

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 26 DE ABRIL DE 2018 (252/2018)**

**Sobre el auténtico sentido de las cláusulas
«*claim made*» y su ampliación temporal**

Comentario a cargo de:
MARIANO YZQUIERDO TOLSADA
Catedrático de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid
Consejero de Cuatrecasas

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE ABRIL DE 2018

RoJ: STS 1496/2018 - **ECLI:** ES:TS:2018:1496

ID CENDOJ: 28079119912018100016

PONENTE: EXCMO. SR. DON FRANCISCO MARÍN CASTÁN

Asunto: El art. 73, pº 2º LCS prevé la posibilidad de que se pacte en una póliza de seguro de responsabilidad civil la cláusula por la que el asegurador se compromete a hacerse cargo de la responsabilidad civil por los daños causados por el asegurado si la reclamación del perjudicado tiene lugar dentro de un período de tiempo, no inferior a un año, desde la finalización del contrato (eficacia prospectiva, subsiguiente o posterior). Y prevé también la posibilidad de pactar la misma asunción de responsabilidades siempre que la reclamación del perjudicado tenga lugar durante el período de vigencia de la póliza incluso si el hecho generador de los daños y de la consecuente obligación de indemnizarlos hubiera ocurrido dentro del año anterior al comienzo de efectos del contrato (eficacia retroactiva o de pasado). Pero que se pacte esta segunda la eficacia hacia el pasado no implica que también se deba entender pactada la primera.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo:** 5.1. Concreción del ámbito discutido. 5.2 *Excursus* acerca de la delimitación natural de la cobertura temporal en el seguro de responsabilidad civil. 5.3. Las controvertidas cláusulas «claim made» y su vergonzante acogida por el legislador. 5.4. Conclusión. **6. Bibliografía.**

1. Resumen de los hechos

Un arquitecto técnico solicitaba con su demanda que se declarase inaplicable una cláusula de delimitación temporal de la cobertura incluida en su póliza de seguro de responsabilidad civil suscrita con una mutua de seguros, y que se encontraba vigente desde su colegiación hasta que el asegurador dio por finalizado el contrato en noviembre de 2010.

La póliza contenía un artículo 8º que establecía:

«No quedan cubiertas dentro de las garantías de esta póliza las reclamaciones en obras realizadas con anterioridad o durante la vigencia de este contrato siempre y cuando dichas reclamaciones por estas actuaciones profesionales se formulen después de haber dejado de tener la condición de asegurado».

Además, en el artículo 13º se contenía la siguiente delimitación temporal de la cobertura:

«El alcance de la cobertura de esta Póliza se refiere exclusivamente a aquellas reclamaciones formuladas durante la vigencia de la póliza () de donde resulta que cualquier reclamación efectuada con posterioridad a la vigencia del contrato y por razón de la responsabilidad civil exigible al Asegurado quedará fuera del ámbito de cobertura pactada».

Por su parte, la aseguradora demandada alegó en su contestación que, combinados ambos pactos, la delimitación temporal se ajustaba a lo dispuesto por el artículo 73 LCS, pues quedaban cubiertas las reclamaciones llevadas a cabo durante la vigencia del contrato, incluso por obras visadas antes de la suscripción de la póliza. Es decir, el seguro no escogía como momento del siniestro ni la producción del daño ni la manifestación del mismo, sino la reclamación del perjudicado, pero ello con inclusión de las obras visadas con anterioridad al contrato. Es decir, la póliza se ocupaba de amparar al asegurado por obras visadas antes (retroactividad ilimitada) o durante la vida del contrato, pero siempre que la reclamación del perjudicado tuviera lugar durante el período de vigencia del mismo. Y si se habían observado los preceptos legales aplicables sobre los requisitos de forma para la aceptación de las cláusulas limitativas de derechos de los asegurados (art. 3 LCS), no sólo no había vicios de fondo sino tampoco vicios de forma.

2. Solución dada en primera instancia

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Denia de 30 de diciembre de 2014 declaró que la cláusula no era válida ni oponible al asegurado, por considerar que no se cumplían los requisitos del art. 73 LCS. Según el precepto, las cláusulas de delimitación temporal de la cobertura han de incluir tanto la llamada «cobertura retroactiva», como la «cobertura posterior», pues la regulación debe entenderse única y completa. Si en el caso la póliza únicamente contenía la «cobertura retroactiva», era nula e inoponible.

3. Soluciones dadas en apelación

El asegurador interpuso recurso de apelación, argumentando que el artículo 73 LCS contempla dos tipos de modalidades de cláusulas distintas.

La SAP de la Audiencia Provincial de Valencia de 14 de julio de 2015 (sección 6^a) confirmó la sentencia recurrida y, por tanto, la declaración de nulidad de la cláusula. Se reconocen en la sentencia las dos modalidades de cláusulas, pero eliminar la cobertura de reclamaciones efectuadas tras la finalización de la vigencia de la póliza supone una limitación de derechos para el asegurado, ya que la cobertura ha de respetar en todo caso un periodo de vigencia mínimo de un año de duración.

4. Los motivos de casación alegados

Finalmente, la mutua aseguradora apelante recurrió en casación tratando de justificar la validez de la cláusula de delimitación temporal, entendiendo que no es exigible que se acumulen los requisitos legales de la cláusula de futuro a los de la cláusula retroactiva para que ésta sea operativa.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. Concreción del ámbito discutido

La sentencia comienza recordando dos extremos:

- (i) *«la jurisprudencia, al interpretar el actual párrafo segundo del art. 73 LCS, añadido por la disposición adicional 6.ª de la Ley 30/1965, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, ha considerado admisibles las cláusulas de delimitación temporal del seguro de responsabilidad civil si cumplen el requisito, como cláusulas limitativas que son según la propia norma, de aparecer destacadas de modo especial*

en la póliza y haber sido específicamente aceptadas por escrito, como exige el art. 3 LCS (sentencias 700/2003, de 14 de julio, 87/2011, de 14 de febrero, 283/2014, de 20 de mayo, y 134/2018, de 8 de marzo)»; (ii) «también se ha declarado por la jurisprudencia que la interpretación de estas cláusulas no debe perjudicar al asegurado ni al perjudicado (sentencias 87/2011, de 14 de febrero, y 366/2012, de 19 de junio), pero esta declaración debe ponerse en relación o bien con sentencias sobre el art. 73 LCS antes de su modificación en 1995, o bien con la aplicación de su redacción posterior a casos de sucesión o concurrencia de seguros de responsabilidad civil para evitar periodos de carencia de seguro o de disminución de cobertura en detrimento del asegurado o del perjudicado, pues claro está que las cláusulas de delimitación temporal, como limitativas que son, en principio siempre perjudican al asegurado».

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

Resultaba ciertamente llamativa la solución dada por los jueces de instancia, y el Tribunal Supremo viene a casar la sentencia dictada por la Audiencia de Valencia, a mi juicio con pleno acierto. Nada tiene de particular que una póliza pueda contener una cobertura retroactiva (daños causados antes del comienzo de la vigencia del contrato pero manifestados y reclamada su reparación durante el mismo) sin que contenga cobertura futura (reclamaciones posteriores aunque sea por daños causados durante la vigencia de la póliza). Y nada tiene de particular que una póliza contenga una sola de las posibilidades, o que contenga solamente la otra o que contenga ambas dos.

5.2. *Excursus acerca de la delimitación natural de la cobertura temporal en el seguro de responsabilidad civil*

Es ésta sentencia una sentencia que viene a resolver una cuestión que, a mi juicio, era bien sencilla, y que, desde luego, no precisaba de una deliberación plenaria de la Sala. Pero al menos da pie para ofrecer una explicación de un tema tan capital como es el de la delimitación temporal del seguro de responsabilidad civil (en adelante, SRC) y, de paso, criticar las cláusulas «claim made», que se han convertido en un verdadero lugar común en el mercado asegurador.

Desde el punto de vista temporal, la delimitación de la cobertura asegurada reviste en el SRC unas dificultades que no tiene un seguro de daños puro

como puede ser el de incendio o el de robo. En muchas ocasiones la acción u omisión dañosa tiene lugar en un determinado momento, pero la manifestación del daño acaba siendo posterior y hasta muy posterior. Pensemos en el fabricante de un producto nocivo para la salud, en el edificio que presenta deficiencias graves mucho tiempo después de concluida la construcción, o en la lesión corporal sobrevenida tiempo después de efectuada una prueba radiológica defectuosa. Y pensemos en el daño que puede producir, así como en la secuencia de hechos, con cuatro momentos claramente diferenciados: a) el momento de la acción u omisión; b) la efectiva manifestación del daño a la víctima; c) la reclamación de ésta; d) la sentencia que obliga a indemnizar.

Pues bien, si como es lógico, toda póliza ha de tener una vigencia temporal determinada, la anterior sucesión cronológica de hechos ha de plantear necesariamente interesantes problemas: ¿en qué momento nace para el asegurador la obligación de indemnizar? ¿Cuál es la naturaleza exacta del siniestro—ese concepto, a decir de ALARCÓN FIDALGO (1983, pg. 99) amado y vilipendiado, pero auténtica espina dorsal de la institución del seguro— en un seguro de este tipo? O si se prefiere, ¿cuál es el hecho que debe ocurrir dentro del período asegurado?

Hay que caer en la cuenta de que en los seguros de daños en sentido estricto es tarea fácil identificar el siniestro: éste será el incendio, el robo, la explosión, el granizo, etc. Sin embargo, en el SRC, la persona que sufre las consecuencias del hecho dañoso (operación quirúrgica negligente, consumo del producto manipulado, atropello de automóvil...) no es, por definición, el asegurado. La Ley del Contrato de Seguro encaja al SRC dentro del grupo de seguros de daños, pero el encaje no es del todo cómodo. Y, al mismo tiempo, si el responsable es el asegurado, es porque lo que se aseguran son en realidad las consecuencias adversas que sobre *su* patrimonio (énfasis la cursiva: el *suyo*, no el del perjudicado) puedan tener las actividades dañosas que lleve a cabo, de las que, en suma, él está llamado a responder con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1911 C.civ.). En síntesis, las diferentes soluciones teóricas (las que, a falta de pactos, perfilarían el elemento natural del contrato, en su perspectiva temporal) son las siguientes (así, SÁNCHEZ CALERO, 2001, pgs. 1239 y ss.):

a) La que estima que el siniestro se produce en el momento en el que tiene lugar la **acción u omisión** dañosa.

b) La tesis según la cual no hay siniestro hasta la **manifestación** el daño del que es responsable el asegurado. Se dice que es sólo entonces cuando se realiza el riesgo previsto en el contrato. Pero lo cierto es que el hecho dañoso por sí sólo no puede desempeñar el papel de siniestro, ya que el asegurador no tendrá obligación de indemnizar mientras la reclamación del tercero no se produzca: si el perjudicado no reclama, habrá un «daño sin siniestro». Y si, en efecto, hay reclamación, pero de ella no resulta responsabilidad, no tiene sentido afirmar que del hecho dañoso surge la deuda, ni tampoco encaja la obli-

gación que para la compañía supone asumir la defensa del asegurado. Decir, pues –como hacía ver Garrigues (1973, pg. 433)– «que el siniestro consiste en el hecho dañoso por sí mismo es decir una verdad a medias». Y esta reflexión vale tanto para la primera solución como para la segunda.

c) Una tercera postura entenderá que el siniestro no llega a producirse hasta el momento en que el perjudicado formula una **reclamación** judicial o extrajudicial al asegurado, como causante del daño, o contra el SRC de éste. Esta tesis sirve para superar más de una de las dificultades planteadas por la anterior, pues lo cierto es que la reclamación va a determinar, en definitiva, el nacimiento de la obligación del asegurador (lo que, indudablemente, constituye el efecto primordial del siniestro). Es la técnica que de modo gráfico se denomina «claim made». Pero no deja de presentar otras dificultades. Si, en efecto, el dato decisivo es la reclamación de la víctima, ello llevaría a concluir que, por principio, serían siempre atendibles las reclamaciones efectuadas durante la vigencia de la póliza, por daños causados con anterioridad; y, de la misma forma rechazables las que, efectuadas poco tiempo después de concluir el período asegurado, se refieran a daños causados durante la vigencia del contrato de seguro. O lo que es lo mismo –y algo parecido sucede en el caso que dio lugar a la sentencia objeto de este comentario–, si un profesional de la arquitectura comienza a ejercer, acomete como primer gasto el de colegiación y el de su SRC, continúa pagando las primas y lo hace hasta que se jubila, no estará amparado por su seguro ante una negligencia cometida durante su vida profesional si el daño se manifiesta después.

d) Según otra opinión, debería retrasarse el momento del siniestro a aquél en el que la deuda es líquida, por reconocimiento de su importe, transacción o **sentencia** judicial. Pero esta corriente olvida que, aunque el resultado final del litigio sea la absolución del agente, el asegurador tiene que asumir los gastos de defensa del asegurado, y, más aún, asumir los gastos de defensa misma. Y olvida, en definitiva, que el SRC no es un seguro *reparador* de un daño sufrido por el asegurado –no es, en este sentido, un auténtico seguro de daños, a pesar de ser ésta su calificación en la LCS–, sino un seguro *preventivo*, que evita que el daño ocurra al asegurado.

En la opinión de GARRIGUES (loc. últ. cit.), el siniestro se ve integrado por varias fases, compuestas por dos daños distintos: un *daño físico* (el causado al tercero por el asegurado) y un *daño jurídico* (la afirmación del deber de indemnizar). La producción del hecho dañoso supone que el patrimonio del asegurado queda eventualmente gravado por una obligación de responsabilidad, pero el siniestro en sentido técnico sólo quedará completo cuando dicho patrimonio quede efectivamente gravado por el reconocimiento (judicial o extrajudicial) de la deuda.

La tesis es, indudablemente, sugestiva. La mera producción del daño físico, en efecto, sólo es la primera etapa de un proceso que, después de la opor-

tuna reclamación, podrá concluir en la declaración de responsabilidad. Y de hecho, si la ley exige que se comunique al asegurador el hecho que puede generar responsabilidad no es porque el daño «sea» siniestro, sino porque puede llegar a serlo. Tal vez por ello LAMBERT-FAIVRE (1979, pg. 303) ha formulado la teoría del «siniestro variable» en función de la garantía: en cuanto a la deuda de responsabilidad el siniestro sería el hecho dañoso; en cuanto a los gastos de defensa, sería la reclamación; y en cuanto a los intereses por mora, el siniestro sería el pago anticipado realizado al perjudicado por el asegurado.

Sin embargo, esta idea no hace sino reafirmar una cosa: el concepto técnico-jurídico de siniestro, tal y como se concibe en la práctica aseguradora, no encaja en el SRC. Probablemente las posiciones no estén tan encontradas como parece; más bien hay que decir que ninguna resuelve el problema porque todas parten de la configuración del SRC como genuino seguro de daños. Y, se escoja uno u otro momento del iter, en ninguno de ellos se produce un daño semejante al del seguro de transporte o de incendio: en el de responsabilidad –ha dicho CALZADA CONDE (1983, pg. 168)– «no se produce el daño de seguro sencillamente porque el daño del asegurado no llega a ocurrir si el seguro entra en juego; y si el siniestro en los seguros de daños es la realización del daño de seguro es impensable hablar de siniestro cuando éste no se produce gracias precisamente al propio seguro». Con posterioridad, ha añadido (2005, pg. 51): «el hecho de utilizar el término siniestro en este seguro plantea problemas, ya que realmente no existe ningún hecho que pueda ser considerado como tal en sentido técnico-jurídico y por tanto relevante a todos los efectos a los que lo es el siniestro en el resto de los seguros contra daños».

Dice DE ÁNGEL YÁGÜEZ (pg. 996) que «puede ocurrir que las palabras y los conceptos técnicos constituyan más un obstáculo que un vehículo de entendimiento». Revisado así –o si se quiere, eliminado– el concepto común de siniestro, lo que debe importar es, por poner un ejemplo, que *cuando un profesional, toma un seguro, lo hace porque desea cubrir las responsabilidades en que pueda incurrir en su actividad durante el plazo previsto como duración de la póliza*. En los seguros de daños, la causa (robo, incendio) y el efecto (daño) coincidirán normalmente en el tiempo. Pero en los de responsabilidad civil, entre la causa (daño producido al tercero) y el efecto (efectiva declaración de responsabilidad) falta la simultaneidad.

A mi entender, *debería así ser la acción del asegurado causante del daño al tercero, el hecho o momento decisivo, el que debe producirse dentro de la vigencia de la póliza para que el asegurador esté obligado a su prestación*. Es el momento en el que el asegurado actúa, omite, proyecta, fabrica, vacuna, analiza... en definitiva, el momento en el que sucede el hecho dañoso, y, consecuentemente, la causa generadora de la responsabilidad. Lo relevante no es, pues, y a falta de pactos, el momento en el que los daños se manifiestan, ni tampoco el de la reclamación del tercero (otra cosa es que ésta haya de producirse dentro del período propio del plazo de prescripción de la acción), sino aquel en el que se contravino el «*naeminen laedere*». Naturalmente, es al asegurador a quien corresponde aportar la prue-

ba de que en el seguro se ha delimitado de otro modo el aspecto temporal: si no se aporta la póliza a los autos, difícilmente podrá alegar, por ejemplo, que se quiso pactar una cláusula «*claim made*» (STS de 8 marzo 2018).

«Tanto en los casos de daños inmediatos como en los que no lo son –indica REGLERO CAMPOS (1994, pg. 33)–, el momento al que ha de remitirse el nacimiento de la obligación de indemnizar es aquel en 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». Y que se reclame su reparación, claro está, y que se termine reconociendo o declarando la responsabilidad del asegurado. Tales reconocimientos o declaraciones de responsabilidad «operan como condiciones suspensivas de la existencia de una obligación de indemnizar nacida en un momento anterior» (REGLERO CAMPOS [2014], pg. 1439). Pueden verse en este sentido las SSTs de 20 marzo 1991, 23 abril 1992, 19 septiembre 2003 o 1 diciembre 2006.

5.3. *Las controvertidas cláusulas «claim made» y su vergonzante acogida por el legislador*

Esta sería así, repito, la delimitación *natural* de la póliza en su perspectiva temporal, esto es, la que vendría a regir si nada hubiesen establecido las partes del contrato. Ahora bien, es normal que un asegurador no desee 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 dejan notar sus efectos dañinos tiempo después de expirado el término de vigencia. Cita ALARCÓN FIDALGO (1983, pg. 95) los estragos que un determinado producto farmacéutico causaba cuando, después de ingerirlo las mujeres embarazadas, se manifestaron al llegar a la pubertad las hijas habidas de ese embarazo. Pensemos nuevamente en la tragedia de la talidomida (YZQUIERDO TOLSADA, 2015), si bien la STS de 15 octubre 2015, que declara la prescripción de la acción, no tuvo que entrar en cuestiones de cobertura temporal del seguro.

Piénsese también en los casos de responsabilidad del arquitecto, pues los efectos de una mala actuación técnica pueden aparecer cuando ha transcurrido mucho tiempo. Piénsese en el arquitecto que aseguró la totalidad de su vida profesional y que pagó religiosamente las primas del seguro de responsabilidad hasta su jubilación, pero ocho años después una vivienda que proyectó en su día y 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. 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación. ¿Responderá el asegurador? Según el concepto de siniestro que hemos adoptado, parece que sí, pues el edificio se proyectó durante la vigencia del contrato. Sin embargo, las com-

pañías tratan de delimitar el riesgo por medio de cláusulas que excluyen las reclamaciones efectuadas después de un determinado tiempo.

Son las llamadas cláusulas «*claim made*», que han originado una extraordinaria polémica en nuestro país. (Sobre estas cláusulas son importantes los trabajos de REGLERO CAMPOS [1994, pgs. 17 y ss.], SOTO NIETO [1994], pgs. 59 y ss. y HEBRERO ÁLVAREZ [1988], pgs. 89 y ss. Yo mismo mostré mis reservas ante estas cláusulas [1989], pg. 407). La discusión quiso ser zanjada por la Disposición Adicional Sexta. 5, de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que añadió un segundo párrafo al art. 73 LCS, con la siguiente redacción:

«Serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquellas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, ajustadas al artículo 3 de la presente Ley que circunscriban la cobertura de la aseguradora a los supuestos en que la reclamación del perjudicado haya tenido lugar dentro de un período de tiempo, no inferior a un año, desde la terminación de la última de las prórrogas del contrato o, en su defecto, de su período de duración. Asimismo, y con el mismo carácter de cláusulas limitativas conforme a dicho artículo 3 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 precepto es una barbaridad técnica (un «engendro jurídico», decía REGLERO CAMPOS (1994, pg. 49) cuando era todavía texto de anteproyecto), una trampa creada por los aseguradores que hace peligrar a la propia institución del SRC y, en algunos puntos, un atentado contra el buen castellano (las coberturas no «se circunscriben», y lo de «período de duración» es sencillamente enternecedor). Obsérvese que no es que el art. 73, p^o 2^o venga a autorizar expresamente la cláusula «*claim made*»: más bien da por sobreentendido que se trata de una cláusula lícita (auténtica razón de ser de la reforma), pero se disimula tal consideración admitiendo, a modo de *obsequio*, la cláusula que extiende la cobertura a las reclamaciones que se produzcan hasta un año después de expirado el contrato (inciso primero), y también, a modo de *aclaración*, a las que tengan lugar durante ese período pero se deban a hechos acaecidos con anterioridad al comienzo de vigencia (inciso segundo).

Nada que objetar en cuanto a esto segundo, esto es, en cuanto a la posibilidad de que se establezca convencionalmente la asunción por el asegurador de siniestros consistentes en actividades llevadas a cabo con anterioridad al comienzo de vigencia del contrato, cuyo carácter dañoso se desconozca por el asegurado, y que den lugar a una manifestación posterior del daño y a una re-

clamación del perjudicado que se produzca durante la vigencia de la póliza. Se trata de lo que en la práctica aseguradora suiza se denomina «*reprise du passé*» o *cobertura retroactiva*, que no distorsiona en absoluto la aleatoriedad del contrato si el riesgo ya ocurrido es ignorado por las partes, y lo que resta saber es si se producirá o no una reclamación que tenga su origen en tales actividades anteriores. Para sendos casos de responsabilidad de arquitectos por obras llevadas a cabo antes del comienzo de la cobertura temporal, pueden verse las SSTS de 31 de enero de 1990 y 24 de abril de 1991, ambas analizadas por REGLERO CAMPOS (1994, pgs. 20 y ss).

Lo que ya resulta profundamente perturbador es que se pueda establecer la no cobertura del seguro para los casos en que la actividad asegurada haya tenido lugar dentro del período de vigencia del contrato, pero la reclamación del perjudicado se venga a producir después, que es lo que viene a admitir el inciso primero del art. 73, p^o 2^o. El riesgo asegurado nace con el hecho causante del daño, y por mucho que para que la maquinaria del seguro se ponga en marcha sea preciso que sobrevenga la reclamación, no cabe hacer gravitar sobre ésta el protagonismo exclusivo de la secuencia (GARRIGUES, cit., pg. 372). Y no cabe, sencillamente porque por el SRC el asegurador se obliga a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar los daños causados por un hecho previsto en el contrato (art. 73, p^o 1^o), y *una cláusula de este tipo no constituye una delimitación temporal de la cobertura, sino una delimitación de la propia esencia de la cobertura en sí*, de espaldas a lo que el SRC significa de acuerdo con su configuración legal. Dicho claramente, eso ya no es un seguro *de responsabilidad civil*, sino un seguro *de otra cosa*.

Así, la STS de 20 marzo 1991 trató de un caso en el que durante el período de vigencia de la póliza hubo determinadas intervenciones médicas, pero que debido al carácter no inmediato de los daños, dieron lugar a que la reclamación tuviese lugar una vez ya había expirado el seguro. El asegurador rechazó el siniestro, pero el Tribunal Supremo entendió que ello no era posible, pues ello supondría dejar «fuera del ámbito responsabilizador contratado siniestros comprendidos dentro de la cobertura del riesgo contratado, cual sería actos médicos cuya consecuencia culposa, en virtud de su naturaleza y características, no pudieran ser revelados hasta tiempo después...». El choque frontal de estas cláusulas con el art. 73 es puesto de manifiesto expresamente en la STS de 23 abril 1992.

Y que no se diga que el p^o 2^o del art. 73 permite una «propina» de un año desde la terminación del período de vigencia de la póliza. El pacto de *cobertura retroactiva* supone un elemento *accidental* del contrato que, como tal, se puede establecer o no —en realidad, lejos de ser pacto que limite derechos, es un pacto que los amplía, dando cabida a hechos ocurridos antes de la vigencia de la póliza; así, la STS de 5 marzo 2012 admite la licitud de un pacto que admitía los hechos dañosos ocurridos antes de la vigencia de la póliza y manifestados durante su periodo de vigencia, siempre que no se hubiesen conocido por el asegurado, pero que dejaba fuera de la cobertura, naturalmente, los que sí

se hubieran conocido por él–; pero en cambio la llamada *garantía subsiguiente* («posterior», en término que prefiere la STS objeto de comentario), si lo que hace es dar entrada en la cobertura a daños producidos durante la vigencia del contrato (aunque se manifiesten y reclamen después), ello no es más que una delimitación *natural* de la cobertura del seguro. Las actuaciones producidas durante la vigencia del contrato deberían dar lugar a que el asegurador tuviese que asumir el siniestro si, una vez manifestados los daños, no hubiera transcurrido el plazo de prescripción de la acción para exigir la reparación. Ello, mientras no se acometa una reforma en profundidad del instituto del SRC.

Por lo demás, si las presiones de las compañías aseguradoras para que se introdujera semejante segundo párrafo en el art. 73 acabaron teniendo cumplida satisfacción, la redacción del texto es tan confusa que hasta puede provocar que no se logre del todo el resultado apetecido. Por un lado, parece que quedarían dentro de la cobertura los daños producidos después de la expiración del contrato pero que hayan dado lugar a reclamaciones anteriores al año posterior. Pero, y lo que es muy sugestivo, si el propio precepto dice que se trata de cláusulas «limitativas de los derechos del asegurado», me parece claro que no serán entonces oponibles al tercero perjudicado si no cumplieron con las exigencias formales y sustantivas del art. 3 LCS (estar destacadas de manera especial y haber sido expresamente aceptadas por el asegurado). Así lo dice con rotundidad la STS de 14 julio 2003.

Sin embargo, con posterioridad el Tribunal Supremo prefirió pasar por alto la calificación que hace el propio legislador, y en la STS de 23 abril 2009 se declaró –cambiando el criterio expresado en las sentencias de los años noventa a que me referí con anterioridad– que una cláusula de ámbito temporal en la que se pacte que la cobertura comprende los daños producidos durante la vigencia de la póliza siempre que la reclamación tenga lugar hasta doce meses después de su vencimiento, tiene naturaleza *delimitadora* del riesgo y *no limitativa de los derechos*, y resulta por ello oponible en cualquier caso y circunstancia frente a la reclamación del perjudicado. La sentencia reitera lo que ya dijo la STS de 4 junio 2008. También en la jurisprudencia social ha dicho lo mismo la STS 4ª de 25 abril 2017: la cláusula «no puede considerarse en modo alguno, una limitación de los derechos del asegurado, sino una cabal configuración del riesgo objeto de cobertura». Son todas ellas contrarias a lo que dijo la STS de 19 junio 2013, que prefirió calificar la cláusula como limitativa de derechos, al igual que ha hecho más recientemente la STS de 8 marzo 2018, que además la declara inoponible al tercero, como también se decidió en la STS 2ª de 25 julio 2014.

Parece que en los últimos tiempos va ganando terreno la tesis de la cláusula limitativa sobre la delimitadora. Esta STS de 26 abril 2018 ha insistido, de modo más acorde con el tenor literal del art. 76.2, en que ambas cláusulas previstas en el precepto –las de cobertura retroactiva y las de cobertura subsiguiente o posterior– son limitativas de derechos. Y si esta sentencia tiene carácter plenario, que algo debería significar...

5.4. Conclusión

Conforme a la STS de 26 de abril de 2018, el art. 73 LCS regula dos cláusulas de delimitación temporal de la cobertura, cada una de ellas diferenciada de la otra y cada una con sus propios requisitos de validez. Así se desprende tanto de la existencia de dos apartados separados por un punto, como de la redacción del segundo apartado que se inicia con el adverbio «asimismo», seguido de la locución «y con el mismo carácter limitativo». Todo ello, en plena armonía con la libertad de pactos, y siempre con cabal cumplimiento del art. 3 LCS. Si fueran cláusulas *delimitadoras* del riesgo, son válidas, y ello, ya vengan establecidas en condiciones generales, ya figuren entre las condiciones particulares o especiales: simplemente deben estar incluidas en la póliza o en documento complementario con redacción clara y precisa, y basta con la aceptación genérica. Pero como son cláusulas limitativas, tienen que haber sido especialmente destacadas y específicamente aceptadas por escrito, no bastando con la aceptación genérica.

Una es la cláusula de cobertura subsiguiente o posterior, y protegerá al asegurado ante reclamaciones posteriores a la finalización del seguro, por hechos –aunque ello no lo diga, por cierto, el calamitoso texto legal– ocurridos durante su vigencia. La otra es la cobertura retroactiva o de pasado, y le protegerán ante hechos dañosos ocurridos antes de comenzar la vigencia del seguro que den lugar a reclamaciones formuladas durante la vida del contrato.

A mi juicio, son muchos los errores cometidos por el redactor del malhadado p^o 2^o del art. 73. A mi juicio, a falta de pacto, el siniestro lo constituye la acción u omisión dañosa y a esa fecha hay que estar, y no a la de la manifestación del daño ni a la de la reclamación. Pero éste sería el elemento «natural» del contrato, lo que no impide idear un elemento «accidental» que lo altere, modifique o sustituya por otro. Ese otro elemento lo constituyen las cláusulas «*claim made*», que desnaturalizan por completo el SRC, convirtiéndolo en un producto diferente del mundo del seguro. Sin embargo, una vez admitidas por el legislador en 1995, que las hizo entrar *por la puerta de atrás* para que no se notara demasiado la presión del *lobby* asegurador, son cláusulas que se pueden introducir en los clausulados, como viene sucediendo en muchos ámbitos (médicos, abogados, arquitectos...). A partir de ahí, nada impide tampoco que se pacten coberturas añadidas, de pasado y de futuro, y sin que aquéllas se encuentren condicionadas por éstas ni éstas por aquéllas.

En cualquier caso, sería deseable que la jurisprudencia sentara de manera decidida que, no ya estas coberturas añadidas, sino las cláusulas «*claim made*» propiamente dichas, son también limitativas de derechos, y también si son oponibles a la acción directa del perjudicado o si limitan su terreno de juego a las relaciones internas entre asegurador y asegurado. Y es que queda lo más importante por decidir...

6. Bibliografía

- Alarcón Fidalgo, «El siniestro en el seguro de responsabilidad civil contemplado en su dimensión temporal. La problemática de los *aggregate limits*», en *Responsabilidad Civil de Productos*, Comité de Gestión de AIDA. Sección Española, Madrid, 1983, pgs. 89 y ss.
- Calzada Conde, *El seguro voluntario de responsabilidad civil*, ed. Montecorvo, Madrid, 1983.
- Calzada Conde, *El seguro voluntario de responsabilidad civil*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- Garrigues, *Contrato de seguro terrestre*, Madrid, 1973.
- Hebrero Álvarez, «La validez de las cláusulas *claim made* en el mercado español de responsabilidad civil», *Revista Española de Seguros*, n° 56, 1988, pgs. 89 y ss.
- Lambert-Faivre, *Assurances des entreprises et des professions*, Paris, 1979.
- Reglero Campos, «Objeto, riesgo y siniestro en el seguro de responsabilidad civil (reflexiones en torno a las llamadas cláusulas *claim made*)», en *Iniuria*, n° 1, 1994, pgs. 17 y ss.
- Sánchez Calero, «Artículo 73», en *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2001, pgs. 1201 y ss.
- Yzquierdo Tolsada, «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2015 (4149/2015). Prescrita la acción contra los fabricantes de la talidomida», en Yzquierdo Tolsada (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, Volumen 7° (2015), ed. La Ley, Las Rozas, 2016, pgs. 651 y ss.
- Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general: Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, 4ª edición, ed. Dykinson, Madrid, 2018.