestro, la muerte del portador del riesgo, nada más, amén de su condición presente de beneficiario de la indemnización.

Sin duda la principal obligación que tiene el asegurador es la de indemnizar el daño producido por el siniestro una vez que éste se verifique. La aseguradora cubre el riesgo, incluso se sitúa en una mera situación de pendencia una vez perfeccionado el contrato en tanto en cuanto el tomador no paga o satisface la prima, *pendente* riesgo, éste o se verifica o no, acaecido y comprobado que el mismo es objeto de cobertura dentro de la delimitación condicional o clausular del riesgo, la aseguradora tiene la obligación de satisfacer la indemnización, reparar o realizar la prestación pactada. Una satisfacción que se dilata indebidamente en el tiempo pese a la “penalización” de los intereses de “demora” y que ha sido objeto de una copiosísima y a veces controvertida jurisprudencia. No obstante y *ex ante* existe ya un deber jurídico de pendencia –como ya hemos señalado supra– por parte de la aseguradora de cubrir la probabilidad de que el mismo se verifique independientemente que éste no llegue

a acaecer. Que se supedite este último deber al pago o realización de la contraprestación por parte del tomador del seguro es otra cuestión.

En daños, la indemnización amén de ser objetiva y escrutarse en el mismo alcance del daño partiendo de su cobertura intrínseca, se tienen en cuenta el interés asegurable y la suma asegurado, lo que implica que el resarcimiento probablemente nunca sea completo o satisfactorio del todo, al existir probablemente una correlación quebrada de lo que es el seguro pleno. Será el infraseguro y la regla proporcional la que marque el monto y quantum de la indemnización. En cambio en el ramo de seguros de personas, y al responder al patrón de cobertura abstracta y suma asegurada *ab initio*, como sucede por ejemplo en el seguro de vida entera para caso de muerte se trata de una obligación sometida a término incierto (*certus an incertus quando*), se sabe la certeza del siniestro pero se ignora el momento, el quando de esa ecuación. En los seguros contra daños en las cosas, en general, es una obligación sometida a condición suspensiva (*incertus an*), incertidumbre que también ha de predicarse de los seguros mixtos que combinan sobrevivencia a una determinada edad y muerte pues se ignora cuál de las dos acaecerá antes; como bien se ha señalado en nuestra doctrina, mientras el evento no se verifique, la obligación está en suspenso⁵⁰.

La obligación de pago se presume que nace cuando se verifique el evento cuyo riesgo era objeto de cobertura, si bien, el asegurador deberá cerciorarse de la existencia y consistencia del siniestro, amén de la redacción de la póliza y del condicionado⁵¹. *Ex ante* y como ya hemos señalado la aseguradora ya cumple una obligación de cobertura del riesgo contratado y que se materializará o no en función del *alea*, es decir, si se produce el evento dañoso. Cobertura que rige y sigue a todo la duración del contrato incluso aunque no se verifique jamás el siniestro. Pero es ahora en el momento del siniestro y del pago o no de la indemnización o prestación cuando realmente surgen los problemas, las discusiones sobre el alcance o no de las coberturas y los *quantums*. En suma, puede aseverarse y con escaso margen de error que es ahora en realidad cuando el asegurado escruta y lee en su integridad toda la documentación del seguro. Por lo que la obligación de indemnizar está subordinada *a priori* al surgimiento del evento dañoso previsto en el contrato, y no existe si éste fue excluido –delimitación negativa– en el condicionado del contrato.

Como fácilmente es imaginable la existencia del siniestro o lo que es lo mismo de la relación de causalidad entre el evento y el daño constituirá una cuestión de hecho sometida a las reglas probatorias, en ocasiones sumamente complejas. El propio Art. 18 contempla la posibilidad como también señala el Art. 1 de que la prestación del asegurador sea efectuada *in natura*, ya reparando, ya reponiendo el bien u objeto siniestrado, o qué decir de un seguro de asistencia sanitaria, de uno de defensa jurídica, de asistencia en viaje o la misma dependencia.

50 Conforme URÍA/MENÉNDEZ/ALONSO SOTO, *Curso de Derecho Mercantil*, II, Madrid, 2001 (existe 2a. ed., de 2007), pág. 599.

51 En parecidos términos SÁNCHEZ CALERO, Ley, cit., pág. 277.

La obligación del asegurador amén de suponer la existencia de un contrato de seguro válido, pues de lo contrario sería nulo, presupone primero que el riesgo estaba incluido en la delimitación de la cobertura y, segundo, que no existe ningún hecho impeditivo que extinga el derecho del asegurado a recibir la contraprestación, cuál es por ejemplo la inasegurabilidad del dolo o provocación dolosa del siniestro por el asegurado, que hace que la obligación del asegurador al pago ni siquiera llegue a nacer. Compete sin duda alguna al asegurador la prueba de que el siniestro ha sido causado por un riesgo excluido de cobertura. Se ha discutido incluso si ha de responder o no el asegurador ante un siniestro causado por el vicio propio de una cosa, teniendo en cuenta que el vicio propio no es un auténtico riesgo en el sentido de ser un hecho o acontecimiento imprevisto, sino necesario⁵². No obstante existen, empero, otras circunstancias que pueden determinar igualmente la inexigibilidad del pago de la indemnización, como por ejemplo, cuando el tomador contestó dolosamente al cuestionario en la fase precontractual, no declaró la agravación del riesgo a la aseguradora actuando de mala fe (Art. 12 LCS), no se ha pagado la prima única o primera del seguro o una sucesiva y transcurren seis meses con lo que se produce una extinción *ope legis* del contrato de seguro; no se comunica maliciosamente la producción del siniestro y no se trata de salvar las cosas aseguradoras con ánimo de dañar a la aseguradora, etc.

No podemos en definitiva, confundir el hecho generador del daño con el momento ulterior en que se conoce el mismo y, sobre todo, en que lo conoce tanto el asegurado como, sobre todo, el asegurador. Tampoco que no se conozca inmediatamente el contenido y sobre todo, el alcance y las consecuencias del daño. La liquidación del daño a través de la indemnización se yuxtapone necesariamente a un momento ulterior de la causación del daño mismo. A ello han de sumarse la determinación exacta del alcance del daño y por ende de la responsabilidad y máxime si se tratan de daños corporales y secuelas que precisan el transcurso del tiempo para consolidarse definitivamente. La cuantía del daño es una de las cuestiones más complejas y dilatadas en la el cálculo final del resarcimiento al tercero.

No puede negarse que los tres ámbitos marcan formalmente la fecha del siniestro, es más, la primera en materializarse en el tiempo, sea la reclamación de la víctima al asegurado causante, o directamente a su compañía de seguros, o la entablada entre

52 Véase en este sentido HALPERIN, *Contrato de seguro*, cit., pág. 494. También PICARD/BESSON, *Les Assurances Terrestres en Droit Français, Le contrat d'assurance*, tome premier, Paris, 1964, pág. 179 en la que define siniestro como la realización del riesgo previsto en el contrato "de nature à entraîner la garantie de l'assureur". No olvidan además como en numerosas hipótesis la realización del riesgo se presenta con un plus de complejidad, pues no es lo mismo el siniestro en los seguros de vida que en los de daños. Para estos autores, pág. 180 y especialmente 495 y ss., el siniestro en los seguros de responsabilidad civil no está marcado o constituido por el hecho generador del daño como a primera vista parece desprenderse, tampoco por la realización misma del daño causado a terceros lesionados, sino por la reclamación judicial o no, fundada o no, hecha o efectuada al asegurado por un tercero que le imputa la responsabilidad del daño por el sufrido.

asegurado y asegurador, marcará el devenir mismo de la obligación o no de indemnizar el daño. ¿Supone esto entender que desde el momento en que al asegurado el tercero perjudicado le reclama el daño, con independencia de que ninguno de los dos haya dado comunicación o traslado a la aseguradora, se confirma el siniestro, o por mejor decir, la fecha del siniestro? Esta es la cuestión central indudablemente. Esa puesta en conocimiento de la reclamación al asegurado sería la fecha del siniestro.

De otra parte, hay que contestar a la fecha admisible de comunicación del asegurado al asegurador de esa reclamación del daño o de la generación de un daño. Es decir, ¿ha de ser dentro del período de cobertura de la póliza en vigor o cabe comunicaciones una vez extinguida la póliza si se entienden habilitados períodos de cobertura adicionales? No debemos confundir lo que es la fecha de la reclamación o notificación de esa reclamación al asegurado o a la aseguradora con lo que es en puridad la fecha del siniestro. Y, ¿qué papel juega la prescripción?, ¿qué ventaja o que posición dominante y abusiva frente al asegurado por parte de la aseguradora si las limitaciones de cobertura temporal dejan inerte e ineficiente los períodos de prescripción?

A su vez siniestro en un ámbito tan especial y específico como es el de la responsabilidad civil es el resultado de un proceso complejo y múltiple que puede desarrollarse a lo largo del tiempo. El iter siniestral puede ser tan recóndito como explícito, sencillo como sumamente enrevesado⁵³. Y es que el siniestro puede descomponerse *per se* en diferentes etapas o elementos de cara a su materialización final⁵⁴. No hablamos de segregación individualizada o atomización particularizada, pero sí de sucesivos hitos que con base y fundamento en el hecho causante que en el ámbito de la responsabilidad civil lo determinarán y modularán hasta conseguir una indemnización o por el contrario rechazar la misma. Vertebrado el daño, hay que vertebrar el siniestro⁵⁵.

53 Apunta DÍAZ BRAVO, *El fraude y su incidencia en el contrato de seguro*, cit., pág. 112 como al hablar de siniestro han de examinarse las siguientes posibilidades en cuanto a lo que debe considerarse como ocurrencia del "acontecimiento dañino": a) el acto generador del daño: intervención quirúrgica, ingestión o empleo del producto defectuoso, primer contacto con la sustancia dañina; b) la primera manifestación corporal del daño; c) el diagnóstico médico sobre el origen del daño; d) la reclamación extrajudicial formulada al asegurado responsable; e) la reclamación extrajudicial formulada al asegurado responsable; f) la notificación al asegurado-responsable de una demanda formal. La sentencia o laudo que condene al asegurado-responsable. El pago efectuado por el asegurado-responsable.

54 De hasta seis etapas para que el siniestro se materialice en los seguros de responsabilidad civil nos habla LAMBERT-FAIVRE, *Droit des assurances*, 11ª ed., Paris, 2001, pág. 468 y ss., al hecho generador técnico le sucederá el hecho dañable, seguido de la realización del daño. Manifestado el daño se produce la reclamación de la víctima, que conducirá al juicio o a la transacción.

55 Categórico y taxativo aunque en nuestro modesto entender equivocado, se mostraba GARRIGUES, *Contrato de seguro*, cit., pág. 373 cuando señalaba como el siniestro en sentido técnico, sólo se produce "cuando el patrimonio del asegurado haya quedado efectivamente y no sólo eventualmente gravado por una obligación de reparación, esto es, de responsabilidad, bien por haber sido ésta reconocida frente a la

Desde ese daño continuado, al daño retardado o manifestado tardíamente aunque la causa del mismo se hubiere producido meses o incluso años antes. Es evidente que en las cláusulas *claim made* la reclamación es el “siniestro”, o dicho de otro modo, la noción de siniestro abraza la de reclamación del perjudicado. No ha de olvidarse empero como la propia Ley del seguro contempla en su Art. 73.1 el seguro de responsabilidad civil como una modalidad contractual en la que el riesgo asegurado es el nacimiento de una deuda indemnizatoria a cargo del asegurado y a favor de un tercero derivada de un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias aquel sea civilmente responsable. Ha de añadirse además, como el Tribunal Supremo ha manifestado de modo reiterado que en nuestro derecho es elemento esencial y constitutivo del siniestro el hecho generador del mismo, que deberá producirse durante la vigencia del contrato de seguro siendo indiferente cuándo tenga lugar la notificación. Significa esto entonces que la reclamación ¿se configura como elemento integrante del siniestro o incluso del riesgo asegurado? No parece que sea así, máxime cuando la reforma de 1995 escenicó en nuestra normativa la introducción de fórmulas que permitieran introducir convencionalmente limitaciones al alcance de la cobertura del asegurador. Se ha limitado legalmente eso sí, la cobertura temporal que de acuerdo al criterio del hecho productor del daño deben otorgar las compañías a quienes contratan la garantía de responsabilidad civil.

Adviértase además que interpretar el Art. 73 de la ley de contrato de seguro no se antoja una cuestión sencilla, antes al contrario. Decidir después de aunar conceptos tales como siniestro, reclamación y duración temporal del contrato de seguro a través del condicionado, cuando se produce el siniestro, si en el mismo momento o hecho causante, o el de la reclamación del perjudicado efectuada dentro de un período de tiempo marcado por el contrato de seguro, marca sin duda unos perfiles cuando menos controvertidos⁵⁶. Esto sucede sin duda con las polémicas cláusulas *claim made*. Recuérdese como el Art. 73 admite como límites contractuales aquellas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados (está catalogando como tales las *claim made*), que circunscriban la

víctima, bien por haber sido declarado en una sentencia judicial ... la mera realización del daño físico no será el siniestro en sentido jurídico, sino que sólo será la primera fase de un proceso que puede terminar con el resarcimiento, si jurídicamente ha nacido una responsabilidad”.

- 56 Contundente además de categórico y acertado SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro*, “Art. 73”, cit., pág. 1145 cuando mantiene como el nacimiento de la deuda de indemnización se produce de forma inmediata cuando se verifica el hecho dañoso, hecho del que mana y deriva esa deuda, de forma que el hecho es la causa del siniestro. Contra y en la doctrina clásica francesa, LAMBERT-FAIVRE, *Droit des assurances*, 5a. ed., Paris, 1985, pág. 301 y ss., afirma como buena parte de la doctrina mantiene que la reclamación de la víctima es el momento del siniestro, mas la autora asevera como el siniestro es la realización del acontecimiento que pone en juego la garantía del asegurador. En el seguro de responsabilidad civil se ofrecen tres garantías, de un lado, la principal de la deuda de responsabilidad del asegurado, de otro, el crédito por reparación de la víctima que nace en el momento mismo de la causación del daño y, finalmente la sentencia de condena. DONATI, *Trattato*, II, cit., pág. 518 hacía sin embargo a un guiño al realismo de la reclamación, pues aun habiendo acaecido el hecho dañino, no con ello surge el derecho contra el asegurador en tanto no se reclame al mismo.

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 las últimas de las prórrogas del contrato, o en su defecto, de su período de duración. Asimismo, y con el mismo carácter de cláusulas limitativas serán admisibles como límites establecidos en el contrato, aquellas que circunscriban la cobertura del asegurador a los supuestos en que la reclamación del perjudicado tenga lugar durante el período de vigencia de la póliza siempre que, en este caso, tal cobertura se extienda a los supuestos en los que el nacimiento de la obligación de indemnizar a cargo del asegurado haya podido tener lugar con anterioridad, al menos, de un año desde el comienzo de efectos del contrato, y ello aunque dicho contrato sea prorrogado. El perjudicado reclamará bien al asegurado, bien al asegurador en virtud del ejercicio de la acción directa que regula el Art. 76. El seguro se ocupa de lo fortuito y, a lo sumo, de lo imprudente, por lo que lo intencionado, lo deseado, lo provocado vive a expensas y a extramuros del mismo. Sin embargo, el siniestro verificado por culpa del asegurado se halla cubierto, y se caracteriza, porque el comportamiento de aquél no elimina la nota de incertidumbre definitoria de la noción misma del riesgo⁵⁷. No obstante la LCS introdujo en el esquema del riesgo asegurado una sensible modificación a través del Art. 76, ya que después de reconocer a la víctima la posibilidad de entablar la acción directa contra el asegurador, reconoce el derecho de éste a repetir contra al asegurado en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste el daño o perjuicio causado a un tercero. Lo que supone un *punto de inflexión copernicano* en el tratamiento del dolo.

La ley ha querido modular pero también moldear el Art. 19 de la LCS que, eso sí, lejos de proclamar la admisión de la asegurabilidad del dolo, sí ha extendido en cambio la tutela del derecho del tercero, en el sentido de entender que también está cubierto por el asegurador, frente al perjudicado, el supuesto de producción dolosa del hecho que ha sido causa de la responsabilidad del asegurado⁵⁸. La acción del Art. 76 LCS se encuentra limitada por el ámbito de delimitación del riesgo pactado por las partes en el contrato de seguro, si bien habrá de analizarse cuál es ese alcance y, sobre todo, de cara a los seguros obligatorios en los que se encuentran tasadas las causas legales de excepción a la cobertura, en las que salvo supuestos de *exceptio doli*, difícilmente la aseguradora se opondrá con éxito al pago de la indemnización. Es más, el legislador lo ha hecho con la voluntad decidida de proclamar este principio de extensión a todas las modalidades del seguro, ya obligatorias ya voluntarias, lo cual en algunos supuestos es más que harto discutible⁵⁹. Lo cual no quiere decir que el comportamiento doloso haya dejado de ser un riesgo no asegurable.

No son pocas las pólizas o condicionados que definen reclamación como cualquier comunicación verbal o escrita en petición de resarcimiento o bien la notificación de un

57 Vid. en este sentido STIGLITZ/TRIGO REPRESAS, cit., pág. 50.

58 En el mismo sentido SÁNCHEZ CALERO, *Ley Contrato de Seguro*, cit., ed. 2001, pág. 1338.

59 Conforme YZQUIERDO TOLSADA, *Las peripecias del asegurador de automóviles en el proceso penal*, Madrid, 2003, pág. 117.

hecho o circunstancia que razonablemente pudiera dar lugar a una petición de resarcimiento.

La no declaración del siniestro por parte del asegurado o tomador a la aseguradora, y en este caso, la reclamación del perjudicado al asegurado y la pasividad de éste no dando traslado de la misma a la entidad aseguradora, en modo alguno puede significar la inexistencia del siniestro para la aseguradora, sino que será el asegurado quien peche con los daños y perjuicios que pueda ocasionar esta falta de comunicación y colaboración hacia la aseguradora, pero en modo alguno negar o aminorar la indemnización que se derive del daño.

4. LOS VACÍOS DE COBERTURA

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 que 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 C.C. o la propia y específica del seguro en el Art.23 LCS? Piénsese a modo de ejemplo en la actividad profesional de un arquitecto, el cuál 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 C.C.?, ¿y si la ruina del edificio sobreviene ocho, diez, catorce años después de jubilado el profesional?, ¿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 seguro⁶⁰. Hay que

60 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

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 prima.

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 Art. 1911 del C.C. 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 Art. 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.

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

del Contrato de Seguro”, *Estudios Homenaje profesor J. Duque*, II, Valladolid, 1998, pág. 1315-1330. También CALZADA CONDE, *El seguro de responsabilidad civil*, cit., pág. 58 y ss.

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 diferimientos temporales importante, lo que no quiere decir que hecho y exteriorización no se dilaten en el tiempo, aunque éste 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.

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 *naeminen laedere*, y no el momento en el que los daños se manifiestan o se exterioriza la reclamación del tercero⁶¹. Pero, ¿hasta cuándo debe responder una aseguradora D&O de la negligencia de un administrador?, ¿cómo responde acaso y de qué 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 limita o reducen los derechos incluso expectativas de estos asegurados que se ven compelidos por la 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.

61 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, pág. 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".

¿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 dimantes 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 indemnizar⁶².

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 seguro⁶³. Para atajar toda esta problemática las aseguradoras han tratado de autoblindarse 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 del acaecimiento del hecho dañoso, bien de la terminación de la vigencia material de la póliza de seguro. Unas cláusulas que tienen un clarísimo beneficiario, el asegurador,

62 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, pág. 211 y ss., pág. 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., No. 31, pág. 12 y ss.

63 Cita YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles*, cit., pág. 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 art. 1591 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?

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 vigente. No hay que ser muy avispados para darse cuenta que el gran perjudicado es el asegurado, ya que al ser exigible esa responsabilidad civil que ya no es objeto de seguro, será el quien peche con las consecuencias de la misma, en cuanto causante del daño al tercero perjudicado.

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 cobertura.

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. 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 Art. 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 cargo⁶⁴. 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.

64 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*, 9 ed., cit., pág. 481.

BIBLIOGRAFÍA

Códigos

Código Civil de España

Documentos electrónicos

Jurisprudencia

STS de 20 de marzo de 1991

STS de 23 de abril de 1992

STS de 8 de junio de 1992

STS de 10 de marzo de 1993

Sentencia del Supremo de 12 de julio de 1997

Sentencia del Supremo de 3 de noviembre de 1997

Sentencia del Supremo de 7 de diciembre de 1998

Sentencia del Supremo de 22 de enero de 1999

Sentencia del Supremo de 24 de febrero de 1999

Sentencia del Supremo de 18 de septiembre de 1999

Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2000

Sentencia del Supremo de 14 de junio de 2002

Sentencia del Supremo de 16 de octubre de 2003

Sentencia de 19 de septiembre de 2003

Sentencia del Supremo de 22 de noviembre de 2006

Sentencia de 1 de diciembre de 2006

Sentencia del Supremo de 30 de julio de 2007

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2009

Leyes

Ley del contrato de Seguros de España (LCS)

Ley de ordenamiento del seguro privado LOSEP. Ley 30 de 1995

Ley de 5 de noviembre de 1999 de Ordenación de la Edificación

Leyes Internacionales

Ley 389 de 1997 de Colombia. Ley de prueba del Contrato de Seguro

Libros

- ALARCÓN FIDALGO, J. (1983), "El siniestro en el seguro de RC contemplado en su dimensión temporal. La problemática de los 'aggregate limites'", en: *Responsabilidad civil de productos*, Madrid, España: Seaida.
- a. ALONSO SOTO, R. (1977), *El seguro de la culpa*, Madrid, España. b. ALONSO SOTO, R. (1982), "Consideraciones sobre la noción de siniestro en la nueva LCS", *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*. Madrid, España.
- AMADOR ROSAS, F. (2007), "El siniestro. Algunos aspectos técnicos y jurídicos", *Seguros. Temas esenciales*, Editorial Librería de la U, 3a. ed.: Bogotá, Colombia.
- CALZADA CONDE, M.A. (2005), *El seguro de responsabilidad civil*. Editorial Aranzadi: Madrid, España.
- DÍAZ BRAVO, A. (2009), *El fraude y su incidencia en el contrato de seguro*. Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Colección Internacional: Bogotá, Colombia.
- DÍAZGRANADOS ORTIZ, J.M. (2006), *El seguro de responsabilidad*, Bogotá, Colombia.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1999), *Derecho de daños*. Editorial Civitas, 1a. edición.
- DONATI, A. (1956), *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, vol. II: Paris, FRANCIA, FANELLI, M. (1973), *Le Assicurazioni*, Milano: Italia. GARRIGUES, J. (1973), *Contrato de seguro terrestre*. Madrid, España: Imprenta Aguirre.
- HALPERIN, I. (1966), *Contrato de seguro*, Buenos Aires, Argentina: Tip. Editorial Argentina, 2a. ed. YZQUIERDO TOLSADA, M. (1997), *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, Madrid, España.
- a. YZQUIERDO TOLSADA, M. (2000), *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, España.
- b. YZQUIERDO TOLSADA, M. (2003), *Las peripecias del asegurador de automóviles en el proceso penal*. Editoriales Mapfre: Madrid, España.
- JIMÉNEZ DE PARGA (1994), "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 Verdera, II, Madrid. LAMBERT-FAIVRE, Y. (1985), *Droit des assurances*, 5a. ed., Paris, Francia.
- LAMBERT-FAIVRE, Y. (2001), *Droit des assurances*, Dalloz 11a. ed.: Paris, Francia.
- LARRAYA RUIZ, L.J. (2001), Las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados. Artículo 3.1 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro, Elcano.
- MANSILLA GARCÍA, F. (1994), "Ámbito temporal de la cobertura aseguradora en el seguro de responsabilidad civil, en relación con el momento de la producción del siniestro",

en: *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad civil en la gran empresa*. Editorial Muzini S.A., España.

- MOLINA, E. (1998), *Ruina y seguro de responsabilidad decenal. Las coberturas aseguradoras de la responsabilidad decenal*, Granada: España.
- NICOLÁS, V. (2002), "Le sinistre", *Traité de droit des assurances, Le Contrat D'Assurance*, tome 3, Paris, Francia. OLIVENCIA RUIZ. (1982), "Seguro de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro", *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, t. I. Madrid, España.
- ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, A. (1998), *El contrato de seguro. Ley 389 de 197 y otros estudios*, Bogotá, Colombia. PICARD y BESSON. (1964) *Les Assurances Terrestres en Droit Français, Le contrat d'assurance*, tome premier. Paris, Francia.
- a. SÁNCHEZ CALERO, F. (1998), "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, España.
- b. SÁNCHEZ CALERO, F. (2005), *Ley de Contrato de Seguro*, Aranzadi Civitas, 3a. edición: Madrid, España.
- SANTORO-PASSARELLI (1963), "La causa del contratto di assicurazioni", en: *Studi sulle Assicurazioni. Raccolti in occasione del cinquantenario dell'istituto nazionale delle assicurazioni*, Roma, Italia.
- STIGLITZ, R. (1980), *El siniestro*, Buenos Aires, Argentina.
- URÍA, MENÉNDEZ, ALONSO, SOTO. (2001), *Curso de Derecho Mercantil, II*. Editorial Civitas: Madrid, España.
- VERDERA y TUELLS, E. (1994), "La cláusula "claims made" ante la jurisprudencia del TS: una primera revisión crítica", *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, Madrid, España.

Revistas

- BOGLIONE (2009), "Le clausole *loss occurrence* e *claims made* nell'assicurazione di responsabilità civile (R.C.)", *Revista Assicurazione* No. 4.
- CALONJE CONDE (2007), "El marco temporal del contrato de seguro", *Revista ICADE*, 2007, No. 71, Monográfico *Nuevos retos del contrato de seguro*, [VEIGA (Coord.)].
- CALZADA CONDE (1997), "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)", en: *Revista Española de Seguros* No. 89.
- FERNÁNDEZ DEL MORAL (1994), "En torno a la delimitación temporal de la cobertura en los seguros de responsabilidad civil profesional y su proyectada reforma. ¿Fin del stop español a la claims made?", *Revista Española de Seguros*, No. 78.
- FERNÁNDEZ MUÑOZ (2002), "Las cláusulas *claims made* en el contrato de seguro de responsabilidad civil", *Revista Estudios Socio-Jurídicos* No. 4, Universidad del Rosario.

- GUTIÉRREZ GILSANZ, J. (2006, marzo 23), "Delimitación temporal del riesgo en el seguro de R.C. de auditores y "cláusulas *claim made*". El nuevo artículo 35.1 del Reglamento de Auditoría de Cuentas", Diario *La Ley*, No. 6447.
- HEBRERO ÁLVAREZ, J.I. (1998), "La validez de las cláusulas *claims made* en el mercado español de responsabilidad civil", *Revista Española de Seguros* No. 56.
- InDret 1/2005, nº 272, 2a. ed.
- a. LASHERAS-SANZ, A. (1952), "Objeto cierto y causa lícita en la relación del seguro. El riesgo", *Revista de Derecho Privado*, XXXVI.
- b. LASHERAS-SANZ, A. (1957), "El derecho de propiedad sobre los beneficios económicos del asegurador". *Revista de Derecho Privado*.
- LANDINI, (2006), "La clausola *claims made* è vessatoria?", *Assic* II, 2.
- LLORCA, E. (1998), "La validez de las cláusulas *claim made* antes y después de la modificación del art. 73 LCS por la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados", RGD, No. 651.
- a. PAVELEK ZAMORA, E. (1993), "La delimitación temporal en el seguro de responsabilidad civil", Gerencia de Riesgos, *Revista Mapfre* No. 41, España.
- b. PAVELEK, ZAMORA, E. (2000), "El seguro de responsabilidad civil de productos (II)". *Revista Española de Seguros* No. 103.
- REGLERO CAMPOS, F. (1994), "Objeto, riesgo y siniestro en el seguro de responsabilidad civil (reflexiones en torno a las llamadas cláusulas *claim made*)", *Revista INURIA* No. 1.
- ROUANET MOTA (2002), "Las cláusulas temporales en el contrato de seguro o '*claims mad*'", *Revista Actualidad Civil*, No. 40.
- SOTO NIETO, (2010, marzo 8), "Cláusulas de delimitación temporal del riesgo en el contrato de seguro de responsabilidad civil", Diario *La Ley*, No. 7357.
- STIGLITZ, R. (1997), "Seguro contra la responsabilidad civil y la limitación temporal de la garantía asegurativa. Estado de situación en Argentina", en: *Revista Española de Seguros* No. 89.
- SOBRINO, W. (1996, enero 24), Augusto R. "Derecho de Seguros: La cláusula '*claims made*'", *Revista Jurisprudencia Argentina*" Nº 5.969.
- TAPIA HERMIDA, A.J. (2001, abril), La articulación de la póliza de seguro de responsabilidad civil: cláusulas definitorias, delimitadoras y limitativas. *Revista de Responsabilidad civil, circulación y seguro*. - Madrid: INESE.