



UNIVERSIDAD DE BELGRANO

Las tesis de Belgrano

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Carrera Abogacía

Cláusulas Claims Made del Contrato
de Seguros

N° 682

María Virginia Glogau

Tutora: Julieta Bernasconi

Departamento de Investigaciones
Fecha defensa de tesina: 10 de abril de 2015

Universidad de Belgrano
Zabala 1837 (C1426DQ6)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
Tel.: 011-4788-5400 int. 2533
e-mail: invest@ub.edu.ar
url: <http://www.ub.edu.ar/investigaciones>

Índice

1. Introducción.....	5
2. El contrato de Seguro de Responsabilidad Civil	5
2.1. Clases de Seguros de Responsabilidad Civil: Indemnidad y Reembolso.....	6
2.2. Formas de contratación de los seguros de Responsabilidad Civil: Base ocurrencia y Base Reclamos o Claims Made	7
3. Coberturas de Base Reclamos o <i>Claims Made</i>	7
3.1. Surgimiento de las Cláusulas <i>Claims Made</i>	7
3.2. Aceptación de las Coberturas <i>Claims Made</i> en el mercado internacional actual	9
3.3. La doctrina nacional	10
3.3.1. Voces a favor de la validez de las cláusulas <i>Claims Made</i>	10
3.3.2. Voces en contra de la validez de las cláusulas <i>Claims Made</i>	14
3.4. La jurisprudencia nacional	18
4. Conclusión.....	23
5. Bibliografía	27

1. Introducción

El objeto del presente trabajo es el análisis de la validez o invalidez, de las cláusulas Claims Made, también denominadas cláusulas “base reclamo” insertas en las pólizas de seguros que amparan Responsabilidad Civil.

La forma de abordar el tema será, en un comienzo, la de realizar un recorrido por las nociones generales del contrato de seguro de Responsabilidad Civil, su definición, sus elementos y caracteres, sus clases y modalidades de contratación –en base ocurrencia o reclamo– y allí realizar una breve reseña histórica sobre el surgimiento de las cláusulas *Claims Made*, para luego analizar las distintas posturas doctrinarias y jurisprudenciales referidas a esta modalidad, y finalmente esbozar una conclusión.

Estas cláusulas surgieron ante la necesidad de los mercados de seguros y reaseguros de palear los desastrosos resultados que los afectaron, fruto de las pólizas de Responsabilidad Civil emitidas sobre base ocurrencia, cubriendo determinados riesgos, especialmente aquellos denominados de cola larga o “*long tail*”, llamados así por tener un plazo de prescripción muy largo, tales como coberturas de mala praxis médica, de abogados, contadores y otros profesionales. Esta crisis en los mercados encuentra su génesis en la forma en que las Aseguradoras, comercializaban ciertos riesgos, como por ejemplo Mala Praxis Profesional o Responsabilidad Civil por Productos Elaborados, esto es emitiendo pólizas de base ocurrencias. En estas pólizas, al presentarse reclamos hasta diez años después de haber finalizado la vigencia de las mismas, una Aseguradora se podía encontrar ante un reclamo derivado de un siniestro acaecido a casi una década de finalizada la vigencia de la póliza lo que implicaba afrontar un reclamo sin reservas técnicas suficientes, lo que llevaría a su insolvencia. En nuestros días estas coberturas son aceptadas internacionalmente y en nuestro país, su comercialización se encuentra aprobada por la Superintendencia de Seguros de la Nación y se emplea en coberturas de Responsabilidad Civil Profesional (Errors & Omissions), Responsabilidad Civil de Directores y Gerentes (Directors & Officers), Responsabilidad Civil por Productos Elaborados, entre otras.

A pesar de ello, y por eso el objeto de esta investigación, estas cláusulas son presas de ataques doctrinarios y jurisprudenciales que tachan a las mismas de abusivas en cuanto producirían la desnaturalización de las obligaciones relativas al objeto del contrato, declarando su invalidez y obligando a las Aseguradoras a responder a los famosos reclamos tardíos como si las pólizas hubieran sido emitidas en base ocurrencia.

2. El contrato de Seguro de Responsabilidad Civil

El seguro de Responsabilidad Civil se halla definido en el artículo 109 de la Ley 17.418¹.

Dicho artículo lo define como el contrato mediante el cual *“el Asegurador se obliga a mantener indemne al Asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato, a consecuencia de un hecho acaecido en el plazo convenido”*.

Esta definición toma como fuente el Proyecto de Ley General de Seguros de Halperín, el cual en su artículo 114 disponía: *“En el seguro de la Responsabilidad Civil el Asegurador se obliga a mantener al Asegurado indemne por las prestaciones que deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato, a consecuencia de un hecho acaecido durante el plazo convenido”*.

El propio texto del artículo 109, será el punto de partida para adentrarnos en el análisis de la primer gran división de los seguros de Responsabilidad Civil, esta es la distinción entre seguros de Indemnidad y seguros de reembolso; para luego distinguir entre las formas de contratación de los mismos, base ocurrencia y base reclamos o *Claims Made*.

Claro está, que el texto del artículo mencionado nos da las pautas para establecer que nos encontramos ante un seguro de indemnidad en el cual el Asegurador se obliga a mantener indemne a su Asegurado

¹ Sancionada y promulgada el 30 de agosto de 1967, publicada en el B.O. el 6/11/1967.

por cuanto deba a un tercero en razón de su responsabilidad prevista en el contrato, es decir que es la compañía de seguros quien abonará el reclamo del tercero o la condena judicial que se dicte contra el Asegurado.

Asimismo, estamos ante una forma de contratación de base ocurrencia, ya que la obligación del Asegurador nace “a consecuencia de un hecho ocurrido en el plazo convenido”, lo que implica que el hecho generador de Responsabilidad Civil tuvo lugar durante el período de vigencia de la póliza, sin que tenga relevancia la fecha en la que el reclamo es formulado por el tercero.

Esta combinación, seguros de indemnidad en base ocurrencia, es la única forma de contratación de seguros de Responsabilidad Civil reglamentada por la Ley de Seguros, lo que no necesariamente implica que las coberturas de reembolso y las de base reclamo o *Claims Made*, estén prohibidas, y no puedan ser utilizadas validamente en el mercado Asegurador argentino, básicamente al amparo del principio de autonomía de la voluntad y como ocurre con tantas otras coberturas que se comercializan habitualmente, como por ejemplo, las de Caución, Robo de Identidad, Pérdida de Beneficios, Directores y Gerentes (*Directors & Officers*), entre otras.

2.1. Clases de Seguros de Responsabilidad Civil: Indemnidad y Reembolso

Los seguros de Responsabilidad Civil se pueden dividir entre los seguros de Indemnidad y los seguros de reembolso.

En los seguros de Responsabilidad Civil de indemnidad, como ya vimos precedentemente, el Asegurador se obliga a mantener indemne a su Asegurado por cuanto deba a un tercero a consecuencia de hechos u omisiones por los cuales resulte responsable.

Esta clase de seguros, se identifica con los principios del derecho anglosajón, cuna del derecho de seguros, de “*hold harmless*” o “*pay on behalf*”, lo que implica que el Asegurador mantendrá indemne, es decir, pagará por su Asegurado, la indemnización debida a la víctima sin que sea necesario que el Asegurado haya tenido que hacer efectivo previamente el pago de la misma.

Por el contrario, en los seguros de Responsabilidad Civil de reembolso, se hace efectivo el principio “*pay to be paid*”, es decir “*pagar para ser pagado*”, el cual dispone que el Asegurado debe primero hacer frente a la indemnización de su propio peculio, para luego reclamar a su Asegurador el reembolso de las sumas abonadas.

Como ya señalamos, está última clase de seguros de Responsabilidad Civil, no está expresamente prevista en la Ley de Seguros, aunque fueron utilizadas pacíficamente en el mercado Asegurador Argentino, por ejemplo, en la actividad marítima para cubrir la responsabilidad de los propietarios y armadores de buques resultante de su operación en forma muy amplia, conocidas como “*Protección & Indemnidad*”. Dicha cobertura fue otorgada a los navieros argentinos hasta principios de los años noventa por las Aseguradoras locales – con reaseguro del cien por cien del INDeR – en base a los textos de pólizas aprobados por la Superintendencia de Seguros de la Nación mediante la Resolución 18.077. La liquidación del INDeR en el año 1992, significó el fin de estas coberturas, lo que en el largo plazo implicó que el organismo de control dejara sin efecto los textos de póliza que anteriormente se habían aprobado².

Uno de los principales ataques que recibieron a lo largo de la historia las coberturas de reembolso, es el que en la doctrina se conoce como el caso del Asegurado insolvente. La víctima de un siniestro, podría enfrentarse ante la situación que quien provocó por su acto u omisión el evento dañoso, hubiera contratado una póliza de Responsabilidad Civil de reembolso, y que al momento de hacer frente a una condena judicial, el victimario se encuentre en estado de insolvencia. Ante esta situación, el pago de la condena se tornaría de imposible cumplimiento, lo que implicaría la no activación de la cobertura, ya que como ya mencionáramos, el Asegurado debe pagar, para luego reclamar lo abonado de su Asegurador.

² Conf. López Saavedra, Domingo, “Ley de Seguros. Comentada y Anotada”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2007, pág. 487, nota pie de página 286.

³ Publicado en La Ley, 1996-B, página 255.

Sobre este particular, la Cámara Civil y Comercial Federal, ha dictado en el año 1996 el fallo plenario en los autos “La Franco Cía. de Seguros c/Buque Catamarca II”³, en el cual fijó la doctrina legal que en “los casos en que debido a la insolvencia o una situación equivalente el transportador marítimo no puede hacer frente al reclamo del tercero, la condena pronunciada contra aquel puede hacerse extensiva contra su Aseguradora con la que contrató un seguro de Protección e Indemnidad (P&I)”.

Esta interpretación, si bien constituye en definitiva una suerte de creación pretoriana, consagra una solución justa y equitativa que al tiempo que reconoce el objeto del contrato de seguro de Responsabilidad Civil, es decir la protección del patrimonio del Asegurado, no deja de tener en cuenta la razonable protección de los derechos de los terceros en los casos de insolvencia de este último⁴.

2.2. Formas de contratación de los seguros de Responsabilidad Civil: Base ocurrencia y Base Reclamos o *Claims Made*

En los contratos de seguros, ya sean de indemnidad o de reembolso, se pueden encontrar diferentes cláusulas. Las que mayor interés nos merecen, naturalmente por su conexión con el tema del presente trabajo, son las cláusulas de base ocurrencia y las cláusulas de base reclamos, comúnmente conocidas como *Claims Made*.

En las coberturas de indemnidad de base ocurrencia el Asegurador se obliga a mantener indemne al Asegurado por cuanto deba a un tercero a consecuencia de un hecho ocurrido durante el plazo previsto en la póliza, cualquiera sea la fecha en que se formule reclamo por el tercero, siempre y cuando se encuentre dentro del plazo de prescripción. Ello implica que el Asegurador mantendrá indemne a su Asegurado aunque el reclamo del tercero sea iniciado una vez vencido el plazo de vigencia de la póliza, y antes que la acción del tercero prescriba.

En cambio, en las coberturas de indemnidad de base reclamos, el Asegurador mantiene indemne al Asegurado por cuanto deba a un tercero a consecuencia de un hecho ocurrido durante la plazo previsto en la póliza, siempre y cuando el reclamo del tercero haya sido formulado durante su vigencia – en las denominadas *Claims Made* puras – o durante el llamado “*Período extendido de denuncias*”⁵ expresamente convenido en la póliza – en las denominadas *Claims Made* impuras.

En las coberturas de Responsabilidad Civil de reembolso, también se puede recurrir a coberturas de base ocurrencia o de base reclamos, con idénticas implicancias a las mencionadas en los dos párrafos precedentes.

Resumiendo, en una póliza contratada en base ocurrencia, los reclamos posteriores a la finalización de la vigencia del contrato de seguro que tengan cobertura bajo el mismo deberán ser afrontados por el Asegurador; en cambio, en una póliza contratada en base reclamos, un reclamo presentado una vez finalizada la vigencia de la póliza o el período extendido, recaerá, exclusivamente, sobre el Asegurado.

3. Coberturas de Base Reclamos o *Claims Made*

3.1. Surgimiento de las Cláusulas *Claims Made*

Las coberturas de Responsabilidad Civil sobre base de reclamos son relativamente recientes. Si bien originariamente se escribía que la aparición de las coberturas *Claims Made* había tenido su génesis en la ola de juicios iniciados ante las cortes de los Estados Unidos de Norteamérica vinculados con la llamada

⁴ López Saavedra, Domingo, “Ley de Seguros. Comentada y Anotada”, op. cit., pág. 490.

⁵ El Período Extendido de Denuncia es uno de las distintas alternativas y beneficios adicionales que se utilizan en nuestro mercado Asegurador, e implica que una vez acaecido el vencimiento de la póliza el Asegurado goza de un período adicional, durante el cual, cualquier reclamo que se reciba durante el mismo a consecuencia de hechos ocurridos durante la vigencia de la póliza o dentro del período de retroactividad – otro de las alternativas – encontraran cobertura bajo la póliza. Esto será materia de análisis en los capítulos siguientes.

Asbestosis, con posterioridad se determinó que las primeras coberturas de este tipo aparecieron en el mercado del Lloyd's.

Domingo López Saavedra, escribe que fue en la década de los años 60, cuando el mercado de Londres comenzó a ofrecer nuevas alternativas para asegurar los riesgos de mala praxis de hospitales y de médicos⁶. Agrega que una década después los profesionales médicos también tomaban coberturas *Claims Made* en los Estados Unidos de Norteamérica para cubrir sus riesgos de mala praxis médica y poco después ocurría lo mismo con los abogados, los contadores y otros profesionales. Para el mencionado autor, el primer antecedente a nivel institucional respecto a la utilización de este tipo de coberturas se encuentra el 11 de octubre de 1985 cuando la *Insurance Service Office* de Nueva York, aprobó el uso de las coberturas *Claims Made* en pólizas de Responsabilidad Civil general, como consecuencia de los desastrosos resultados que afectaron a los mercados de seguros y reaseguros, fruto de las pólizas de Responsabilidad Civil emitidas en ese país sobre base ocurrencia, cubriendo determinados riesgos, especialmente aquellos denominados de cola larga o "*long tail*", llamados así por tener un plazo de prescripción muy largos⁷.

Sostiene el autor que el problema surgió principalmente como consecuencia de que las Aseguradoras, siguiendo los usos y costumbres de épocas pasadas – y en base a las experiencias siniestralas de aquellos tiempos – venían emitiendo pólizas de base ocurrencias para cubrir ciertos riesgos de Responsabilidad Civil como por ejemplo los de Productos en General, Transporte, Responsabilidad Civil Integral, Mala Praxis profesionales, Productos Farmacéuticos, etc., hasta que en la década de los 70 apareció, como un fantasma siniestro, un nuevo riesgo desconocido hasta entonces: la mortal enfermedad conocida como la asbestosis⁸.

Sin perjuicio de ello, existen autores extranjeros que encuentran en un antecedente jurisprudencial de los tribunales londinenses evidencias de una póliza *Claims Made* emitida por el Lloyd's, confirmando el carácter de pionero de dicho mercado en la emisión de pólizas *Claims Made*⁹. In re "Haseldine v. Hosken" del año 1933, se puede leer que "*la cobertura otorgada por esta póliza incluye y protege al tomador por pérdidas derivadas de cualquier reclamo que pueda ser formulado contra él durante doce meses, originados en cualquier acto negligente, omisión o error durante la subsistencia de la póliza*".¹⁰

Esté párrafo del mencionado fallo, nos otorga la evidencia de la existencia de una póliza con cobertura *Claims Made* ya en la década del 30, en el Reino Unido.

Según Dautch, a partir de 1941, existió una póliza disponible en el mercado de Londres que fue diseñada para asegurar a abogados contra pérdidas resultantes de reclamos efectuados bajo las circunstancias y limitaciones establecidas en la póliza. Indica el autor que se la conocía como la "*Lloyds Solicitors Indemnity Policy*".¹¹

En igual sentido Ladanyi, coincide en cuanto a que la primera póliza *Claims Made* disponible en el mercado de Londres fue una póliza de Responsabilidad Civil profesional para abogados. Señala que dichas pólizas fueron emitidas como *Claims Made*, lo que implica que la póliza cubriría cualquier reclamo formulado durante la vigencia de la póliza sin importar la fecha del acto erróneo, siempre y cuando, el Asegurado no supiera de la existencia del reclamo con anterioridad al inicio de vigencia.¹²

Más allá de estos antecedentes, donde podemos encontrar pólizas de base reclamo en estado embrionario, es cierto que el uso generalizado de dichas pólizas tuvo su génesis en los años 70 con la apa-

⁶ López Saavedra, Domingo, "La validez de las cláusulas Claims Made", La Ley 2006-E.

⁷ López Saavedra, Domingo, "Ley de Seguros. Comentada y Anotada", op. cit., pág. 493.

⁸ La aspiración de las fibras del asbesto puede ser la causa de distintas graves enfermedades, como por ejemplo el cáncer de pulmón o el mesotelioma, las que se englobaron en lo que se conoció y se conoce hoy en día como la asbestosis.

⁹ Simphiwe, Mtyali, "History of Claims Made Wording", University of Witwatersrand, Johannesburg, 2010, pág. 23.

¹⁰ Texto en idioma original: "*Cover provided by this policy in question included and protected the policyholder from losses arising from any claim or claims which may be made against them during the twelve calendar months by reason of any neglect, omission or error during the subsistence of the policy*". Citado por Simphiwe, Mtyali, "History of Claims Made Wording", op. cit. pág. 23.

¹¹ Dautch, C., "Lawyer's indemnity insurance", Commercial Law Journal, 1941, citado por Simphiwe, Mtyali, "History of Claims Made Wording", op. cit. pág. 23.

¹² Ladanyi, D.J., "Lawyers' professional liability insurance", 1972, citado por Simphiwe, Mtyali, "History of Claims Made Wording", op. cit. pág. 24.

rición de una gran cantidad de demandas judiciales derivadas de la ya mencionada mortal enfermedad conocida como la asbestosis.

En las pólizas de base ocurrencia, al presentarse reclamos hasta diez años después de haber finalizado la vigencia de la póliza – como ocurrió con los reclamos presentados por asbestosis debido a que el plazo de incubación de la misma resulta ser largo –, una gran cantidad de Aseguradoras que ya habían olvidado la existencia de centenares de pólizas cuya vigencia había finalizado hacia casi una década atrás, se encontraron sin reservas técnicas suficientes para afrontar los reclamos de un riesgo que hasta la década de los 70 era absolutamente desconocido, lo que llevó a su insolvencia y consecuente liquidación, siendo los principales perjudicados los Asegurados y reclamantes.

Y fue allí, con la aparición de lo que la doctrina llama “*siniestros tardíos*”, que las coberturas de base ocurrencia comenzaron a ser utilizadas internacionalmente para amparar determinados riesgos de Responsabilidad Civil con plazos largos de prescripción, tales como Responsabilidad Civil profesional, contaminación, Responsabilidad Civil productos, entre otros, pasando a ser esta forma la única alternativa que los Asegurados podían encontrar en el mercado para amparar dichos riesgos.

En nuestro país, las primeras pólizas que llevaron insertas en sus textos la cláusula *Claims Made* aparecieron en los años noventa. El principal motivo, fue la liquidación del Instituto Nacional de Reaseguros (INDeR). Al desaparecer dicho instituto, los Aseguradores locales debieron salir a buscar reaseguradores en mercados del exterior. Como ya señalamos a lo largo de este capítulo, para esa fecha, estos mercados llevaban décadas comercializando seguros con cláusulas *Claims Made*. Y a esos mercados, fue donde las Aseguradoras locales debieron recurrir en busca de cobertura, con la lógica consecuencia de tener que adaptar los clausulados de las pólizas locales, a las exigencias de estos nuevos reaseguradores, quienes ya habían sufrido las consecuencias de los siniestros tardíos, y por ello no aceptaban las condiciones de nuestro ordenamiento jurídico, principalmente, en cuanto al plazo de prescripción decenal. Así, el modelo de la *Claims Made* es exportado a nuestro derecho, para limitar de esta forma la obligación del Asegurador a cubrir solo los reclamos formulados durante la vigencia de la póliza.

3.2. Aceptación de las Coberturas Claims Made en el mercado internacional actual

En el mercado de Londres, las coberturas *Claims Made* son de uso habitual para amparar diferentes riesgos de Responsabilidad Civil con ciertas excepciones, como lo son los seguros obligatorios, por ejemplo la Responsabilidad Civil Patronal o “*employers’ liability*”.

En los Estados Unidos de Norteamérica, el estado de Nueva York, al igual que el Lloyds, permite dichas coberturas para determinadas coberturas de Responsabilidad Civil – Directores y Gerentes (D&O), Errores y Omisiones (E&O), exceso de Responsabilidades, responsabilidades fiduciarias, contaminación, Responsabilidad Civil de productos, Responsabilidad Civil profesional y grandes Asegurados – con algunas exigencias particulares:

1. No se pueden utilizar para los seguros de Responsabilidad Civil automotor;
2. el período de retroactividad de la póliza no puede ser modificado durante la vigencia de la póliza o del período extendido de denuncia;
3. finalizada la vigencia el Asegurado gozará de un período extendido de denuncia de 60 días y el Asegurador dentro de los primeros 30 días le informará que tiene disponible un periodo extendido de denuncia, así como también su costo y la importancia de que el Asegurado lo contrate;
4. el plazo extendido de denuncia del que podrá gozar el Asegurado será en principio de tres años, salvo para las coberturas de directores y gerentes, responsabilidad fiduciaria, contaminación y grandes riesgos que será de un año¹³.

López Saavedra¹⁴ nos trae tres experiencias de mercados extranjeros, en los cuales en un principio los tribunales enarbolaron la bandera de la invalidez de las cláusulas *Claims Made*, para que luego, y

¹³ “Compilación oficial de Códigos, Reglas y Regulaciones en Materia de Seguro”, Título 11, Capítulo III, Parte 73 del estado de Nueva York, citado por López Saavedra, Domingo, “Ley de Seguros. Comentada y Anotada”, op. cit., pág. 496.

¹⁴ López Saavedra, Domingo, “La validez de las cláusulas Claims Made”, La Ley 2006-E.

a la luz del efecto negativo que dichas decisiones tuvieron sobre los mercados de seguros locales, los organismos de contralor tomaron las medidas necesarias para convalidar su uso.

El primero de los ejemplos es Bélgica, donde los tribunales resolvieron que los contratos de seguros de Responsabilidad Civil solo se podían celebrar sobre base ocurrencia y que entonces las coberturas *Claims Made* eran inválidas. La consecuencia de esa jurisprudencia, que se hallaba de espaldas a la realidad de las prácticas Aseguradoras y reAseguradoras internacionales, fue inevitable: los asegurables belgas se quedaron sin poder cubrir en su país determinados riesgos profesionales, de empresas, etc. Advertido el Gobierno de Bélgica del daño que le causaba al mercado de su país el fallo en cuestión, reaccionó rápidamente dictando la Ley del 16/03/94 que, específicamente, permite la contratación de pólizas de seguro de Responsabilidad Civil bajo condiciones *Claims Made* para determinados riesgos de Responsabilidad Civil excluidos, como en todo los mercados, los vinculados con los seguros de automotores.

Continua el mencionado autor describiendo la similar situación que se dio en España, donde sus tribunales también se pronunciaron en contra de la validez de las coberturas *Claims Made* y, lógicamente, los Asegurados españoles dejaron de tener acceso a coberturas para determinados riesgos de Responsabilidad Civil, específicamente los de Responsabilidad Civil profesional. Y allí también primó la racionalidad al dictarse la Ley 30/1.995 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, la cual incorporó un nuevo párrafo al artículo 73 de Ley de Contrato de Seguro, por el cual se reconoció expresamente la validez de estas cláusulas.

Finaliza López Saavedra su ejemplificación, con el caso de Francia. Los tribunales franceses inicialmente se pronunciaron en contra de la validez de las cláusulas *Claims Made*, e inclusive un caso fue ratificado, a fines de 1990, por el Superior Tribunal de aquel país. Las consecuencias fueron las mismas sufridas por belgas y españoles, por lo que aquí primó también la racionalidad y el 2 de Noviembre de 2003 entró en vigencia la ley 2003-706 que modificó el artículo 124-5 del Código de Seguros Francés consagrando allí la validez de las coberturas *Claims Made*.

3.3. La doctrina nacional

3.3.1. Voces a favor de la validez de las cláusulas *Claims Made*

Uno de los principales doctrinarios nacionales que se manifiesta a favor de la validez de las cláusulas *Claims Made* es el Dr. Domingo López Saavedra, quien ha publicado un sin fin de libros, artículos y comentarios a fallos, dejando clara su postura sobre el tema.

Una de las principales armas que utilizan quienes están en contra de la validez de las cláusulas *Claims Made*, es el propio art. 109 de la Ley de seguros, el cual consideran que sería inmodificable de acuerdo a las previsiones del art. 158.

Así, López Saavedra a lo largo de todas sus publicaciones sobre el tema, se pregunta si el art. 109 de la Ley de Seguros es o no una norma inmodificable de acuerdo a la preceptiva de dicha ley.

El mencionado art. 158 establece que, *“además de las normas que por su letra o naturaleza son total o parcialmente inmodificables, no se podrán variar por acuerdo de parte los arts. 5, 8, 9, 34 y 38 y solo se podrán modificar a favor del Asegurado los arts. 6, 7, 12, 15, 18 (segunda parte), 19, 29, 36, 37, 46, 49, 51, 52, 82, 108, 110, 114, 116, 130, 132, 135 y 140”*.

La lógica conclusión que se desprende de la letra del citado artículo, es que el art. 109 no aparece en la lista del art. 158 ni como inderogable ni como modificable solamente a favor del Asegurado.

Sin perjuicio de ello, quienes atacan la validez de las cláusulas *Claims Made*, sostienen que el art. 109 constituye una norma inmodificable por su *“letra y naturaleza”*.

López Saavedra sostiene que dicha argumentación representa un mero juicio de valor o un enfoque personal y subjetivo del tema, desde el momento en que el propio texto del artículo 109 resulta claramente que el mismo es modificable¹⁵.

¹⁵ López Saavedra, Domingo, “La validez de las cláusulas *Claims Made*”, La Ley 2006-E.

Indica que si releemos el citado artículo 109 advertiremos que el mismo le impone al Asegurador la obligación de *“mantener indemne al Asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato”*. Analiza el texto de dicha norma, y señala que si nos ceñimos a su lectura literal podríamos concluir que mantener indemne a alguien es mantenerlo sin daño alguno. Si alguien tuvo un accidente y salió *“indemne”*, es por que no sufrió ningún daño o lesión; en cambio, si hubiese sufrido una lesión como consecuencia de tal accidente, ya no habría salido *“indemne”* del mismo sino lesionado, es decir con daños. Entonces si la obligación del Asegurador fuera mantener indemne al Asegurado en razón de un siniestro cubierto por su póliza, ello implicaría entonces hacerse cargo íntegramente de todas sus consecuencias, pues si el Asegurador se hiciera cargo solamente de una parte de las mismas, ya no estaría cumpliendo con la obligación de mantener indemne el Asegurado que le impone el 109.

Concluye que, si el concepto de indemnidad consagrado por el artículo 109 implicase la obligación del Asegurador de hacerse cargo de todos los perjuicios ocasionados por su Asegurado, no podría haber pólizas de seguro de Responsabilidad Civil con sumas aseguradas determinadas que limitasen a dichas sumas la eventual obligación a cargo del Asegurador, pues, en este supuesto, no se estaría cumpliendo con obligación de mantener indemne, es decir sin daños, al Asegurado que prescribe dicho artículo.

Así, destaca el autor que esta interpretación carece de todo sentido, no sólo técnico Asegurador, sino también de razonabilidad jurídica y de equidad porque los Aseguradores no pueden asumir responsabilidades ilimitadas, ya que no podrían calcular sus primas sobre esas bases ni tampoco constituir los *“fondos de primas”* suficientes para afrontar sus obligaciones asegurativas para con sus Asegurados.

De esta forma la obligación del Asegurador de mantener indemne al Asegurado reconoce ciertos límites. Por un lado, el de la suma asegurada y por el otro, el de las condiciones del seguro contratado tal cual surge con absoluta claridad de lo que disponen los artículos 111 y 118, tercer párrafo de la Ley de Seguros.

El primero, en su segundo párrafo dispone que *“si el Asegurado debe soportar una parte del daño, el Asegurador reembolsará los gastos y costas en la misma proporción”*. De allí se desprende que la obligación de indemnidad en cabeza del Asegurador de Responsabilidad Civil, no es absoluta, sino que tiene los límites que el propio contrato de seguro establece.

El segundo artículo mencionado, en su tercer párrafo, establece que la sentencia que se dicte contra el Asegurado hará cosa juzgada respecto al Asegurador y será ejecutada contra él *“en la medida del seguro”*, con lo que la propia Ley reconoce expresamente otro límite a la obligación de indemnidad.

Otro de los argumentos esgrimidos por López Saavedra para pronunciarse a favor de la modificabilidad del art. 119, resulta ser que si bien dicha norma establece que lo que el Asegurador ampara es lo que el Asegurado deba a un tercero, la doctrina y jurisprudencia han considerado, acertada e invariablemente, que la normativa de tal artículo es modificable y en consecuencia aplicable no solo a los reclamos por Responsabilidad Civil extracontractual, sino también a lo fundado en Responsabilidad Civil contractual¹⁶.

Cierra su análisis destacando que siendo el art. 109 modificable, además de las formas asegurativas de indemnidad y base ocurrencia que allí se prevén, pueden perfectamente bien coexistir, dentro del marco del principio de la autonomía de la voluntad con las de reembolso y con las de base reclamos o *Claims Made*, que sin duda son necesarias, cuando no imprescindibles, para el universo de asegurables de nuestro país.

En igual sentido, Guffanti sostiene que invocar que el art. 109 es inmodificable por su naturaleza y que la naturaleza de ese contrato es que su riesgo cubierto siempre debe ser el hecho generador de la responsabilidad del Asegurado, es una nueva afirmación dogmática sin fundamento alguno¹⁷. Destaca que la doctrina tradicional del derecho de seguros afirma lo contrario: que el riesgo en el seguro de Responsabilidad Civil es el reclamo y el siniestro es la ocurrencia del reclamo.

¹⁶ López Saavedra, Domingo, *“Ley de Seguros. Comentada y Anotada”*, op. cit., pág. 504.

¹⁷ Guffanti, Daniel B., *“La cláusula claims made. Una decisión que denota cierta parcialidad y un llamado al debate de ideas”*.

En este sentido Bulló afirma que, si así es pactado, se puede identificar el siniestro en el seguro de Responsabilidad Civil con el reclamo; cita en tal sentido a Piccard y a Besson, a Jacob y a Hérmard, y con la posición contraria a Donati¹⁸.

Por otra parte, Guffanti, trae una interesante idea al advertir que la palabra “*claim*” es un término equívoco: al mismo tiempo significa “*reclamo*” y “*siniestro*”. Ello tiene su razón de ser, justamente, en identificar el siniestro con el reclamo por la responsabilidad y no con el hecho que la genera.

Yendo un paso más adelante, Bulló sostiene que es falso que la redacción del art. 109 de la Ley de Seguros, deba interpretarse como correspondiente a la cobertura por ocurrencia del hecho generador de responsabilidad y no a la ocurrencia del reclamo, pues cuando los arts. 1 y 109 de la ley se refieren al evento previsto, nada indica que ese evento debe ser necesariamente el hecho generador de Responsabilidad Civil del Asegurado y no pueda ser el reclamo del damnificado al Asegurado¹⁹.

Agrega Bulló que se puede considerar siniestro el evento generador de la responsabilidad, el reclamo del damnificado, la sentencia judicial que declara responsable al Asegurado e inclusive el pago de la indemnización por el Asegurado al damnificado, en este caso, en los seguros de reembolso. Dependerá, en cada caso, de cuándo se considere que el Asegurado sufre el daño: puede ser cuando ocurre el hecho del que se derivaría una deuda de responsabilidad, cuando se le insinúa el reclamo, cuando efectivamente el Asegurado es condenado por Responsabilidad Civil o cuando abona esa indemnización.

Otro de los ataques que reciben las cláusulas *Claims Made*, resulta ser que constituye una cláusula abusiva que desnaturaliza las obligaciones relativas al objeto del contrato de seguro.

Ya vimos en los párrafos precedentes que la obligación que asume el Asegurador de mantener indemne a su Asegurado por cuanto deba a un tercero no es absoluta sino por el contrario es limitada.

Así, no se puede hablar de una desnaturalización del objeto del seguro en la cobertura *Claims Made*, pues en ella el Asegurador continúa asumiendo la obligación de indemnidad hacia su Asegurado a consecuencia de un hecho ocurrido durante el plazo previsto, pero, en términos del art. 118, “*en la medida del seguro*”²⁰.

Por otra parte, López Saavedra nos enseña que el Derecho de Seguros presenta la particularidad de su mercado internacionalismo porque a través de la atomización del riesgo - retención de una parte del mismo por el Asegurador y cesión del excedente a los Aseguradores y éstos a su vez haciendo lo propio con sus Retrocesionarios - se configura la comunidad del alea internacional, que es la que, al final del día, termina soportando las consecuencias de un siniestro en proporción a sus respectivas participaciones.

Y este internacionalismo del Derecho de Seguros hace que nuestro mercado Asegurador, en lo que hace a coberturas especialmente de Responsabilidad Civil deba estar alineado a los usos, prácticas y técnicas internacionales, pues, de lo contrario, no se podrá obtener reaseguro y no hay seguro sin reaseguro²¹.

Destaca López Saavedra que las coberturas *Claims Made* son una realidad cierta e indiscutible en los mercados internacionales de seguros y reaseguros para ciertas coberturas de Responsabilidad Civil –Responsabilidad Civil profesional, contaminación, Responsabilidad Civil producto, directores & gerentes– y no hay, en la práctica, Aseguradores y Reaseguradores serios, profesionales y responsables que emitan coberturas asegurativas o reasegurativas para dichos riesgos, sino en base a *Claims Made*.

Y frente a esta realidad, se pregunte el autor ¿qué es realmente abusivo, la cláusula “*Claims Made*” que permite asegurar la responsabilidad profesional, una contaminación o una Responsabilidad Civil de productos o la de base ocurrencias que no permite asegurarla o por lo menos no con las garantías que el Asegurado necesita?

¹⁸ Bulló, Emilio H., “El derecho de seguros y otros negocio vinculados”, Ed. Ábaco de Rodolfo Desalma, Buenos Aires, pág. 504 citado por Guffanti, Daniel B., “La cláusula claims made. Una decisión que denota cierta parcialidad y un llamado al debate de ideas”.

¹⁹ Bulló, Emilio H., “El derecho de seguros y otros negocio vinculados”, Ed. Ábaco de Rodolfo Desalma, Buenos Aires, pág. 426.

²⁰ López Saavedra, Domingo, “La validez de las cláusulas Claims Made”, La Ley 2006-E.

²¹ Fernandez Dirube, A., “Manual de reaseguros”, pág. 29, citado por López Saavedra, Domingo, “La validez de las cláusulas Claims Made”, La Ley 2006-E.

Concluye López Saavedra, que la cláusula *Claims Made* no solo no es abusiva sino que es beneficiosa para los Asegurados, ya que entre otras cosas, les permite obtener las coberturas asegurativas que necesitan para amparar adecuadamente el desarrollo de sus actividades profesionales o empresariales, que, de otra forma, no las podrían obtener, al menos de Aseguradores serios y responsables que garanticen su presencia y estabilidad en el tiempo, especialmente cuando llegue el momento de tener que hacer frente al pago de una condena judicial²².

Alguna vez, para cuestionar la validez de la cobertura *Claims Made*, se ha dicho que con ella se pretende modificar el plazo de prescripción de las acciones del tercero contra el Asegurado responsable de un acto ilícito o del incumplimiento de un contrato. Claro está que ello no es así pues esta modalidad asegurativa no altera los plazos de prescripción que resulten de la ley aplicable, ya que dichos plazos de prescripción siguen siendo los mismos, haya o no una cláusula *Claims Made* en la póliza que las cubra.

Sobre el particular, López Saavedra sostiene que si se acepta que el art. 109 de la ley de seguros es modificable, de acuerdo a lo que hemos visto precedentemente, de la misma forma en que se puede limitar la extensión de la responsabilidad del Asegurador y se pueden cubrir las responsabilidades extracontractuales, ve el autor que no hay ningún inconveniente legal en que las partes también puedan modificar la base ocurrencias y acordar una de reclamos o *Claims Made* cubriendo hechos ocurridos antes de la vigencia de la póliza y limitando el amparo asegurativo a reclamos formulados durante tal vigencia.

Continúa su análisis señalando que en las pólizas de Responsabilidad Civil, al igual que en las de otros ramos, hay normalmente toda una serie de delimitaciones del riesgo asumido por el Asegurador que a veces son temporales (por ejemplo en los seguros de Vida Colectivo la cobertura termina o es modificada para el Asegurado cuando cumple 65 años), otras son geográficas (por ejemplo en los seguros de Responsabilidad Civil productos, se excluyen o se limitan con sumas aseguradas específicas, los siniestros ocurridos en Estados Unidos y Canadá) y algunas son objetivas (por ejemplo algunas pólizas de transporte de mercadería exigen el cumplimiento de ciertas medidas de seguridad para que el viaje cuente con cobertura). En el caso de la cláusula "*Claims Made*" hay también una delimitación del riesgo, en este caso temporal: el reclamo del Asegurado debe ser formulado dentro del plazo allí convenido, incluyéndose los generados en hechos anteriores a la vigencia de la póliza.

Y esta delimitación temporal del riesgo, sostiene López Saavedra, convierte a la cobertura *Claims Made* en una verdadera exclusión de cobertura para todos los reclamos que se formulen después de concluida su vigencia o la del período extendido, si así se hubiera pactado; en consecuencia aquellos reclamos que se presenten o formulen después de que tal período haya terminado estarán excluidos de la cobertura que otorga la póliza²³.

Por otra parte, tanto López Saavedra²⁴ como Bulló²⁵, sostienen que las coberturas *Claims Made* otorgan beneficios a los Asegurados con respecto a las de base ocurrencia.

El primero de ellos, es el de otorgar al Asegurado el acceso a una cobertura retroactiva - que la cobertura de base ocurrencias, por su naturaleza no otorga - es decir que serán a cargo del Asegurador los reclamos que se le formulen al Asegurado durante la vigencia de la póliza o el período extendido de denuncias que se hayan originado en hechos anteriores a tal vigencia.

Obviamente, para que el Asegurado se beneficie con esta cobertura retroactiva, el hecho generador de su responsabilidad no debió de haber sido conocido por él ya que de haberlo sido, debió haberlo denunciado a su Asegurador antes de la celebración del contrato para no incurrir en reticencia.

El segundo de los beneficios que destacan los autores mencionados, es la posibilidad de poder ir periódicamente actualizando la suma asegurada conforme a sus necesidades.

²² López Saavedra, Domingo, "Ley de Seguros. Comentada y Anotada", op. cit., pág. 514.

²³ López Saavedra, Domingo, "Algo más sobre los seguros de Responsabilidad Civil bajo condiciones claims made", La Ley 1999-B.

²⁴ López Saavedra, Domingo, "Algo más sobre los seguros de Responsabilidad Civil bajo condiciones claims made", op. cit..

²⁵ Bulló, Emilio H., "El derecho de seguros y otros negocio vinculados", op. cit., pág. 428.

López Saavedra, ejemplifica este beneficio de la siguiente forma: “Supongamos un médico que recién comienza su carrera profesional y que su único patrimonio es su título bajo del brazo. Imaginemos también que en función de su patrimonio – que es lo que protege en definitiva el seguro de Responsabilidad Civil – toma una póliza de seguros de mala praxis médica con una suma asegurada reducida en función de su por entonces mínima capacidad económica, digamos, por ejemplo, \$25.000. Y pensemos que diez años después, aquel joven médico es ya un profesional exitoso que practica su profesión en un área llamémosla sensible de la medicina – por ejemplo la neurocirugía - y que tiene una envidiable posición económica y que en lugar de haberse iniciado con una cobertura asegurativa de base ocurrencias lo hubiera hecho con una *Claims Made*, lo que le hubiese permitido ir reajustando año tras año la suma asegurada, para llegar hoy en día, digamos a \$1.000.000. Y supongamos también que este médico enfrenta hoy en día un reclamo de \$500.000 a consecuencia de una mala praxis que realizó diez años atrás cuando tenía una póliza de seguros de \$25.000. Si aquella primera póliza el entonces joven médico la hubiese contratado sobre base ocurrencias, el límite de responsabilidad del Asegurador seguiría siendo la original suma asegurada, es decir \$25.000, que representará el 5% del reclamo actual. En cambio, si la cobertura original y las sucesivas renovaciones hubiesen sido tomadas en condiciones *Claims Made*, las sumas aseguradas se habrían ido reajustado año tras año de acuerdo a las necesidades del Asegurado y entonces, frente al reclamo de hoy en día por \$500.000, la suma asegurada de su póliza va a ser la correspondiente al momento en que el médico recibió el reclamo, es decir, en el ejemplo antes dado \$1.000.000, con lo que va a tener una cobertura completa y el Asegurador pagará, al final del día, el cien por ciento del mismo”²⁶.

Relacionado con esto último, ambos autores coinciden en que las coberturas *Claims Made* tienen una prima sustancialmente menor que la que corresponde a los seguros por ocurrencia.

Señala López Saavedra que en la cobertura *Claims Made*, la prima del primer año será notablemente más reducida que la de una póliza de ocurrencias, porque en la *Claims Made* ella estará relacionada con los siniestros que exclusivamente ocurran durante la vigencia del seguro y en la medida en que los reclamos de los terceros se presenten dentro del período convenido. Pero al renovarse la póliza *Claims Made*, la prima comienza a incrementarse porque el Asegurador ahora va a tener que soportar, no sólo los reclamos a consecuencia de hechos ocurridos durante la nueva vigencia, sino también los correspondientes a hechos producidos durante la vigencia anterior, en virtud de la retroactividad que la nueva póliza lleva implícita. Y esto continuará durante las sucesivas renovaciones, con un periódico incremento de las primas, hasta que al llegarse al séptimo o al octavo año, la prima de ese período, en líneas generales, suele estabilizarse, manteniéndose sin embargo la de *Claims Made* por debajo de una de ocurrencias.

Al igual que en el beneficio mencionado ut supra, el prestigioso autor cita un nuevo ejemplo. Indica que ha tenido la oportunidad de tener acceso a alguna información respecto de coberturas de Mala Praxis Médica utilizada en los Estados Unidos de Norteamérica por una Aseguradora especializada en ese rubro, y observó que, en el primer año, la prima de *Claims Made* será solamente el 21% de la de una de ocurrencias, el segundo año será del 40% y luego, en cada año sucesivo, el 78%, 92%, 95%, 97%, para llegar finalmente al 100% en el último año. Sin embargo, agrega que en otros casos, la prima de la *Claims Made*, al séptimo u octavo año, termina estabilizándose en alrededor del 80% de la de ocurrencias. Pero con unos u otros números, concluye el autor que el Asegurado no sólo tiene acceso a una cobertura de Responsabilidad Civil que de otra forma no tendría, sino que además y a través del tiempo, terminará pagando menos prima en total.

3.3.2. Voces en contra de la validez de las cláusulas *Claims Made*

Como ya hemos podido advertir, la validez de las cláusulas *Claims Made* es un tema muy debatido por la doctrina. En este capítulo, nos encargaremos de acercar los argumentos de quienes están en contra de la validez de las mismas, principalmente Sobrino, Stiglitz y Lorenzetti.

Sobrino, realiza un análisis de la cláusulas *Claims Made* a la luz de las normas legales, que a su criterio y en sus propias palabras, esta cláusula diabólica violenta²⁷.

²⁶ López Saavedra, Domingo, “Ley de Seguros. Comentada y Anotada”, op. cit., pág. 515, nota 1043.

²⁷ Sobrino, Waldo, “Seguros y Responsabilidad Civil”, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2003, pág. 75.

Así, comienza su enunciación con el art. 109 de la Ley de Seguros. Señala que dicha norma toma como base para los siniestros, al hecho generador de responsabilidad, lo cual en su opinión es reafirmado por el texto del art. 115 de la misma ley, en cuanto establece que “*el Asegurado debe denunciar el hecho del que nace su eventual responsabilidad*”.

De esta forma, sostiene que se debe tener presente que el siniestro, es la ocurrencia del hecho generador de responsabilidad; es decir, el débito de responsabilidad como consecuencia del suceso dañoso.

Por ello, si el siniestro se produce con el hecho generador, del cual nace para el Asegurado la obligación de reparar el daño que ha producido, sin importar si se efectúa o no el pertinente reclamo, considera que resulta obvio que el seguro de Responsabilidad Civil debe amparar esa cuestión.

Por otro lado, sostiene Sobrino que la Ley de Seguros establece que no se puede modificar sus normativas en desmedro de los derechos del Asegurado; implicando ello que resulta insanablemente nulo, que la compañía de seguros, agregue un nuevo requisito - que el reclamo se produzca durante la vigencia de la póliza - para que exista siniestro y recién entonces comience a tener vigencia la cobertura del seguro²⁸.

Lógico es que Sobrino adscribe a la teoría del manto protectorio del Art. 158, que prohíbe que se modifiquen o de dejen sin efecto las normas que por su letra o naturaleza deben considerarse inmodificables, como considera que lo es el concepto de siniestro, que en su opinión se desarrolla bajo la concepción de base ocurrencia²⁹, y no bajo las pautas de base reclamo.

Sobre el particular, agrega Stiglitz que la expresión reclamo se la utiliza en la cláusula Claims Made para equipararla con el hecho acaecido al que se hace referencia en el artículo 109, desentendiéndose de su auténtico significado que no es otro que el incumplimiento de la obligación contractual o la acción u omisión antijurídica o dañosa, según se trate de responsabilidad contractual o extracontractual, se reclame su reparación o no. Tal intento de paralelo importaría, según el autor, que la cláusula que contenga semejante afirmación (que el reclamo constituye el siniestro), por inesperada, por imprevisible y por su alta dosis de inmoralidad, es sorpresiva y, por ende, nula. Y la consecuencia consiste – o debería consistir – en tenerla por no escrita, en aislarla del contrato³⁰.

Claro está, que para Stiglitz, el artículo 109 resulta ser una norma imperativa, lo que conlleva a sostener que toda cláusula de póliza que infrinja el contenido básico de las nociones establecidas en dicho artículo, es ilícita y debe decretarse de pleno derecho la nulidad parcial del contrato de seguro que la incluya, por la sola circunstancia que se verifique su existencia, y sustituida por la norma legal o principio general aplicable, en el caso, el artículo 109.³¹

Por su parte, Lorenzetti, si bien al final del camino considera que la cláusulas Claims Made es abusiva, resulta ser el menos vehemente de sus opositores, haciendo un interesante y pensante análisis sobre el artículo 109 .

Indica Lorenzetti que en el plano dogmático, el principal obstáculo para la cláusula fundado en los reclamos, es la propia ley 17.418. Sostiene que en el artículo primero dispone que el contrato de seguro existe cuando el Asegurador se obliga mediante el pago de una prima o cotización a resarcir un daño o a cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto. Sumado a ello, destaca que el art. 109 referido al seguro de Responsabilidad Civil, establece que el Asegurador se obliga a mantener indemne al Asegurado en cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato, a consecuencia de un hecho acaecido en el plazo convenido.

Así, concluye que, la ley toma en cuenta el hecho acaecido en el plazo convenido y no el reclamo.

Sin embargo, el análisis del autor no fenece en el plano dogmático, sino que continúa hasta bajar a la realidad cotidiana. Así, continua su análisis señalando que la Superintendencia de Seguros de la Nación ha aprobado la cláusula, ya que ha dictado (a la fecha en que fue publicado el artículo citado en la nota

²⁸ Sobrino, Waldo, “La cláusula claims made”, RCyS 2006, pág. 298.

²⁹ Sobrino, Waldo, “Derecho de Seguros: La cláusula claims made”, Jurisprudencia Argentina, 24 de enero de 1996.

³⁰ Stiglitz, Rubén, “La cláusula claims made y sus últimos estertores”, RCyS2011-VIII.

³¹ Lorenzetti, Ricardo, “Contrato de seguro. La cláusula claims made”, La Ley 1998-C.

29) la Res. 23.160, del 24 de marzo de 1994, mediante la cual establece que la cobertura en seguros contra la responsabilidad médica, alcanza a aquellos hechos ocurridos durante la vigencia de la póliza y en los que se haya formulado reclamo y notificado fehacientemente por escrito a los Asegurados, durante el período de vigencia o durante la extensión. Agrega, que en el caso de los directores de clínica, la Res. 78.392 del 28 de abril de 1994 dispone que la cobertura se refiere a hechos de directores o gerentes durante la vigencia de la póliza y por reclamos efectuados durante la misma o antes de los dos años siguientes a su vencimiento o rescisión.

De esta forma, el autor indica que el obstáculo legal, pretende ser superado mediante una redacción que señala que queda convenido que el hecho a que refiere el art. 109 de la ley 17.418 es el reclamo y no el hecho generador de la responsabilidad.

Por ello, concluye Lorenzetti, que en estas condiciones y dada la previa aprobación administrativa, la cláusula es formalmente lícita, ya que su incorporación al contrato es admitida por el organismo de aplicación.

Como dijimos al introducir el análisis de Lorenzetti sobre el artículo 109, reiteramos que el actual ministro del máximo tribunal de país considera a la *Claims Made* como una cláusula abusiva – como veremos más adelante -, pero creímos interesante plasmar su opinión sobre el artículo 109, el cual si bien reconoce que recepta la cobertura de base ocurrencia, la posterior aprobación de textos de cláusulas *Claims Made* por el organismo de contralor, le otorga una licitud formal a la misma.

Retomando el análisis de Sobrino, otro de los ataques que realiza dicho autor, se fundamenta en el art. 25 de la Ley 20.091. El mismo establece una pauta axiológica primordial: que las condiciones de las pólizas, deben ser equitativas. Así sostiene que si la justicia es dar a cada uno lo suyo y la equidad es la aplicación de la justicia en cada caso en particular, entiende que la cláusula *Claims Made* no puede pasar a través del restrictivo tamiz del Art. 25 la Ley 20.091.

Seguidamente, Sobrino toma el Código Civil para atacar las *Claims Made*. Señala que dicho código de fondo, establecen flexibles y adaptativos tópicos a favor de los débiles. De allí que las cuestiones contractuales, especialmente en los contratos de adhesión, no pueden ser contrarias a la moral y las buenas costumbres (Art. 953); ni pueden implicar un abuso de derecho (Art. 1071) dado que a través de una cláusula que forma parte de un contrato de adhesión, realizado unilateralmente por la Aseguradora, se está desnaturalizando el propio fin que tiene la Póliza de Seguros.

De igual manera, entiende que se vulnera el principio de buena fe, expresamente establecido en el artículo 1.198, ya que se desnaturaliza el fin del propio contrato de seguros, dado que desde el punto de vista temporal, la cobertura de la póliza es la excepción, ya que considera que se ampara únicamente entre el 10% y el 20% del período de prescripción, tomando el plazo de prescripción decenal de la Responsabilidad Civil contractual.

Agrega con respecto a la buena fe en los contratos de seguros, que si bien la misma no es exclusiva de esta materia, sí es cierto que toma especial trascendencia, dado que se trata del contrato típico por excelencia de buena fe. Y, una de las pautas para interpretar la buena fe para los contratos de seguros, especialmente, en lo de Responsabilidad Civil, es analizar las expectativas razonables de los consumidores de seguros. Así, trae a cuenta que los tribunales estadounidenses han resuelto que la doctrina de las expectativas razonables, se aplica cuando la póliza de seguros contiene una exclusión que resulta opresiva, extraña o fuera de lo común; o deja sin efecto los términos que en la negociación se habían acordado o elimina uno de los propósitos dominantes o principales de la cobertura.

Así, concluye que intentando aplicar la doctrina de las expectativas razonables a los casos concretos de las cláusulas *Claims Made*, entiende que, como principio básico, los Asegurados tienen una valedera, lógica y razonable expectativa, en el sentido de esperar que si se produce un siniestro, la Póliza de Seguros que contrataron lo va a amparar más allá de la fecha en que se produzca el reclamo.

Por otra parte, a criterio de Sobrino, resulta plenamente aplicable el artículo 37 de la Ley de Defensa del Consumidor, dado que la póliza de seguros, es un típico contrato de consumo con cláusulas predispuestas, que deben interpretarse en favor del consumidor.

Por tanto, entiende que la cláusula *Claims Made* desnaturaliza las obligaciones propias del contrato de seguro, dado que deviene una irrazonable limitación a la protección del Asegurado.

La última columna que sostiene el ataque de Sobrino a las *Claims Made*, se funda en el artículo 42 de la Constitución Nacional, en cuanto protege a los consumidores, otorga rango constitucional al derecho del consumidor, crea un microsistema legal autónomo y autorreferente – donde se aplica, en escala jerárquica, en primer lugar el art. 42 de la Constitución Nacional; luego la propia normativa del derecho del consumidor (Ley 24.240); y por último y siempre que no contradigan, ni se opongan a las normas anteriores, que son jerárquicamente superiores el Código Civil; Código de Comercio; Ley de Seguros; etc -, reconoce la existencia de una desigualdad entre las partes contratantes y aplica los principios *lex posterior derogat priori* y *lex specialis derogat generalis*.

Así, teniendo a la vista estas cinco leyes de fondo aplicables al contrato de seguro, Sobrino pretende, en sus propias palabras, fulminar de nulidad la cláusula *Claims Made*, dado que, citando a Stiglitz, se trata de una cláusula que por inesperada, por imprevisible y por su alta dosis de inmoralidad intelectual en su concepción, es sorpresiva y, por ende, nula.

Stiglitz, por su parte, sostiene que la cláusula *Claims Made* resulta ser abusiva en cuanto desnaturaliza las obligaciones relativas al objeto del contrato. Indica que en el seguro de Responsabilidad Civil, la obligación del Asegurador se mantiene hasta la cancelación de la deuda motivada en la Responsabilidad Civil – o hasta el cumplimiento del plazo de prescripción operada a partir de un hecho ocurrido en el plazo de vigencia contractual -. Y la obligación del Asegurador se agotará una vez satisfecho el crédito del damnificado³².

Por otra parte, el mismo autor sostiene que un capítulo especial de la relación asegurativa lo constituye la delimitación del riesgo que, en lo que aquí interesa - la delimitación temporal - es aquella por la cual cobra una especial significación la vigencia del contrato, pues la garantía opera con relación a los siniestros acaecidos durante la duración material del contrato. Señala que la delimitación temporal del contrato es una noción que atiende al tiempo de exposición de un riesgo. Ello implica que el contrato se celebra por un plazo y que la materialización del riesgo, el siniestro, sólo se halla cubierta si se verifica durante la duración del contrato, aun cuando sus consecuencias dañosas recién se manifiesten ya finalizada su vigencia material.

Lo que quiere señalar el autor es que la cláusula, no integra el capítulo de la delimitación causal temporal del riesgo sino el de la limitación temporal de la garantía asegurativa. Se trata de cuestiones distintas ya que, el primer caso, está referido a la duración del contrato, que presupone la garantía por las consecuencias dañosas de los hechos acaecidos durante su vigencia material sin consideración a la fecha en que sean reclamados y, por tanto, atañe al objeto del contrato. El segundo restringe en el tiempo la cobertura asegurativa por lo que incide sobre los efectos obligacionales acordados, limitando abusiva e inequitativamente los de una de las partes.

Aquí, nuevamente Lorenzetti, toma un camino diferente a Sobrino y Stiglitz para llegar a la abusividad de la *Claims Made*.

Efectivamente, Lorenzetti, no considera que exista una desnaturalización del contrato. Señala que de conformidad con el art. 37 de la ley 24.240, podríamos ubicar este caso en las hipótesis de una desnaturalización de las obligaciones, o una renuncia de derechos de los consumidores. La desnaturalización importa un apartamiento del derecho positivo o de la finalidad típica del negocio y en este caso no existe tal desnaturalización, puesto que la cláusula tiene la finalidad de asegurar el cumplimiento de la causa típica del negocio.

Sin perjuicio de ello, Lorenzetti considera que la abusividad de la cláusula, no se da por la desnaturalización, sino por la renuncia de derechos, y ello ocurre en supuestos específicos.

Señala que las objeciones a la cláusula se fundan en que somete al Asegurado a una cautividad que importa una renuncia de derechos, y ello no se produce en un solo contrato, sino en una sucesión de ellos

³² Stiglitz, Rubén, “La cláusula claims made y sus últimos estertores”, op. cit.

y es esta situación la que causa una renuncia de derechos del Asegurado, al no permitírsele opciones suficientes.

Con ello, considera que está en mejores condiciones para definir con alguna precisión en qué consiste la descalificación de la cláusula *Claims Made* por abusiva. La abusividad de la cláusula surge cuando provoca una renuncia de la denominada libertad de contratar, puesto que una vez finalizado el contrato, el Asegurado tiene que seguir ligado al mismo, puesto que de lo contrario queda sin seguro.

3.4. La jurisprudencia nacional

Al igual que la doctrina nacional, la jurisprudencia de nuestro país, si bien es escasa, no resulta ser pacífica, existiendo pronunciamientos a favor y en contra de la misma.

El primer fallo que se dictó en nuestro país sobre el tema, se dictó el 2 de mayo de 2006, en los autos "Barral de Keller Sarmiento G. c/Guevara J.C. y otros".

En dicha sentencia, la Sala C de la Cámara Nacional en lo Civil, declaró la nulidad de una cláusula *Claims Made* inserta en una póliza que cubría la Responsabilidad Civil de los médicos pertenecientes a la Asociación de Médicos Municipales por hechos cometidos por el Asegurado durante la vigencia de la misma y que dieran lugar a reclamos de pacientes o derecho habientes suyos también formulados durante tal vigencia.

Este juicio tuvo su origen en una supuesta mala praxis médica cometida por la parte actora quien demandó al médico. Este a su vez, citó en garantía a su Aseguradora - la que como tantas otras, terminó en estado de liquidación -, quien declinó responsabilidad aduciendo que la cobertura que otorgaba su póliza era de base *Claims Made* y que la vigencia de la misma había concluido el 1 de diciembre de 1996, por lo que habiéndosele formulado el reclamo al Asegurado a fines de 1998, el mismo se hallaba fuera de la cobertura que otorgaba el contrato de seguro.

Los principales argumentos del fallo son los siguientes:

- a. La cláusula pretende limitar temporalmente la cobertura ya que, hechos ocurridos en una época pueden llegar a tener reclamos judiciales posteriores que, en casos como la mala praxis médica alcanzarían los diez años si se tiene en cuenta el plazo de prescripción.
- b. Por acuerdo de partes no es viable la alteración de la obligación del Asegurador de modo de desnaturalizar la función económico-jurídica del contrato. Y en el caso, tales límites provienen de la propia Ley de Seguros, pero también de la Ley de Defensa del Consumidor.
- c. Lo convenido en términos de la Ley de Seguros, no puede modificarse en perjuicios de los intereses de los Asegurados (art. 158).
- d. La esencia del contrato de seguro es justamente la protección del Asegurado contra el hecho generador de una deuda dentro del plazo de vigencia de la póliza, independientemente del momento en que se efectúe el reclamo. La aparición del daño es lo que interesa a los fines de situarlo en el período de garantía. Por ello, una interpretación distinta implicaría una desnaturalización del contrato de seguro.
- e. La cláusula *Claims Made*, limita temporalmente la garantía asegurativa de un modo no previsto por la ley ampliando inequitativamente los derechos del Asegurador y restringiendo los del Asegurado. Ello, además de implicar una violación a lo dispuesto por los arts. 109 y 158 de la Ley de Seguros, permite tener por configurados los presupuestos previstos en el art. 37, incisos a) y b) de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor.
- f. La cláusula *Claims Made* es abusiva pues desnaturaliza las obligaciones relativas al objeto del contrato. En el seguro de Responsabilidad Civil, la obligación del Asegurador se mantiene hasta la cancelación de la deuda motivada en la Responsabilidad Civil operada a partir de un hecho ocurrido en el plazo contractual, y la obligación del Asegurador se agota una vez satisfecho el crédito del damnificado.
- g. Limitar en el tiempo la garantía asegurativa, condicionándola a que el damnificado concrete un reclamo durante la vigencia del contrato o dentro del año siguiente a su finalización importa una supresión ilícita de la obligación del Asegurador o, desde la perspectiva inversa, la abusiva eliminación de los derechos del Asegurado.

- h. Es inadmisibles que la prescripción derivada de la mala praxis profesional pueda impulsar una solución arbitraria e irrazonable, ya que frente a ella el alea de la Aseguradora se reduce a plazos tales que la propuesta deviene inaceptable pues, tratándose como en el caso, de profesionales de la salud, donde el transcurso del postoperatorio, la consecuente mejoría y la evolución posterior requieren de mayor tiempo para determinar si tal acto y sus circunstancias fueron correctamente ejecutadas, deviene contrario a la naturaleza del evento objeto del seguro, y por lo tanto, impropio para cumplir su finalidad intrínseca.

Cabe destacar que la póliza contratada por el galeno demandado resultaba ser una póliza antigua que contenía una cláusula *Claims Made* pura, ya que solo cubría reclamos presentados durante la vigencia de la póliza relacionados con hechos cometidos también durante la misma vigencia.

Como veremos más adelante, estas cláusulas, las *Claims Made* puras, ya no se utilizan en el mercado argentino de seguros.

Más aún, López Saavedra, en un comentario al citado fallo, esgrime la posibilidad de que la cláusula *Claims Made* que contenía la póliza relacionada con el juicio mencionado ut supra no habría estado aprobada por la Superintendencia de Seguros de la Nación por cuanto destaca que la primera cláusula de este tipo que fue aprobada por el organismo de control, requería un período extendido de denuncias, en todos los casos, de dos años como mínimo.

Diez meses después de haber dictado sentencia en “Barral de Keller”, la misma Sala C, en los autos “Furtado N. G. c/EDESUR S.A.”, volvió a tratar el tema de la validez de la cláusula *Claims Made*, pero con un resultado opuesto, ya que declaró la validez de la misma.

Aquí, se trataba de un juicio en que el actor reclamaba contra EDESUR S.A. los daños personales sufridos por su hijo menor a consecuencia de una descarga eléctrica padecida el 9 de junio de 2000 al rozar, en su domicilio, una estufa de cuarzo que se encontraba apagada, El menor quedó pegado a la estufa y su padre intentó separarlo sin éxito. Luego intentó cortar la llave de paso del medidor domiciliario pero no tenía llave de corte, pues los empleados de la demandada la habían cambiado horas antes y éste carecía de tal llave. El padre del menor volvió a la vivienda y tuvo que separar a su hijo de la estufa con un palo de escoba. A raíz de esto el menor sufrió diversas lesiones de gravedad cuya reparación son las que se reclamaron en el mencionado juicio.

La mayoría de la Sala, si bien confirmó la sentencia dictada en primera instancia contra la empresa demandada, rechazó la citación en garantía de la Aseguradora de Responsabilidad Civil de aquel que contratado su póliza de seguro bajo condiciones *Claims Made*, apartándose así de su propio antecedente de menos de un año de antigüedad.

Es dable resaltar, que a diferencia de la póliza contratada por la Asociación de Médico Municipales en “Barral de Keller”, la póliza emitida a favor de EDESUR S.A. en “Furtado”, resultaba contener una cláusula *Claims Made*, de las llamadas impuras, ya que contenía un período adicional de denuncias de 24 meses.

El Tribunal, sostuvo que el contrato de seguro entre la demandada y su Asegurado se celebró dentro del marco de la autonomía de la voluntad, muy diferente al ámbito del seguro obligatorio previsto en la ley de tránsito, rigiendo en consecuencia el principio consagrado por el artículo 1.197 del Código Civil.

Asimismo, tuvo en especial consideración la actitud desarrollada tanto por el actor como por el demandado con anterioridad a la notificación de la citación en garantía a la Aseguradora, la cual se dio recién el 14 de febrero de 2003, esto es 8 meses después de haber finalizado el período extendido de denuncias (30 de junio de 2002), cuando el accidente por el cual se reclamó, ocurrió el 9 de junio de 2000 y el 13 de septiembre de 2000, previo a la iniciación de la demanda, se llevó a cabo el trámite de mediación obligatoria, al cual solo se requirió a EDESUR S.A. y el cual concluyó el 6 de noviembre de 2000, sin acuerdo y sin participación de su Aseguradora la cual no fue citada ni fue parte de la misma.

Destacó el Tribunal que habiendo ocurrido el siniestro el 9/6/2000, vencida la vigencia de la póliza el 30/6/2000 y el período extendido para denuncias el 30/6/2002, iniciándose la demanda el 16/8/2002 sin haberse formulado reclamo alguno al Asegurador hasta que le fue notificada la citación en garantía

el 14/2/2003, no podía más que rechazar la citación en garantía, argumentando que no se le había denunciado el evento que en autos se ventilaba antes de la fecha de expiración de la contractualmente estipulada, que era el 30 de junio de 2002.

De ello se desprende que no hubo denuncia de EDESUR S.A. del siniestro hasta la citación en garantía y que la actora tampoco citó en garantía al Asegurador de la accionada pese a conocer la existencia del contrato de seguro ni la requirió para que participara de la mediación previa, lo que le demostró al Tribunal su clara indiferencia en cuanto a la participación del Asegurador para efectuar su reclamo contra ella, no haciendo uso en consecuencia de la facultad otorgada por el segundo párrafo del artículo 118 de la ley 17.418.

Sobre este fallo, López Saavedra escribió que resulta ser un importante y valioso precedente respecto de la validez de las cláusulas *Claims Made* y que exhibe un adecuado conocimiento por parte del tribunal de la particular problemática que presentan estas coberturas de Responsabilidad Civil de cola larga, una correcta aplicación de las normas de la ley de seguros que rigen a estos seguros y probablemente también un recuerdo de las amargas experiencias que tuvieron que vivir los asegurables belgas, españoles y franceses cuando se quedaron, en sus respectivos países, sin cobertura para este tipo de riesgos a consecuencia de los fallos adversos de sus tribunales respecto de estas modernas formas asegurativas³³.

El 3 de marzo de 2011, un nuevo fallo sobre el tema que nos ocupa fue dictado, esta vez por la Sala F de la Cámara Nacional en lo Civil³⁴.

Al igual que en “Barral de Keller”, de hecho es citado en varios pasajes de los resultandos del fallo, declaró la nulidad de la cláusula *Claims Made* en un seguro, nuevamente, de Responsabilidad Civil profesional médica.

Antes de adentrarnos en los argumentos esgrimidos por la Sala, cabe resaltar que la póliza analizada en este nuevo pronunciamiento, fue emitida por la misma compañía y aseguro al mismo Asegurado que en el primer antecedente de la Sala C, esto son La Ibero Platense Cia de Seguros S.A. y la Asociación de Médicos Municipales, respectivamente.

Así, resulta lógico que la solución a la que arriba la Sala F, sea idéntica al antecedente del año 2006.

Aquí, una mujer embarazada asistió a un hospital público cuando se encontraba en trabajo de parto. Durante el mismo el feto sufrió una asfixia intrauterina que le provocó un cuadro irreversible de encefalopatía crónica no evolutiva con parálisis cerebral. Por ello inició por sí y en representación de su hijo una acción por daños y perjuicios contra los doctores que la atendieron, la Asociación de Médicos Municipales y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Tanto los médicos como al Asociación, instaron la citación en garantía de la Aseguradora, planteando la inconstitucionalidad de la cláusula *Claims Made* sobre cuya base la citada en garantía pretendió exonerarse de responsabilidad.

Dicha póliza preveía que *“todo reclamo será considerado incluido dentro de las garantías de la póliza en la medida que además de provenir de un hecho incluido (...) sea recepcionado por el Asegurador durante la vigencia de la póliza, o alguna de sus renovaciones sucesivas, o hasta un año después de la fecha del vencimiento de la última renovación”*. La defensa de la Aseguradora se sostuvo sobre el hecho que si bien existía póliza en la fecha del siniestro, esto es 15 de noviembre de 1995 y que la misma fue renovada y se mantuvo su cobertura hasta el 1 de diciembre de 1997, el reclamo fue recepcionado por la Aseguradora el 1 de noviembre de 1999, por lo que no existía cobertura por los hechos ventilados en esa litis.

El nuevo pronunciamiento considera que la *Claims Made* limita temporalmente la garantía asegurativa en un modo no previsto por la ley ampliando inequitativamente los derechos del Asegurador y restringiendo los del Asegurado.

³³ López Saavedra, Domingo, “Ley de Seguros. Comentada y Anotada”, op. cit., pág. 511.

³⁴ “F.R., C. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros”, publicado en La Ley del 6 de abril de 2011.

Agrega que ello, además, implica una violación a lo dispuesto por los arts. 109 y 158 de la ley de seguros, ya que en el seguro de Responsabilidad Civil, considera que solamente puede ser siniestro el hecho generador de la responsabilidad.

Sostiene que a través de la inclusión de esta cláusula, las Aseguradoras pretenden limitar temporalmente la cobertura que brinda el seguro de Responsabilidad Civil de los profesionales. La cláusula *Claims Made*, establece una nueva condición para que el Asegurado se encuentre protegido por la póliza del seguro, dado que no sólo se requiere que el siniestro (o sea, el hecho generador de responsabilidad) se produzca durante la vigencia de la póliza, sino que además, esta cláusula exige que el reclamo se realice durante la vigencia de la póliza, o durante el año subsiguiente. Destaca que las empresas Reaseguradoras y consecuentemente las compañías de seguros, no quieren tener latente el riesgo por una demanda judicial, durante todo el tiempo que dura la prescripción.

Citando a el voto de Díaz Solimine en "*Barral de Keller*", señala que si bien la realización de un contrato de seguro debe regirse por el principio de la autonomía de la voluntad, existen límites que deben respetarse y mantenerse a efectos de que el seguro cumpla su cometido. Por acuerdo de partes no es viable la alteración de la obligación del Asegurador de modo de desnaturalizar la función económico-jurídica del contrato. La esencia del contrato de seguro es justamente la protección del Asegurado contra el hecho generador de una deuda ocurrida dentro del plazo de vigencia de la póliza, independientemente del momento en que se efectúe el reclamo. La aparición del daño es lo que interesa a los fines de situarlo en el período de garantía.

Asimismo, se hace eco de los argumentos de Stiglitz en cuanto a que tiene por configurados los presupuestos previstos en el art. 37, incisos a) y b) de la ley 24.240 de defensa del consumidor.

Concluye el fallo que la cláusula *Claims Made*, a pesar de haber sido autorizada por resoluciones de la Superintendencia de Seguros de la Nación, es abusiva en cuanto desnaturaliza las obligaciones relativas al objeto del contrato. Agrega que en el seguro de Responsabilidad Civil, la obligación del Asegurador se mantiene hasta la cancelación de la deuda motivada en la Responsabilidad Civil, o hasta el cumplimiento del plazo de prescripción operada a partir de un hecho ocurrido en el plazo de vigencia contractual, y la obligación del Asegurador se agotará una vez satisfecho el crédito del damnificado.

El 3 de Abril de 2012, la Sala G, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, dictó en los autos "C., L. M.c/Obra Social del Personal de la Construcción y O." declarando la abusividad de la cláusula *claims made* inserta en una póliza de responsabilidad civil médica de un sanatorio cuyo plantel médico incurrió en una mala praxis médica al equivocar el diagnóstico de la hija de los actores.

Lamentablemente la Cámara en su fallo no describe las condiciones de cobertura con las que había sido emitida la póliza, esto es, si contaba con período adicional de notificaciones. Algunos párrafos del fallo, no permiten inferir que la Cámara se enfrentó a una cláusula *Claims Made Pura*, como la analizada por la Sala C en "*Barral de Keller Sarmiento G. c/Guevara J.C. y otros*", por lo que no debería sorprendernos la conclusión a la que se arriba.

Luego de realizar una exposición sobre el surgimiento de estas cláusulas a consecuencia de los siniestros tardíos, sobre los cuales ya nos hemos explayado precedentemente, cita a Stiglitz para señalar que las cláusulas *Claims made* desnaturalizan las obligaciones relativas al objeto del contrato, en cuanto limita en el tiempo la garantía asegurativa, condicionándola a que el damnificado concrete un reclamo durante la vigencia del contrato. Va más allá citando a Sobrino y señalando que la principal consecuencia de esta cláusula es desproteger a los asegurados, puesto que el profesional que contrató esta póliza, muy posiblemente haya cumplido absolutamente con todas las prestaciones a su cargo como pagar la prima; realizar la denuncia del siniestro; etcétera, pero a pesar de haber actuado de acuerdo a Derecho, puede ser que no tenga la protección de la póliza contratada porque el reclamo fue realizado fuera de los plazos fatales, decididos por la propia aseguradora y por lo tanto, se produce la paradoja de que la validez concreta de la póliza depende del hecho de un tercero.

Como era de esperar, cita los fallos analizados precedentemente, "*Barral de Keller Sarmiento G. c/Guevara J.C. y otros*" para sostener que debe tenerse por no convenida la cláusula *claims made* inserta en un contrato de seguro de responsabilidad médica, ya que limita temporalmente la garantía asegurativa en

un modo no previsto por la ley ampliando los derechos del asegurador y restringiendo los del asegurado y “F.R., C. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros” en cuanto dispone que la cláusula claims made, establece una nueva condición para que el asegurado se encuentre protegido por la póliza del seguro, dado que no solo se requiere que el siniestro se produzca durante la vigencia de la póliza, sino que además, esta cláusula exige que el reclamo se realice durante la vigencia de la póliza, o durante el año subsiguiente y por ello las cláusulas claims made resultan abusivas, aun cuando hubieran sido autorizadas.

Cierra el análisis destacando que con las cláusulas claims made la clara y primordial obligación del asegurador establecida por el art. 109 de la Ley de Seguros, esto es mantener indemne al asegurado, queda abiertamente violada de aceptarse que no funcione la garantía asegurativa por un hecho netamente ocurrido durante la vigencia de la póliza, solo porque se tomó conocimiento del reclamo recién cuatro años después.

Como podemos observar, los antecedentes jurisprudenciales son escasos, y si bien su mayoría ha decretado la invalidez de las cláusulas *Claims Made*, no debemos perder de vista, como ya lo destacamos precedentemente, los tres antecedentes que arriban a esta conclusión, lo hicieron sobre la base de la misma póliza, la cual tenía inserta una cláusula *Claims Made* pura.

Por el contrario, el antecedente que estuvo por la validez de las cláusulas analizadas, tuvo frente suyo una póliza con una cobertura *Claims Made* impura.

Así, y sin querer adelantar nuestra opinión sobre el tema, podríamos concluir que los tribunales no aceptan la validez de las *Claims Made* pura, pero si aceptan la validez de las *Claims Made* impuras, que otorgan al Asegurado distintas opciones para obtener una cobertura más amplia en el tiempo, ya sea por contener un periodo de retroactividad y un periodo adicional de denuncias.

Más, la orfandad de antecedentes jurisprudenciales, no nos permite concluir a ciencia cierta cual es la posición jurisprudencial sobre el tema.

4. Conclusión

Hasta aquí hemos expuesto las principales posiciones doctrinarias de los autores nacionales sobre la validez, o no, de las cláusulas de base reclamo, como así también la posición de la jurisprudencia, que más allá de su escasez, no deja de ser válida.

Seguidamente, pasaremos a exponer nuestra posición sobre el tema del presente trabajo, adelantando que nos encontramos afiliados a la validez de las cláusulas Claims Made.

En primer lugar, más allá de su palmaria obviedad, creemos importante resaltar que las Aseguradoras, compañías de seguros, son empresas, esto es, son unidades productivas dedicadas y agrupadas para desarrollar una actividad económica con un ánimo de lucro. Si bien el contrato que celebran las entidades Aseguradoras es de carácter aleatorio, el riesgo que asumen, no es absoluto, ya que es posible reducirlo sensiblemente a través de un cálculo actuarial de forma tal que los siniestros que puedan ocurrir tengan una frecuencia estadística, puedan ser previsionados y controlados, de modo que exista una posibilidad cierta de ganancia.

Ahora bien, como ya vimos, una de los causales de la inclusión de las cláusulas *Claims Made* en las pólizas fue la aparición de los siniestros tardíos en las coberturas de Responsabilidad Civil con plazos largos de prescripción y la lógica imposibilidad de realizar una previsión acabada sobre los reclamos que se podrían presentar.

Durante dicho lapso, diez años por ejemplo en las coberturas de Responsabilidad Civil profesional, se torna casi imposible realizar previsiones económicas, debido a los cambios que se pueden producir en las variables macroeconómicas, tan actuales en nuestros días como lo son una mayor inflación y la política cambiaria; en el campo microeconómico, pensemos por un momento en un arquitecto que tenía contratada una póliza de Responsabilidad Civil profesional y con los años fue ganando prestigio y como consecuencia de ello, se duplican o triplican los proyectos en los cuales participa, lo que incrementa el riesgo; y en la política judicial, por los lógicos vaivenes de las opiniones de los magistrados, y por último en el ámbito de legislación, con la sanción de una nueva ley que modifique el escenario de Responsabilidad Civil de determinada profesión.

Todo esto constituye el riesgo empresario que debe ser soportado por las Aseguradoras, y en la medida en que no se tomen medidas correctivas para solucionar este problema, mayores son los costos para las Aseguradoras y lógicamente para los Asegurados. Ello, por cuanto al ser mayores los costos, un Asegurador previsor aumentará las reservas y para lograr esto lógicamente deberá subir los precios. Así cuanto más caros los seguros, disminuye la masa dispuesta a contratar, lo que perjudica directamente a las víctimas, que se encontrarán con numerosos profesionales en estado de insolvencia y por otro lado una empresa con una debilidad estructural en cuanto a su solidez, debido a que no podrá colocar póliza en base ocurrencia con períodos de prescripción decenal en el mercado de reaseguros.

Así, las *Claims Made*, en cuanto toman en cuenta el reclamo, y que éste debe efectuarse en el período de vigencia de la póliza o dentro del período extendido de denuncia y por un hecho ocurrido durante la vigencia o dentro del período de retroactividad, de esta manera es posible disminuir los riesgos para las Aseguradoras, quienes pueden realizar las previsiones necesarias para soportar los riesgos.

Visto de esta forma no parecería razonable tildarlas de abusivas, más aún cuando hoy día las Aseguradoras ofrecen al Asegurado distintas alternativas, como para permanecer amparados por la póliza durante el tiempo que entiendan necesario.

Por ello, no coincidimos con los autores que sostienen que las cláusulas *Claims Made* crean una suerte de cautividad del Asegurado, ya que si decide por algún motivo cambiar de compañía de seguros se quedaría sin cobertura respecto a hechos anteriores que no hubiesen generado reclamos con anterioridad a tal vencimiento.

Este argumento, puede ser válido por ejemplo para el caso de las *Claims Made* puras que cubren, como ya señalamos, a lo largo de este trabajo solamente la responsabilidad del Asegurado por hechos y

reclamos verificados durante la vigencia de la póliza y cuya utilización, como también dejamos sentado en algunos párrafos precedentes, ha caído en desuso, tanto en nuestro país como en el exterior.

Hoy día, las pólizas de seguro de Responsabilidad Civil *Claims Made* que utilizan la mayoría de las Aseguradoras locales, debidamente aprobadas por la Superintendencia de Seguros de la Nación, las que si bien cubren básicamente reclamos presentados durante su vigencia, le conceden a los Asegurados distintas alternativas que, en definitiva, significan beneficios para ellos.

El primer beneficio que se les otorga a los Asegurados es el llamado Período de Retroactividad, que en algunos casos alcanza a los 10 años – hemos tenido acceso a una póliza, vigente a la fecha, de Responsabilidad Civil profesional de un importante estudio de abogados del país, cuyo período de retroactividad llega hasta comienzos del año 1997 - y ello implica que cualquier reclamo que se le formule al Asegurado durante la vigencia de la póliza y que se funde en un hecho u omisión cometido durante dicho período retroactivo, será a cargo del Asegurador, período éste que no conceden las coberturas de base ocurrencias.

En otras palabras, la fecha de retroactividad resulta ser la fecha en que comienza a regir la vigencia de la primera cobertura contratada con el Asegurado. Es decir entonces que la fecha de retroactividad es la fecha límite a partir de la cual debe ocurrir un acto erróneo para quedar amparado por las pólizas.

La única limitación, resulta ser que el hecho generador de su responsabilidad no debió ser conocido por él ya que de haberlo sido, debió haberlo denunciado a su Asegurador antes de la celebración del contrato para no incurrir en reticencia.

Asimismo, si al vencimiento de la vigencia de la póliza el Asegurado renueva o continúa renovando la cobertura original, cada nueva póliza que se emita cubrirá también los reclamos que se puedan presentar durante la nueva vigencia y que sean consecuencia de hechos u omisiones ocurridas durante las anteriores.

El complemento perfecto para el período de retroactividad resulta ser el denominado Período Extendido para Denuncias, que puede ser de dos, tres, cinco y hasta de diez años y ello representa que cualquier reclamo que se le formule al Asegurado dentro de dicho período y que se origine en un hecho u omisión cometido durante la vigencia de la póliza o durante el período de retroactividad, también será a cargo del Asegurador.

Esto le permite al Asegurado denunciar siniestros luego de que la vigencia de la póliza con cobertura *Claims Made*, e inclusive la de base reclamo, ya hubiera vencido. Específicamente, la extensión del plazo para presentar denuncias, brinda cobertura a aquellos actos erróneos que ocurran luego de la fecha retroactiva de la póliza, es decir durante su vigencia, y con anterioridad a su vencimiento.

Cabe resaltar que el período extendido de denuncias, no es propiamente dicho una cobertura, sino un plazo convencional pactado libremente entre las partes, durante el cual se estima que podrán razonablemente formularse reclamos derivados de actos erróneos cometidos durante la vigencia del contrato, evitando así la desprotección en que teóricamente se encontraría al finalizar la vigencia de la póliza, con respecto a los eventos generadores de daños acaecidos durante la vigencia del contrato.

En consecuencia, el período adicional de denuncias puede existir o no, cubriendo desde algunos hasta varios años. Normalmente, se aplica una prima adicional por esta cobertura, que en general se establece como un porcentaje de la prima de la póliza *Claims Made* vigente el último año, y su costo dependerá del momento de la contratación y de la extensión del mismo.

En el mercado argentino, hoy esta contratación puede no hacerse; o hacerse al inicio de vigencia; o hacerse durante la vigencia o al momento de su finalización, con distintos valores económicos y efectos. Es decir, hoy existen distintas posibilidades y variantes de cobertura *Claims Made*, y que poseen diferencias entre sí. Específicamente respecto de las posibilidades y modalidades de contratación del período extendido de denuncias, que resulta clave en esta base de cobertura, para favorecer la protección de los derechos del Asegurado.

Y aquí cobra esencial interés el costo. Resultará más conveniente para el Asegurado adquirir dicho período, cuando la póliza es contratada, pues permite al Asegurador negociar previamente el precio

del seguro al inicio de vigencia de la póliza *Claims Made*, contratando la denominada cobertura *Claims Made* ampliada. De esta forma le resultará más económica, que cuando sea “no renovada”, tanto por el Asegurado como por el Asegurador, o cuando alguna de las partes introduzcan alguna modificación de importancia, ya sea por incremento general de la siniestralidad de la cartera que se encuentre afectando la comunidad de primas, o la siniestralidad del Asegurado mismo, o por un cambio o incremento de la tasa de riesgo o tarifa.

Por ello, siempre es conveniente negociar el costo de este período al momento de la contratación de la primera póliza para que el adicional de prima pueda ser amortizado a lo largo de la vigencia de la póliza.

Otro beneficio que otorgan las pólizas que hoy día se comercializan en el mercado Argentino, es la posibilidad que el Asegurado denuncie a la Aseguradora la comisión de un hecho u omisión que pueda generar su responsabilidad, proporcionándole la información pertinente, aunque la víctima todavía no hubiese efectuado ningún reclamo. De esta forma, cualquier reclamo posterior que dicho Asegurado reciba relacionado con el hecho u omisión denunciado, aun vencida la vigencia de la póliza, será a cargo del Asegurador.

Esta, es una alternativa que colabora con de los derechos del Asegurado, ya que para tener cobertura de la póliza, no tiene que depender de la denuncia que tenga que efectuar la víctima, sino que alcanza con que él mismo formule la denuncia.

Por todo lo hasta aquí expuesto, deberíamos comenzar el cierre de este trabajo diciendo que no se debe generalizar y decir que todas las cláusulas *Claims Made* son inválidas, draconianas, inesperadas, imprevisibles, de una inmoralidad intelectual en su concepción, como lo sostiene parte de la doctrina.

Más allá de que estas coberturas son indudablemente válidas dentro de nuestro régimen legal, como lo hemos demostrado precedentemente, validez que está respaldada por la doctrina nacional mayoritaria, por la propia Superintendencia de Seguros de la Nación, y por las prácticas Aseguradoras y Reaseguradoras internacionales, para la parte de la doctrina y los jueces que permanecen aferrados a la supuesta invalidez de las *Claims Made*, deberíamos decir que sus ataques debería limitarse a las llamadas *Claims Made* puras, las que solamente cubren hechos ocurridos y reclamos formulados durante la vigencia de la póliza, ya que la misma carecería de todo sustento frente a las pólizas que se utilizan actualmente en nuestro mercado con las características señaladas en el capítulo anterior.

Consideramos, por las razones precedentemente expuestas, que las *Claims Made* que se utilizan actualmente en nuestro mercado no sólo no son abusivas, ya que, por el contrario, permiten el aseguramiento de determinados riesgos de Responsabilidad Civil que de otra forma no encontrarían cobertura en el mercado, sino que tampoco contrarían con normas inmodificables o modificables a favor del Asegurado consagradas en nuestra ley de seguros.

Cierto es que la cobertura *Claims Made* no derrocha virtudes como tampoco lo hace la de ocurrencias. Una y otra tienen ventajas y desventajas para los Asegurados. Por supuesto en un plano ideal, un Asegurado quisiera una cobertura en base ocurrencias, con un período de retroactividad, con una cobertura ilimitada y con una garantía del Estado respecto de la solvencia del Asegurador de forma tal que si éste desaparece o se liquida, él se va a hacer cargo de las consecuencias del contrato de seguro.

Pero esto no es más que una simple expresión de deseos o una irrealidad frente a un mercado globalizado de seguros y reaseguros que por razones técnicas no está en condiciones de otorgar ese tipo de coberturas paternalistas, que son exigidas a gritos por quienes sostienen que el seguro tiene un fin social.

Lo cierto es que hoy día por más que le pese a los doctrinarios y jueces que las consideran abusivas, Aseguradoras y Reaseguradores de primer nivel no ofrecen coberturas de Responsabilidad Civil razonables para determinados riesgos específicos – Responsabilidad Civil profesional, contaminación, Directores y Gerentes, Responsabilidad Civil productos, etc. - sino en base a condiciones *Claims Made*.

Es inútil, en términos de realidad de mercados, abogar e insistir en la supuesta invalidez de la cláusula *Claims Made* para esas coberturas específicas a las que nos hemos referido precedentemente y lo único que se va a conseguir con ello es que una gran masa de potenciales Asegurados - médicos, abogados,

escribanos, contadores, agentes de viajes, corredores de seguros, empresas que enfrenten riesgos de contaminación - no puedan asegurarse con los problemas y las angustias que ello significa.

Asimismo, las Aseguradoras argentinas de alguna forma están ofreciendo hoy en día alternativas y soluciones beneficiosas a sus Asegurados que, si bien no implican convertir una cobertura *Claims Made* en una de ocurrencias, les otorgan a los Aseguradores, no solo la posibilidad de asegurar determinados riesgos que de otra forma no lo serían, sino también de proteger adecuadamente sus intereses asegurables con Aseguradoras serias y responsables que, a través de sanas técnicas Aseguradoras, ofrecen una adecuada garantía de permanencia en el tiempo y de efectivo y leal cumplimiento de sus obligaciones durante toda la vigencia de la cobertura comprometida.

5. Bibliografía

1. Bulló, Emilio H., "El derecho de seguros y otros negocio vinculados", Ed. Ábaco de Rodolfo Desalma, Buenos Aires.
2. Guffanti, Daniel B., "La cláusula claims made. Una decisión que denota cierta parcialidad y un llamado al debate de ideas".
3. López Saavedra, Domingo, "Ley de Seguros. Comentada y Anotada", Editorial La Ley, Buenos Aires, 2007.
4. López Saavedra, Domingo, "La validez de las cláusulas Claims Made", La Ley 2006-E.
5. López Saavedra, Domingo, "Algo más sobre los seguros de Responsabilidad Civil bajo condiciones claims made", La Ley 1999-B.
6. Lorenzetti, Ricardo, "Contrato de seguro. La cláusula claims made", La Ley 1998-C.
7. Simphiwe, Mtyali, "History of Claims Made Wording", University of Witwatersrand, Johannesburg, 2010.
8. Sobrino, Waldo, "Seguros y Responsabilidad Civil", Editorial Universidad, Buenos Aires, 2003.
9. Sobrino, Waldo, "La cláusula claims made", RCyS 2006.
10. Sobrino, Waldo, "Derecho de Seguros: La cláusula claims made", Jurisprudencia Argentina, 24/01/96.
11. Stiglitz, Rubén, "La cláusula claims made y sus últimos estertores", RCyS 2011-VIII.

