

LA INCORPORACIÓN DE LA CLÁUSULA *CLAIMS MADE* EN EL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL SEGÚN LA NUEVA VISIÓN ITALIANA

Alfredo Ferrante

Universidad Alberto Hurtado

1. INTRODUCCIÓN

Una omisión de diagnosis crea daños y perjuicios a Andrea, que reclama judicialmente frente al hospital del médico, que lo ha visitado no detectando una enfermedad. El hospital llama a juicio su compañía aseguradora para mantenerla indemne del pago¹.

El caso parecería y es uno de los más comunes en responsabilidad médica, sin embargo, lo peculiar se caracteriza por algunos aspectos, ya que en la práctica y sobre todo en los seguros de responsabilidad profesional, las partes introducen las llamadas cláusulas *claims made*, que tienen la función de modificar la cobertura aseguradora que por defecto la

normativa establece para el contrato de responsabilidad civil.

Efectivamente en el caso de la responsabilidad profesional –o en otros prototipos de daños (como, por ejemplo, en el caso de los ambientales)– la tipología del daño se caracteriza, a veces, por ser un daño no inmediato, sino que se manifiesta posteriormente en la verificación del hecho ilícito que lo ha provocado. En este sentido, asumen importancia tres momentos temporales que deben relacionarse con la duración de la póliza. Por un lado, la fecha del hecho ilícito que ha provocado el daño, por otro, la fecha en la que se ha verificado o manifestado el daño y, finalmente, la fecha en que se ha reclamado el daño.

Ahora bien en las pólizas de responsabilidad civil profesional existen determinadas cláusulas que derogan al principio general preestablecido (en este caso en el *Código Civil* italiano) y modifican la responsabilidad de la compañía de seguro en función de los tres factores, o fechas, que he identificado.

A tenor del art. 1917 del *CC* italiano la póliza opera según el princi-

¹ Corte di Cassazione a sezioni unite N° 9140/2016, de 6 de mayo, en *Corriere giuridico* N° 7, 2016, p. 921; en *Danno e responsabilità*, n. 8-9, 2016 p. 753; en *Danno e responsabilità*, n. 10, 2016 p. 929; *Contratti*, n. 8-9, p. 753. Para un comentario a la sentencia véase ALLAVENA (2016); CALVO (2016), Carnevali (2016); GAZZARA (2016); HAZAN (2016); MAZZOLA (2016). En el caso concreto había más de una compañía aseguradora siendo la parte de la sentencia comentada delegataria de otras compañías de seguro.

pio de la comisión del acto (cláusula *act committed* o *loss occurrence*) y, por lo tanto, lo importante es que el daño se haya producido dentro del periodo de la póliza, pudiéndose reclamar posteriormente dentro del plazo normal de prescripción.

Sin embargo, las cláusulas *claims made* modifican este régimen tomando como punto de referencia no el momento de la verificación u ocurrencia del daño sino el momento en que este viene reclamado o “realizado”, de aquí su nombre (*claims made*).

El problema que se ha planteado en el ámbito italiano es la posible validez o no de esta tipología de cláusula dado que dependiendo de la circunstancia puede limitar de manera considerable la protección del asegurado.

2. LA TIPOLOGÍA DE LA CLÁUSULA

En el caso en concreto, existía una póliza contratada desde el 21 de febrero 1996 hasta el 31 de diciembre de 1997, sin embargo, por presencia de la cláusula *claims made*, por un lado, permitía ampliar retroactivamente la cobertura del seguro –favoreciendo así al asegurado– a eventuales hechos dañinos cumplidos hasta tres años antes la celebración de la póliza (hasta el 21 febrero 1993) a condición, de que cada evento o daño asegurable fuera reclamado dentro del periodo de la póliza (31 de diciembre de 1997) y no en uno posterior. Esta segunda parte de la cláusula evidentemente beneficia a

la compañía de seguro, ya que exigía que el *claim* se realizara dentro del periodo de póliza excluyendo cualquier reclamación posterior a la vigencia, en derogación al normal sistema donde normalmente el seguro cubre hasta el plazo normal de prescripción.

En el caso *de quo*, el hecho dañoso (la falta de correcta diagnosis) se verificó en el agosto de 1993, reclamándose el mismo posteriormente al vencimiento de la póliza, en el junio de 2001.

En este sentido, sostiene la compañía de seguro, que no está obligada a cubrir el daño del asegurado, ya que se incumple una parte de las condiciones de las cláusula. Por otra parte, el asegurado invoca la nulidad de la misma.

La primera instancia² condena a la compañía aseguradora, considerando la cláusula como nula, cuando en cambio la Corte Suprema italiana confirma la sentencia de la Corte de Apelaciones³ y la considera válida, razonando que el siniestro es fuera de la garantía del seguro y beneficiando así al asegurador.

Sin detenerse aquí sobre las varias tipologías de cláusulas *claims made*, hay que constatar que la recién descrita es impura, al admitir la cobertura retroactiva del seguro de manera limitada (aquí son tres años) frente a la pura que, cubriendo exclusivamente los daños que se han verifica-

² *Tribunale di Roma*, 18 de diciembre de 2008, inédita.

³ *Corte di appello*, 16 de octubre de 2011, inédita.

do durante el periodo de la póliza, la extiende de forma retroactiva al infinito. En definitiva, la *Corte di Cassazione* se destaca por clasificar expresamente estas tipologías:

“A pesar de que en la praxis mercantil existan múltiples tipologías de cláusulas *claims made* el esquema puede acotarse a dos grandes categorías: a) las cláusulas llamadas mixtas o impuras, que prevén la operatividad del contrato de seguro sólo cuando tanto el hecho ilícito como la solicitud de indemnización se verifiquen durante la eficacia del contrato o con efecto retroactivo de la garantía, en determinados casos, como el caso *de quo*, con inclusión de conductas realizadas anteriormente (normalmente dos o tres años antes de la celebración del contrato); cláusulas llamadas puras, destinadas a manlevar todo tipo de solicitud de daños y perjuicios remitidas por la víctima al asegurado y que éste remitió al seguro durante el período de vigencia de la póliza, sin importar la fecha de hecho ilícito”.

3. ¿ES NULA LA CLÁUSULA?

La Corte Suprema afirma la validez de esta cláusula bajo dos argumentos. Por un lado, identifica que no se trata de un contrato atípico como

la misma Corte ya había defendido⁴ sino, de manera novedosa⁵, constata que se trata de un acuerdo atípico insertado en un contrato típico. Por ello, las partes pueden derogar al esquema tradicional del art. 1917 del *CC*, ya que sostiene la Corte, que esta última disposición no es una norma inderogable, no aplicándosele la especial restricción que vale por determinadas normas de seguro⁶.

Por otro lado, excluye también su abusividad, entendiendo que esta cláusula no limita la responsabilidad (y, por lo tanto, no puede relacionarse con un carácter abusivo de la misma⁷), sino que viene a acotar y limitar el objeto contractual.

Efectuado este razonamiento previo, el último pasaje lógico de la *Corte di Cassazione*, es decir, que dado que el contrato es atípico el único límite que puede encontrar la autonomía contractual que ha dado lugar a la cláusula es que este acuerdo realizado por la parte sea merecedor de tutela jurídica ciñéndose a un interés jurídicamente relevante. En este caso se plantea, evidencia

⁴ Cfr. Cass. Civ. N° 5624/2005, en *Danno e responsabilità*, 2005, p. 1071, con notas de Simone y Lanzani; en *Nuova giurisprudenza civile e commentata*, 2006, 145 ss., con nota de Antonucci. Sobre un iter jurisprudencial anterior CARNEVALI (2016), p. 760; HAZAN (2016), p. 960 y 961.

⁵ Cfr. CARNEVALI (2016), p. 764; GAZZARA (2016) p. 942, HAZAN (2016), p. 969.

⁶ Efectivamente a tenor del art. 1932 del *CC* se identifican determinadas normas que son pueden modificarse.

⁷ En este sentido no se le aplicaría el art. 1341 del *CC*, cfr. Calvo (2016), p. 929.

la Corte Suprema italiana, un problema que debe resolverse caso por caso, pues cada contrato depende de circunstancias particulares y puede o no puede ser merecedor de tutela jurídica. Por ello, la Corte admite expresamente la posibilidad de admitirse un contrato con un “riesgo putativo”⁸ como el que se refiere a un evento que ha ocurrido antes de la celebración del contrato, pero previo un determinado control interpretativo.

En este sentido, se sostiene que deben tomarse en consideración determinados parámetros para efectivamente valorar, al tenor del art. 1322.2 del *CC*⁹, si el contrato cumple con el criterio de la *meritevolezza*, de lo contrario la cláusula no sería admisible y por ello resultaría inaplicable el sistema impuesto por la *claims made* y reviviría el sistema del art. 1917 del *CC* que se basa sobre el clásico criterio del cobertura del daño por verificación del mismo dentro del tiempo de cobertura de la póliza¹⁰.

⁸ En este sentido descarta que el art. 514 del *Codice della Navigazione* que reconoce expresamente el riesgo putativo sea una norma excepcional. La norma efectivamente habla de un riesgo que nunca existió o, como en el caso de *quo*, un siniestro que se ha verificado antes de la conclusión del contrato. En este sentido se consigue no aplicar por acuerdo de las partes, el art. 1895 del *CC* que prohíbe que el seguro recaiga sobre un riesgo inexistente al momento de concluir el contrato.

⁹ Art. 1322.2 del *CC*: “las partes pueden también celebrar contratos típicos siempre que se dirijan a realizar intereses merecedores de tutela bajo el ordenamiento jurídico”.

¹⁰ También en relación con algunos problemas que esto genera cfr. ALLAVENA (2016),

Operando este razonamiento la Corte Suprema italiana afirma que la modificación del contrato mediante una cláusula *claims made* debe ser merecedores de interés¹¹ y para esto deben tomarse en consideración “la asimetría informativa de las partes” o

“cualquier investigación sobre la *meritevolezza* debe necesariamente ser realizada en el caso concreto, con referencia al supuesto fáctico negocial que toda las veces debe remitirse a la valoración del interprete”;

en este sentido también una falta de debida relación entre el pago de prima y el derecho de la indemnización podría ser razón para excluir el hecho de que la cláusula, aunque abstractamente válida por la autonomía de la voluntad, no lo sea debido, por cuanto no es merecedor de encontrar una tutela jurídica.

En este sentido los jueces italianos no se pronuncian claramente sobre la validez o no de las cláusulas *claims made* impuras, pero sí lo hace en relación con aquellas puras, ya que las considera siempre merecedoras de tutela jurídica por no limitar nunca retroactivamente la cobertura del siniestro.

La solución asumida por la sentencia ha sido en parte criticada por la

p. 957; CARNEVALI (2016), p. 766; GAZZARA (2016), p. 946; HAZAN (2016), p. 969, 973 y 974; MAZZOLA (2016), p. 19.

¹¹ Cfr. ALLAVENA (2016), p. 954; CARNEVALI (2016), p. 768; GAZZARA (2016), p. 942; MAZZOLA, (2016), p. 14.

doctrina, ya que viene considerada como un “trampantojo¹²” evidenciándose que no se ha tomado debido partido en el asunto al dejarse la situación abierta a más de una posición dejando en parte “deludido”¹³ al lector. Consecuencia de esto es que la remisión de si la cláusula cumple con el criterio de “meritevolezza” viene remitida a los tribunales de primera y segunda instancia¹⁴, aspecto que bajo el ordenamiento italiano no es recurrible en casación.

A pesar de todo, sin embargo, debe destacarse que se toma expreso partido sobre la categorización de estas tipología de cláusulas, admitiendo expresamente la legitimidad de las condiciones puras y dejando la puerta media cerrada, más que abierta, a las impuras, toda vez que se introduce un amplio abanico de criterios interpretativo por lo cuales podría llegar a pronunciarse la inaplicación de aquella mixta.

No pueden aquí abordarse todos los interesantes puntos y consecuencias prácticas que pueden derivar de la validez o invalidez de este tipo de cláusulas, pero si debe constatarse que en Chile esta problemática de enorme trascendencia práctica ha pasado casi desapercibida, aunque se esconde en determinadas pólizas profesionales.

¹² HAZAN (2016), p. 962.

¹³ Cfr. CARNEVALI (2016), pp. 765 y 767.

¹⁴ Para un análisis de las primeras sentencias posteriores a la sentencia comentada véase ALLAVENA (2016), p. 957 y ss; HAZAN (2016), pp. 962 y 970

4. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALLAVENA, Vittorio (2016). “Meritevolezza delle *claims made*: il difficile compito dei giudici di merito dopo le Sezioni Unite”, *Danno e responsabilità*. N° 10. Milano.
- CALVO, Roberto (2016). “Clausole *claims made* fra meritevolezza e abuso secondo le sezioni unite”. *Corriere giuridico*, N° 7, Milano.
- CARNEVALI, Ugo (2016). “La clausola *claims made* nella sentenza delle sezioni unite. Commento”. *Contratti*, N° 8-9. Milano.
- GAZZARA, Massimo (2016). “La meritevolezza della clausola *claims made* al vaglio delle sezioni unite”. *Danno e responsabilità*, N° 10. Milano.
- HAZAN, Maurizio (2016). “La singolare vicenda della *claims made*, prima e dopo le sezioni unite (‘piacer figlio d’affanno; gioia vana...’)”. *Danno e responsabilità*. N° 10. Milano.
- MAZZOLA, Massimo (2016). “Le polizze *claims made* al vaglio delle sezioni unite: osservazioni a margine”. *Rivista di diritto bancario dottrina e giurisprudenza commentata*, N° 5-6. Milano.

Jurisprudencia citada

- Tribunale di Roma 18 diciembre de 2008, inédita.
- Corte di appello 16 de octubre de 2011, inédita.
- Corte di Cassazione sezione Civile. Civ. n. 5624/2005, in *Danno e responsabilità*, 2005, p. 1071, con notas de Simone y Lanzani; in *Nuova giurisprudenza civile e commentata*, 2006, 145 ss., con nota de Antonucci. Corte di Cassazione a sezioni unite n. 9140

/2016, de 6 de mayo, in *Corriere giuridico* n. 7, 2016, p. 921; in *Danno e responsabilità*, n. 8-9, 2016 p. 753; in

Danno e responsabilità, n. 10, 2016 p. 929; *contratti*, n. 8-9, p. 753.