Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

*“La Cláusula ‘Claims Made’:
una excelente Sentencia que protege a los ‘Consumidores de Seguros’.
Las Versiones ‘Anglosajonas’ y ‘Latinoamericanas’ -o ‘kafkianas’-
(¿ que pensaría el genial Isaac Halperín ?)”*

Autor: **Dr. Waldo Augusto R. SOBRINO**
 waldo-sobrino@estudio-sobrino.com
 Te. (54 11) 4328-7955

Sumario:

- .1) Una excelente Sentencia*
- .2) Los “Consumidores de Seguros”*
- .3) La aplicación de la normativa consumerista al Derecho de Seguros*
- .4) La cláusulas abusivas*
- .5) La Cláusula ‘Claims Made’*
- .6) La flexibilización de la Cláusula ‘Claims Made’*
- .7) La versión “Anglosajona” de la Cláusula ‘Claims Made’*
- .8) La versión “Latinoamericana” -o ‘kafkiana’- de la Cláusula ‘Claims Made’*
- .9) La ilegalidad de la Cláusula “Claims Made”*
- .10) ¿ Que pensaría el genial Isaac Halperín ?*
- .11) A guisa de prieta síntesis de la realidad fáctica/legal*
- .12) Conclusiones*

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

.1) Una excelente Sentencia

.1.1) Tenemos el inmenso placer de comentar una de las primeras Sentencias en Latinoamérica, referida a la controvertida Cláusula “*Claims Made*”, que fuera dictada por la prestigiosa Sala “C”, de la Cámara Nacional del Apelaciones en lo Civil ⁽¹⁾, en los autos “*BARRAL de KELLER SARMIENTO, Graciela vs. GUEVARA, Juan Antonio y Otros s/Daños y Perjuicios*”, de fecha 2 de Mayo de 2006.

.1.2) Incluso, estimamos que la Sentencia que se comenta, es una de las primeras de una larga serie de pronunciamientos que se van a empezar a producir, dado que por el transcurso del tiempo y la tramitación de los expedientes judiciales, recién ahora comenzarán los fallos de los Tribunales ⁽²⁾ ⁽³⁾

.1.3) Así es que entendemos que esta Sentencia va a abrir un rico y provechoso debate con relación a la Cláusula “*Claims Made*” ⁽⁴⁾ ⁽⁵⁾, como ha sucedido a nivel mundial; dado que la actitud firme,

⁽¹⁾ Con primer voto del Dr. Omar Luis Diaz Solimine, al cual adhirieron la Dra. Beatriz Lidia Cortelezzi y el Dr. Luis Alvarez Juliá.

⁽²⁾ Dejamos constancia que el presente trabajo, fue realizado analizando las pautas y circunstancias de la Cláusula “*Claims Made*”, del *Seguro de Responsabilidad Civil de Profesionales Médicos*.

⁽³⁾ También queremos dejar sentado, que en nuestro criterio existe una *anarquía* de distintas clases de Cláusulas “*Claims Made*”, dado que hay tantas *variantes*, que ya casi hemos perdido la cuenta. Por ello, seguidamente, vamos a tener que pasar revista de distintas posibilidades (muchas de ellas, contradictorias entre sí).

Como consecuencia de todo ello, es que no nos vamos a referir a ninguna Compañía de Seguros en especial, sino solamente a las Cláusulas “*Claims Made*” que nosotros conocemos (aunque puedan haber muchas otras versiones y alternativas más).

Según manifiesta la doctrina que ha comentado esta Sentencia (Lopez Saavedra; Vazquez Ferreyra; etc.), el fallo judicial se referiría a la denominada Cláusula “*Claims Made*”, que la doctrina denomina “pura”, es decir, una de las primeras versiones que se utilizaron en Argentina, donde se requería que el ‘hecho’ generador de responsabilidad y el ‘reclamo’ de la víctima, se produjeran durante la vigencia de la Póliza (y no otorgaba ‘período de retroactividad’; ni permitía que el ‘disparador’ de la cobertura -denuncia del siniestro.- fuera realizado por el propio asegurado; ni brindaba un ‘período extendido de notificaciones’).

Con relación a la existencia de una innumerable cantidad de variantes y alternativa de Cláusulas “Claims Made”, es pertinente señalar que todas ellas fueron redactadas en forma unilateral e inconsulta, por el ‘mercado de seguros’ (v.gr. Compañías de Seguros y Reaseguradoras), sin ninguna participación de los ‘consumidores de seguros’

⁽⁴⁾ En posición crítica a la Sentencia *sub examine*; ver: **LOPEZ SAAVEDRA, Domingo M.**; “*La supuesta invalidez de las Cláusulas ‘Claims Made’ (a propósito de un reciente fallo de la Justicia Civil de Buenos Aires)*”, cuya copia del trabajo, fuera proporcionada por el prestigioso **Club de Abogados de Seguros**.

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

docente y tuitiva de los Tribunales en protección de los asegurados (Art. 42 de la Constitución Nacional), ha sido fundamental, ora para declarar su ilegalidad, ora para ordenar reformas y/o modificaciones para defender a los ‘consumidores de seguros’ ⁽⁶⁾

.1.4) En el fallo comentado, se comienza haciendo un análisis de la Cláusula “*Claims Made*” (que la doctrina denomina “pura”) y se analizan las distintas posiciones autorales, en favor y en contra de la misma, pasándose revista de las opiniones de distintos autores (v.gr. Jorge Mosset Iturraspe; Ricardo Lorenzetti; Carlos Ghersi; Rubén Stiglitz; José Luis Marcó; Carlos Molina Sandoval; etc.).

.1.5) Luego, la Sentencia deja en claro dos cuestiones básicas: (i) el limitado margen que tiene la ‘autonomía de la voluntad’ para el asegurado (ora, porque no tiene poder real de negociación; ora por las restricciones legales vigentes); (ii) las pautas protectivas de la Ley de Seguros y -muy especialmente- de la Ley de Defensa del Consumidor.

Así, el fallo resalta que “...*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...*”

Asimismo, la Sentencia resalta el *carácter ‘abusivo’* de la cláusula y que -en muchos casos- el ‘consumidor de seguros’ se convierte en un ‘*cliente cautivo*’ (de la Compañía de Seguros, o del mercado de seguros en general).

⁽⁵⁾ Incluso, ya se han organizado Conferencias donde se analizó el tema de la Sentencia *sub examine*. Por ejemplo, la realizada con fecha 14 de Agosto de 2006, por el reconocido “*Club de Abogados de Seguros*” (en la sede del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires), donde disertaron tres destacados doctrinarios (Dra. Soledad Gramajo; Dr. Roberto Vazquez Ferreyra y el Dr. José Luis Marcó), quienes analizaron con profundidad, las distintas alternativas de la sentencia y las consecuencias que puede llegar a producir.

⁽⁶⁾ CLARK, Douglas y POLLAK, Mindy; “*La Cobertura ‘Claims Made’ en EE.UU.: Consolidada y funcionando bastante bien*”, publicado en: www.genre.com/sharedfile/pdf/Topics13ClarkPollack-sp.pdf-, página 39, donde expresan que “...*en la actualidad muchos aseguradores que ofrecen ‘claims made’ ya han pulido más de una vez sus cláusulas y modificado sus prácticas según iban aprendiendo lecciones de los siniestros y de las decisiones judiciales...*” (el subrayado, es nuestro). Es pertinente recordar la autoridad intelectual y la experiencia práctica de estos autores, dado que son funcionarios de primer nivel de una de las Reaseguradoras más importantes del mundo.

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

Finalmente, con apoyo en Lorenzetti y Mosset Iturraspe, se destaca que todas las cláusulas de los contratos de adhesión (y muy particularmente, cuando hay consumidores), no pueden ser ‘inequitativas’, ni ‘irrazonables’; llegando a la conclusión que se debe tener por no convenida a la Cláusula “*Claims Made*” y ordenando a la Compañía de Seguros a asumir las responsabilidades legales, como si se tratara de un seguro ‘base ocurrencia’.-

2) Los “Consumidores de Seguros”

.2.1) En nuestra particular opinión personal, el análisis de la Cláusula “*Claims Made*”, es solamente la *punta del iceberg* de un tema más profundo y fundamental: la protección de los “*consumidores de seguros*”, que es una de las personas más desprotegidas de la sociedad de consumo actual ⁽⁷⁾ ⁽⁸⁾

En nuestro criterio, gran parte de los ‘*consumidores de seguros*’ son ‘*quasi analfabetos funcionales de seguros*’, dado que ignoran gran cantidad de cuestiones básicas y fundamentales del seguro.

En efecto, es hartamente probable que la gran mayoría desconozca lo que técnicamente significa ‘*infraseguro*’; ‘*prorrata*’; ‘*primer riesgo absoluto*’; ‘*agregado anual*’; ‘*retención*’ (de buena fe); ‘*primer riesgo relativo*’; ‘*agente institorio*’; ‘*descubierto obligatorio*’; ‘*fronting*’; ‘*valor de reposición a nuevo*’; ‘*coaseguro*’; ‘*cláusula de pago simultáneo*’; ‘*pérdida máxima posible*’; ‘*pérdida máxima probable*’; ‘*pérdida de beneficio contingente*’; ‘*sublímites (a primer riesgo absoluto)*’; ‘*sublímites (a prorrata)*’; ‘*límite combinado*’; ‘*valor tasado*’; la problemática de los ‘*programas mundiales de seguros*’; etc.

Adentrándonos más en nuestro tema, también es común que ignoren el significado de *cláusula “claims made”*; ‘*período extendido de notificación*’; ‘*período de retroactividad*’ (que no cubre ‘*actos previos*’); ‘*base ocurrencia*’; las distintas clases de ‘*trigger*’ (o disparador de cobertura);

⁽⁷⁾ Ver: SOBRINO, Waldo Augusto R., en “*Código de Comercio y normas complementarias (Análisis jurisprudencial. Comentado, concordado y anotado). Ley de Seguros*”, Directores: Carlos Ghersi y Celia Weingarten; Tomo III, Art. 1, página 15, Editorial Nova Tesis, Mayo de 2006. Dejamos aclarado que el comentario del Art. 1, refleja solamente nuestra opinión personal (y no la de los demás coautores).

⁽⁸⁾ En contra: LOPEZ SAAVEDRA, Domingo M.; “*La supuesta invalidez de las Cláusulas ‘Claims Made’ (a propósito de un reciente fallo de la Justicia Civil de Buenos Aires)*”, Capítulo 8 ‘*La Ley de Defensa del Consumidor no es aplicable al contrato de seguros ni a la actividad aseguradora*’ (inédito)

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

período extendido de notificaciones ‘one way tail’; período extendido de notificaciones ‘two way tail’; etc.

Y, hacemos estas breves referencias, sin querer complicar más la cuestión. Pero, en la realidad de todos los días del mercado argentino (y latinoamericano), le tenemos que agregar las ‘traducciones’ mal realizadas y la distintas significación de la terminología anglosajona (que se utiliza muy comúnmente en las Pólizas de nuestro país) ⁽⁹⁾

.2.2) Si bien excede el limitado marco del presente comentario, es que en el tema de los ‘consumidores de seguros’ queremos dejar sentadas algunas cuestiones sustanciales, derivadas de *la aplicación a los ‘seguros’, de la Ley de Defensa del Consumidor y del Art. 42 de la Constitución Nacional.*

.2.3) Por ello, a nuestro criterio, es fundamental destacar que el Art. 42 de la Constitución Nacional, que protege a los “Consumidores” (en general) y los “Consumidores de Seguros” (en particular):

- (i) Es uno de los *derechos civiles constitucionalizados* ⁽¹⁰⁾
- (ii) Se trata de una norma de carácter *iusfundamental* ⁽¹¹⁾
- (iii) Tiene *prelación jerárquica* dentro de la Carta Magna ⁽¹²⁾ ⁽¹³⁾
- (iv) Es una norma *operativa* ⁽¹⁴⁾ ⁽¹⁵⁾

⁽⁹⁾ Ver: **RUBIN, Harvey**; *Dictionary of Insurance Terms*, donde se explican más de cuatro mil doscientos términos específicos de *seguros*; Ed. Barrons, Nueva York, Estados Unidos, 2000.

⁽¹⁰⁾ **HESSE, Konrad**; *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, página 59, traducción de Ignacio Gutierrez Gutierrez, Editorial Cuadernos Civitas, Madrid, España, 1995.-

⁽¹¹⁾ **LORENZETTI, Ricardo Luis**; *Consumidores*, página 46, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2003

⁽¹²⁾ **EKMEKDJIAN, Miguel Angel**; *Manual de la Constitución Argentina*, página 88, Editorial Lexis Nexis / Depalma, Buenos Aires, 2002

⁽¹³⁾ **CAFIERO, Juan P. y GRAHAM, Marisa Adriana**; “*Tratados sobre Derechos Humanos*”, página 40, en *Jerarquía Constitucional de los Tratados Internacionales*, bajo la dirección de Juan Carlos Vega y Marisa Adriana Gram., Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

- (v) Crea un *microsistema legal autónomo y autorreferente* ⁽¹⁶⁾
- (vi) Reconocimiento *iure et de iure* de la *desigualdad entre las partes contratantes* (v.gr. empresas vs. consumidores)
- (vii) Se aplica el principio *lex posterior derogat priori* ⁽¹⁷⁾
- (viii) Se aplica el principio *lex speciali derogat generalis*
- (ix) Es *modificatoria* de toda la *legislación que se le oponga*
- (x) Implica un *cambio de filosofía* del Derecho en general

Reiteramos que no es el presente trabajo el lugar para desarrollar las pautas antes sentadas, pero quisimos dejar marcados ciertos principios fundamentales, que nos van a servir para el análisis de la figura del ‘*consumidor de seguros*’

.2.4) Y, si bien barruntamos que deviene fundamental, en el futuro, desarrollar el análisis de la trascendente figura del ‘*consumidor de seguros*’ ⁽¹⁸⁾, a fuer de ser sinceros, no es mucha la doctrina

⁽¹⁴⁾ **MOSSET ITURRASPE, Jorge**; “*Los Nuevos Derechos: ¿ Meras Declaraciones o Derechos Operativos ?*”, publicado en la “Revista de Derecho Privado y Comunitario” N° 7 “*Derecho Privado en la Reforma Constitucional*”, página 92, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 1994

⁽¹⁵⁾ **LORENZETTI, Ricardo Luis**; *Consumidores*, páginas 44/45, donde expresa que “...*la norma del Art. 42 de la Constitución Nacional pone en cabeza de los consumidores y usuarios derechos plenos, los cuales son operativos sin necesidad de que se dicte una ley que los instrumente, lo que significa que el juez puede aplicarlo en el caso concreto y que su eficacia honesta condicionada...*”, (la letra negrita, es nuestra), Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2003

⁽¹⁶⁾ **LORENZETTI, Ricardo Luis**; *Consumidores*, página 47, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2003

⁽¹⁷⁾ **GHERSI, Carlos Alberto**; “*¿ Es necesario que el conductor del vehículo posea registro para que el seguro pague la indemnización ?*”, publicado en J.A-2006-II, página 27 y siguientes, especialmente el Capítulo IV ‘La conjunción de la legislación (leyes 17.418, 24.449 y 24.240 y Art. 42 C.N.)’, donde con referencia a la cuestión de “*ley posterior modifica ley anterior*”, expresa que “...*una ley específica sobre circulación de automotores, la ley 24.449 modifica la ley 17.418...*”. Posteriormente, agrega que la Ley de Seguros, también ha sido modificada por la Ley 24.240; y -como corolario lógico de todo ello- también sostiene el autor parafraseado que las normas de la Ley de Seguros que contrarían las mandas del Art. 42, son derechamente inconstitucionales.

⁽¹⁸⁾ **CABALLERO SANCHEZ, Ernesto**; “*La noción legal del consumidor de seguros*” en “*Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*”, publicada por la Pontificia Universidad Javeriana y el Comité Ibero-Latinoamericano de A.I.D.A., página 61, Número 9, 1996

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

de aquende los mares, que vea con beneplácito el concepto del ‘*consumidor de seguros*’ ⁽¹⁹⁾ ⁽²⁰⁾, donde -a nuestro criterio- se deben incluir, ora a las ‘*personas físicas*’ ⁽²¹⁾, ora, a las ‘*personas jurídicas*’ (a quienes también se les aplican ‘*cláusulas abusivas*’) ⁽²²⁾ ⁽²³⁾

.2.5) En los países desarrollados (por ejemplo: España), esta discusión ha sido superada. Así, a nivel internacional (por todos: **Ernesto Caballero Sanchez**) ⁽²⁴⁾, se realiza un estudio profundo, donde se acepta la existencia y protección del “*consumidor de seguros*”

Y, en lo que aquí nos importa, adelantamos, que el ‘*consumidor de seguros*’, no es solamente el ‘*asegurado*’ o ‘*tomador*’, sino también los ‘*beneficiarios*’ y/o ‘*víctimas*’ de los siniestros.-

Es que como bien expresa el distinguido profesor **Caballero Sanchez**, “...*la moderna expresión genérica de ‘consumidores de seguros’...*” incluye a los “...*asegurados, beneficiarios y perjudicados...*”

.2.6) Por ello, queremos resaltar que la moderna doctrina internacional, establece que dentro de la categoría de ‘*consumidor de seguros*’, se *incluyen* al ‘*asegurado*’, al ‘*beneficiario*’ y al

⁽¹⁹⁾ A favor: **SOBRINO, Waldo Augusto R.**, en “*Código de Comercio y normas complementarias (Análisis jurisprudencial. Comentado, concordado y anotado). Ley de Seguros*”, Directores: Carlos Ghersi y Celia Weingarten; Tomo III, Art. 1, páginas 15 y 16, en especial: Acápites 2 “*La importancia del ‘Consumidor de seguros’*” y Acápites 3 “*La Reforma de la Constitución Nacional del año 1994*”, Editorial Nova Tesis, Mayo de 2006. Reiteramos que el comentario del Art. 1, refleja solamente nuestra opinión personal (y no la de los demás coautores).

⁽²⁰⁾ En contra: **LOPEZ SAAVEDRA, Domingo M.**; “*La supuesta invalidez de las Cláusulas ‘Claims Made’ (a propósito de un reciente fallo de la Justicia Civil de Buenos Aires)*”, Capítulo 8 ‘*La Ley de Defensa del Consumidor no es aplicable al contrato de seguros ni a la actividad aseguradora*’ (inédito)

⁽²¹⁾ Sin perjuicio de ello, es importante recordar que el maestro **Juan Carlos Félix MORANDI**, aceptaba expresamente la aplicabilidad de la Ley de Defensa del Consumidor para resolver las cuestiones relacionadas con los seguros (Ver: “*Seguro de Responsabilidad Civil*”, en la “*Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*”, N° 8, Año 1996, página 18., donde sostiene la *aplicabilidad de la Ley de Defensa del Consumidor (Ley 24.240) a los asegurados*).

⁽²²⁾ **RENGIFO GARCIA, Ernesto**; “*Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante*”; página 394, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2002.-

⁽²³⁾ **MADRIGNAN, Ramón - MALLARINO, José - MIRANDA, Vicente - OCHOA, Francisco**; en “*Aspectos Constitucionales del Derecho de Seguros*” en “*Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*”, publicada por la Pontificia Universidad Javeriana y el Comité Ibero-Latinoamericano de A.I.D.A., página 276, Número 12, 1998.

⁽²⁴⁾ **CABALLERO SANCHEZ, Ernesto**; “*El Consumidor de Seguros: protección y defensa*”; Editorial Fundación Mapfre Seguros, España, Madrid, 1997

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

“...perjudicado (por ejemplo acreedores de indemnizaciones en los seguros de responsabilidad civil)...” ⁽²⁵⁾

.2.7) Como consecuencia de lo antes expuesto, es que a nuestro criterio, corresponde aplicar a todos los ‘consumidores de seguros’, la Ley de Defensa del Consumidor (Ley 24.240), la Ley 24.449 (Art. 68) y -obviamente- el Art. 42 de la Constitución Nacional.

.3) La aplicación de la normativa consumerista al Derecho de Seguros

.3.1) Teniendo en cuenta la expresa manda del Art. 42 de la Constitución Nacional, en principio parecería que no habría que profundizar demasiado, para llegar a la conclusión que la normativa constitucional protectoria del consumidor (y una de sus consecuencias legales: v.gr. la ley 24.240), se aplican en todo el ámbito del seguro ⁽²⁶⁾ (aunque existen prestigiosos doctrinarios que opinan en contrario) ⁽²⁷⁾

.3.2) Tan ello es así, que **Juan Carlos Félix Morandi**, al poco tiempo de la entrada en vigencia de la Ley de Defensa del Consumidor, manifestaba que la misma era aplicable a los seguros ⁽²⁸⁾. En

⁽²⁵⁾ CABALLERO SANCHEZ, Ernesto; “*El Consumidor de Seguros: protección y defensa*”; pág. 51, Editorial Fundación Mapfre Seguros, España, Madrid, 1997

⁽²⁶⁾ CRACOGNA, Dante; “*La defensa del consumidor de seguros*”, en *Derecho de Seguros* (bajo la Coordinación de Nicolás Barbato), página 697, donde con referencia al Art. 42 de la Constitución Nacional sostiene que “...la amplitud y generalidad del precepto involucran dentro de sus alcances al seguro, por lo que a partir de entonces ya no hay duda de que la tutela del consumidor, constitucionalmente reconocido, beneficia también al consumidor asegurado o asegurable ...”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2001.

⁽²⁷⁾ LOPEZ SAAVEDRA, Domingo - HALPERIN, David Andrés; “*El Contrato de Seguro y la Ley de Defensa del Consumidor 24.240*”, publicado en el Diario La Ley, de fecha 3 de Septiembre de 2003.

⁽²⁸⁾ MORANDI, Juan Carlos Felix; “*Seguro de Responsabilidad Civil*”, en la “Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros”, N° 8, Año 1996, página 18, donde expone que la Ley de Defensa del Consumidor (Ley 24.240) es aplicable a los asegurados. Así, con referencia a las ‘cláusulas abusivas’ (y con referencia a la Cláusula “*Claims Made*”), sostiene que “...dicha cláusula, al importar una desnaturalización del vínculo asegurativo a través de una restricción de los derechos del asegurado y una ampliación de los derechos del asegurador, resultaría abusiva en los términos del Art. 37 de la Ley 24.240, de Defensa del Consumidor...” (el subrayado, es nuestro).-

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

igual sentido, se expresa **Carlos Gherzi**, quien sostiene que dentro del ámbito de aplicación de la Ley 24.240, también se incluyen a los seguros ⁽²⁹⁾

.3.3) Como consecuencia de ello y dadas las restricciones del presente comentario de una Sentencia, es que solamente nos limitaremos a realizar una breve referencia a las ‘cláusulas abusivas’ (en general) y a la Cláusula “*Claims Made*” (en particular).

.4) La cláusulas abusivas

.4.1) En la cuestión de las cláusulas abusivas, debemos abreviar en el Art. 37 de la Ley de Defensa del Consumidor, que establece que deben tenerse por no convenidas las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños.

.4.2) Y, siguiendo esta senda, la Sentencia cita la opinión de **Lorenzetti**, cuando afirma que las obligaciones se desnaturalizan cuando se apartan injustificadamente de un *modelo de razonabilidad* ⁽³⁰⁾

.4.3) Concretamente, la Sentencia resalta que se considerarán abusivas aquellas cláusulas que afecten en forma *inequitativa* a los consumidores.

Resulta muy interesante también recordar que el Art. 25 de la Ley 20.091, determina que las cláusulas de los seguros deben ser ‘*equitativas*’

.4.4) Como consecuencia de todo ello, es que seguidamente teniendo en cuenta -por un lado- las normas tuitivas del consumidor; y -por otro lado- la protección que otorga la legislación a la parte débil frente a las ‘cláusulas abusivas’, es que analizaremos el tema de la Cláusula “*Claims Made*”

⁽²⁹⁾ **GHERSI, Carlos Alberto**; “¿ *Es necesario que el conductor del vehículo posea registro para que el seguro pague la indemnización ?*”, publicado en J.A-2006-II, página 25.

⁽³⁰⁾ **LORENZETTI, Ricardo Luis**; “*Tratado de los Contratos*”, Tomo I, página 165; Editorial Rubinzal-Culzoni; Santa Fé, 1999 (citado en la Sentencia)

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

.5) La Cláusula ‘Claims Made’

.5.1) Desde hace varios años ⁽³¹⁾, nos venimos ocupando de la Cláusula “*Claims Made*” ‘*tradicional*’ ⁽³²⁾, manifestando nuestra posición, en el sentido de su nulidad ⁽³³⁾, dado que se trata de uno de los casos típicos, donde se conculcan los derechos de los ‘consumidores de seguros’ ⁽³⁴⁾

.5.2) La crítica a la Cláusula “*Claims Made*”, está formulada por prestigiosos autores nacionales, como por ejemplo, **Rubén Stiglitz** ⁽³⁵⁾; **Ricardo Lorenzetti** ⁽³⁶⁾; **Juan Carlos Félix Morandi** ⁽³⁷⁾ (y -según nuestra interpretación personal, por vía analógica-, también podría ser la opinión de **Isaac Halperín**) ⁽³⁸⁾ ⁽³⁹⁾

⁽³¹⁾ **SOBRINO, Waldo Augusto R.**; “*Derecho de Seguros: La Cláusula ‘Claims Made’*”, publicado en “*Jurisprudencia Argentina*” N° 5.969, de fecha 24 de Enero de 1996.-

⁽³²⁾ **SOBRINO, Waldo Augusto R.**; “*La Cláusula ‘Claims Made’ y el Seguro de Responsabilidad Civil (especialmente para Profesionales)*”, publicada en la Revista Doctrinal de Derecho (España) (Internet: <http://publicaciones.derecho.org/doctrina/index.cgi?/Argentina3>)

⁽³³⁾ **SOBRINO, Waldo Augusto R.**; “*Seguros y Responsabilidad Civil*”, Capítulo III “La Cláusula ‘*Claims Made*’ y la función social del seguro de Responsabilidad Civil”. páginas 57 y siguientes, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2003.

⁽³⁴⁾ **SOBRINO, Waldo Augusto R.**, en “*Código de Comercio y normas complementarias (Análisis jurisprudencial. Comentado, concordado y anotado). Ley de Seguros*”, Directores: Carlos Ghersi y Celia Weingarten; Tomo III, Art. 109, página 267, Editorial Nova Tesis, Mayo de 2006. Dejamos aclarado que el comentario del Art. 109, refleja solamente nuestra opinión personal (y no la de los demás coautores).

⁽³⁵⁾ **STIGLITZ, Rubén**; “*Seguro contra la Responsabilidad Civil y Limitación temporal de la cobertura asegurativa*”, en “*Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio*”, Buenos Aires, 1997.

⁽³⁶⁾ **LORENZETTI, Ricardo**; “*Contrato de Seguro: La Cláusula ‘Claims Made’*”, publicado en La Ley, 1998-C-1174.

⁽³⁷⁾ **MORANDI, Juan Carlos Félix**; “*Seguro de Responsabilidad Civil*”, en la “*Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*” N° 8, página 17, editada por la Pontificia Universidad Javeriana; Bogotá, Colombia, Junio de 1996, donde con referencia a la Cláusula “*Claims Made*”, manifiesta que “...*estrictamente desde el punto de vista del articulado de la Ley de Seguros Argentina, en el capítulo referente a la responsabilidad civil, me pronuncio por la no aplicación de dichas cláusulas...*”, dado que resulta “...*abusiva en los términos del Art. 37 de la Ley 24.240, de Defensa del Consumidor...*”

⁽³⁸⁾ **HALPERIN, Isaac**; “*Seguros (exposición crítica de las Leyes 17.418 y 20.091)*”, Segunda edición actualizada por Juan Carlos Félix Morandi, Volumen II, página 929, apartado n° 12, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983 (la primera edición data del año 1970).-

⁽³⁹⁾ Sobre la opinión de **Isaac Halperín**, respecto a cláusulas análogas a la “*Claims Made*”, nos explayaremos en la parte final del presente trabajo.

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

.5.3) A su vez, existen distinguidos doctrinarios, que se encuentran a favor de su aplicación; entre ellos, podemos citar a **Domingo Lopez Saavedra** ⁽⁴⁰⁾ ⁽⁴¹⁾; **Emilio Bulló** ⁽⁴²⁾; **José Luis Marcó** ⁽⁴³⁾; **Sandra Wierzba - Diego Czernizer** ⁽⁴⁴⁾; **Héctor Perucchi** ⁽⁴⁵⁾; **Fernando Mariona** ⁽⁴⁶⁾; **Soledad Gramajo** ⁽⁴⁷⁾; **Roberto Vazquez Ferreyra** ⁽⁴⁸⁾; **Lopez Saavedra-Perucchi** ⁽⁴⁹⁾; **Amadeo Traverso** ⁽⁵⁰⁾

Incluso, hay autores como **Eduardo Steinfeld** ⁽⁵¹⁾; que estarían a favor de su utilización, pero entienden que con las pautas de la actual Ley de Seguros, la cláusula “*Claims Made*” es inaplicable

⁽⁴⁰⁾ **LOPEZ SAAVEDRA, Domingo**; “*Algo más sobre los seguros de responsabilidad civil bajo condiciones Claims Made*”, publicado en La Ley 1999-B-991.

⁽⁴¹⁾ **LOPEZ SAAVEDRA, Domingo**; “*La validez de las Cláusulas Claims Made*”; en el Diario La Ley, página 8, de fecha 16 de Agosto de 2006.

⁽⁴²⁾ **BULLO, Emilio**; “*El Derecho de Seguros y otros negocios vinculados*”, Tomo II, página 422, Editorial Abaco, Buenos Aires, 2001.

⁽⁴³⁾ **MARCO, José Luis**; “*¿ Son válidas la Cláusulas Claims Made en el Derecho Asegurador argentino ?*”, publicado en “El Derecho”, de fecha 7 de Noviembre de 2001.-

⁽⁴⁴⁾ **WIERZBA, Sandra - CZERNIZER, Diego**; “*La Cláusula ‘Claims Made’ en los Seguros contra Responsabilidad Médica: La experiencia Argentina*”, publicado en “*Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*”; Año IV, N° VII, Noviembre - Diciembre de 2002, página 46, Editorial La Ley.

⁽⁴⁵⁾ **PERUCCHI, Héctor**; “*Claims Made: Legalidad = 1; Ilegalidad = 0*”, publicada en la *Revista “Todo Riesgo”*, N° 62, página 34, del mes de Mayo de 2002.-

⁽⁴⁶⁾ **MARIONA, Fernando**; “*El Nuevo Contrato de Seguro contra la responsabilidad Civil del Médico con base de cobertura Claims Made Ampliada*”; en www.theprofessionals.com.ar

⁽⁴⁷⁾ **GRAMAJO, Soledad**; “*La situación de las coberturas Claims Made en el mercado argentino*”, en El Dial, DC8E6.

⁽⁴⁸⁾ **VAZQUEZ FERREYRA, Roberto**; “*El Seguro de Responsabilidad Civil y las Cláusulas Claims Made*”, inédito, que gentilmente fuera entregado por el autor, a través de la lista de mail del ‘Club de Abogados de Seguros’. Este artículo, también ha sido publicado en el Diario La Ley, página 11, de fecha 16 de Agosto de 2006.

⁽⁴⁹⁾ **LOPEZ SAAVEDRA, Domingo – PERUCCHI, Héctor**; “*El Contrato de Reaseguro y temas de responsabilidad civil y seguros*”, Página 259 y siguientes, Editorial La Ley, 1999.

⁽⁵⁰⁾ **TRAVERSO, Amadeo Eduardo**; “*La Cláusula Claims Made en los Seguros de Responsabilidad Civil Profesional, a la luz de un reciente fallo*”, publicado en “*Mercado Asegurador*”, del mes de Agosto de 2006.

⁽⁵¹⁾ **STEINFELD, Eduardo**; “*Estudio del Derecho de Seguros*”, donde con referencia a la cláusula “*claims made*” manifiesta que “...*entretanto no obtenga aceptación y vigencia legal mi sugerencia, dicha cláusula no tiene base legal en nuestro país...*” páginas 199 (la letra en ‘negrita’, es nuestra), Editorial Abaco, Buenos Aires, 2003.

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

También es pertinente recordar lo que expresa **Emilio Bulló**, en el sentido que en su momento, en el seno de la “*Asociación Argentina de Derecho de Seguros*”, existieron discrepancias cuando dicha institución tenía que hacer la presentación de un trabajo respecto a la Cláusula “*Claims Made*”, en el Congreso Iberoamericano de Seguros, celebrado en Chile, en el año 1995 ⁽⁵²⁾

.5.4) A su vez, resulta pertinente resaltar que todavía existen voces en España, que critican la Cláusula “*Claims Made*”, a pesar de la reforma de la ley de seguros ibérica.

Entre varios de los autores alienígenas, se pueden mencionar a **Mariano Yzquierdo Tolsada** ⁽⁵³⁾; **M. A. Calzada Conde** ⁽⁵⁴⁾; **Raquel Evangelio Llorca** ⁽⁵⁵⁾; etc., ya que -entre otras cuestiones- por un lado, desprotege en forma absoluta a los “*consumidores de seguros*” (v.gr. el asegurado y la víctima del siniestro); y -por otro lado- el seguro de responsabilidad civil, no cumple con la ‘*función social*’ ⁽⁵⁶⁾ ⁽⁵⁷⁾ que les es propia y esencial.-

⁽⁵²⁾ **BULLO, Emilio**; “*El Derecho de Seguros y otros negocios vinculados*”, Tomo II, página 422 y página 504, Editorial Abaco, Buenos Aires, 2001.

⁽⁵³⁾ **YZQUIERDO TOLSADA, Mariano**; “*Aspectos Civiles del nuevo Código Penal*”, página 229, afirma que la Cláusula “*Claims Made*”, se trata de “*...una barbaridad jurídica...*”, agregando que es “*...una trampa creada por los aseguradores que hace peligrar a la propia institución del seguro de responsabilidad civil...*”; Editorial Dykinson, Madrid, España, 1997 (citado por **EVANGELIO LLORCA, Raquel**; “*El Contrato de Seguro en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*”, Segunda Parte ‘Comentarios de Jurisprudencia’, Capítulo 25 “*Las Cláusulas ‘Claims Made’ en el Seguro de Responsabilidad Civil - Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de Marzo de 1991 y 31 de Enero de 1990*”, página 800, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1999).-

⁽⁵⁴⁾ **CALZADA CONDE, M. A.**; “*La delimitación del riesgo en el seguro de responsabilidad civil: el nuevo párrafo del artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro*”, publicada en R.E.S. n° 89, enero-marzo de 1997, donde critica la modificación de la ley de seguros de España, respecto a la incorporación de la cláusula “*claims made*”, dado que se soluciona el problema de las Compañías de Seguros, pero, se lo hace a costa de los asegurados (citado por **EVANGELIO LLORCA, Raquel**, op. cit., página 798, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1999).-

⁽⁵⁵⁾ **EVANGELIO LLORCA, Raquel**; “*El Contrato de Seguro en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*”, Segunda Parte ‘Comentarios de Jurisprudencia’, Capítulo 25 “*Las Cláusulas ‘Claims Made’ en el Seguro de Responsabilidad Civil (Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de Marzo de 1991 y 31 de Enero de 1990)*”, página 791 y siguientes, donde expresa con relación a la modificación normativa que incluyó la cláusula “*claims made*” en la legislación de seguros de España, que “*...la reforma no ha sido acogida con entusiasmo por la doctrina española...*”; Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1999.-

⁽⁵⁶⁾ Por todos: **Caballero Sanchez** (con cita del **Supremo Tribunal de España**), donde se resalta que “*...el seguro de responsabilidad civil se configura hoy, más que como instrumento de protección del asegurado (a lo que respondía originariamente), como institución destinada a tutelar los intereses del perjudicado (S.T.S., 3 de Julio de 1981...)*”; agregando el autor citado que “*...las relaciones entre el perjudicado y el asegurador han pasado a ocupar el primer plano (S.T.S., 26 de Diciembre de 1986)...*”; y ello es así dado que “*...la finalidad principal del contrato de seguro de responsabilidad civil consiste en dejar definitivamente indemne al tercero (S. 1 de Diciembre de 1989)...*”. Ver: **CABALLERO SANCHEZ, Ernesto**; “*El Consumidor de Seguros: protección y defensa*”, Capítulo 3, “*Protección*

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

.5.5) Con relación al *origen* de la Cláusula “*Claims Made*”, quizás sea pertinente recordar en forma muy sintética, que los llamados '*siniestros tardíos*' ⁽⁵⁸⁾, son uno de los motivos que llevaron a los aseguradores y reaseguradores, a pergeñar la cláusula '*claims made*', dado que hechos ocurridos en una época, pueden llegar a tener reclamos judiciales con gran posterioridad ⁽⁵⁹⁾

En efecto, los conocidos casos norteamericanos del "*Agent Orange*" ⁽⁶⁰⁾; o de la "*Asbestosis*" ⁽⁶¹⁾ ⁽⁶²⁾, o -también- del "*D.E.S.*" ⁽⁶³⁾, que produjeron gran cantidad de acciones judiciales, varios años

Informativa y Publicitaria"; Punto .4) "*El Seguro como instrumento de protección de terceros*", página 91, Editorial Mapfre, Madrid, España, 1997.-

⁽⁵⁷⁾ Ver: HALPERIN, Isaac (actualizado por Juan Carlos Felix MORANDI); "*Seguros (Exposición crítica de las Leyes 17.418 y 20.091)*", quien desde el mismísimo "*Prólogo de la Primera Edición*" de su obra, resalta la importancia de la "*función social del seguro*", al afirmar que "...*las nuevas normas se toman como punto de partida de una nueva evolución, fundada en un acentuado criterio de función social del seguro...*", página IX, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1983.-

⁽⁵⁸⁾ KEETON, Robert E. - WIDISS, Alan I.; "*Insurance Law - A Guide to fundamental principles, legal doctrines, and commercial practices*", Capítulo 5.10 "*Duration of Coverage Period*", donde se hace referencia a "*Delayed Manifestation Injured*", respecto a los daños que se manifiestan tardíamente (como por ejemplo, los casos del "asbestos", la "dioxina"; etc.), página 599, Ed. West Publishing Company, Minnseota, Estados Unidos, 1988.-

⁽⁵⁹⁾ PAVELEK ZAMORA, Eduardo; "*Los Seguros Medioambientales: Estudio Comparado*", publicado en "*Gerencia de Riesgos*" Año XII, Numero 48, Cuarto Trimestre, 1994, página 9 y siguientes, donde explica la problemática de los '*siniestros tardíos*', con relación a los *riesgos de contaminación ambiental*; Fundación Mapfre Estudios, Madrid, España.-

⁽⁶⁰⁾ ALARCON FIDALGO, J.; "*Ultimas Tendencias del Seguro de Responsabilidad Civil de Productos en Estados Unidos*", en "*Seguridad y Responsabilidad de Productos*", página 146 (Editorial Mapfre, Madrid, España, 1986), donde explica las consecuencias del "*Agent Orange*", referido a las intoxicaciones de soldados que lucharon en la **Guerra de Vietnam**, que sufrieron importantes daños, ya que el herbicida contenía 'dioxina'.- La cuestión se terminó a través de una transacción en 180.000.000 de dolares.-

⁽⁶¹⁾ CANIZARES RUBINI, F.; "*La Asbestosis.- Un reto para el Seguro de Responsabilidad Civil*", en "*Seguridad y Responsabilidad de Productos*", página 155, Editorial Mapfre, Madrid, España, 1986.-

⁽⁶²⁾ MC LEOD, Douglas; "*Asbestos claims drive Kaiser Aluminium into bankruptcy*", donde se explica que "Kaiser Aluminium", tuvo que declararse en quiebra, habida cuenta que no podía hacer frente a los 112.400 juicios que tenía pendiente por el tema del asbestos; publicado en "*Business Insurance*", de fecha 13 de Febrero de 2002.-

⁽⁶³⁾ El "D.E.S." era un producto farmacéutico, que produjo grandes daños en las mujeres embarazadas y sus respectivos niños.- Los montos de indemnizaciones por estos daños, se estiman en alrededor de 500.000.000 de dólares (Ver: ALARCON FIDALGO, J.; "*Ultimas Tendencias del Seguro de Responsabilidad Civil de Productos en Estados Unidos*", en "*Seguridad y Responsabilidad de Productos*", página 146, Editorial Mapfre, Madrid, España, 1986).-

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

después de ocurridos los hechos o lanzados los productos al mercado ⁽⁶⁴⁾, es que hizo que el mercado asegurador pretendiera poner una valla de contención.-

Así es, entonces, que para buscar su propia protección, las aseguradoras, comenzaron a utilizar la cláusula "*claims made*".-

La mención de los *siniestros indeseados de 'long tail'* (cola larga), que hemos realizado, tuvo como finalidad resaltar que la *causa* por la cual se 'inventó' la Cláusula '*Claims Made*' (v.gr. siniestros derivados de "*asbestos*"; "*agente naranja*" y "*D.E.S.*"), son cuestiones legales que son casi desconocidas en estas tierras (dado que son casi inexistentes en nuestros repertorios jurisprudenciales).

Es más, la doctrina norteamericana ⁽⁶⁵⁾ en la actualidad está haciendo referencia a la "*nueva ola*" de reclamos que se comenzó a producir en los últimos años, nuevamente ⁽⁶⁶⁾ ⁽⁶⁷⁾

Es más, según informa una de la reaseguradoras más importantes del mundo (**Swiss Re**; en "*Sigma N° 4/2005*"), "*...el litigio de asbestos es el proceso de demanda colectivo más largo de la historia de EE.UU...*", llegando a 730.000 reclamaciones (al año 2002), estimándose que "*...el costo máximo de litigios podría oscilar entre U\$S 200.000.000.000 y U\$S 265.000.000.000...*" ⁽⁶⁸⁾

Reiteramos, todo ello está sucediendo en los Estados Unidos...

⁽⁶⁴⁾ En el caso de la "Asbestosis", transcurrieron varios años, entre la ocurrencia del siniestro, la manifestación de los daños y las pruebas científicas que demostraron la relación entre el 'asbesto' (amianto) y el cáncer.-

⁽⁶⁵⁾ Ver: "*Lawyers Weekly U.S.A.*", página 21, de fecha 4 de Febrero de 2002; "*Plaintiffs Successful in New Wave of Asbestos Verdicts*".-

⁽⁶⁶⁾ En Febrero de 2002, las publicaciones especializadas de Estados Unidos, están haciendo referencia a una "*Nueva Ola*" de juicios relacionados con el "asbestos", donde se han producidos algunos cambios de importancia. Así, los demandantes ya no son solamente aquellas personas que tienen cáncer por trabajar en industrias que utilizaban amianto, sino que se ha ampliado a -por ejemplo- mecánicos de automóviles que reparaban frenos (que tenían componentes de asbestos), o personas que no tienen cáncer derivados de esta sustancia (v.gr. mesothelioma), sino que solamente tienen signos de esta sustancia en exámenes médicos.- Los cambios, con respecto a los demandados, es que se ha ampliado la gama de responsables, dado que ya no se reclama únicamente a las empresas que producían asbestos, sino que también se ha comenzado a reclamar a los distribuidores y fabricantes de productos que contienen amianto

⁽⁶⁷⁾ Ver: "*Plaintiffs Injured by Asbestos fibers on someone else's clothing can sue*", publicado en "*Lawyers Weekly USA*", página 10, de fecha 10 de Junio de 2002.-

⁽⁶⁸⁾ Ver: Revista "Mercado Asegurador", páginas 59/60, de fecha Julio de 2006.

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

En cambio, en Argentina (hasta donde nosotros conocemos), no tenemos estos reclamos ⁽⁶⁹⁾

Entonces, nos preguntamos: *¿ si todos estos reclamos ocurren al norte del Río Grande, porqué se aplica la Cláusula “Claims Made” en Latinoamérica (y, en especial, en Argentina) ?*

Por ello, en nuestro personal criterio, en *Latinoamérica* hemos hecho una *importación* de un ‘*caza de brujas*’, preocupados por malas experiencias alienígenas, que no tienen ninguna vinculación aquende los mares. Así, realizando nosotros una asociación libre de ideas (y relacionado con las *brujas*), es menester recordar que apenas muy pocos años antes que en Londres se inventara la Cláusula “*Claims Made*”, en los años sesenta ⁽⁷⁰⁾ en las mismas tierras del Lloyd’s de Londres, en el año 1944 ⁽⁷¹⁾, se condenó a una mujer por *brujería*...

Quizás, no es casualidad que en Inglaterra se comercialicen ‘*seguros contra fantasmas*’...⁽⁷²⁾

Por ello, a nuestro humilde criterio, la implantación de las *Cláusulas “Claims Made”* no obedece a ningún fundamento técnico/jurídico, *que tenga relación directa y específica con nuestra realidad legal/jurisprudencial, ni tampoco responde a un estudio y análisis actuarial de la siniestralidad argentina (o latinoamericana)* ⁽⁷³⁾, sino que es solamente una pauta contractual desmesurada y arbitraria que nos es impuesta ⁽⁷⁴⁾, como consecuencia de una “*dictadura contractual*” ⁽⁷⁵⁾

⁽⁶⁹⁾ Y, en el hipotético caso que hubiera reclamos por ‘asbestos’, estimamos que serían de insignificante trascendencia económica.

⁽⁷⁰⁾ CLARK, Douglas y POLLAK, Mindy; “*La Cobertura ‘Claims Made’ en EE.UU.: Consolidada y funcionando bastante bien*”, publicado en: www.genre.com/sharedfile/pdf/Topics13ClarkPollack-sp.pdf-, página 41, cuando enseñan que “...las primeas pólizas ‘claims made’ aparecieron en el mercado londinense en los años 60...”

⁽⁷¹⁾ HART, H. L.; “*El concepto de Derecho*”, pág. 77, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990.

⁽⁷²⁾ Ver: Revista “*Novedades*” (publicación de la ‘Asociación Argentina de Compañías de Seguros’), página 30, Mayo de 2006, nota de Armando Alonso Piñeiro, ‘*Seguros contra Fantasmas*’. Es más, en la nota se explica que ya pagaron un siniestro por 100.000 libras, porque “...un fantasma había sido responsable de la muerte de una mujer que cayó por las escaleras de su casa en Estados Unidos...”

El artículo no informa si la cobertura, es bajo Cláusula “*Claims Made*”...

⁽⁷³⁾ Obvio es afirmar que en Latinoamérica también tenemos algunos siniestros de ‘*cola larga*’. Pero, *cuantitativa y cualitativamente*, no tienen ni punto de comparación con los que se tuvieron en cuenta en los países centrales, para elaborar la Cláusula “*Claims Made*”.

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

Esta situación me hace recordar las sabias enseñanzas de mi padre (**Roberto Sobrino**), quien fuera Productor de Seguros durante más de medio siglo, que solía decir jocosamente (aunque muchas veces, los chistes tienen un trasfondo de verdad), que hay algunas Compañías de Seguros, que quieren hacer seguros de incendio, de rieles bajo el agua...

.5.6) Para explicar la Cláusula “*Claims Made*”, entendemos pertinente -en forma previa- recordar la otra alternativa, es decir, la “*Base Ocurrencia*”, que es la que tradicionalmente se utilizaba en nuestro país (y en el mundo en general, hasta la aparición de la cláusula de “*base reclamo*” -v.gr. ‘*Claims Made*’-)

Así, la “*Base Ocurrencia*” establece un principio es muy lógico y razonable: *si el siniestro (v.gr. hecho generador de responsabilidad -por ejemplo: un accidente de automotores; o una ‘mala praxis’ profesional-) ‘ocurre’ durante la vigencia de la Póliza de Seguros, obviamente el asegurado se encontrará protegido.* ⁽⁷⁶⁾

Reitero, en Latinoamérica casi no tenemos reclamos por “*asbestos*”, ni “*Agente Naranja*”; ni por el medicamento “*D.E.S.*”.

Y entonces nos preguntamos: *¿ cuál es el fundamento técnico y actuarial para aplicar la Cláusula “Claims Made” en Latinoamérica ?*

⁽⁷⁴⁾ Tan particulares son las características del “*Common Law*”, y en especial ciertas interpretaciones que realizan los Tribunales de dichas latitudes, que ciertos doctrinarios, con referencia a los Estados Unidos, hablan del “*Síndrome de California*”, justamente haciendo referencia a las peculiares (y, en algunos casos exorbitantes) resoluciones judiciales (Ver: **PAVELEK ZAMORA, Eduardo**; “*La Delimitación temporal en el Seguro de Responsabilidad Civil*”, página 54, publicado en “*Gerencia de Riesgos*”, Año XI, Número 41, 1º Trimestre 1993, Fundación Mapfre Estudios, Madrid, España, 1993).-

⁽⁷⁵⁾ **JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio**; “*Distorsión del Reaseguro Tradicional (Su problemática actual)*”, donde si bien se refiere a otras Cláusulas abusivas del seguro, donde impera la “*dictadura contractual*”, a nosotros nos parece oportuno dicha denominación para las cláusula *sub examine* (Capítulo Quinto “*Distorsiones Convencionales y Excepciones Legales al carácter autónomo del Contrato de Seguro originario: su conexión negocial con el Reaseguro*”), página 212, Editorial Pontificia Universidad Javeriana y Asociación Internacional de Derechos de Seguros, Bogotá, Colombia, 1999.-

⁽⁷⁶⁾ Muchas veces se ataca nuestra posición crítica a la Cláusula “*Claims Made*”, manifestando que no existen en el mercado de seguros latinoamericano, coberturas de “*base ocurrencia*”, para “*Mala Praxis Médica*”.

Al respecto, debemos señalar -solamente como mero ejemplo- que en la Conferencia realizada con fecha 14 de Agosto de 2006, por el “*Club de Abogados de Seguros*”, donde se analizó la Sentencia *sub examine* (donde escuchamos las interesantes disertaciones de la Dra. Soledad Gramajo; Dr. Roberto Vazquez Ferreyra y el Dr. José Luis Marcó), **un alto funcionario de una importante Compañía de Seguros que realiza -fundamentalmente- Seguros de Mala Praxis, manifestó públicamente que su Compañía de Seguros tiene reaseguro de cuota parte, con “base**

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

.5.7) En cambio, la *Cláusula “Claims Made”*, según los prestigiosos **Sandra Wierzba** y **Diego Czernizer** ⁽⁷⁷⁾ (quienes citan a **Domingo Lopez Saavedra**) ⁽⁷⁸⁾, implica que “...*el asegurador mantiene indemne al asegurado por cuanto éste deba a un tercero, a consecuencia de un hecho ocurrido durante la vigencia de la póliza* ⁽⁷⁹⁾, siempre y cuando dicho tercero le haya formulado su reclamo durante el período convenido en la misma...” ⁽⁸⁰⁾ ⁽⁸¹⁾ ⁽⁸²⁾.

.5.8) Es decir, en lugar de exigir *únicamente* que el *hecho generador de responsabilidad ocurra durante la vigencia de la Póliza*, (como es el sistema de “Base Ocurrencia”), la *Cláusula “Claims Made”*, le agrega otro requisito (a nuestro criterio, ilegal): que el *reclamo* (*‘claims’*) *sea realizado* (*‘made’*) *también durante la vigencia de la póliza (o sus sucesivas renovaciones)* ⁽⁸³⁾

.5.9) Concretamente, la *Cláusula “Claims Made”* ⁽⁸⁴⁾, en principio, exige de dos (2) requisitos indispensables:

ocurrencia” con una Reaseguradora de primer nivel internacional (Hannover Re) y que también tiene contrato de reaseguro (base “Claims Made”), pero con un ‘período extendido de notificación’ de diez (10) años, en una Reaseguradora de reconocida solidez (Atlantic Re).

⁽⁷⁷⁾ **WIERZBA, Sandra - CZERNIZER, Diego**; “*La Cláusula ‘Claims Made’ en los Seguros contra Responsabilidad Médica: La experiencia Argentina*”, publicado en “*Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*”; Año IV, N° VII, Noviembre - Diciembre de 2002, página 48, Editorial La Ley.

⁽⁷⁸⁾ **LOPEZ SAAVEDRA, Domingo**; “*Algo más sobre los seguros de responsabilidad civil bajo condiciones Claims Made*”, publicado en La Ley 1999-B-991, nota 3 (citado por Sandra Wierzba - Diego Czernizer).

⁽⁷⁹⁾ O, durante el plazo previsto en la póliza.

⁽⁸⁰⁾ Posteriormente, veremos que este tipo de *Cláusula “Claims Made”*, es la que nosotros denominamos versión “*Latinoamericana*”

⁽⁸¹⁾ Más adelante, también analizaremos algunas alternativas de *flexibilización* de la *Cláusula “Claims Made”*

⁽⁸²⁾ En los casos que existe ‘período de retroactividad’, el hecho generador de responsabilidad, puede acontecer con anterioridad a la vigencia del seguro.

⁽⁸³⁾ O, durante el “*Período Extendido de Notificación*” (que más adelante desarrollaremos).

⁽⁸⁴⁾ en la Versión “*Latinoamericana*”

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

- (i) que el *hecho* -generador de responsabilidad-, *ocurra durante la vigencia de la Póliza* ⁽⁸⁵⁾
- (ii) que el *reclamo* ('*claims*') de la *víctima* ⁽⁸⁶⁾, también sea *realizado* ('*made*'), durante la *vigencia de la Póliza*.

.6) La flexibilización de la Cláusula 'Claims Made'

.6.1) Era tan arbitraria, irrazonable y absurda la Cláusula "Claims Made" *pura y dura*, que las mismas Compañías de Seguros y Reaseguradoras, comenzaron a *flexibilizar* la mentada Cláusula.

Algunos podrán pensar que las Aseguradoras y Reaseguradoras, recapitaron y al modificar la Cláusula "Claims Made", reconocieron (*¿ confesaron ?*), la ilegalidad ínsita de dicha cláusula...

Otros, podrán barruntar que esta *flexibilización de la Cláusula Claims Made*, es solamente una *estrategia* (siguiendo las enseñanzas de **Sun Tzu**) ⁽⁸⁷⁾, para intentar evitar lo que era obvio: la declaración lisa y llana de nulidad...

Es que como bien afirmaba **Napoleón** ⁽⁸⁸⁾, "*...las bayonetas sirven para todo, menos para sentarse encima...*"

.6.2) Así entonces, el propio mercado de seguros y reaseguros, comenzó a desarrollar ciertas variantes, para darle cierta flexibilidad. Ellas son:

- (i) Período de retroactividad
- (ii) Declaración del propio asegurado ('*Note of Circumstances*')
- (iii) "Período Extendido de Notificación" ('*Extended Reporting Period*')

⁽⁸⁵⁾ O, en algunos casos, también durante el período de "*retroactividad*"

⁽⁸⁶⁾ Cuando analicemos la *flexibilización de la Cláusula 'Claims Made'*, veremos que en algunos casos, se permite que el *trigger* (es decir, que se *gatille* la cobertura), no solamente será a través del reclamo de la víctima, sino que también podrá hacerse, por medio de la denuncia del propio asegurado

⁽⁸⁷⁾ SUN TZU; "*El Arte de la Guerra*".

⁽⁸⁸⁾ Aunque algunos le atribuyen la frase **Charles Talleyrand** (quien fuera Ministro de Relaciones Exteriores de Napoleón)

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

.6.3) Período de Retroactividad:

.6.3.1) Una de las grandes diferencias entre la Cláusula “Claims Made” Versión “Anglosajona” y la “Latinoamericana”, es que ésta (en su versión original), no tenía ‘período de retroactividad’, de manera tal, que únicamente se amparaban los ‘hechos’ ocurridos durante la vigencia de la Póliza.

.6.3.2) Posteriormente, como una manera de intentar una *flexibilización* de la abusiva Cláusula “Claims made”, es que en algunos casos, se comenzaron a ofrecer ‘períodos de retroactividad’, es decir, que también se amparaban ‘hechos’ dañosos, ocurridos antes que comenzara la vigencia de la Póliza (y que no fueran conocidos por el asegurado)

Entendemos fundamental destacar que esta alternativa, si bien existe como una posibilidad, no siempre es otorgada a todos los asegurados (y, en varias ocasiones, ni siquiera le es ofrecida)...

.6.3.3) Incluso, es importante resaltar que existen otras alternativas de seguros, que entienden que el período ‘retroactivo’ de cobertura, no es retroactivo (valga la reiteración), en el sentido de amparar los hechos ocurridos con anterioridad a la vigencia de la primera vigencia del seguro, sino que entienden que esta ‘retroactividad’, significa que en la *primera renovación* (es decir, en el segundo año de cobertura), se otorga *cobertura ‘retroactiva’* por los hechos ocurridos en el año anterior (v.gr. durante la vigencia de la póliza que se renueva) ⁽⁸⁹⁾

.6.4) Declaración del propio asegurado (*‘Note of Circumstances’*)

.6.4.1) Por medio de esta alternativa, ya no se exige que únicamente se *gatilla (trigger)* la cobertura por el reclamo de la víctima, sino que también se permite que sea el propio asegurado, quien efectúe la denuncia a la Compañía de Seguros.

.6.4.2) Así, una de las cláusulas de “*Denuncias y Notificaciones de Reclamos*”, en la parte pertinente establece que “...*Si durante el Período Contractual...los Asegurados tuvieren*

⁽⁸⁹⁾ Y, en las sucesivas renovaciones, esta retroactividad, va a seguir, por los hechos ocurridos desde el período de la vigencia de la primera póliza.

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

conocimiento de cualesquier circunstancias que razonablemente permitiese suponer que puede dar origen a un futuro Reclamo e informan por escrito al Asegurador sobre dicha circunstancia...se considerará como formulado en el momento en que el primer informe por escrito de tal circunstancia fue efectivamente dado...” (90)

.6.4.3) Se trata de una alternativa que colabora en favor 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 que el mismo asegurado formule la notificación pertinente.-

.6.4.4) Si bien, esta cláusula intenta flexibilizar la Cláusula “*Claims Made*”, es menester dejar sentada nuestra posición, en el sentido que se trata -apenas- de un pequeño paliativo, que no logra desvirtuar la tacha de nulidad sustantiva que tiene la Cláusula “*Claims Made*”.-

Ello es así, dado que esta alternativa sólo permite que el asegurado efectúe la denuncia, *únicamente cuando el “siniestro” es evidente* y salte a la vista, durante la vigencia de la Póliza.-

.6.4.5) Pero, pueden existir muchísimos hechos u omisiones que generan ‘daños’, cuyas consecuencias no sean reveladas inmediatamente, y que -por lo tanto- no podrían ser denunciadas por los asegurados.-

En efecto, la gran limitación que existe, es que el asegurado únicamente puede denunciar lo que resulta evidente y conocido por él. Pero, puede haber infinidad de acciones u omisiones que pueden generar algún reclamo, pero que el asegurado lo desconoce. Así, desde un médico que se le puede endilgar un error de diagnóstico; o un abogado cuyo cliente estima que fue mal asesorado; etc.

(90) La Póliza Chile de “*Seguro de Responsabilidad Civil de Directores y Ejecutivos y de Reembolso a la Sociedad*” (inscripta en el Registro de Pólizas bajo el Código POL 1 99 008), en la “*Cláusula Séptima: Notificaciones y Avisos de Siniestro*”, Punto .f) establece que “*...si durante la Vigencia de esta póliza o durante el Período Adicional para Notificaciones en su caso, la Sociedad Asegurada o los Asegurados notificaren por escrito al asegurador, con todo detalle en lo relativo a fechas y a las personas involucradas, de los hechos y motivos por los cuales creen probable que sobrevenga una reclamación de Siniestro en contra de los Asegurados que pudiese dar lugar a una obligación de pago del asegurador por pérdidas y gastos de defensa cubiertas por el presente contrato, se considerará como reportado al asegurador, en la fecha de notificación de tales hechos y motivos, cualquier Siniestro que subsecuentemente se reclame en contra de los Asegurados y sea denunciado al asegurador, siempre que tenga como base o sea atribuible a dichos hechos y motivos...*”

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

.6.4.6) Concretamente, los ‘*siniestros silenciosos*’ *no pueden ser denunciados* y como consecuencia de ello (al decir de **Mariano Yzquierdo Tolsada**) ⁽⁹¹⁾, caerán en *la trampa de la Cláusula Claims Made*

.6.4.7) Así entonces, si bien esta cláusula flexibiliza la rígida y draconiana Cláusula “*Claims Made*”, la realidad es que *no deja de ser un pequeñísimo salvavidas, dentro del mar de la desprotección*

.6.5) Período Extendido de Notificación (*‘Extended Reporting Period’*)

.6.5.1) Sin perjuicio de lo antes expuesto, seguía siendo tan abusiva la Cláusula “*Claims Made*” que las Compañías de Seguros, tuvieron que buscar otras alternativas para lograr su *flexibilización*.

Así, lo que ahora las mismas Compañías de Seguros critican (llamándolas -casi despectivamente- Cláusulas ‘*Claims Made*’ “*puras*”), son muchas de las mismas Aseguradoras que -paradojalmente- antes le vendían esta cláusula ‘*pura*’ a sus mismos asegurados...

Siguiendo las ideas del genial **Rudolph Von Ihering**, en su obra “*Bromas y Veras en la Ciencia Jurídica (ridendo dicere verum)*” ⁽⁹²⁾, cuando en 1884 decía que *la broma tiene por misión dar más relieve a lo serio*, sería bueno que el algún momento se hiciera un trabajo monográfico (casi, un “*T.V.R. Jurídico*”...) ⁽⁹³⁾, sobre lo que las mismas Compañías de Seguros (nacionales e internacionales), decían sobre la Cláusula ‘*Claims Made*’ “*pura*”, cuando ellas mismas la comercializaban hace diez años...

⁽⁹¹⁾ **YZQUIERDO TOLSADA, Mariano**; “*Aspectos Civiles del nuevo Código Penal*”, página 229, afirma que la Cláusula “*Claims Made*”, se trata de “*...una barbaridad jurídica...*”, agregando que es “*...una trampa creada por los aseguradores que hace peligrar a la propia institución del seguro de responsabilidad civil...*”; Editorial Dykinson, Madrid, España, 1997 (citado por **EVANGELIO LLORCA, Raquel**; “*El Contrato de Seguro en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*”, Segunda Parte ‘*Comentarios de Jurisprudencia*’, Capítulo 25 “*Las Cláusulas ‘Claims Made’ en el Seguro de Responsabilidad Civil - Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de Marzo de 1991 y 31 de Enero de 1990*”, página 800, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1999).-

⁽⁹²⁾ **von IHERING, Rudolph**; “*Bromas y Veras en la Ciencia Jurídica (ridendo dicere verum)*”, página 36, Editorial Civitas, Madrid, España, 1987.

⁽⁹³⁾ Para los lectores que no residen en Argentina, les aclaramos que “*T.V.R.*” (*Televisión Registrada*), es un programa de televisión, donde se muestran filmaciones o videos (generalmente de personas públicos), donde suelen aparecer cambios de opiniones o contradicciones.

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

Cuántas sorpresas tendríamos...!!!

Muchas Compañías de Seguros hoy se rasgan las vestiduras, criticando una versión de la Cláusula “Claims Made” (que ahora llaman ‘pura’), que ellas mismas vendían poco tiempo atrás...

Cosas veredes Sancho...

.6.5.2) Así entonces, una de las alternativas para flexibilizar la Cláusula “Claims Made”, sería la *compra de un Endoso* que *extienda* la cobertura del seguro, aún después de finalizada la Póliza de Seguros; de forma tal, que aún cuando el *reclamo* se produjera después de finalizada la vigencia de la misma, pero dentro del *período extendido de cobertura* ⁽⁹⁴⁾, igualmente el asegurado, tendría amparo por medio de la Póliza de Seguros ⁽⁹⁵⁾ ⁽⁹⁶⁾

Este *período de cobertura*, puede ser de distintas *extensiones de tiempo*, de manera tal, que podría ser uno, dos o más años de ampliación de cobertura, a contar desde la finalización de la vigencia.-

Si bien se trata de una alternativa más flexible (comparada con la Cláusula “Claims Made” ‘*tradicional*’ o ‘*pura*’), igualmente estimamos que a través de este *período extendido de cobertura*, se intenta mejorar una situación contractual, que tiene una base absolutamente inconveniente.-

En efecto, la cobertura tiene como *base* la cláusula “*claims made*”; y -luego- se la quiere *mejorar* por medio del *período extendido de cobertura*, tratando de darle mayor amplitud

En nuestro humilde criterio, se trata de *vinos nuevos en odres viejos...*

Para nosotros, lo lógico y razonable, sería que todas las Pólizas de Seguros de responsabilidad civil, derechamente, sean previstas con la cobertura de *base ocurrencia*

⁽⁹⁴⁾ También denominado en algunas Pólizas argentinas como “*Período Informativo*”

⁽⁹⁵⁾ En la hermana República de Chile, la “*Póliza de Seguro por Responsabilidad de Directores y Gerentes*” (inscrita en el Registro de Pólizas bajo el Código POL 1 98 013), lo denomina “*Período Ampliado de Denuncia de Reclamos*”.-

⁽⁹⁶⁾ Otras Pólizas de la República de Chile, por ejemplo la denominada “*Seguro de Responsabilidad Civil de Directores y Ejecutivos y de Reembolso a la Sociedad*”, la llaman “*Período Adicional para Notificaciones*” (inscrita en el Registro de Pólizas bajo el Código POL 1 99 008)

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

Especialmente, por que este tipo de *ampliaciones de cobertura*, va a dar lugar a un sin fin de posibilidades y alternativas, desde la perspectiva teórica. Pero, en la realidad de todos los días, siempre vamos a girar en derredor de la misma cuestión: *la desprotección del asegurado*.

Ello así, dado que si bien desde la perspectiva teórica, el asegurado tendría la posibilidad de *optar* entre distintas alternativas, la realidad de los hechos de la vida diaria, nos demuestra que el *consumidor* no tiene ni la menor idea de lo que significa ni implica la Cláusula “*Claims Made*”. Y, como consecuencia de ello, al desconocer sus *peligros*, tampoco se encuentra habilitado para poder decidir y optar (con pleno conocimiento de las circunstancias), sobre las distintas alternativas teóricas que se le ofrecerían.

Para agravar aún más el panorama, no todos los Productores Asesores de Seguros, que tienen un acabado y profundo conocimiento de la desprotección que implica la Cláusula “*Claims Made*”, para los intereses del asegurado.-

Así entonces, si el *asesor de seguros* (que recordamos es la ‘*longa manu*’ de la Compañía de Seguros, para la venta de seguros -y que en muchos casos, la *Jurisprudencia* y la doctrina, los ha tenido como *representantes* de las Compañía de Seguros-) ⁽⁹⁷⁾, tampoco tiene demasiado conocimiento de estas situaciones, la conclusión lógica que podemos arribar es que: el asegurado se encuentra desprotegido (con o sin “*período extendido de cobertura*”).-

.6.5.3) *Costos prohibitivos y Plazos exiguos*: Otras cuestión -nada menor- que no debe pasar desapercibida, es el referido a los “*costos*” y los “*plazos*” del “*Período Extendido de Notificación*”

Porque puede llegar a resultar muy simplista ofrecer muchas ‘posibilidades’ pero con *costos* prohibitivos, que hagan que prácticamente, no puedan ser adquiridas por el ‘consumidor de seguros’; o por *plazos* exiguos, que siguen sin dar plena cobertura al ‘consumidor de seguros’

⁽⁹⁷⁾ GAVA, Adiel; en “*Código de Comercio y normas complementarias (Análisis jurisprudencial. Comentario, concordado y anotado). Ley de Seguros*”, Directores: Carlos Ghersi y Celia Weingarten; Tomo III, Art. 53, páginas 139/145, Editorial Nova Tesis, Mayo de 2006. Dejamos aclarado que el comentario del Art. 53, refleja solamente la opinión personal del autor (y no la de los demás coautores).

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

Así si bien el “*Período Extendido de Notificación*”, es una alternativa que ‘flexibiliza’ a la Cláusula “*Claims Made*”, que en la teoría puede ser interesante; tampoco debemos perder de vista la realidad de nuestro mercado, respecto a:

- (i) *Plazos*
- (ii) *Costos*

.6.5.4.) “*Plazos*” (del ‘*Período Extendido de Notificación*’):

Así, por un lado, no existe un ‘*plazo*’ común y uniforme en el mercado de ofrecimiento del “*Período Extendido de Notificación*”

Ello es así, dado que hay Compañías de Seguros, que ofrecen períodos más amplios, pero hay otras, que apenas permiten comprar uno o dos años.

Con relación a este tópico, Domingo López Saavedra, afirma que las Compañías de Seguros pueden otorgar “...*un período extendido de descubrimiento o presentación de reclamos, el que puede ser de dos, tres o cinco años...*” ⁽⁹⁸⁾

De allí que, desde la perspectiva del ‘consumidor de seguros’, no es lo mismo que le otorguen un ‘período extendido de notificación’ de diez años ⁽⁹⁹⁾, que otro mucho más restringido de uno o dos años.

Por ello, podemos sostener que: *a menor plazo (del ‘período extendido de notificación’), mayor desprotección (del ‘consumidor de seguros’)*

⁽⁹⁸⁾ LOPEZ SAAVEDRA, Domingo M.; “*La supuesta invalidez de las Cláusulas ‘Claims Made’ (a propósito de un reciente fallo de la Justicia Civil de Buenos Aires)*”, Capítulo 4 ‘*La evolución en el tiempo de las coberturas ‘Claims Made’*” (inédito)

⁽⁹⁹⁾ Sin querer caer en un detallismo extremo, queremos dejar sentado que el ‘período extendido de notificación’ de diez (10) años, no implica -necesariamente- que se ampare todo el plazo de *prescripción decenal*, dado que los *plazos* se calculan de manera diferente. En efecto, para los casos de ‘mala praxis’, el término de la *prescripción*, comienza a correr desde que la víctima conoce el daño y tiene conocimiento que corresponde a un yerro médico; en cambio, el ‘período extendido de cobertura’, comienza a correr desde el vencimiento de la Póliza o su última renovación). Ello implica que si hay un acto de mala praxis en el año 2000 y la última renovación de la Póliza también es en el año 2000, parecería que estaría todo correcto (hasta el año 2010). Mas, si el acto de ‘mala praxis’ (por ejemplo el olvido de una gasa), es descubierto por el paciente, en el año 2004, la *prescripción* de la acción recién se producirá en el año 2014 (pero la cobertura del seguro, llegaría -únicamente- hasta el año 2010).

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

.6.5.5) “Costos” (del ‘Período Extendido de Notificación’):

Por otro lado, también debemos tener presente otra cuestión que es importantísima: el ‘costo’ de cada año del “Período Extendido de Notificación”.

Aquí tampoco hay una pauta uniforme; pero hemos visto que por un ‘período extendido de notificación’ de un (1) año, se cobre hasta el 100 % de la Prima ⁽¹⁰⁰⁾ ⁽¹⁰¹⁾

Es decir, que hay casos, donde se puede llegar hasta cobrar lo mismo -o una suma similar- (por un ‘período extendido de notificación’ de un año), que por la renovación de la Póliza, *pero sin otorgar cobertura (sino solamente la posibilidad de ‘recibir’ los reclamos, pero por ‘hechos’ ocurridos durante la vigencia de la Póliza -y no sobre los ‘hechos’ que sucedan durante el ‘período de notificación’-)*

Reiteramos, lo paradójico, llamativo y sorprendente del ‘Período Extendido de Cobertura’, es que: *le cobran extra Prima al ‘consumidor de seguros’, pero NO para darle protección durante el ‘plazo’ del Endoso, sino solamente para que -casi graciamente- la Compañía “reciba” los reclamos de siniestros (producidos durante la vigencia de la Póliza -que no es el plazo del ‘período extendido de cobertura’-).*

Un ejemplo, trataré de explicar lo casi inexplicable: si yo contrato una Póliza con un plazo de vigencia del 1 de Enero de 1999 al 1 de Enero del 2000, la póliza solamente me va a cubrir los hechos ocurridos durante ese plazo ⁽¹⁰²⁾. Ahora bien, si el 1 de Enero de 2000, no renuevo la Póliza,

⁽¹⁰⁰⁾ Es muy realista y certero lo expuesto por **Amadeo Eduardo Traverso** (quien se encuentra a favor de la Cláusula “Claims Made”), manifiesta que “...la sóla alternativa de ofrecer al asegurado -a la finalización de cada contrato y/o al momento de su rescisión- la posibilidad de adquirir un endoso por un período extendido o prorrogado de denuncias -aún constando en la propuesta y en el contrato- tampoco salva el cuestionamiento de invalidez de la Cláusula “Claims Made. En primer lugar, pone al asegurado en condición de tener que abonar -en ese momento- al contado hasta el 200 % del premio según tarifa aplicada al último contrato, no puede ser interpretado de otra forma más que en el sentido de introducir un factor de disuasión para inducir a la renovación del contrato y mantener así una clientela cautiva...” (el subrayado, es nuestro) (Ver: **TRAVERSO, Amadeo Eduardo; “La Cláusula Claims Made en los Seguros de Responsabilidad Civil Profesional, a la luz de un reciente fallo”**, en la Revista “Mercado Asegurador”, página 42, Agosto de 2006).

⁽¹⁰¹⁾ Es menester señalar que también existen Compañías de Seguros que cobran montos menores.

⁽¹⁰²⁾ O, los ocurridos guante el ‘período de retroactividad’

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

en principio, no voy a tener cobertura por los ‘reclamos’ (*‘claims’*) que me *realicen* (*‘made’*), después del 1 de Enero del 2000. Y, si quiero tener cobertura por esos reclamos, voy a tener que comprar un Endoso de “Período Extendido de Notificación”, por cierta cantidad de años (supongamos, que compro siete años). Aquí es fundamental resaltar que por este período de siete años (v.gr. del 1 de Enero del 2000 al 1 de Enero de 2007), voy a pagar una Prima de seguro, *pero que no me brinda cobertura por los hechos que ocurran entre el 2000 y el 2006, sino que - solamente- pago para que la Compañía de Seguros se digne a recibir la denuncia (por ‘hechos’ ocurridos -únicamente- en el año 1999)...*

Algún ‘consumidor de seguros’ se puede preguntar: *¿ cuántas veces se paga por lo mismo ?*

De allí que la *abusividad* (del ‘mercado de seguros’ -léase: Compañías de Seguros y/o Reaseguradoras-) y su contracara, la *desprotección* del consumidor de seguros, puede tener varias caras:

(i) el *aspecto teórico / técnico* (por ejemplo: la redacción de las cláusulas); o

(ii) el *aspecto fáctico / económico* (por ejemplo: los *costos excesivos*; los *plazos exiguos*; etc.)

.6.5.6) Más allá de lo antes expuesto, en el sentido que el “*Período Extendido de Cobertura*”, pretendería tener una buena finalidad (¹⁰³), dentro del marco de una Póliza que desprotege absolutamente al asegurado (por medio de la Cláusula “*Claims Made*”), seguidamente haremos un breve análisis de uno de algunos textos que se encuentran vigentes en la República Argentina, con relación al “*Período Extendido de Cobertura*”

Así, respecto al “*Período Extendido de Notificación*”, a grandes rasgos, podría decirse, que -a su vez- esta alternativa, tiene dos vertientes, a saber:

(¹⁰³) Incluso, más allá de las buenas intenciones (o -por lo menos- del objetivo de *flexibilizar* la nefasta Cláusula *Cláims Made*”), es menester resaltar que a varias de las Cláusulas de “*Período Extendido de Cobertura*”, se le incorporan tantas cortapisas, limitaciones y restricciones (por parte de las Compañías de Seguros), que se la termina por *vaciar de contenido* (convirtiéndose de una mera declaración formal/teórica, sin aplicación práctica).-

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

(i) que dicha compra del Endoso se realice cuando *se inicia la Póliza*; o

(ii) que se efectúe al *finalizar la Póliza*

.6.5.6.1) Al “*inicio*” de la vigencia de la Póliza:

Sin que el análisis que estamos haciendo implique disminuir en un ápice la ilegalidad y absoluta inconveniencia de la Cláusula “Claims Made”, estimamos que el “Período Extendido de Notificación”, que se puede comprar al ‘inicio’ de la vigencia de la Póliza, puede llegar a ser un poco más transparente, que el otro endoso que únicamente se puede contratar al “finalizar” la vigencia de la Póliza (como -justamente- sucede en la gran parte de las Pólizas de Responsabilidad Civil).-

En efecto, cuando el Endoso de “Período Extendido de Cobertura”, se puede adquirir al *inicio* de la vigencia, el asegurado tiene la posibilidad de comprarlo (¹⁰⁴); siempre y cuando el ‘*quasi analfabeto funcional de seguros*’ (¹⁰⁵) (v.gr. el ‘*consumidor de seguros*’), pueda real y cabalmente llegar a entender todos los alcances de las restricciones de las distintas variantes de la complicada Cláusula “*Claims Made*”

Pero, reiteramos, solamente se trata de paliativos con respecto a una cláusula pocas veces explicada (por las Compañías de Seguros o los Productores de Seguros) y escasamente comprendida por los “consumidores de seguros”.

Por tanto, si el asegurado no llega a comprender los tremendos peligros que implica la Cláusula “Claims Made”, difícilmente pueda estar capacitado para comprar un Endoso que mejore su situación de desprotección (que -además, para colmo- desconoce)

(¹⁰⁴) Reiteramos nuestra posición, en el sentido que el hecho que el Endoso de “*Período Extendido de Cobertura*”, que se puede comprar al *inicio*, sea un poco mejor que el que se puede comprar al *finalizar* la vigencia, *no implica -en absoluto- que se purgue ni le quite la ilegalidad a la Cláusula “Claims Made”*

(¹⁰⁵) En sentido contrario: **PERUCCHI, Héctor**; en “*¿ Hacia un asegurado estúpido ? (¿ o demasiado vivo ?)*”, en Revista “*Todo Riesgo*”, página 64 y siguientes, del mes de Diciembre de 2005. En realidad se trata de una serie de notas, que se fueron desarrollando a lo largo de varios meses. Más allá que no estamos de acuerdo con lo expuesto por el autor mencionado, es que por una cuestión de honestidad intelectual, tratamos de citar y presentar todas las opiniones sobre los temas que se analizan.

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

.6.5.6.2) Al “*finalizar*” la vigencia de la Póliza:

En cambio, el “*Período Extendido de Cobertura*”, que se puede comprar al *finalizar la Póliza*, en muchos casos, deja desamparado al asegurado (de la misma forma, como si no existiese el Endoso).-

Si bien existen innumerables variantes, a continuación, haremos algunas consideraciones sobre las más perjudiciales

.a) *Plazo*: en algunos casos, existe un término limitadísimo para comprar el endoso, habida cuenta que se tiene que notificar a la Compañía de Seguros, dentro un término perentorio (que en algunas Pólizas es de apenas diez -10- días de finalizada la Póliza).-

A nuestro criterio, se trata de una “*Cláusula Abusiva Fáctica*”, dado que si bien desde la perspectiva teórica, parecería que no existen problemas; desde la faz estrictamente práctica y fáctica, es muy difícil que el “*consumidor de seguros*”, pueda dar cumplimiento a la misma

.b) *Causa de la finalización de la Póliza*: con respecto a éste tópico, en la República Argentina, en principio, existen dos clases de alternativas:

- (i) que el asegurado casi siempre puede adquirir el ‘período extendido de notificación’;
- (ii) pero, hay otros casos que se puede adquirir el ‘período extendido de notificación’ *únicamente* si la Compañía de Seguros rescinde o rehúsa renovar la Póliza.

Es decir, en este último caso, el asegurado/consumidor de seguros, se convierte en un “*cliente cautivo*” de la Compañía de Seguros, dado que si él mismo quiere cambiar de Compañía de Seguros, *no va a poder comprar el “Período Extendido de Cobertura”*

Nótese la absoluta desigualdad, dado que: *si la Compañía de Seguros no renueva o decide rescindir la Póliza, recién en ese único caso, el asegurado va a poder comprar el “Período Extendido de Cobertura”*.

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

En cambio, *si el asegurado decide no renovar la Póliza, o cambiar de Compañía de Seguros, no va a estar legalmente habilitado para adquirir el “Período Extendido de Cobertura”*.- Es decir, el asegurado no tiene la *libertad de cambiar de Compañía de Seguros*, dado que si quiere hacerlo *no va a poder comprar el “Período Extendido de Cobertura”*

Con sólo cruzar los Andes, vamos a ver que la situación legal del consumidor, es absolutamente distinta, dado que se encuentra mucho más protegido ⁽¹⁰⁶⁾. En efecto, la Póliza de “*Seguro de Responsabilidad Civil de Directores y Ejecutivos y de Reembolso a la Sociedad*” ⁽¹⁰⁷⁾, establece en la “Cláusula Octava” del “*Período Adicional para Notificaciones*” que “*....a) Si el asegurador o el ASEGURADO no desearan renovar esta póliza, las partes podrán convenir un período adicional...*” ⁽¹⁰⁸⁾. O, dentro de latinoamérica, en Colombia, la “*Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil para Directores y Administradores*” ⁽¹⁰⁹⁾, en la “*Condición Segunda: Extensiones Automáticas*”, Apartado .c), se establece que se puede contratar el “*Período Informativo*”, si “*...el tomador revoca o rehusa renovar la presente Póliza...*”

Nótese la diferencia abismal entre la Póliza trasandina, la colombiana y las de nuestras tierras: en los países hermanos el asegurado (v.gr. ‘*consumidor de seguros*’), tiene la plena libertad de cambiar o no de Compañía a su sólo criterio; dado que si decide renovar la Póliza en otra Compañía, puede - con toda libertad- comprar el Endoso del “*Período Extendido de Notificación*” o “*Período Informativo*”.-

En cambio, en Argentina, hay casos en que el consumidor se convierte en un *cliente cautivo* (un verdadero “*rehén asegurado*”), habida cuenta que *solamente puede comprar este endoso, si la Compañía de Seguros no renueva o rescinde la Póliza...*

⁽¹⁰⁶⁾ En comparación con la República Argentina; pero, sin olvidar lo antes expresado, en el sentido que con todas estas Cláusulas (que derivan de la “Claims Made”), la única *certeza* que tiene el asegurado, es la *desprotección*.

⁽¹⁰⁷⁾ Inscripta en el Registro de Pólizas bajo el Código POL 1 99 008 (de la República de Chile).-

⁽¹⁰⁸⁾ La palabra “Asegurado”, en mayúsculas, figura en el texto de la Póliza original.-

⁽¹⁰⁹⁾ Individualizada como: Forma D&A 01-99; Registro Superbancaria 060699-1 322-P-1 2-D&A 0199, de Colombia.-

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

.c) *Cambio de las pautas contractuales de la Póliza*: otra increíble cláusula abusiva vigente en algunas Pólizas de nuestro país (con relación a la Cláusula “Claims Made” -e íntimamente relacionado con lo analizado en los párrafos anteriores-), es la que establece que si las condiciones y/o sumas aseguradas y/o límites de responsabilidad y/o primas propuestos por la Compañía de Seguros (al momento de realizar la *renovación de la Póliza*), son *más perjudiciales y diferentes* a los de la Póliza que se encuentra en vigencia, ello no será considerado como una negativa de la Compañía de Seguros para renovar la Póliza (y -por tanto- el asegurado no va a poder adquirir el ‘período extendido de notificaciones’). Así entonces, merced a esta inocente cláusula, basta con que la Compañía de Seguros cambie absolutamente los términos de las condiciones de las Pólizas (por ejemplo, una suma asegurada ínfima; una Prima exorbitante; nuevas condiciones leoninas; etc.), para que el asegurado no pueda o no le convenga renovar la Póliza.

Pues bien, entonces, tampoco va a poder comprar el “*Período Extendido de Cobertura*”, dado que si las condiciones y/o sumas aseguradas y/o límites de responsabilidad y/o primas son *diferentes* a los de la Póliza que se encuentra en vigencia, ello no será considerado como una negativa de la Compañía de Seguros para renovar la Póliza...

Este tipo de cláusulas además de ser absolutamente nulas (Art. 37 de la Ley de Defensa del Consumidor), también se encuentran expresamente prohibidas en nuestro Código Civil, dado que se encuentran fulminadas de ilegalidad las *obligaciones meramente potestativas*, es decir aquellas obligaciones que dependen únicamente de la voluntad del deudor ⁽¹¹⁰⁾

.6.6) Las ‘alternativas’ (de la Cláusula ‘Claims Made’) y la analogía con el ‘espejismo’ de los ‘precios máximos’:

.6.6.1) Según venimos desarrollando (y, entiendo que con la aceptación de mayoría los defensores de la Cláusula “Claims Made”), no habría en la actualidad autores que sostengan la validez de la denominada Cláusula ‘Claims Made’ “*pura*”; es decir, (i) sin ‘período de retroactividad’; (ii) ni

⁽¹¹⁰⁾ Ver: **Art. 542** del Código Civil, que reza “*La obligación contraída bajo una condición que haga depender absolutamente la fuerza de ella de la voluntad del deudor, es de ningún efecto..*”

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

‘período extendido de notificaciones’; (iii) ni la posibilidad que se ‘gatile’ la cobertura por la denuncia del propio asegurado ⁽¹¹¹⁾

.6.6.2) Pero queremos resaltar una cuestión fundamental: por un lado, estas alternativas de flexibilización, no purgan los vicios propios de la Cláusula ‘Claims Made’; y -en segundo lugar- es fundamental resaltar que el mero hecho que se *ofrezcan* distintas *alternativas*, tampoco implica que puedan contratarse.

En efecto, si bien existen Compañías de Seguros, que *teóricamente* ofrecen estas *alternativas*, muchas veces la cruda *realidad* nos demuestra que en la *práctica* no se pueden contratar.

De tal forma, muchas veces acontece lo mismo que con los “precios máximos” de los productos de la canasta familiar en épocas de crisis: si bien en la teoría existen, en la dura realidad, nos demuestra que son un ‘espejismo’, dado que nadie los puede encontrar.

.a) Así, hemos visto coberturas donde se permite que el *trigger* de cobertura se produzca por la denuncia del propio asegurado, pero -siempre y cuando- el reclamo de la víctima sea dentro de un plazo determinado (que es inferior al plazo de prescripción)

.b) También es menester señalar, con relación al ‘*período de retroactividad*’ tan publicitado, que la realidad diaria del mercado, nos demuestran que en muchas pólizas de responsabilidad civil, los mismos no existen o son por plazos insignificantes.

O, incluso hay Pólizas que establecen que la *retroactividad* no implica que se otorga cobertura a hechos ocurridos con anterioridad al inicio de la cobertura, sino que esta retroactividad significa que -solamente- otorgan amparo al asegurado, a partir del segundo año de renovación, por los hechos ocurridos en el primer año de vigencia...⁽¹¹²⁾

Hela allí a la ‘*retroactividad*’...!!

⁽¹¹¹⁾ VAZQUEZ FERREYRA, Roberto; “*El Seguro de Responsabilidad Civil y las Cláusulas Claims Made*”, inédito, página 3, explicando las bondades de las llamadas cláusulas ‘claims made impuras’

⁽¹¹²⁾ Y, así sucesivamente, con las renovaciones posteriores.

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

¿ puede una persona normal (v.gr. ‘consumidor de seguros’), llegar a comprender esta sutil diferencia de la ‘retroactividad’ para el pasado (que es lo que entendería el común de los mortales) ⁽¹¹³⁾, de la ‘retroactividad’ que recién aparece en el segundo año de cobertura, para amparar el primer año de vigencia de la póliza...?

.c) Lo mismo acontece con el ‘*período extendido de notificación*’, dado que el otorgamiento de los mismos (en especial, en cuanto a los *plazos* y los *costos*), van variando cíclicamente, de acuerdo a la denominada *política de suscripción* de las Compañías de Seguros o de las Reaseguradoras.

Y, no se diga contra esto que el otorgamiento -o no- de alguna de estas alternativas debe ser analizada teniendo a la vista la situación del mercado o distintas variables; etc., porque entonces volvemos al principio, es decir, que: el *consumidor de seguros* se encuentra *prisionero* del mercado de seguros.

Caso contrario, alguna Compañía de Seguros que no quisiera actuar de buena fe, podría alegar que ofrece todas las alternativas de flexibilización (pero -en la práctica- no otorgárselo a los asegurados) ⁽¹¹⁴⁾

⁽¹¹³⁾ Recordamos el ‘*leading case*’ “*Santa Coloma vs. Ferrocarriles Argentinos*”, donde nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación hace referencia a la *gente normal y común de nuestra sociedad*...

⁽¹¹⁴⁾ Reiteramos que a nuestro criterio las distintas alternativas de flexibilización, no logran quitar la ilegalidad que lleva ínsita la Cláusula “*Claims Made*” al desproteger al consumidor de seguros.

Pero, si no obstante ello, la Compañía de Seguros pretendiera alegar la validez de esta cláusula, es que merced a la “*teoría de las cargas probatorias dinámicas*”, debería ser la propia Compañía de Seguros quien debería probar en forma fehaciente, precisa e indubitada, todas y cada una de las siguientes cuestiones:

- (i) que cumplió con su ‘*deber de información*’ al consumidor de seguros;
- (ii) que el asegurado *comprendió* los *riesgos* que implica la Cláusula ‘*Claims Made*’;
- (iii) la *explicación detallada* de las distintas *alternativas de flexibilización*;
- (iv) que sucede si el asegurado *no contrata algunas de las alternativas ofrecidas*;
- (v) los *gaps* de cobertura que existen (aunque contrate todas las alternativas de flexibilización);
- (vi) los *pro* y las *contras* de cada una de las alternativas
- (vii) los *costos* de las distintas alternativas;
- (viii) las *bases técnicas* en las que basaron para determinar los costos
- (ix) las *alternativas* que el asegurado quiso contratar;
- (x) las *alternativas* que le fueron denegadas al asegurado;
- (xi) los *fundamentos* de la denegación del otorgamiento de las alternativas
- (xii) la *notificación* por escrito de dichos fundamentos al asegurado;
- (xiii) acreditar las alternativas que -efectivamente- le han otorgado a otros asegurados

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

Para finalizar este párrafo, permítaseme un breve comentario, que entiendo que es lapidario y demuestra esta *situación de absoluta indefensión de los asegurados* ('consumidores de seguros'):

.6.6.3) Expediente N° 32.157 (Superintendencia de Seguros de la Nación): Paradojal e increíblemente (obviamente, en perjuicio de los asegurados), a la fecha de la contratación de la Cláusula "Claims Made", a que se hace referencia en la Sentencia "Barral de Keller Sarmiento vs. Guevara", sí existía cobertura de:

(i) 'período de retroactividad', y

(ii) 'período extendido de notificaciones'

En efecto, es pertinente señalar que la Sentencia expresamente manifiesta ⁽¹¹⁵⁾ que la Compañía de Seguros citada en garantía ("La Ibero Platense Compañía de Seguros S.A."), había emitido la Cláusula "Claims Made", en virtud de la Resolución N° 23.160 (que fuera tramitada por "La Holando Sudamericana Compañía de Seguros S.A.")

Dicha Resolución N° 23.160, es la que autoriza con fecha 24 de Marzo de 1994 ⁽¹¹⁶⁾, la Cláusula "Claims Made", dentro del marco del Expediente N° 32.157, de la Superintendencia de Seguros de la Nación.

De forma tal (y más allá que a nuestro criterio la propia esencia de la Cláusula "Claims Made" es ilegal -Arts. 109 y 158 de la Ley de Seguros; Art. 1.071 y 1.98 del Código Civil; Art. 25 de la Ley 20.091; Art. 37 de la Ley de Defensa del Consumidor y Art. 42 de la Constitución Nacional-), en el caso que las Compañías de Seguros pretendieran alegar la legalidad de la misma, van a tener que acreditar en forma fehaciente e indubitada, que cumplieron con todas y cada una de las pautas antes establecidas.

En caso contrario, y aunque pretendan sostener la legalidad de la Cláusula "Claims Made" se deberá declarar el actuar contrario a Derecho de las Aseguradoras, por no cumplir con el "deber de información", expresamente establecido en la Ley de Defensa del Consumidor y en el Art. 42 de la Constitución Nacional.

⁽¹¹⁵⁾ Ver la Sentencia, cuando expone (en la parte pertinente), que: "...La Resolución 23.160 de la Superintendencia de Seguros de la Nación -en copia adjuntada a fs. 739- que autoriza a "La Holando Sudamericana Compañía de Seguros S.A." a "operar en el territorio de la República Argentina en el seguro de Responsabilidad Civil de Médicos y Odontólogos", sin limitaciones al decir de "La Ibero Platense Cía. de Seguros S.A."..."

⁽¹¹⁶⁾ Ver: Fs. 92 y 93 del Expediente N° 32.157, de la Superintendencia de Seguros de la Nación.

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

Y, lo increíble (nuevamente, en perjuicio de los ‘consumidores de seguros’), es que dicha Resolución N° 23.160 (que aprueba el Expediente N° 32.157), establece lo siguiente:

(i) ‘período extendido de notificaciones’ de dos (2) años (en forma automática) ⁽¹¹⁷⁾

(ii) ‘cobertura ‘retroactiva’ ⁽¹¹⁸⁾ ⁽¹¹⁹⁾ ⁽¹²⁰⁾ ⁽¹²¹⁾

Si bien no hemos tenido ante nosotros el Endoso de la Cláusula “Claims Made” utilizado en la Póliza de “La Ibero Platense Cía de Seguros”, lo trascendente del análisis de las pautas del Expediente N° 32.157, es que aprueba la aplicación de la Cláusula “Claims Made”, que establecía requisitos de ‘período de cobertura retroactividad’ y de ‘período extendido de notificaciones’

Esto es una muestra cabal más, por un lado, de la absoluta indefensión de los ‘consumidores de seguros’; y -por otro lado- de los ‘espejismos’ que se ofrecerían en ‘distintas alternativas’ a los asegurados, pero que -luego, en la cruda realidad- pueden no existir (o no son ofrecidos por las Compañías de Seguros a los asegurados; o son limitados; o son muy caros; o, fundamentalmente, no pueden ser cabalmente comprendidos por los ‘consumidores de seguros’)

Es por ello, que con dura claridad, para **Yzquierdo Tolsada**, la Cláusula “Claims Made”, puede ser considerada como una “trampa” en perjuicio de los ‘consumidores de seguros’ ⁽¹²²⁾

⁽¹¹⁷⁾ Ver: Fs. 66 y 68 del Expediente N° 32.157.

⁽¹¹⁸⁾ Ver: Fs. 2 del Expediente N° 32.157, en la presentación realizada por la Compañía de Seguros.

⁽¹¹⁹⁾ A Fs. 19 del Expediente N° 32.157, se determina que “...RETROACTIVIDAD es el período previo a la vigencia de esta póliza que se indica en el frente de la póliza...”

⁽¹²⁰⁾ A Fs. 39 del Expediente N° 32.157, la propia Compañía de Seguros que solicita la autorización, manifiesta que: “...el asegurador puede cubrirle al asegurado, por ejemplo, la responsabilidad que derive de un reclamo formulado dentro del plazo de vigencia de la cobertura, aunque el hecho generador de tal responsabilidad haya sido anterior a ella...” (el subrayado, es nuestro).

⁽¹²¹⁾ A Fs. 41 del Expediente N° 32.157, todavía es más amplio el ‘período de retroactividad’, dado que la Compañía de Seguros afirma que “...el asegurador cubre solamente la responsabilidad del asegurado por reclamos de terceros que se formulen durante la vigencia de la póliza, con independencia del momento en que pudo haber ocurrido el hecho o acto generador de responsabilidad...” (el subrayado, es nuestro).

⁽¹²²⁾ **YZQUIERDO TOLSADA, Mariano**; “Aspectos Civiles del nuevo Código Penal”, página 229, afirma que la Cláusula “Claims Made”, se trata de “...una barbaridad jurídica...”, agregando que es “...una trampa creada por los aseguradores que hace peligrar a la propia institución del seguro de responsabilidad civil...”; Editorial Dykinson,

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

.7) La versión “Anglosajona” de la Cláusula ‘Claims Made’

.7.1) A nuestro criterio ⁽¹²³⁾, en principio -en líneas generales- existen dos (2) clases de Cláusulas “Claims Made”:

- (i) la versión “Anglosajona”
- (ii) la versión “Latinoamericana”

Resulta pertinente señalar que esta denominación en “Anglosajona” y “Latinoamericana”, es solamente una elaboración doctrinaria nuestra, con la finalidad de tratar de brindarle una mayor claridad conceptual al análisis de la Cláusula “Claims Made” ⁽¹²⁴⁾ ⁽¹²⁵⁾

Madrid, España, 1997 (citado por **EVANGELIO LLORCA, Raquel**; “*El Contrato de Seguro en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*”, Segunda Parte ‘Comentarios de Jurisprudencia’, Capítulo 25 “*Las Cláusulas ‘Claims Made’ en el Seguro de Responsabilidad Civil - Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de Marzo de 1991 y 31 de Enero de 1990*”, página 800, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1999).-

⁽¹²³⁾ **SOBRINO, Waldo Augusto R.**, en “*Código de Comercio y normas complementarias (Análisis jurisprudencial. Comentado, concordado y anotado). Ley de Seguros*”, Directores: Carlos Ghersi y Celia Weingarten; Tomo III, Art. 109, páginas 267/270, Editorial Nova Tesis, Mayo de 2006. Dejamos aclarado que el comentario del Art. 109, refleja solamente nuestra opinión personal (y no la de los demás coautores).

⁽¹²⁴⁾ Como consecuencia de ello, dejamos sentado que esta distinción, se formula solamente a los efectos explicativos. *De manera tal que pueden existir cláusulas -que nosotros denominamos- “Anglosajonas” que se apliquen en Latinoamérica; como también pueden existir cláusulas “Latinoamericanas”, utilizadas en los países centrales.*

Uno de los más distinguidos doctrinarios argentinos y latinoamericanos (Domingo Lopez Saavedra), no está de acuerdo con esta distinción que hacemos nosotros, entre Versiones “Anglosajonas” y “Latinoamericanas”. Como consecuencia de ello, en Junio de 2006, en el programa de televisión de cable “Pool Económico” (Programa 200; www.pool-economico.com.ar), manifestó que las Compañías líderes de nuestro mercado ofrecen la cláusula ‘claims made’ con ‘periodo retroactivo de cobertura’ (hechos anteriores) y con ‘periodos extendidos de denuncia’ de 2, 5 y hasta 10 años.

En nuestro criterio, el ‘periodo retroactivo ilimitado de cobertura’, es la gran diferencia entre lo que nosotros llamamos las versiones ‘Anglosajonas’ y las ‘Latinoamericanas’

⁽¹²⁵⁾ Destacando -nuevamente- que esta clasificación, es únicamente una elaboración doctrinaria nuestra, se puede sostener que lo que nosotros denominamos la **Cláusula Claims Made Versión “Latinoamericana”**, sería la que en la actualidad gran parte de la doctrina argentina, denomina la *alternativa “pura”* (es decir, sin período de retroactividad; sin posibilidad que el propio asegurado ‘gatille’ la cobertura y sin período extendido de notificación); y en el otro extremo, se encontraría la **Cláusula Claims Made Versión “Anglosajona”**, que en se caracterizaría (en su forma pura), por requerir para brindar cobertura que *el reclamo se produzca durante la vigencia de la Póliza (sin importar cuando sucedió el ‘hecho’ generador de responsabilidad).*

Obviamente, que a su vez, existen distintas alternativas dentro de cada clasificación. Así entonces, cuanto mayor sea la restricción del ‘período de retroactividad’ de la Versión “Anglosajona”, más se estará aproximando a la versión “Latinoamericana”.

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

.7.2) Así, la Cláusula “*Claims Made*” (Versión “*Anglosajona*”), para brindar cobertura, en principio, exige un sólo requisito: *que el reclamo se realice durante la vigencia de la Póliza (o sus renovaciones -o, en algunos casos, durante el ‘período extendido de notificación-)*

De esta forma, **Robert H. Jerry II** ⁽¹²⁶⁾, enseña que:

“...*claims made policies provide coverage if the act or neglect is discovered and brought to the insurer’s attention during the policy’s term, regardless of when the act occurred...*” ⁽¹²⁷⁾

Siguiendo esta senda, es que el Profesor Emérito de la Universidad de Harvard, **Robert Keeton** ⁽¹²⁸⁾, cita el texto de la “*Commercial General Liability Coverage Form (Claims Made coverage)*”, donde se establece que:

“...*this insurance applies to ‘bodily injury’ and ‘property damage’ only if a claim for damages because of the ‘bodily injury’ or ‘property damage’ is first made against any insured during the policy period...*” ⁽¹²⁹⁾

Por ello, para que exista cobertura de la Cláusula “*Claims Made*”, en la versión “*Anglosajona*”, en principio, solamente se exige que el reclamo (‘*claims*’) sea hecho (‘*made*’), durante la vigencia de la Póliza, *sin tener en consideración, la fecha en que se produjo el hecho generador de responsabilidad.-*

Incluso, en la obra “*Liability Insurance*” del *Chartered Insurance Institute* de Londres, en la versión española de MAPFRE, con relación a la “*Póliza de Indemnización Profesional*”, se sostiene que la Cláusula Operativa modelo suele ser la siguiente “...*la Compañía accede por la*

⁽¹²⁶⁾ **JERRY II, Robert H.**; “*Understanding Insurance Law*”, pág. 287, Ed. Mathew Bender & Company, New York, Estados Unidos, 1987.

⁽¹²⁷⁾ Una traducción libre podría ser que: “...*las pólizas ‘claims made’ otorgan cobertura si el acto o negligencia es descubierto y presentado el reclamo por ante el asegurador, durante la vigencia de la póliza, sin importar la fecha de ocurrencia del hecho...*”

⁽¹²⁸⁾ **KEETON, Robert F. - WIDISS, Alan**; “*Insurance Law (a guide to fundamental principles, legal doctrines and commercial practices)*”, pág. 1.158, Ed. West Publishing Company, Minnesota, Estados Unidos, 1988.

⁽¹²⁹⁾ Una traducción libre de esta cláusula podría ser: “*este seguro se aplica a las lesiones personales o daños a la propiedad, solamente si el reclamo por daños derivados de las lesiones personales o daños a la propiedad, son hechos por primera vez contra el asegurado durante la vigencia de la póliza...*”

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

presente, dentro de los límites y condiciones aquí contenidos o añadidos, a indemnizar al asegurado como resultado de cualquier demanda por daños producidos durante el período de vigencia del seguro y que se deban a cualquier acto negligente, error u omisión que haya cometido el asegurado en su actividad profesional...” ⁽¹³⁰⁾

Agregando posteriormente que “...debe tenerse en cuenta que la demanda ha de presentarse durante el período de vigencia del seguro, **independientemente de cuándo haya tenido lugar el acto negligente que lo motivó...**” ⁽¹³¹⁾

.7.3) Dentro de esta alternativa “Anglosajona”, existe otra versión más restrictiva, que requiere que el hecho que produce la responsabilidad, suceda dentro del ‘período de retroactividad’.

Así, **Robert E. Keeton** y **Alan I. Widiss** ⁽¹³²⁾, explican esta alternativa, enseñando que otorga cobertura “...of any claim or claims made against the Insured during the policy period...subsequent to the retroactive date...” ⁽¹³³⁾

.7.4) La que nosotros denominamos Versión “Anglosajona” ‘pura’, brindan una cobertura con retroactividad, sin límites.

Cuando se establece un ‘límite’ de años, en el ‘período de retroactividad’, se va restringiendo la cobertura.

De forma tal, cuanto más breve (en años) sea este ‘período de retroactividad’, más semejante se va a hacer a la Versión “Latinoamericana” (que, en principio, exige que el *hecho generador de responsabilidad* se produzca *durante la vigencia de la póliza*).

⁽¹³⁰⁾ Curso de Seguros del CHARTERED INSURANCE INSTITUTE, página 161 (versión española “Seguros de Responsabilidad Civil”; traducción de Manuel Vivas Diaz-Berro; editorial MAPFRE, Madrid, España, 1982)

⁽¹³¹⁾ Si bien el *principio general* (de lo que nosotros denominamos versión “Anglosajona”), es que tienen “período retroactivo”, puede haber casos donde éste no se otorgue.

⁽¹³²⁾ **KEETON, Robert F. - WIDISS, Alan**; “*Insurance Law (a guide to fundamental principles, legal doctrines and commercial practices)*”, pág. 598, Ed. West Publishing Company, Minnesota, Estados Unidos, 1988.

⁽¹³³⁾ Nuestra traducción libre sería: “...cualquier reclamo o reclamos realizados contra el asegurado durante la vigencia de la póliza...posterior a la fecha de retroactividad...”

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

Como consecuencia de ello, es que las diferencias entre ambas versiones, se da en el hecho en que la versión ‘anglosajona’ ‘pura’, el ‘período de retroactividad’ (es decir, el plazo durante el cual se debe haber producido el ‘hecho’ generador de responsabilidad), es ‘ilimitado’ (hacia el pasado) ⁽¹³⁴⁾

En cambio, en la versión ‘latinoamericana’ ‘pura’, el ‘hecho’ generador de responsabilidad, debe suceder durante la vigencia de la póliza (y -además, - el reclamo, debe realizarse durante la mentada vigencia de la póliza -o durante el ‘período extendido de notificación’-)

.8) La versión “Latinoamericana” -o ‘kakfiana’- de la Cláusula ‘Claims Made’

.8.1) La que nosotros denominamos versión “Latinoamericana” ⁽¹³⁵⁾ de la Cláusula ‘Claims Made’ ⁽¹³⁶⁾ es todavía mucho más perjudicial para el asegurado, dado que exige dos (2) requisitos:

- (i) que el *reclamo* (‘claims’) se realice (‘made’) durante la *vigencia de la póliza* ⁽¹³⁷⁾
- (ii) **que el hecho generador de responsabilidad hubiera ocurrido durante de la vigencia de la póliza**

.8.2) Nótese que la versión “Latinoamericana”, es aún más perjudicial que la alternativa “Anglosajona”, dado que no sólo exige que el *reclamo* se produzca durante la *vigencia* de la Póliza, sino que -además- le incluye un **nuevo requisito: que el hecho generador de responsabilidad también ocurra durante la vigencia de la póliza**

⁽¹³⁴⁾ Y, además, el ‘reclamo’(claims), debe ser ‘hecho’(made), durante la vigencia de la póliza (o durante el ‘período extendido de notificación’).

⁽¹³⁵⁾ **SOBRINO, Waldo Augusto R.**, en “*Código de Comercio y normas complementarias (Análisis jurisprudencial. Comentario, concordado y anotado). Ley de Seguros*”, Directores: Carlos Ghersi y Celia Weingarten; Tomo III, Art. 109, páginas 267/270, Editorial Nova Tesis, Mayo de 2006. Dejamos aclarado que el comentario del Art. 109, refleja solamente nuestra opinión personal (y no la de los demás coautores).

⁽¹³⁶⁾ Esta Cláusula que nosotros denominamos “Latinoamericana”, es llamada por cierta doctrina como Cláusula Claims Made “pura”. En principio, nos estamos refiriendo a la situación de *desprotección* que sufre el ‘consumidor de seguros’ en la República Argentina.

⁽¹³⁷⁾ O sus *renovaciones* (o -en su caso- durante el ‘período extendido de notificación’)

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

He aquí la gran diferencia, en principio, esta versión *no tiene ‘período de retroactividad’* ⁽¹³⁸⁾

Esta versión “*Latinoamericana*” es muy utilizada en las Pólizas de ‘Mala Praxis’ en Argentina

Reiteramos que no estamos hablando de una Compañía de Seguros en particular, sino que estamos haciendo un análisis general de esta Cláusula.

Por ello, es factible que existan distintas alternativas en cada Compañía de Seguros, cuando comercializa esta cláusula, que pueda llegar a otorgar ‘período de retroactividad’

.8.3) También es pertinente recordar lo que sucede en **Brasil** (según enseña el **Profesor Walter Antonio Polido**), quien expone que “...*pela técnica indicada no parágrafo anterior, ao ser contratada uma apólice ‘Claims Made’ pela primeira vez, a mesma nao garantirá cualquier siniestro ocurrido anteriormente ao seu início de vigencia, seja o nou conhecido pelo Segurado. A retroatividade de cobertura somente será adquirida a partir da renovacao deste tipo de apólice, sendo que a atual absorverá o período de cobertura da anterior e assim sucessivamente...*” ⁽¹³⁹⁾

Nótese la sutil paradoja terminológica planteada por el profesor Polido, dado que el ‘*período retroactivo de cobertura*’, solamente existe a partir de la fecha de vigencia de la primera póliza, cuando se produce la renovación...

Es decir, la primera póliza, no tiene ‘período de retroactividad’; y lo que en forma grandilocuente se denomina ‘retroactividad’, se produce solamente que en el segundo año de cobertura, ya que se brinda cobertura por hechos ocurridos durante el primer año de vigencia de la póliza.

.8.4) De tal guisa, hay Póliza de Seguros en Argentina, que si bien declaran que otorgan ‘retroactividad’, no brindan amparo por hechos anteriores a la contratación de la póliza por primera vez.

⁽¹³⁸⁾ Volvemos a manifestar que en Argentina, pueden existir coberturas de Cláusula “Clams Made” que otorgan ‘*períodos de retroactividad*’. Pero, las primeras versiones de las Cláusulas “Claims Made” que se utilizaron en nuestro país (v.gr. Versión “*Latinoamericana*” *original*), en principio, no tenían ‘período de retroactividad’.

⁽¹³⁹⁾ **POLIDO, Walter Antonio**; “*O Seguro de Responsabilidade Civil Geral no Brasil & Aspectos Internacionais*”, pág. 137, Editora Manuais Técnicos de Seguros, Sao Paulo, Brasil, 1997.

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

Esta es otra gran diferencia entre las versiones “*Anglosajonas*” y las “*Latinoamericanas*”

.8.5) Queremos resaltar una circunstancia que no puede pasar desapercibida: ***la versión “Latinoamericana” de la Cláusula ‘Claims Made’ es la nefasta sumatoria de la versión “Anglosajona” (v.gr. que el reclamo -claims- se realice -made- durante la vigencia de la póliza); más la tradicional “Base Ocurrencia”, que exige que el ‘hecho’ generador de responsabilidad, ocurra durante la vigencia de la póliza.***

.8.6) Es decir, que para que el asegurado tenga cobertura, el hecho debe ocurrir durante la vigencia de la póliza (aplicación del principio de ‘base ocurrencia’) y el reclamo debe efectuarse durante la vigencia de la póliza (aplicación del principio de la cláusula *Claims Made* -versión Anglosajona-) ⁽¹⁴⁰⁾

.8.7) Recordamos, que para pretender *flexibilizar* la Cláusula “*Claims Made*”, se han desarrollado algunas alternativas.

.8.7.1) Una de ellas, es que el *trigger* (es decir, el hecho que *gatille*) la cobertura, no sólo debe ser el reclamo de la víctima, sino que también es válida la notificación del propio asegurado ⁽¹⁴¹⁾ ⁽¹⁴²⁾

.8.7.2) La otra posibilidad, es contratar el “*Período Extendido de Notificación*” (o también denominado ‘*período extendido de denuncia*’), es decir, se trata de un plazo (posterior al vencimiento de la póliza), en virtud del cual, si durante este término llegase una notificación de un reclamo (por un hecho ocurrido durante la vigencia de la póliza), va a existir cobertura de la Compañía de Seguros ⁽¹⁴³⁾

⁽¹⁴⁰⁾ O, reiteramos, sus *renovaciones* o el ‘*período extendido de notificación*’

⁽¹⁴¹⁾ Ver: **SOBRINO, Waldo A. R.**; “*Seguros y Responsabilidad Civil*”, Capítulo III “*La Cláusula ‘Claims Made’ y la función social del Seguro de Responsabilidad Civil*”, Punto .15) ‘Nuevas Alternativas’, en especial: .15.2) “*Note of Circumstances*”, páginas 100/101, Editorial Universidad. Buenos Aires. 2003.

⁽¹⁴²⁾ Nos remitimos a lo oportunamente desarrollado respecto a las alternativas de *flexibilización*

⁽¹⁴³⁾ **SOBRINO, Waldo A. R.**; “*Seguros y Responsabilidad Civil*”, Capítulo III “*La Cláusula ‘Claims Made’ y la función social del Seguro de Responsabilidad Civil*”, Punto .15) ‘Nuevas Alternativas’, en especial: .15.3) “*Período Extendido de Cobertura*”, páginas 101/103, Editorial Universidad. Buenos Aires. 2003.

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

.9) La ilegalidad de la Cláusula “Claims Made”

.9.1) Liminarmente, debemos resaltar las enseñanzas de la doctrina de los autores de los Estados Unidos de Norteamérica, cuando explican que: “...*normalmente los consumidores de seguros no entienden la Cláusula ‘Claims Made’...*” ⁽¹⁴⁴⁾

Así entonces, si una sociedad tan desarrollada (en el aspecto de los seguros) como son los norteamericanos y que -además- utiliza la mentada cláusula hace casi medio siglo, nos dice la doctrina que los asegurados no la comprenden, qué podemos llegar a decir nosotros de nuestros ‘consumidores de seguros’ criollos...

.9.2) Y, nosotros agregamos, que si los consumidores norteamericanos no entienden la Cláusula ‘Claims Made’ (que nosotros denominamos versión “*Anglosajona*”), resulta harto evidente que el neófito consumidor criollo, va a entender menos aún, la más complicada y abusiva Cláusula ‘Claims Made’ (versión “*Latinoamericana*”).

.9.3) Esta versión “*Latinoamericana*” -o “*kafkiana*”- ⁽¹⁴⁵⁾, en sus numerosas, variadas, confusas y diferentes versiones que se comercializan en Argentina, quizás pueda ser cabalmente entendida y comprendida en todas sus consecuencias legales (especialmente, en los referente a la desprotección que implica para el ‘*consumidor de seguros*’ -Art. 37 de la Ley 24.240-), por un *abogado*, que además sea *especialista en seguros*, como -causal o casualmente- era **Franz Kafka** ⁽¹⁴⁶⁾

Es más, en los casos en que hipotéticamente se produzca un siniestro y la Compañía de Seguros, se pretendiera eximir de responsabilidad, alegando los *tecnicismos* de la Cláusula “*Claims Made*”, estoy seguro que el ‘*consumidor de seguros*’ va a sentir en su propia piel, lo mismo que le acontecía al “*Señor K.*”, en “*El Proceso*” de *Kafka*...

⁽¹⁴⁴⁾ **JERRY II, Robert H.**; “*Understanding Insurance Law*”, pág. 288, donde se resalta que “...*consumers often do not understand claims-made coverage...*”, Ed. Mathew Bender & Company, New York, Estados Unidos, 1987.

⁽¹⁴⁵⁾ Es pertinente recordar que el término ‘*kafkiano*’ hace referencia a “...*situaciones absurdas, angustiosas y grotescas...*” (Ver: **Gran Enciclopedia Universal Espasa Calpe**; Tomo 22, página 6686, Buenos Aires, 2005).

⁽¹⁴⁶⁾ Entre otras cuestiones de la difícil vida de **Franz Kafka**, debemos recordar que (además de ser *abogado* y *especialista en seguros*), era de origen *checoslovaco*; nacido en el Imperio *austro-húngaro*; hablaba *alemán*, y era de religión *judía*...

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

Concretamente, el *consumidor de seguros* no va a entender los vericuetos del *proceso* de la Cláusula “Claims Made”; y lo único que va a tener en claro, es que el seguro no va a cumplir con sus *expectativas razonables* ⁽¹⁴⁷⁾ ⁽¹⁴⁸⁾

O, para decirlo en palabras del colega Kafka “...sucedió, sencillamente, que nada se sabía del proceso y que nunca se sabría nada de él...” ⁽¹⁴⁹⁾ ⁽¹⁵⁰⁾

.9.4) Algunos autores, sostienen que la Cláusula “Claims Made”, sería válida, aunque no brinde demasiada protección a los ‘consumidores de seguros’, siempre y cuando se le hubieran otorgado *distintas alternativas* a los asegurados para elegir.

.9.4.1) Como primera respuesta, estimamos pertinente resaltar que el contrato de seguro, es un *contrato de adhesión* (en realidad, un *contrato de consumo*) ⁽¹⁵¹⁾, donde las posibilidades de opción se encuentran absolutamente limitadas.

.9.4.2) En segundo lugar, debemos recordar que *no todo es negociable*, dado que existen ciertas pautas normativas que establecen que existen límites para el acuerdo de voluntades (v.gr. Art. 953 del Código Civil; Art. 37 de la Ley 24.240; Art. 158 de la Ley de Seguros; Art. 42 de la Constitución Nacional; etc.)

.9.4.3) En tercer término, en Argentina, tenemos tantas variantes y/o alternativas y/o versiones de Cláusulas “Claims Made”, que se ha transformado en un verdadero *aquelare*

⁽¹⁴⁷⁾ Ver: SOBRINO, Waldo A. R.; “Seguros y Responsabilidad Civil”, Capítulo III “La Cláusula ‘Claims Made’ y la función social del Seguro de Responsabilidad Civil”, Punto .11) ‘La doctrina de las ‘Expectativas Razonables’, páginas 82/85, Editorial Universidad. Buenos Aires. 2003.

⁽¹⁴⁸⁾ DOBBYN, John; “Insurance Law”, página 96, Ed. West Publishing Company, Minnesota, Estados Unidos, 1989.

⁽¹⁴⁹⁾ KAFKA, Franz; “El Proceso”, página 83, Bureau Editor, Buenos Aires, 2001.

⁽¹⁵⁰⁾ Creemos que Kafka no se estaba refiriendo a las distintas versiones latinoamericanas de la Cláusula “Claims Made” (¿ o si... ?)

⁽¹⁵¹⁾ ALTERINI, Atilio Anibal; “Contratos (Civiles - Comerciales - de Consumo)”, página 135, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

Quizás, la etapa de las “*pinturas negras*” de **Francisco Goya** (justamente cuando pintó “*El Aquelarre*”) (¹⁵²), nos muestre las caras de los ‘*consumidores de seguros*’ tratando de entender lo ininteligible de las innumerables clases de Cláusulas “*Claims Made*”.

.9.4.4) Diferentes alternativas de Cláusulas “*Claims Made*”:

A vuelo de pájaro y sin profundizar demasiado en la investigación, podemos citar algunas de las alternativas de cláusulas “*Claims Made*” (¹⁵³) que se comercializan en Argentina (¹⁵⁴):

- (i) *sin ‘período de retroactividad’*
- (ii) *con ‘períodos retroactivos’ (‘colas retroactivas’), con pago de extraprima*
- (iii) *con períodos retroactivos (‘colas retroactivas’), sin pago de extraprima* (¹⁵⁵)
- (iv) *con ‘período de retroactividad’ ilimitado*
- (v) *con ‘período de retroactividad’ limitado*
- (vi) *con ‘período de retroactividad’ (pero que no cubre ‘actos previos’ a la vigencia)* (¹⁵⁶)

(¹⁵²) O, quizás, a alguien se le pueda ocurrir hacer una asociación libre y recordar en forma más específica otra obra de Goya: “*Los fusilamientos de la Moncloa*”

(¹⁵³) Resaltamos que algunas o varias de estas ‘alternativas’, a su vez, pueden llegar a utilizarse en una misma Cláusula “*Claims Made*”. Por tanto, las distintas posibilidades de clases o versiones de la Cláusula “*Claims Made*”, es más amplia.

(¹⁵⁴) Aclaremos que estas alternativas de Cláusulas “*Claims Made*”, no se refieren únicamente a los Seguros de Responsabilidad Civil Médica.

(¹⁵⁵) **WIERZBA, Sandra M. – CZERNIZER, Diego G.;** “*La Cláusula ‘Claims Made’ en los Seguros de Responsabilidad Médica: la experiencia Argentina*”, en “*Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*”, La Ley, año IV, N° VI, Noviembre-Diciembre, Punto .3.2) Póliza base “*Claims Made*”, donde expresan que puede “...*pactarse la cobertura de actos de malapaxis anteriores a la fecha de inicio de la vigencia del seguro (‘colas retroactivas’), con o sin el pago de una extraprima...*”

(¹⁵⁶) Un texto de Póliza de ‘Mala Praxis’ (aprobado por la Superintendencia de Seguros de la Nación) de una prestigiosa Compañía de Seguros (especialista en Seguros de Responsabilidad Civil Profesional), determina: “...DEFINICIÓN DE RETROACTIVIDAD: *Exclusivamente a los efectos del presente sistema de cobertura (claims made o reclamo), se entiende por límite de la retroactividad a la fecha en que comienza a regir la vigencia de la primer cobertura contratada con la Compañía de Seguros, la cual debe estar indicada en las Condiciones Particulares. Por lo tanto cada vez que en la presente se mencione el término retroactividad, deberá entenderse que se está refiriendo a la fecha*

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

- (vii) *con ‘período de retroactividad’, que sí cubre ‘actos previos’ a la vigencia de la póliza*
(¹⁵⁷)
- (viii) *que el trigger (disparador) de cobertura se produzca por el reclamo de la víctima*
- (ix) *que el trigger (disparador) de cobertura se produzca por la denuncia del asegurado*
- (x) *que exija que la ‘reclamación’ al asegurado (aunque no la ‘notificación’), se produzca durante la vigencia de la póliza* (¹⁵⁸)
- (xi) *que exija que la ‘reclamación’ y la ‘notificación’ (llamada “claims made and notified”), se produzcan durante la vigencia de la póliza* (¹⁵⁹)
- (xii) *que el trigger se produce por el inicio de la acción judicial (aunque el asegurado no se entere, ni sea notificado);*
- (xiii) *que el ‘trigger’ se produce por el ‘descubrimiento’ del daño y la ‘denuncia’ del hecho, durante la vigencia de la póliza;*
- (xiv) *sin ‘período extendido de notificación’*

en que la primera póliza con la Compañía de Seguros fue emitida, y que, cada renovación posterior con la Compañía de Seguros, no alterará dicha fecha inicial, salvo que el Asegurado y la Compañía de Seguros hayan pactado otra distinta, la que también deberá constar en las Condiciones Particulares...” (el subrayado, es nuestro)

(¹⁵⁷) Si bien el ‘período de retroactividad’, (según algunas Pólizas), puede cubrir ‘actos previos’, es menester tener presente que “...en las pólizas de cobertura de malapraxis comercializadas en la Argentina la ‘fecha de retroactividad’ generalmente ha coincidido con el día de inicio del contrato de seguros (primera vigencia)...” (WIERZBA, Sandra M. – CZERNIZER, Diego G.; “La Cláusula ‘Claims Made’ en los Seguros de Responsabilidad Médica: la experiencia Argentina”, en “Revista de Responsabilidad Civil y Seguros”, La Ley, año IV, N° VI, Noviembre-Diciembre, Punto .5.1. “Coberturas Retroactivas”)

(¹⁵⁸) WIERZBA, Sandra M. – CZERNIZER, Diego G.; “La Cláusula ‘Claims Made’ en los Seguros de Responsabilidad Médica: la experiencia Argentina”, en “Revista de Responsabilidad Civil y Seguros”, La Ley, año IV, N° VI, Noviembre-Diciembre, Punto .3.2) Póliza base “Claims Made”, Nota n° 12. donde explican que en las versiones de las Cláusula Claims Made “...se observan a veces esquemas contradictorios, pues no es lo mismo considerar que la garantía se activa con la presentación del reclamo por el tercero (en un tribunal, por ejemplo), que entender que el ‘trigger’ es la notificación del reclamo al asegurado...”

(¹⁵⁹) CLARK, Douglas y POLLAK, Mindy; “La Cobertura ‘Claims Made’ en EE.UU.: Consolidada y funcionando bastante bien”, publicado en: www.genre.com/sharedfile/pdf/Topics13ClarkPollack-sp.pdf-, pag. 40

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

- (xv) con ‘período extendido de notificación’ gratuito ⁽¹⁶⁰⁾
- (xvi) con ‘período extendido de notificación’ oneroso (a su vez, con diferentes plazos, que podrían ser entre 1 hasta 10 años) ⁽¹⁶¹⁾ ⁽¹⁶²⁾
- (xvii) con ‘período extendido de notificación’ que se compra al inicio de la vigencia
- (xviii) con ‘período extendido de notificación’ que se compra al final de la vigencia
- (xix) con ‘período extendido de notificación’ que se compra al final de la vigencia, que lo puede adquirir el asegurado libremente (v.gr. ‘two way tail’)
- (xx) con ‘período extendido de notificación’ que se compra al final de la vigencia, que sólo lo puede adquirir el asegurado cuando la Compañía de Seguros no quiera renovar la Póliza
- (xxi) con ‘período extendido de notificación’ que se compra al final de la vigencia, que no lo puede adquirir al asegurado aunque la Compañía de Seguros, en la renovación, le cambie sustancialmente las condiciones de cobertura y/o la suma asegurada y/o la franquicia y/o los costos (v.gr. ‘one way tail’)
- (xxii) con ‘período extendido de notificación’ de carácter ‘ilimitado’ (o cobertura ‘run off’) ⁽¹⁶³⁾

⁽¹⁶⁰⁾ CLARK, Douglas y POLLAK, Mindy; “La Cobertura ‘Claims Made’ en EE.UU.: Consolidada y funcionando bastante bien”, publicado en: www.genre.com/sharedfile/pdf/Topics13ClarkPollack-sp.pdf, pag. 40, “Prórroga del plazo para notificación”, donde explican que “...normalmente se otorga automáticamente y sin cargo una breve prórroga del plazo para notificación...”

⁽¹⁶¹⁾ Tenemos conocimiento de por lo menos una Compañía de Seguros (especialista en Seguros de Responsabilidad Civil Profesional), que ofrece un ‘período extendido de notificación’ de hasta diez (10) años.

⁽¹⁶²⁾ Nos parece muy positiva la opinión de **Amadeo Eduardo Traverso** (quien se encuentra a favor de la Cláusula “Claims Made” y quien no ve con buenos ojos la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor a los Seguros), pero que en este tema concreto manifiesta que: “...la única forma de eludir la declaración de invalidez de la cláusula será cumpliendo con el requisito de acordar un contrato de larga duración al asegurado, incorporando desde el inicio el endoso de extensión del período de denuncias de diez (10) años, única forma de asimilar la cláusula “Claims Made” a un seguro de base ocurrencias...” (el subrayado, es nuestro) (Ver: **TRAVERSO, Amadeo Eduardo**; “La Cláusula Claims Made en los Seguros de Responsabilidad Civil Profesional, a la luz de un reciente fallo”, en la Revista “Mercado Asegurador”, página 42, Agosto de 2006).

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

(xxiii) etc.

Amigo lector ¿ Ud. está abrumado, confundido, desconcertado y apabullado por las diferentes alternativas y variantes de cláusulas ?

Debemos confesar, que nosotros también...

.9.4.5) Y, ahora, nos preguntamos:

¿ los ‘consumidores de seguros’ (v.gr. su hermano; su madre; su vecino; su ‘médico de cabecera’; cualquier ciudadano de a pie) pueden tomar una decisión fundada ante tantas clases de posibilidades ?

¿ pueden entender y comprender los ‘consumidores de seguros’, las implicancias legales que tiene cada una de estas alternativas ?

¿ les fueron claramente explicados los pro y contras de cada una de estas posibilidades ?

¿ cumplen las Compañías de Seguros y sus Productores-Asesores de Seguros con el Art. 5 de la Ley de Defensa del Consumidor que exige que se debe brindar a los consumidores una información cierta, objetiva, veraz, detallada, eficaz y suficiente ?

¿ cumplen las Compañías de Seguros y sus Productores-Asesores de Seguros con el Art. 42 de la Constitución Nacional que exige que se le brinden al consumidor de seguros una información adecuada y veraz, con un trato equitativo y digno ?

¿ toda esta confusión kakfiana de las innumerables alternativas de la Cláusula “Claims Made”, fue realizada por los ‘consumidores de seguros’ o por el mercado de Seguros y Reaseguros internacional ?

⁽¹⁶³⁾ **CLARK, Douglas y POLLAK, Mindy;** *“La Cobertura ‘Claims Made’ en EE.UU.: Consolidada y funcionando bastante bien”*, publicado en: www.genre.com/sharedfile/pdf/Topics13ClarkPollack-sp.pdf-, página 43. Estos autores, también hacen referencia a la “Virginia Rule”, que es una ley dictada en el Estado de Virginia (Estados Unidos), en el año 2004, que determina que en el caso de *Seguros de Responsabilidad Civil para Médicos y Hospitales* (con Cláusula “Claims Made”), el ‘período extendido de notificación’ es por un plazo ‘limitado’

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

¿ las distintas modificaciones y alternativas derivadas de la Cláusula “Claims Made” (llamada ‘pura’ -¿?-), no es una ‘confesión’ del propio mercado de Seguro y Reaseguros que se trata (o trataba) de una cláusula ilegal, injusta y abusiva ?

¿ cuántos Abogados pueden llegar a entender cabalmente las distintas consecuencias de las alternativas de la Cláusula “Claims Made” ?

¿ cuántos Productores de Seguros pueden llegar a entender cabalmente las distintas consecuencias de las alternativas de la Cláusula “Claims Made” ?

¿ cuántos ‘consumidores de seguros’ pueden llegar a entender cabalmente las distintas consecuencia de las alternativas de la Cláusula “Claims Made” ? ⁽¹⁶⁴⁾

¿ ésta verdadera anarquía de innumerables alternativas de Cláusulas “Claims Made”, realizadas en forma unilateral e inconsulta por el ‘mercado de seguros’ (Compañías de Seguros y Reaseguradoras), es mera casualidad ?

¿ es lógico y razonable que la Superintendencia de Seguros de la Nación permita que exista en nuestro mercado la nefasta Cláusula “Claims Made” ?

¿ es lógico y razonable que la Superintendencia de Seguros de la Nación permita que exista en nuestro mercado innumerables, diferentes, contradictorias e ininteligibles versiones de Cláusula “Claims Made” ?

¿ todas estas complicadas alternativas serán la aplicación de la sentencia de Nietzsche cuando decía que “...muchas veces se enturbian las aguas, para que parezcan profundas...” ?

Finalmente nos preguntamos:

⁽¹⁶⁴⁾ En este tópico, también nos parece muy acertado **Amadeo Eduardo Traverso**, cuando manifiesta que “...la sólo alternativa de ofrecer al asegurado –a la finalización de cada contrato y/o al momento de su rescisión- la posibilidad de adquirir un endoso por un período extendido o prorrogado de denuncias –aún constando en la propuesta y en el contrato- tampoco salva el cuestionamiento de invalidez de la Cláusula “Claims Made”...” (el subrayado, es nuestro) (Ver: **TRAVERSO, Amadeo Eduardo**; “*La Cláusula Claims Made en los Seguros de Responsabilidad Civil Profesional, a la luz de un reciente fallo*”, en la Revista “Mercado Asegurador”, página 42, Agosto de 2006).

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

¿ estas innumerables alternativas de la Cláusula “Claims Made” cumplen con la exigencia del Art. 11 de la Ley de Seguros, que determina en forma específica que la Póliza de Seguros deberá tener una “...redacción clara...” ?

¿ Cumple la Cláusula “Claims Made” con el Art. 25 de la Ley 20.091, que exige que las de Pólizas de Seguros tenga condiciones “equitativas” ?

¿ Cumple la Cláusula “Claims Made” con el “Preámbulo” de la Constitución Nacional, cuando ordena “...afianzar la justicia...” ?

Las respuestas no permiten hesitaciones

Seamos claros: si la Cláusula “Claims Made” (y sus innumerables variantes) fueran comprensibles, justas y equilibradas para la gente común (v.gr. jueces; abogados; productores de seguros; ‘consumidores de seguros’; etc.); este artículo no sería tan largo y aburrido...

*Respecto a lo tedioso y extenso de este artículo, me viene a la memoria la anécdota de **Pablo Picasso**, cuando presentó su espectacular “**Guernica**” (que refleja los bombardeos alemanes, a la pequeña ciudad vasca) en el Pabellón Español de la Exposición de Paris de 1937. En dicha oportunidad, un jerarca nazi le pregunta al genial artista, si no le daba vergüenza haber hecho un cuadro tan triste, confuso y dramático; a lo que Picasso le contesta: “...esto no lo hice yo, lo hicieron Uds...”*

Pues bien (y, salvando las distancias): las innumerables, confusas y contradictorias alternativas de la Cláusula “Claims Made” fueron pensadas y escritas por el ‘mercado de seguros’ (v.gr. Compañías de Seguros y sus Reaseguradoras internacionales -y no por los ‘consumidores de seguros’-)

.9.4.6) Ahora, veamos un caso práctico:

Supongamos que un médico comienza a contratar seguros desde Enero/2000, hasta Diciembre/2001, en la Compañía de Seguros “A”. En Enero/2002 contrata con la Compañía de Seguros “B”, hasta el Diciembre/2003. Luego en el año 2004 (por distintas razones), no puede

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

contratar seguros. En Enero/2005, contrata por un año el seguro, nuevamente, con la Compañía de Seguros “A”. Posteriormente, contrata en la Compañía de Seguros “C”, desde Enero/2006 a Diciembre/2007. Durante el año 2008 no contrata seguro. Y, posteriormente, desde Enero a Diciembre de 2009, contrata su seguro nuevamente en le Compañía de Seguros “A”.

Es decir, se trata de un caso que puede suceder en la práctica (y -de hecho acontece-), donde a lo largo de alrededor de diez (10) años, una persona contrató seguros con tres (3) Compañías de Seguros, y que en algunos períodos, no contrató seguros.

Supongamos ahora (como efectivamente sucede en la realidad diaria de nuestro país), que las tres (3) Compañías de Seguros, tienen distintos criterios y costos, para:

- (i) período de retroactividad;*
- (ii) para ‘gatillar’ la cobertura, y*
- (iii) para el ‘período extendido de notificación’.*

Es más, pensemos que la Compañía de Seguros “A”, además de tener distintas alternativas, también, a lo largo de los años fue ‘modificando’ las ‘pautas de suscripción’ (por ejemplo, los ‘plazos’ que otorga en el año 2009, ora para ‘período de retroactividad’ y ‘período extendido de notificación’, son más restrictivos que a principios del año 2000) (¹⁶⁵)

¿ Nos animaríamos a afirmar -sin hesitar- cuales siniestros tendrían cobertura (y cuales no) ?

¿Podríamos -fundadamente- dar solución a estos intrínquilis ?

*Quizás **Grigori Perelman** (¹⁶⁶) podría encontrar una solución.*

⁽¹⁶⁵⁾ Estos cambios, ya sucedieron (y hoy en día siguen pasando en Argentina). Como uno de los tanto ejemplos, recordemos la llamada *Cláusula Claims Made “pura”*, fue utilizada por muchas Compañías de Seguros (y, ahora, la han ido modificando -lo que no quita que alguna pueda llegar a volver a la versión ‘pura’-)

⁽¹⁶⁶⁾ Ver Diario “Clarín” de fecha 20 de Agosto de 2006, página 51, donde se da la noticia que **Grigori Perelman**, es el ‘hombre más inteligente del mundo’ (y que no quiere recibir un Premio, que es considerado el ‘Premio Nobel de Matemática’).

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

Pero si a quienes estamos escribiendo y leyendo este artículo, puede llegar a llevarnos mucho tiempo tratar de ver si existe alguna solución, imaginemos a nuestro médico personal de cabecera, intentando entender siquiera lo que le estamos preguntando...

Pues bien, nuestro médico de cabecera, es el caso típico del ‘consumidor de seguros’...

.9.4.6) Es más (y casi en forma anecdótica), habría que analizar si todas las versiones de la Cláusula “*Claims Made*”, fueron oportunamente aprobadas por la Superintendencia de Seguros de la Nación

Obvio es afirmar, que el hecho que las Cláusulas “*Claims Made*” hubieran sido aprobadas por el órgano de contralor (S.S.N.), no implica darle validez a dichas cláusulas.

Incluso, un lector desprevenido puede llegar a preguntarse: ¿ se pueden utilizar en el mercado de seguros de Argentina Cláusulas (como -por ejemplo- la Cláusula “*Claims Made*”), aunque no hayan sido previamente aprobadas por la Superintendencia de Seguros de la Nación ?

Kafka contestaría afirmativamente (y lamentablemente, la Superintendencia de Seguros de la Nación y algunos doctrinarios, también contestan por la afirmativa...) ⁽¹⁶⁷⁾

Así entonces, sería sano que las cláusulas (ora “*Claims Made*”, ora tantas otras que se comercializan en el mercado argentino), que no hubieran sido aprobadas, debería declararse su nulidad, en todo aquello en que perjudiquen al ‘consumidor de seguros’.

.9.5) Atento los límites del presente trabajo no vamos a desarrollar ahora los distintos fundamentos por los cuales la Cláusula “*Claims Made*” violenta la normativa vigente de nuestro país (remitiéndonos a los trabajos anteriores publicados y a lo expuesto a lo largo del presente) ⁽¹⁶⁸⁾

⁽¹⁶⁷⁾ Hemos visto casos donde se denuncia a la Superintendencia de Seguros de la Nación (S.S.N.), la utilización de cláusulas que no fueron previamente aprobadas y que el órgano de control -luego de tomar conocimiento de dicha circunstancia-, declarara que igualmente la cláusula es aplicable (sin perjuicio que luego la S.S.N. pueda llegar a aplicar una sanción o apercibimiento a la Compañía de Seguros...)

⁽¹⁶⁸⁾ **SOBRINO, Waldo A. R.;** “*Seguros y Responsabilidad Civil*”, Capítulo III “*La Cláusula ‘Claims Made’ y la función social del Seguro de Responsabilidad Civil*”, Punto .10) ‘La nulidad de la Cláusula *Claims Made*’, páginas 75/78, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2003.

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

.9.6) Por ello, ahora, tan sólo recordaremos las diversas normas legales vigentes que -a nuestro criterio- violenta la Cláusula “*Claims Made*”. Así, entre varias otras, se conculca:

- (i) los Arts. 109 y 158 de la Ley 17.418 (Ley de Seguros)
- (ii) el Art. 25 de la Ley 20.091 ⁽¹⁶⁹⁾
- (iii) Arts. 953; 1.071 y 1.198, primer párrafo, del Código Civil
- (iv) Arts. 3, 4, 37 y 65 de la Ley 24.240 (Ley de Defensa del Consumidor);
- (v) el Art. 42 de la Constitución Nacional;

.9.6.1) **Ley 17.418:**

Sintéticamente, recordamos que el Art. 109 ⁽¹⁷⁰⁾ toma como base para los *siniestros*, al ‘*hecho generador de responsabilidad*’ (cuestión avalada por el Art. 115) ⁽¹⁷¹⁾. Así pues, debemos tener presente que el *siniestro* ⁽¹⁷²⁾, es la ocurrencia del *hecho generador de responsabilidad* ⁽¹⁷³⁾; es decir, ‘*el débito de responsabilidad*’ como consecuencia del suceso dañoso ⁽¹⁷⁴⁾.-

⁽¹⁶⁹⁾ El Art. 25 de la Ley 20.091 exige que las cláusulas de las pólizas deben ser “*equitativas*”.

⁽¹⁷⁰⁾ **SOBRINO, Waldo Augusto R.**, en “*Código de Comercio y normas complementarias (Análisis jurisprudencial. Comentado, concordado y anotado). Ley de Seguros*”, Directores: Carlos Ghersi y Celia Weingarten; Tomo III, Art. 109, página 259, Editorial Nova Tesis, Mayo de 2006. Dejamos aclarado que el comentario del Art. 109, refleja solamente nuestra opinión personal (y no la de los demás coautores).

⁽¹⁷¹⁾ **MAZEAUD, Henri y Léon - TUNC, André;** “*Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*”, Tomo III, Volumen II, página 147, parágrafo n° 2.646 y siguientes, traducción de la Quinta Edición por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963.-

⁽¹⁷²⁾ Sobre el tema del “*siniestro*”; ver el interesante análisis de **STIGLITZ, Rubén S.;** “*Seguro contra la Responsabilidad Civil y la Limitación Temporal de la Garantía Asegurativa*”, publicado en “Jurisprudencia Argentina” No. 5.909, de fecha 30 de Noviembre de 1994, página 8 y siguientes.-

⁽¹⁷³⁾ **MEILIJ, Gustavo Raúl - BARBATO, Nicolás Héctor;** “*Tratado de Derecho de Seguros*”, página 324, párrafo n° 385, Ed. Zeus, Rosario, 1975.-

⁽¹⁷⁴⁾ **STIGLITZ, Rubén S.;** “*El Siniestro*”, (Colección “*Seguros y Responsabilidad Civil*”), parágrafo n° 78, página 207, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980.-

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

De esta forma, 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) ⁽¹⁷⁵⁾ ⁽¹⁷⁶⁾, resulta obvio que el seguro de responsabilidad civil debe amparar esa cuestión.

Por otro lado, 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 (v.gr. que el reclamo de produzca durante la vigencia de la Póliza), para que exista 'siniestro' (177) (y -recién entonces- comience a tener vigencia la cobertura del seguro) (178)*

Ello es así, dado que todo lo analizado está bajo el manto protectorio del Art. 158 ⁽¹⁷⁹⁾, que prohíbe que se modifiquen o de dejen sin efecto las normas que por su letra o naturaleza deben considerarse inmodificables ⁽¹⁸⁰⁾, como es -justamente- el caso del concepto de siniestro, que se desarrolla bajo la concepción de '*base ocurrencia*' ⁽¹⁸¹⁾ ⁽¹⁸²⁾, y no bajo las pautas de '*base reclamo*' ⁽¹⁸³⁾ ⁽¹⁸⁴⁾ (es decir '*Claims Made*') ⁽¹⁸⁵⁾ ⁽¹⁸⁶⁾ ⁽¹⁸⁷⁾

⁽¹⁷⁵⁾ MEILIJ, Gustavo Raúl; "*Manual de Seguros*", página 109, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1987.-

⁽¹⁷⁶⁾ MOSSET ITURRASPE, Jorge - KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - GHERSI, Carlos Alberto; "*Responsabilidad Civil*", parágrafo n° 218, página 542, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1992.-

⁽¹⁷⁷⁾ GHERSI, Carlos Alberto (Director); "*Los Nuevos Daños (Soluciones Modernas de Reparación)*", Capítulo XI "Los Daños y la Responsabilidad Civil en el Mercosur", Subcapítulo I, "El Seguro de Responsabilidad Civil por Productos Elaborados en el Mercosur", realizado por AMADO, Marcelo Omar, página 484, donde enseña que el "*siniestro*", es el '*hecho generador de un daño*', siempre que el mismo ocurra durante la vigencia temporal del seguro, "*siendo irrelevante que el daño ocasionado por ese hecho generador y, por ende, el reclamo se produzca después...*", Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1995.-

⁽¹⁷⁸⁾ STIGLITZ, Rubén S. - STIGLITZ, Gabriel A.; "*Seguro contra la Responsabilidad Civil*", página 258, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.-

⁽¹⁷⁹⁾ SOBRINO, Waldo Augusto R., en "*Código de Comercio y normas complementarias (Análisis jurisprudencial. Comentado, concordado y anotado). Ley de Seguros*", Directores: Carlos Ghersi y Celia Weingarten; Tomo III, Art. 158, página 471, Editorial Nova Tesis, Mayo de 2006. Dejamos aclarado que el comentario del Art. 158, refleja solamente nuestra opinión personal (y no la de los demás coautores).

⁽¹⁸⁰⁾ Ver: FRESNEDA SAIEG, Mónica - ESBORRAZ, David y HERNANDEZ, Carlos A.; "*Las Clausulas Abusivas en el Contrato de Seguro*", publicado en "Jurisprudencia Argentina" No. 5.898, de fecha 14 de Septiembre de 1994, página 4 y siguientes.-

⁽¹⁸¹⁾ SOBRINO, Waldo Augusto R.; "*Derecho de Seguros: La Cláusula 'Claims Made'*", publicado en "Jurisprudencia Argentina" N° 5.969, de fecha 24 de Enero de 1996.-

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

.9.6.2) Ley 20.091:

Tampoco debemos perder de vista la expresa manda del Art. 25 de la Ley 20.091, que establece una pauta axiológica primordial: que las condiciones de las pólizas, deben ser “equitativas”. Así entonces, si la ‘justicia’ es dar a cada uno lo suyo y la “equidad” es la aplicación de la justicia en cada caso en particular, entendemos que la Cláusula “*Claims Made*” no puede pasar a través del restrictivo tamiz del Art. 25 la Ley 20.091.

.9.6.3) Código Civil:

Las pautas redactadas por el genio de Amboy (que fueran brillantemente actualizadas, merced a la obra señera de Guillermo Borda), 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*

⁽¹⁸²⁾ **SOBRINO, Waldo Augusto R.**; “*La Cláusula ‘Claims Made’ y el Seguro de Responsabilidad Civil (especialmente para Profesionales)*”, publicada en la Revista Doctrinal de Derecho (España) (Internet: <http://publicaciones.derecho.org/doctrina/index.cgi/?Argentina3>)

⁽¹⁸³⁾ **SOBRINO, Waldo Augusto R.**; “*Seguros y Responsabilidad Civil*”, Capítulo III “La Cláusula ‘*Claims Made*’ y la función social del seguro de Responsabilidad Civil”. páginas 57 y siguientes, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2003.

⁽¹⁸⁴⁾ **STIGLITZ, Rubén**; “*Seguro contra la Responsabilidad Civil y Limitación temporal de la cobertura asegurativa*”, en “*Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio*”, Buenos Aires, 1997.

⁽¹⁸⁵⁾ **LORENZETTI, Ricardo**; “*Contrato de Seguro: La Cláusula ‘Claims Made’*”, publicado en La Ley, 1998-C-1174.

⁽¹⁸⁶⁾ **MORANDI, Juan Carlos Félix**; “*Seguro de Responsabilidad Civil*”, en la “Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros” N° 8, página 17, editada por la Pontificia Universidad Javeriana; Bogotá, Colombia, Junio de 1996, donde con referencia a la Cláusula “*Claims Made*”, manifiesta que “...*estrictamente desde el punto de vista del articulado de la Ley de Seguros Argentina, en el capítulo referente a la responsabilidad civil, me pronuncio por la no aplicación de dichas cláusulas...*”, dado que resulta “...*abusiva en los términos del Art. 37 de la Ley 24.240, de Defensa del Consumidor...*”

⁽¹⁸⁷⁾ **STEINFELD, Eduardo**; “*Estudio del Derecho de Seguros*”, donde con referencia a la cláusula “*claims made*” manifiesta que “...*entretanto no obtenga aceptación y vigencia legal mi sugerencia, dicha cláusula no tiene base legal en nuestro país...*” páginas 199 (la letra en ‘negrita’, es nuestra), Editorial Abaco, Buenos Aires, 2003.

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

derecho (Art. 1.071) ⁽¹⁸⁸⁾ dado que a través de una cláusula que forma parte de un contrato de adhesión (realizado unilateralmente por la Aseguradora), se esta *desnaturalizando* el propio fin que tiene la Póliza de Seguros ⁽¹⁸⁹⁾.

Respecto a la "*buena fé*" ⁽¹⁹⁰⁾ en los contratos de seguros, si bien la misma no es exclusiva de esta materia, sí es cierto que toma especial trascendencia ⁽¹⁹¹⁾, dado que se trata del contrato típico por excelencia de buena fe ⁽¹⁹²⁾ ⁽¹⁹³⁾ ⁽¹⁹⁴⁾

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*' ⁽¹⁹⁵⁾ ⁽¹⁹⁶⁾ ⁽¹⁹⁷⁾ ⁽¹⁹⁸⁾ de los

⁽¹⁸⁸⁾ LORENZETTI, Ricardo L.; "*Las Normas Fundamentales de Derecho Privado*", páginas 461 y siguientes, Editorial Rubinzal - Culzoni, Santa Fé, 1995.-

⁽¹⁸⁹⁾ LORENZETTI, Ricardo L.; "*Análisis Crítico de la Autonomía Privada Contractual*", publicado en "Jurisprudencia Argentina" N° 5.898, de fecha 14 de Septiembre de 1994, página 10 y siguientes.-

⁽¹⁹⁰⁾ Con relación al "*principio de buena fe*" y el "*contrato de seguros*", ver el voto de la **Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci**, en los autos "*Maradona, Jorge vs. Garcia Baigorria de Zabala, Gladys*", de fecha 27 de Diciembre de 1993, publicado en "Jurisprudencia Argentina" N° 5.914, de fecha 4 de Enero de 1995, página 49 y siguientes.-

⁽¹⁹¹⁾ HALPERIN, Isaac - MORANDI, Juan Carlos Félix; "*Seguros (Exposición Crítica de las Leyes 17.418 y 20.091)*", Tomo I, página 50, donde enseñan que si bien la 'buena fé' no es una característica exclusiva del seguro, la doctrina "*acostumbra afirmar que es un contrato de buena fé, uberrimae bona fidei...*"; Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983.-

⁽¹⁹²⁾ MARTINEZ GIL, José de Jesús; "*Manual Teórico y Práctico de Seguros*", página 63, Editorial Porrúa, México, 1984.-

⁽¹⁹³⁾ HALPERIN, Isaac - MORANDI, Juan Carlos Félix; "*Seguros (Exposición Crítica de las Leyes 17.418 y 20.091)*", Tomo I, página 51, donde enseña que "...*el asegurador debe conducirse con la mayor lealtad posible en todo cuanto se refiere a la ejecución de sus obligaciones y a la interpretación de la Póliza, por el carácter del contrato, cuya comprensión generalmente escapa a la capacidad del tomador y por su naturaleza de contrato de masa, de condiciones generales uniformes (en principio) e impuestas al asegurado...*", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983.-

⁽¹⁹⁴⁾ ZAVALA RODRIGUEZ, Carlos Juan; "*Código de Comercio y leyes complementarias*", Tomo II, página 364, párrafo n° 1.671 '*Contrato de buena fe*', quien resalta que "...*el contrato de seguro tiene como rasgo característico la buena fe, que no es dable observar...en otros contratos...*", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979.

⁽¹⁹⁵⁾ CLARK, Douglas y POLLAK, Mindy; "*La Cobertura 'Claims Made' en EE.UU.: Consolidada y funcionando bastante bien*", publicado en: www.genre.com/sharedfile/pdf/Topics13ClarkPollack-sp.pdf-, página 43, cuando explican la jurisprudencia de los Estados Unidos referida a las "*expectativas razonables*" (caso "*Sparks*", del año 1982).

⁽¹⁹⁶⁾ JERRY II, Robert H.; "*Understanding Insurance Law*", Capítulo I, párrafo 25 D, "*The Doctrine of Reasonable Expectations*", página 106 y siguientes, Ed. Mathew Bender & Co. Incorporated, New York, Estados Unidos, 1987.-

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

‘consumidores de seguros’ ⁽¹⁹⁹⁾. Así, han resuelto los Tribunales estadounidenses, 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 ⁽²⁰⁰⁾

Intentando aplicar la doctrina de las "*expectativas razonables*" a los casos concretos de las cláusulas "*claims made*", entendemos que -como principio básico- los asegurados (por la Póliza de Responsabilidad Civil) tienen una valedera, lógica y razonable expectativa ⁽²⁰¹⁾, 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).-

.9.6.4) Ley 24.240:

A nuestro criterio, resulta plenamente aplicable el Art. 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 ⁽²⁰²⁾ en favor del consumidor ⁽²⁰³⁾.

⁽¹⁹⁷⁾ Entre las primeras decisiones judiciales que aplican la teoría de las "expectativas razonables", hay que remontarse al año 1961, en los autos "*Kievit vs. Loyal Protection Life Insurance Company*", de la Corte de Nueva Jersey (475, 170 A.2d 22, 1961).-

⁽¹⁹⁸⁾ DOBBYN, John F.; "*Insurance Law*", páginas 96/100, Ed. West Publishing Company, Minnesota, Estados Unidos, 1989.-

⁽¹⁹⁹⁾ GHERSI, Carlos A. y colaboradores; "*Obligaciones Civiles y Comerciales (Complementado con análisis económico y constitucional)*", página 50, donde enseña que hoy en día debe hablarse de "...consumidor masivo, con carencia de poder económico, pues solo puede **adherirse** a la propuesta de las empresas...".-

⁽²⁰⁰⁾ "*Carper vs. State Farm Mut. Ins. Co.*", 758 F.2d 337, 340 (8th. Circ. 1985), citado por JERRY II, Robert H.; "*Understanding Insurance Law*", página 110, Nota n° 16.-

⁽²⁰¹⁾ Ver: WEINGARTEN, Celia; "*La Equidad Económica como principio general del Derecho*", donde explica que las "...*expectativas se encuentran relacionadas con la finalidad económica del contrato, los motivos o propósitos económicos que tuvieron las partes al celebrarlo...*" publicado en "Jurisprudencia Argentina", página 11, de fecha 9 de Enero de 2002.-

⁽²⁰²⁾ LOPEZ CABANA, Roberto M.; "*La Contratación en la Ley de Defensa del Consumidor*"; publicado en "*Revista de Derecho Privado y Comunitario*", Tomo V, "*Consumidores*", página 53, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994.-

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

Por tanto, entendemos que la cláusula "*claims made*" *desnaturaliza* las *obligaciones* propias del *contrato de seguro*, dado que deviene una *irrazonable* limitación a la protección del consumidor / asegurado ⁽²⁰⁴⁾

Incluso, tampoco debemos perder de vista que más allá que se trata de un contrato de adhesión, aunque la Cláusula "*Claims Made*" figure en la Póliza, la misma no podrá ser alegada por las Compañías de Seguros (en base al Art. 1197), dado que el Art. 65 de la Ley 24.240, establece -en forma expresa- que la ley de defensa del consumidor es una norma de "orden público", de carácter inmodificable.

.9.6.5) Art. 42 de la Constitución Nacional:

Sobre esta cuestión, nos remitimos *brevitatis causae* a lo expuesto anteriormente en el Acápite .2) "*Consumidores de Seguros*"

Solamente queremos agregar, la sentencia breve y fundamental de Genaro Carrió, cuando enseñaba que *contra lo que pueda parecer, jamás se debe olvidar que la Constitución Nacional, forma parte del Derecho Positivo Argentino*

.10) ¿ Qué pensaría el genial Isaac Halperín ?

.10.1) Hasta donde nosotros conocemos, Halperín no se habría manifestado en forma puntual y específica, sobre la Cláusula "*Claims Made*"; y -obviamente- no vamos a ser nosotros quienes afirmen que hubiera pensado.

.10.2) Sin perjuicio de ello, entendemos pertinente abreviar en la obra del maestro Halperín, para ver que opinaba sobre cuestiones que si bien no eran idénticas, guardaban una *importante analogía*.

⁽²⁰³⁾ Ver: CASARES, Mónica, en "*Derechos y Responsabilidades de las Empresas y Consumidores*", bajo la Dirección de Carlos A. Ghersi, Capítulo VIII, "Protección de Derechos del Consumidor y Cláusulas Abusivas", página 97 y siguientes, Ed. Organización Mora Libros, Buenos Aires, 1994.-

⁽²⁰⁴⁾ LORENZETTI, Ricardo Luis; "*Tratamiento de las Cláusulas Abusivas en la Ley de Defensa del Consumidor*", publicado en "*Revista de Derecho Privado y Comunitario*", Tomo V, "*Consumidores*", página 173, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994.-

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

.10.3) Así, sin hacer mención a la Cláusula ‘Claims Made’, es que en su trascendental obra “*Seguros*” ⁽²⁰⁵⁾, desarrolla algunos párrafos, bajo el *sugerente título*: “...*Ilícitud de la Cláusula que limita el plazo en que la víctima debe formular su reclamación...*”

Así, Halperín se refería a las cláusulas por las cuales “...*el asegurador sólo garantiza la responsabilidad cuando el tercero deduce su acción de responsabilidad en un plazo dado...*” ⁽²⁰⁶⁾

.10.4) Nótese la gran similitud con las pautas de la Cláusula “*Claims Made*”, dado que ésta “...*limita el plazo en que la víctima debe formular su reclamación...*”, ya que -para que la Compañía de Seguros se haga cargo del siniestro-, el *tercero* debe deducir su *acción* durante un *plazo dado* (es decir, durante la vigencia de la póliza o sus renovaciones -y en algunos casos, durante el ‘período extendido de notificación’-).

En efecto, la *limitación* para el *plazo* en que la *víctima* tiene que *formular su reclamación*, surge del hecho que si no lo hace durante el plazo de vigencia de la póliza ⁽²⁰⁷⁾, la Compañía de Seguros puede pretender eximirse de responsabilidad (como efectivamente lo planteó en la Sentencia que se comenta).

.10.5) Sobre la cláusula que estaba analizando, Isaac Halperín era muy crítico, dado que sentenciaba que “...*el disfraz empleado no alcanza así a ocultar la verdadera naturaleza de la cláusula...*” ⁽²⁰⁸⁾

.10.6) Es más, posteriormente agregaba que la cláusula citada “...*es de limitación de garantía del asegurador, cuya ilicitud es indudable...*” ⁽²⁰⁹⁾

⁽²⁰⁵⁾ HALPERIN, Isaac; “*Seguros (exposición crítica de las Leyes 17.418 y 20.091)*”, Segunda edición actualizada por Juan Carlos Félix Morandi, Volumen II, página 929, apartado n° 12, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983 (la primera edición data del año 1970).-

⁽²⁰⁶⁾ Isaac Halperín, estaba analizando el Art. 19 de la Póliza de Responsabilidad Civil, que determinaba que “...*las acciones emergentes de esta póliza, se prescriben a los doce meses de producido el accidente o siniestro...*”

⁽²⁰⁷⁾ O, reiteramos, sus renovaciones (y en algunos casos, durante el ‘período extendido de notificación’)

⁽²⁰⁸⁾ HALPERIN, Isaac; “*Seguros (exposición crítica de las Leyes 17.418 y 20.091)*”, Segunda edición actualizada por Juan Carlos Félix Morando, Volumen II, página 929, apartado n° 12, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983 (la primera edición data del año 1970).-

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

Agregando luego (y con una similitud absoluta con la Cláusula “*Claims Made*”), que se “...*hace depender del derecho del asegurado de la inacción de la víctima, que no puede remediar en forma alguna...*” ⁽²¹⁰⁾ ⁽²¹¹⁾

.10.7) Creímos pertinente e interesante, resaltar la opinión de Isaac Halperín sobre ciertas cláusulas que si bien no son idénticas, tienen una gran analogía y similitud con la Cláusula “*Claims Made*”; y que -fundamentalmente- tiene el mismo espíritu y objetivo: *limitar y desnaturalizar la cobertura de la Compañía de Seguros, en perjuicio de los ‘consumidores de seguros’ (para el propio ‘asegurado’, ora la ‘víctima’ del siniestro -dado que ambos se quedan sin amparo del seguro-)* (Art. 37 de la Ley 24.240 y Art. 42 de la Constitución Nacional)

.10.8) Como complemento de lo recién expuesto (y teniendo en cuenta que además de discípulo, también actualizó su obra), es que seguidamente recordaremos la opinión de **Juan Carlos Felix Morandi**, sobre la Cláusula “*Claims Made*”, quien -sin hesitar- se pronuncia por su *ilegalidad*.-

Al respecto, de manera categórica, Morandi se pronuncia sobre la ilegalidad de la Cláusula “*Claims Made*”, porque se está modificando el Art. 109, que se encuentra dentro de las normas inmodificables por su letra o naturales (Art. 158, de la Ley de Seguros) ⁽²¹²⁾

⁽²⁰⁹⁾ HALPERIN, Isaac; “*Seguros (exposición crítica de las Leyes 17.418 y 20.091)*”, Segunda edición actualizada por Juan Carlos Félix Morando, Volumen II, página 930, apartado n° 12, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983 (la primera edición data del año 1970).-

⁽²¹⁰⁾ En algunas versiones más actualizadas de la Cláusula “*Claims Made*”, este problema se puede solucionar, cuando se permite que se ‘gatille’ (*trigger*) la cobertura, a través de la denuncia del propio asegurado. Aunque tampoco se debe olvidar que esto también trae grandes riesgos y muchas incertidumbres, dado que pueden existir ciertos hechos que puedan llegar a dar lugar a un siniestro, pero, que el asegurado no los conoce (como -por ejemplo- sería el caso de un médico que se olvidó una gasa, pero no se dio cuenta: o el abogado que no sabe que su cliente cree que ha realizado una mala praxis). En estos (y muchos otros casos), el asegurado no va a poder denunciar el siniestro, porque no sabe de la existencia del mismo.

⁽²¹¹⁾ HALPERIN, Isaac; “*Seguros (exposición crítica de las Leyes 17.418 y 20.091)*”, Segunda edición actualizada por Juan Carlos Félix Morando, Volumen II, página 930, apartado n° 12, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983 (la primera edición data del año 1970).-

⁽²¹²⁾ MORANDI, Juan Carlos Félix; “*Seguro de Responsabilidad Civil*”, en la “*Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*” N° 8, página 17, editada por la Pontificia Universidad Javeriana; Bogotá, Colombia, Junio de 1996, donde agrega que “...*estrictamente desde el punto de vista del articulado de la Ley de Seguros Argentina, en el capítulo referente a la responsabilidad civil, me pronuncio por la no aplicación de dichas cláusulas...*” (el subrayado, es nuestro).

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

Es más, también afirma Morandi, que la Cláusula “*Claims Made*” importa una *desnaturalización* y una *restricción* de los derechos del asegurado; y -como cara y ceca- una *ampliación de los derechos del asegurador*, que resulta “...abusiva en los términos del Art. 37 de la Ley 24.240, de Defensa del Consumidor...” ⁽²¹³⁾

.10.9) Como conclusión de lo expuesto, es que -por un lado- **Isaac Halperín** (hacedor de la Ley de Seguros) ⁽²¹⁴⁾, se pronunció por la ilegalidad de una cláusula análoga a la “*Claims Made*”; y -por otro lado- **Juan Carlos Félix Morandi** (que colaboró en la Comisión de 1967 -que reelaboró lo que sería en definitiva la Ley 17.418-) ⁽²¹⁵⁾, también se pronuncia por la ilegalidad de la Cláusula “*Claims Made*”, por violar palmariamente los Art. 109 y 158 de la Ley de Seguros y por conculcar el Art. 37 de la Ley de Defensa del Consumidor.-

.11) A guisa de prieta síntesis de la realidad fáctica/legal:

Entre varios otros, existen dos (2) *argumentos fácticos/legales* que los defensores de la Cláusula “*Claims Made*” resaltan:

.11.1) Que atento que la Jurisprudencia de España; Francia y Bélgica se inclinaba por la declaración de la ilegalidad de la Cláusula “*Claims Made*”, es que estos países se vieron obligados a cambiar su normativa legal, para que sea legalmente aceptable esta Cláusula.

La primera conclusión que me surge es que nuestra posición que sostiene la ilegalidad de la Cláusula “*Claims Made*”, tiene fundamento no solamente en la normativa criolla (v.gr. Art. 109 y 158 de la Ley de Seguros; Arts. 953; 1071 y 1.198, primera parte del Código Civil; Arts. 3; 4; 37 y 65 de la Ley de Defensa del Consumidor; Art. 25 de la Ley 20.091; Art. 42 de la Constitución Nacional), sino que también en otros países la Cláusula “*Claims Made*” era ilegal.

⁽²¹³⁾ **MORANDI, Juan Carlos Félix**; “*Seguro de Responsabilidad Civil*”, en la “*Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*” N° 8, página 18, editada por la Pontificia Universidad Javeriana; Bogotá, Colombia, Junio de 1996.-

⁽²¹⁴⁾ Aunque en realidad, la Ley General de Seguros del año 1959, era mucho más protectora de los asegurados y las víctimas que lo que luego se conoció como la Ley 17.418.-

⁽²¹⁵⁾ **MORANDI, Juan Carlos Félix**; “*Estudios de Derecho de Seguros*”, página 151, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1971.-

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

Y, he aquí lo interesante del argumento manifestado (*¿ confesado ?*) por los defensores de la Cláusula “Claims Made”: en Europa (Francia; España; Bélgica; etc.) mientras no se reformaran las leyes, los Tribunales iban a seguir sentenciando la ilegalidad de las Cláusulas “Claims Made”...

Así pues, aquí tenemos otro argumento (específicamente resaltado por los mismos defensores de la Cláusula “Claims Made”) que avala nuestra posición (al igual que lo expresado por la Jurisprudencia de España; Francia; Bélgica; etc.), en el sentido de la declaración de la ilegalidad de la Cláusula “Claims Made

.11.2) Otro argumento, estrictamente fáctico (y casi ‘tautológico’), es el que hemos escuchado en innumerables oportunidades (después que se dictó la Sentencia que estamos comentando).

Así, muchas Compañías de Seguros manifestaron que la Sentencia hace referencia a la Cláusula “*Claims Made*”, que ellos denominan ‘*pura*’; pero, todos -al unísono- manifiestan que dicha Sentencia no se aplica a ellos, porque la versión que utilizan, es mucho más protectora para el asegurado (y que éstos están satisfechos con la cobertura...)

Sólo algunas breves consideraciones.

.11.2.1) *Primera Consideración*: “*el que esté libre de pecado, que arroje la primera piedra*”: sería interesante que muchas Compañías de Seguros, hagan una *racconto histórico*, y muestren cuales fueron las distintas Cláusulas “*Claims Made*” (*¿ ‘puras’ ?*) que utilizaron a lo largo de los últimos años...

Tendríamos muchas sorpresas...

.11.2.2) *Segunda Consideración*: es obvio afirmar, que solamente habrá Sentencias Judiciales, en aquellos casos, en que las Compañías de Seguros no quieran otorgar amparo, alegando la Cláusula “*Claims Made*”

Por tanto, *no se tienen que alarmar las Compañías de Seguros por las críticas que estamos realizando, dado que si es cierto lo que dicen (en el sentido que las Cláusulas que -ahora-*

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

estarían utilizando son protectorias de los ‘consumidores de seguros’), no van a existir pleitos judiciales...

En cambio, sí se van a tener que preocupar las Compañías de Seguros, cuando los ‘consumidores de seguros’ se vean obligados a recurrir a la justicia, para hacer valer sus derechos.

Por ello, lo que desarrollamos en el presente trabajo, se aplicará fundamentalmente, en los momentos de “crisis del sistema” ⁽²¹⁶⁾: cuando la Compañía de Seguros no pague un siniestro, fundándose en la Cláusula “Claims Made”... ⁽²¹⁷⁾

.11.2.3) *Tercera Consideración:* si las Compañías de Seguros han ido cambiando lo que ahora ellas llaman -en forma casi despectiva- Cláusula ‘Claims Made’ “pura”, a sistemas más flexibles, ha sido por la reiterada crítica de la Doctrina (internacional y nacional) y por los distintos fallos de Jurisprudencia (como el que aquí comentamos) ⁽²¹⁸⁾

⁽²¹⁶⁾ Cuando hablamos de “crisis del sistema”, estamos haciendo referencia a lo que mi padre (Roberto Sobrino, quien fuera un apasionado y correctísimo Productor de Seguros, durante casi medio siglo), se refería como el momento más importante y trascendente del seguro: *cuando se produce un siniestro, que la Compañía de Seguros honre su compromiso.*

Cuando las ‘expectativas razonables’ del asegurado (v.gr. ‘consumidor de seguros’), son que la Compañía de Seguros tiene que pagar y no lo hace; allí comienza la ‘crisis del sistema de seguro’.

Y, si además de ello, la Compañía de Seguros, no paga como consecuencia de una de las tantas alternativas (confusas y contradictorias) de la Cláusula “Claims Made”, entonces la ‘crisis del sistema de seguros’ adquiere trascendencia legal

⁽²¹⁷⁾ Entendemos pertinente recordar la opinión de **Amadeo Eduardo Traverso** (quien se encuentra a favor de la Cláusula “Claims Made” y quien no ve con buenos ojos la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor a los Seguros), pero que en este tema concreto manifiesta que: “...la única forma de eludir la declaración de invalidez de la cláusula será cumpliendo con el requisito de acordar un contrato de larga duración al asegurado, incorporando desde el inicio el endoso de extensión del período de denuncias de diez (10) años, única forma de asimilar la cláusula “Claims Made” a un seguro de base ocurrencias...” (el subrayado, es nuestro) (Ver: **TRAVERSO, Amadeo Eduardo**; “*La Cláusula Claims Made en los Seguros de Responsabilidad Civil Profesional, a la luz de un reciente fallo*”, en la Revista “Mercado Asegurador”, página 42, Agosto de 2006).

⁽²¹⁸⁾ **CLARK, Douglas y POLLAK, Mindy**; “*La Cobertura ‘Claims Made’ en EE.UU.: Consolidada y funcionando bastante bien*”, publicado en: www.genre.com/sharedfile/pdf/Topics13ClarkPollack-sp.pdf-, página 39, donde expresan que “...en la actualidad muchos aseguradores que ofrecen ‘claims made’ ya han pulido más de una vez sus cláusulas y modificado sus prácticas según iban aprendiendo lecciones de los siniestros y de las decisiones judiciales...” (el subrayado, es nuestro). Es pertinente recordar la autoridad intelectual y la experiencia práctica de estos autores, dado que son funcionarios de primer nivel de una de las Reaseguradoras más importantes del mundo.

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

.11.3) Por tanto, esta magnífica Sentencia, entre varios otros efectos, tiene tres para destacar:

- (i) acerca la ‘justicia’ a los ‘consumidores de seguros’ (ora ‘asegurado’; ora ‘víctima’) ⁽²¹⁹⁾;
- (ii) es una voz de alerta para todo el mercado de seguros ⁽²²⁰⁾, donde se resalta que no se puede permitir que se apliquen cláusulas abusivas, ni que el seguro no cumpla con su ‘función social’ ⁽²²¹⁾ (especialmente, en los seguros de responsabilidad civil) ⁽²²²⁾ ⁽²²³⁾
- (iii) satisface las “*expectativas razonables*” de la ‘gente común’; del ‘ciudadano medio’; del ‘público general’; del ‘asegurado masificado’; del ‘consumidor de seguros’ (Art. 42 de la Constitución Nacional) ⁽²²⁴⁾
- (iv) .11.4) En definitiva, este excelente fallo, logra -en este caso en particular- que no se aplique la dura sentencia de **Garrigues**, cuando enseñaba: “...*en el seguro, lo único seguro, es el pago de la prima...*” ⁽²²⁵⁾

⁽²¹⁹⁾ **CABALLERO SANCHEZ, Ernesto**; “*La noción legal del consumidor de seguros*” en “*Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*”, publicada por la Pontificia Universidad Javeriana y el Comité Ibero-Latinoamericano de A.I.D.A., página 61, Número 9, 1996

⁽²²⁰⁾ Estimamos pertinente recordar lo expuesto por prestigiosos doctrinarios **Sandra Wierzba y Diego Czenizer**, cuando sostienen que “...*pensamos que una norma que consagre el instituto en la Argentina, con limitaciones esenciales para la defensa de los derechos de los asegurados, aclararía definitivamente el panorama y restringiría la aplicación abusiva de la cláusula, impidiendo la materialización de los riesgos tantas veces descriptos por los especialistas. La armonización de una futura norma de seguros con las disposiciones de la ley de Defensa de Derechos del Consumidor, resultará sin duda esencial para la adecuada implementación de un instituto de naturaleza tan compleja...*” (la letra negrita, es nuestra) (**WIERZBA, Sandra M. - CZERNIZER, Diego G.**; “*La Cláusula ‘Claims Made’ en los Seguros de Responsabilidad Médica: la experiencia Argentina*”, en “*Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*”, La Ley, año IV, N° VI, Noviembre-Diciembre, Punto 7 ‘Algunas Conclusiones’

⁽²²¹⁾ **SHAVELL, Steven**; “*On the Social Function and the regulation of Liability Insurance*”, en *Geneva papers on Risk and Insurance*, ‘Discussion papers N° 278’; 3/2000, Harvard Law School, www.law.harvard.edu/programs/olin_center

⁽²²²⁾ **HALPERIN, Isaac** (actualizada por Juan Carlos Felix Morandi); “*Seguros (exposición crítica de las Leyes 17.418 y 20.091)*”, Prólogo a la Primera Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983.

⁽²²³⁾ **ZAVALA RODRIGUEZ, Carlos Juan**; “*Código de Comercio y leyes complementarias*”, Tomo II, página 343, parágrafo n° 1.628 ‘*Carácter Social. Control del Estado*’, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979.

⁽²²⁴⁾ **MADRIÑAN, Ramón - MALLARINO, José - MIRANDA, Vicente - OCHOA, Francisco**; en “*Aspectos Constitucionales del Derecho de Seguros*” en “*Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*”, publicada por la Pontificia Universidad Javeriana y el Comité Ibero-Latinoamericano de A.I.D.A., página 276, Número 12, 1998, donde los autores colombianos manifiestan con respecto al **Art. 42 de la Constitución Nacional Argentina**, que la mentada norma “...*deja a este país austral a la cúspide de las regulaciones y garantías a favor de tales sujetos, producto de las economías de escala modernas, dentro de la cual también se ubica la industria aseguradora...*”

Estudio Sobrino & Sobrino y Asociados

.12) Conclusiones

Como consecuencia de todo lo antes expuesto, podemos concluir que la excelente Sentencia que comentamos:

.12.1) *Marca un hito de justicia en el Derecho de Seguros, al declarar la ilegalidad de la Cláusula “Claims Made”,*

.12.2) *Otorga carta de ciudadanía a uno de los individuos más desprotegidos de la sociedad de consumo actual: el “consumidor de seguros”* ⁽²²⁶⁾

.12.3) *Brinda aplicabilidad al plexo normativo consumerista (Arts. 4; 37; 65 y concordantes de la Ley de Defensa del Consumidor); al sistema protectorio del Derecho de Seguros (Art. 158 y complementarios de la Ley de Seguros; y Art. 25 de la ley 20.091); y a las normas tuitivas del Código Civil (Arts. 953; 1.071; 1.198, primer párrafo).*

.12.4) *Resalta la plena operatividad del Art. 42 de la Constitución Nacional, que ordena la protección de los ‘consumidores’ (y dentro de ellos, obviamente, a los ‘consumidores de seguros’)* ⁽²²⁷⁾

Autor: **Dr. Waldo Augusto R. SOBRINO**
 waldo-sobrino@estudio-sobrino.com
 Te. (54 11) 4328-7955

⁽²²⁵⁾ **BATALLER GRAU, Juan - BROSETA PONT, Manuel**; “*La resolución extrajudicial de conflictos surgidos de un contrato de seguro*”, en la “Revista Española de Seguros” N° 108, Octubre - Diciembre de 2001, página 646.

⁽²²⁶⁾ **SOBRINO, Waldo Augusto R.**, en “*Código de Comercio y normas complementarias (Análisis jurisprudencial. Comentado, concordado y anotado). Ley de Seguros*”, Directores: Carlos Ghersi y Celia Weingarten; Tomo III, Art. 1, página 15, Editorial Nova Tesis, Mayo de 2006. Dejamos aclarado que el comentario del Art. 1, refleja solamente nuestra opinión personal (y no la de los demás coautores).

⁽²²⁷⁾ **von IHERING, Rudolph**; “*La Lucha por el derecho*”, quien -en forma sintomática- comienza su obra (Ver: capítulo Primero; “Introducción”), enseñando que “...*el derecho es una idea práctica...*”, página 59, Editorial Civitas, Madrid, España, 1985.-