

SECCIÓN JURISPRUDENCIAL

Jurisprudencia argentina

WALDO SOBRINO

Legalidad de la cláusula *Claims made* en los seguros de responsabilidad civil

Se transcriben a continuación las partes pertinentes de dos fallos proferidos por diferentes salas de la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia de la nación, de la República Argentina, en la cual se establecen doctrinas contrastantes sobre la legalidad de la cláusula *Claims made* en los seguros de responsabilidad civil. En el primer caso, se considera ilegal la cláusula y en el segundo, por razones especiales del caso y haciendo referencia al fallo anterior, se opta por considerar que la misma es eficaz.

El tema resulta muy interesante, sobre todo con la perspectiva de legislaciones que, por no haber establecido todavía disposiciones expresas sobre la validez o invalidez de este tipo de cláusulas, deben dejar el examen de la validez de estas cláusulas a consideración de la jurisprudencia, asumiendo con ello los jueces una especial responsabilidad en este campo.

Agradecemos al profesor WALDO SOBRINO su colaboración al habernos remitido el texto de estos fallos.

"I. SENTENCIA DE 2 DE MAYO DE 2006. PROCESO DE GRACIELA BARRAL DE KELLER SARMIENTO CONTRA JUAN ANTONIO GUEVARA Y OTROS

"...En la ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 2 días del mes de mayo de 2006, reunidos en acuerdo los señores jueces de la Sala «C» de la Cámara Civil, para conocer de la cuestión determinada por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación a fs. 2337/2339 de los autos «*Barral de Keller Sarmiento, Graciela vs. Guevara, Juan Antonio y otros s/Daños y perjuicios*», respecto de la sentencia dictada por la Sala «M» de esta Cámara a fs. 1679/1686, estableciendo el tribunal la siguiente cuestión a resolver:

¿Es válida la cláusula *Claims made* pactada entre el condenado Juan Antonio Guevara y la Ibero Platense Cía. de Seguros S.A. (en liquidación)? En caso afirmativo ¿cuál es el alcance de la cobertura?

Practicado el sorteo, resultó que la votación debía efectuarse en el orden siguiente: Sres. jueces de Cámara Dres. DÍAZ SOLIMINE, ÁLVAREZ JULIÁ y CORTELEZZI.

Sobre la cuestión propuesta el Dr. DÍAZ SOLIMINE dijo:

I. El objeto del decisorio.

La Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció a fs. 2337/2339 que al modificar la Sala «M» de esta Cámara la sentencia de la anterior instancia revocándola (fs. 1679/1686), admitió la responsabilidad del codemandado Juan Antonio Guevara, y eludió examinar el planteo atinente a la responsabilidad de «La Ibero Platense Cía. de Seguros S.A.» (en liquidación), lo cual constituye el objeto del decisorio.

Corresponde pues resolver la citación en garantía efectuada por el Dr. Juan Antonio Guevara, en relación a su aseguradora «Florencia Compañía de Seguros Generales S.A.», absorbida por «La Ibero Platense Compañía de Seguros S.A.» (en liquidación).

Esta última declinó la cobertura por aplicación de la cláusula *Claims made* (fs. 622/626), cuya nulidad e inconstitucionalidad pidió el asegurado (fs. 609/612).

Sobre el punto, el Sr. Fiscal de Cámara entiende que «la cláusula *Claims made* inserta en la póliza de autos, resulta abusiva y por lo tanto repugnante a la letra y el espíritu de la Constitución Nacional» (fs. 2383/2386).

Manifiesta la aseguradora que dicha póliza contratada con la Asociación de Médicos Municipales, obligaba a mantener indemne a los distintos profesionales que integraban la asociación, entre ellos el Dr. Guevara en relación a reclamos de sus pacientes o derecho habientes de los mismos que provengan de acciones u omisiones imputables al asegurado cometidas durante la vigencia de la póliza, hayan sido recepcionados por el asegurador durante la vigencia de la misma o alguna de sus renovaciones sucesivas o hasta un año después de la última renovación.

Reconoce el Dr. Guevara al articular la inconstitucionalidad, la existencia de dicha cláusula en el suplemento adicional 01 que es parte integrante de la póliza pero considera que debe ser declarada nula por su carácter abusivo (art. 1071 y conc., Código Civil, y 37, Ley 24.240 —Defensa del Consumidor—).

Plantea asimismo que dicha cláusula viola el art. 109 de la Ley de Seguros, y los arts. 14, 15, 16, 17 y 19 de la Constitución Nacional.

Manifiesta la aseguradora que si bien los arts. 109 y 120 y conc. de la Ley 17.418 legislan un determinado y específico tipo de seguro de responsabilidad, ello no impide que pueda haber otra alternativa o modalidad de cobertura de responsabilidad civil distinta a la allí establecida, ya que la enumeración no es taxativa. Cita en apoyo de su

postura los arts. 111, 2° párrafo y 118 de la Ley de seguros, que permiten limitar la responsabilidad del asegurador en seguros de responsabilidad civil.

Defiende la aseguradora la validez de la cláusula sosteniendo que no es abusiva, que fue contratada por una asociación que nuclea a un gran número de médicos, facilitándoles discutir las condiciones del seguro y que precisamente esa cláusula permite a los profesionales de la medicina obtener seguros por muy bajo costo, existiendo en plaza otros sin esa cláusula aunque más onerosos.

Considera extemporáneo el planteo de nulidad ya que renovó la póliza durante tres años sin reclamo alguno, habiendo dejado transcurrir el plazo legal sin formular observación alguna (art. 12, Ley 17.418). Rechaza inconstitucionalidad de dicha cláusula, y se remite a doctrina y jurisprudencia que cita.

II. LA CUESTIONADA VALIDEZ DE LA CLÁUSULA *CLAIMS MADE*

El acto médico objeto de la pretensión ocurrió el 14/7/1995, y el Dr. Guevara fue condenado en el decisorio dictado por la Sala «M» de esta Cámara (fs. 1679/1686).

La Ibero Platense Cía. de Seguros S.A. (en liquidación) reconoció la fecha de inicio de un seguro con fecha 1/7/1995, con un último endoso de fecha 1/12/1996, por lo cual la cobertura —según propios términos del contrato de seguro— venció el 1/12/1996.

A su vez, la demanda le fue notificada a dicha compañía a fines de 1998, es decir fuera del plazo de cobertura según la letra del contrato.

Como cuestión liminar debe señalarse que la póliza n° 800.784 fue contratada con «Florencia Compañía de Seguros Generales S.A.» —absorbida por «La Ibero Platense Compañía de Seguros S.A.» (en liquidación)— por la «Asociación de Médicos Municipales» y no por el codemandado Guevara directamente, de modo pues que se trata de un seguro colectivo, constituyendo una «forma de contratación» y no un «tipo de seguro». En tal sentido, considero que conforme el art. 153, se trata de un seguro a favor de tercero, ya que los integrantes del grupo o sus beneficiarios «tienen un derecho propio contra el asegurador desde que ocurre el evento previsto», hallándonos en el supuesto del art. 504 del Código Civil. Así, el beneficio no se adquiere definitivamente sino por el acaecimiento del siniestro previsto (HALPERÍN, ISAAC «*Seguros. Exposición crítica de la ley 17.418*», Buenos Aires, Depalma, 1970, n° 38, pág. 75). En razón de ello es evidente que el derecho a observar la cláusula *Claims made* nació para Guevara una vez anoticiado de la existencia de la demanda en su contra y no dentro del perentorio plazo del art. 12 de la Ley 17.418 como lo sostiene «La Ibero Platense Cía. de Seguros S.A.» (en liquidación) a fs. 743 y vta.

Dentro del «Seguro de Responsabilidad Profesional» existen en nuestro país dos sistemas de cobertura: el de «ocurrencia» y el de «reclamo» o también denominado *Claims made*. En el sistema de «ocurrencia» se brinda cobertura al hecho médico que originó el daño ocurrido durante el período de vigencia de la póliza, aunque el reclamo se

formule fuera del mismo. De este modo, el hecho generador debe producirse dentro del período de vigencia con independencia del momento en que se formule el reclamo. En el sistema de «reclamo» o *Claims made* —basado en la «teoría de la reclamación»— se da cobertura al hecho médico operado durante el período de vigencia de la póliza, cuyo reclamo también se produzca durante igual período o durante su prórroga. Así, tanto el hecho generador como el reclamo deben ocurrir durante dicho período. El requisito central es la «reclamación formulada y notificada», de modo que tanto la ocurrencia del siniestro como el reclamo deben formularse durante la vigencia de la póliza o alguna de sus renovaciones.

A través de la inclusión de esta última cláusula se pretende limitar temporalmente la cobertura que brinda el seguro de responsabilidad civil de los profesionales (cfr. GHERSI, CARLOS A. (director) en *Responsabilidad profesional*, t. I, «Principios generales», cap. I, «Los profesionales y la posmodernidad», Buenos Aires, Astrea, 1995, parágrafo 5, pág. 14), y tiene lugar frente a los denominados «siniestros tardíos», los cuales llevaron a los aseguradores y reaseguradores a crear e impulsar la cláusula *Claims made*. Hechos ocurridos en una época pueden llegar a tener reclamos judiciales posteriores que en casos como la «mala *praxis* médica» alcanzarían los 10 años si se tiene en cuenta el plazo de prescripción, obligando a las empresas de seguros a prever fondos por eventuales reclamos que, en términos financieros, resulta inconcebible.

En el caso de las cláusulas *Claims made*, la notificación de siniestros dentro del plazo de vigencia de la póliza es uno de los elementos definitorios de tal cobertura, habiendo obtenido los aseguradores algunas decisiones judiciales favorables en los países anglosajones (Tribunal Supremo de New Hampshire, 4/2/2005, «Catholic Medical Center vs. Executive Risk Indemnity», citado por CLARK, DOUGLAS y POLLACK, MINDY en: «La cobertura *Claims made* en EEUU: Consolidación y funcionando bastante bien» —visible en internet: <http://www.genre.com/sharedfile/pdf/Topics13ClarkPollack-sp.pdf>—), aunque en otros se ha rechazado basándose en principios de orden público («Jones vs. Continental Casualty Company», citado por SOBRINO, AUGUSTO R. en: *Derecho de seguros: la cláusula Claims made*, J.A. 1996-I-801), como así también en la expectativas razonables (J.G. Link & Co. vs. Continental Casualty Company, referenciado por SOBRINO, *ob. cit.*), doctrina esta última acuñada en los Estados Unidos y que para apreciar la validez de la cláusula en análisis atiende la particular situación del tomador del seguro o consumidor. Sin embargo la normativa estableció que los aseguradores deben conceder automáticamente un «plazo adicional para notificación» que proporciona a los asegurados la opción de prorrogar de 1 a 5 años más el plazo para notificar la ocurrencia de siniestros —v.gr., en Nueva York la prórroga alcanza los 3 años, y en Virginia la prórroga es ilimitada— (CLARK, D. y POLLACK M., trabajo citado).

Ello permite observar la factibilidad de incluir la cláusula *Claims made* con matices que no deben jugar en contra del asegurado. La realización de un contrato de seguro debe regirse por el principio de la «autonomía de la voluntad»; pero existen límites que deben respetarse y mantenerse a efectos de que el seguro cumpla su cometido. Por acuerdo de partes no es viable la alteración de la obligación del asegurador de modo de desnaturalizar la función económico-jurídica del contrato. Y en el caso,

tales límites provienen de la propia ley de seguros, pero también de la Ley de Defensa del Consumidor.

¿Resulta acaso razonable que si el profesional médico no está satisfecho con la compañía aseguradora deba mantener tantos seguros vigentes como tiempo deba transcurrir hasta que opere la prescripción de eventuales reclamos? Desde ya que no. De lo contrario, implícitamente estaríamos aceptando la existencia de «clientela cautiva» de la compañía aseguradora, pues ningún profesional médico puede asegurar que no va a poder ser demandado por alguno de sus pacientes durante los últimos 10 años. Es decir que si el médico cambiara de compañía aseguradora cada año, debería mantener —al menos— diez seguros simultáneos a los diez años de ejercer su profesión, lo cual resulta claramente abusivo (véase «Formación de responsabilidad profesional» visible en <http://www.aeds.org/respprofesi4.htm>).

Lo convenido en términos de la Ley de seguro, no puede modificarse en perjuicio de los intereses de los asegurados (art. 158, Ley 17.418; «Consecuencia de la Cláusula *Claims made*, en «La cláusula *Claims made* y el seguro de responsabilidad civil», visible en <http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/AREAS%20TEMATICAS/PRIVADO/CONTRATOS%20la%20Cláusula%20claims%20made.htm>), pues de ese modo se desnaturalizan las obligaciones propias del contrato de seguro. Es inadmisibles que para buscar su propia protección las aseguradoras utilicen esta cláusula que, a la postre desprotegen al asegurado (SOBRINO, AUGUSTO R., *Derecho de seguros: la Cláusula Claims made*, J.A., 1996-I-790).

La esencia del contrato de seguro es justamente la protección del asegurado contra el hecho generador de una deuda ocurrida dentro del plazo de vigencia de la póliza, independientemente del momento en que se efectúe el reclamo. La aparición del daño es lo que interesa a los fines de situarlo en el período de garantía. Por ello, una interpretación distinta implicaría una desnaturalización del contrato de seguro. La cláusula *Claims made*, limita temporalmente la garantía asegurativa en un modo no previsto por la ley ampliando inequitativamente los derechos del asegurador y restringiendo los del asegurado. Ello, además de implicar una violación a lo dispuesto por los arts. 109 y 158 de la ley de seguros, permite tener por configurados los presupuestos previstos en el art. 37, incisos a) y b) de la Ley 24.240 de defensa del consumidor (voto de la Dra. LOZANO —CN Civil, Sala L,— exp. n.º: L.059871, 29/08/03, «Rodríguez, María Alejandra c/Obra Social del Personal de la Sanidad y otros s/ Ordinario», sumario n.º 15675 —base de datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil— *Boletín* n.º 23/2003; STIGLITZ, RUBÉN, *Un antecedente sobre la ilicitud de la cláusula Claims made*, L.L. 2003-F-372 y sigs).

La cláusula *Claims made* es abusiva pues desnaturaliza las obligaciones relativas al objeto del contrato. En el seguro de responsabilidad civil, la obligación del asegurador se mantiene hasta la cancelación de la deuda motivada en la responsabilidad civil operada a partir de un hecho ocurrido en el plazo de vigencia contractual, y la obligación del asegurador se agota una vez satisfecho el crédito del damnificado. Limitar en el tiempo la garantía asegurativa, condicionándola a que el damnificado

concrete un reclamo durante la vigencia del contrato o dentro del año siguiente a su finalización, importa una supresión materialmente ilícita de la obligación del asegurador o, desde la perspectiva inversa, la abusiva eliminación de los derechos del asegurado (STIGLITZ, RUBÉN, *Seguro contra la responsabilidad civil en el MERCOSUR y control del Estado sobre las condiciones generales de póliza*, L.L. 1996-I-914).

En orden a la inserción de dicha cláusula en el contrato y en la relación jurídica, LORENZETTI entiende que debe establecerse un estándar consistente en un «deber de ofrecer alternativas suficientes», sea que se trate de una contratación individual o en masa, con miras a un contrato de larga duración que permita la celebración de un acuerdo con «cláusula de ocurrencia», neutralizando los efectos lesivos de las libertades (LORENZETTI, RICARDO, *Contrato de seguro: la cláusula Claims made*, L.L. 1998-C-Sección doctrina, págs. 1174/1178).

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.» (en liquidación), no impide inspeccionar la legalidad de tal resolución (MOLINA SANDOVAL, CARLOS A., *Seguro de responsabilidad y cláusulas Claims made. La cuestión de su validez en el derecho argentino*, E.D. 203-787). Sostiene KELSEN que los jueces deben ser «guardianes de la Constitución», y en tal sentido velar por el respeto de las jerarquías normativas. Por ello, si bien es tarea de dicha Superintendencia aprobar las propuestas de pólizas (arts. 23-2, 24 inc. a y 25, Ley 20.091) y controlar su legitimidad (art. 25-1, Ley 20.091), nunca una resolución de un órgano administrativo puede habilitar la realización de un acto contrario a una ley y menos aún a la propia Constitución.

La defensa del consumidor no solo está consagrada en nuestra Carta Magna (art. 41), sino también en la Ley 24.240, encontrándose el asegurado alcanzado por tal protección.

Así, sobre el particular y sin perjuicio de la validez del contrato, deben tenerse por no convenidas las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños (art. 37, inc. a), Ley 24.240).

Las obligaciones se desnaturalizan cuando se apartan injustificadamente del derecho dispositivo, de un modelo de razonabilidad estimado por el legislador (LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Tratado de los contratos*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1999, t. I, pág. 165).

Así, se considerarán términos o cláusulas abusivas las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes. En general, tal situación se presenta cuando «importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor» o «amplíen los derechos de la otra parte» (art. 37, inc. b), Ley 24.240). En particular, se considera «cláusula abusiva» aquella que limite

o excluya la «responsabilidad por daño» (MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Defensa del consumidor - Ley 24.240*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1998, págs. 103/105).

La evidente limitación de la vigencia de la póliza en orden a la responsabilidad por daño (véase «suplemento adicional 01» de la póliza n° 800784 —fs. 620—) ponía en cabeza de la aseguradora la carga de acreditar el ofrecimiento de alternativas suficientes, a fin de preservar la validez de una cláusula de dudosa eficacia.

Las pruebas acopiadas no permiten presumir que el condenado Guevara haya tenido opciones a la hora de contratar. En efecto, no puede presumirse la libre contratación del seguro frente a la posición dominante de la aseguradora de un mercado tan específico como lo es el del seguro por responsabilidad médica cuando no existe constancia de habersele ofrecido otras alternativas a cambio.

Y no es novedosa ni excluyente la inaplicabilidad de la cláusula *Claims made*, ya que —por ejemplo— el *pool* francés de contaminación, como consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal de Casación que rechaza la cláusula *Claims made* (diciembre de 1990), se ha visto constreñido a dejarla de lado, para seguir los lineamientos de las pólizas alemanas. En España, el Tribunal Supremo, en sentencia del 20 de marzo de 1991 condenó a la aseguradora a «... asumir la cobertura de los siniestros acaecidos por actos profesionales negligentes realizados durante la vigencia de la póliza, con independencia de la fecha en que se formulen las reclamaciones por los presuntos perjudicados...» (SOBRINO, AUGUSTO R., *Derecho de seguros: la cláusula Claims made*, J.A., 1996-I-790; «Jurisprudencia y legislación» en *La cláusula Claims made y el seguro de responsabilidad civil*).

La cláusula *Claims made* constituye una variable de contratación de seguro de origen anglosajón, de especial aplicación en los Estados Unidos de Norteamérica, y extraña —en principio— a nuestro derecho y nuestras propias formas de contratación en la materia, pues se trata de realidades sociales distintas donde se manejan parámetros, interpretaciones, precedentes judiciales y montos indemnizatorios diferentes, pese a lo cual en dicho país se aplican pautas doctrinarias tales como la de expectativas razonables, con la finalidad —como principal consecuencia— de no perjudicar al asegurado. En nada de todo ello se ha evolucionado entre nosotros, quedando demostrado una vez más que resulta inviable la traspolación sin cortapisas de figuras o institutos extraños a nuestra tradición jurídica romanista y continental (MOLINA SANDOVAL, CARLOS A., *Seguro de responsabilidad y cláusulas Claims made. La cuestión de su validez en el derecho argentino*, E.D. 203-787; SOBRINO, AUGUSTO R., *Derecho de seguros: la cláusula Claims made*, J.A., 1996-I-790).

Si bien desde una posición extrema se ha concluido que dicha cláusula en sus diferentes versiones «implica una evidente y palmaria desprotección para los consumidores de seguros (v. gr. el asegurado y la víctima)» (SOBRINO, WALDO AUGUSTO R., *La cláusula Claims made y la función social del seguro de responsabilidad civil en el siglo XXI*, E.D., suplemento Derecho de Seguros, págs. 17/21), desde otra posición doctrinaria que se muestra favorable a la validez de esta cláusula se considera que la cobertura *Claims made* pura «ya no existe», pues «ha sido morigerada con la cláusula de

reconversión a ocurrencia, y el período extendido de reclamos, incluyendo en este concepto la cobertura de los que se produzcan luego de que el asegurado cesa en su cobertura por discontinuar su actividad, base del riesgo cubierto» (MARCO, JOSÉ LUIS, *¿Son válidas las cláusulas Claims made en el derecho asegurador argentino?*», E.D., suplemento Derecho de Seguros, pág. 15/17). En el caso, es evidente que lo pactado está en las antípodas de la primera posición, pero lejos también de esta última modalidad.

Es inadmisibles que la prescripción derivada de la «mala *praxis*» profesional pueda impulsar a una solución arbitraria e irrazonable, ya que frente a ella el *alea* de la aseguradora se reduce a plazos tales que la propuesta deviene inaceptable. Es que tratándose como en el caso, de profesionales de la salud, donde el transcurso del posoperatorio, la consecuente mejoría y la evolución posterior requieren de mayor tiempo para determinar si tal acto y sus circunstancias fueron correctamente ejecutadas, deviene contrario a la naturaleza del evento objeto del seguro, y por lo tanto (*sic*) impropio para cumplir su finalidad intrínseca: la cobertura del *alea* asegurada atendiendo a las características propias que la definen. De este modo, los efectos del acto médico no pueden quedar comprendidos en un período de «no seguro», lejos de ser alcanzado por la prescripción pues tal aspecto desnaturaliza el contrato mismo. Contrariamente, solo cabe concluir que el único interés de las aseguradoras y reaseguradoras es «captar» a los tomadores para luego mostrarles la realidad de la limitación de sus contrataciones que, en caso de haberlas conocido en su total dimensión no las hubieran contratado.

Por todo ello y si mi voto fuera compartido, propongo tener por no convenido el punto 3) del «Suplemento Adicional 01» de la póliza n° 800784 celebrada entre la «Asociación de Médicos Municipales» y «Florenxia Compañía de Seguros Generales S.A.», absorbida por «La Ibero Platense Compañía de Seguros S.A.» (en liquidación), en relación al codemandado Juan Antonio Guevara. Costas a cargo de esta última (art. 68, Código Procesal).

De este modo, «La Ibero Platense Compañía de Seguros S.A.» (en liquidación) deberá asumir el pago de la suma de \$100 000 frente a la actora, sin perjuicio del derecho que le asiste respecto de Juan Antonio Guevara para que le oble (*sic*) el monto de la franquicia de \$38 000. Asimismo, este último deberá asumir el pago frente a la actora de las sumas que excedan los \$100 000.

Por razones análogas a las expuestas, los Dres. ÁLVAREZ JULIÁ y CORTELEZZI adhirieron al voto que antecede”.

III. SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 2007. PROCESO DE NÉSTOR GABRIEL FURTADO CONTRA EDUSUR SA.

“Se agravia la citada en garantía en razón que la misma fue condenada en su carácter de aseguradora de la accionada, sosteniendo que el juez *a quo* desestimó la defensa sin considerar que el contrato de seguro se había celebrado bajo las condiciones de cobertura de riesgo *Claims made*.

Como bien lo señala la quejosa en su escrito existen dos sistemas de cobertura: el de «ocurrencia» y el de «reclamo» o también llamado *Claims made*. Este último —basado en la teoría del reclamo— se da *cobertura al hecho operado durante el periodo de vigencia de la póliza, cuyo reclamo también se produzca durante igual periodo o durante su prórroga*. Así tanto el hecho generador como el reclamo deben ocurrir durante dicho periodo. El requisito central es la «reclamación formulada y notificada», de modo tal que tanto la ocurrencia del siniestro como el reclamo deben formularse durante la vigencia de la póliza o alguna de sus renovaciones.

A través de la inclusión de esta última cláusula se pretende limitar temporalmente la cobertura que brinda el seguro de responsabilidad civil y tiene lugar frente a los denominados siniestros tardíos, los cuales llevaron a los aseguradores a crear e impulsar la cláusula citada.

Ahora bien, sin perjuicio del examen efectuado, el encuadre del caso debe efectuarse a la luz de la Ley 17.418.

En efecto, la citada en garantía sostiene que la demandada omitió en tiempo oportuno —dentro del plazo fijado por la póliza— denunciar el siniestro que nos ocupa.

En esta etapa corresponde expresar que dos son las relaciones emergentes: a. aquella derivada de la citación en garantía efectuada por el actor y b. la peticionada por el accionado.

La ley mentada contempla la figura de la citación en garantía, quien si bien en el proceso tiene posibilidad de ejercer un amplio derecho de defensa, encuentra un valladar en el artículo 118 párrafo tercero.

Esta norma en forma clara y categórica determina que el asegurador no puede oponer defensas nacidas con posterioridad al siniestro (Cf. CNCiv. Sala H, Mahalla, J. c/ Muñoz, M. s/ daños y perjuicios).

La falta de comunicación al asegurador por parte del asegurado constituye un caso típico de «defensa posterior» al siniestro, que por lo tanto (*sic*) no puede ser esgrimida por el segundo en el proceso que ha sido citada en garantía, máxime tratando de encubrirlo bajo la apariencia de una figura exonerativa de su responsabilidad como es la cláusula *Claims made*.

En la hermenéutica acerca de la vigencia de la cobertura en el contrato de seguro debe considerarse subsistente la obligación del asegurador, pues no corresponde efectuar interpretaciones que arrojen como resultado la restricción del riesgo cubierto por la póliza.

Como correctamente lo señala el *a quo* es indudable que el incumplimiento de denunciar el siniestro por el asegurado al asegurador, trae consigo dicha omisión la pérdida del derecho a ser indemnizado (cf. arts. 46 y 47 de la Ley 17.418), naciendo para la aseguradora el derecho de repetir del asegurado incumplidor lo que deba pagar al tercero damnificado.

Aún como se señalara ante la omisión o falta de denuncia, por tratarse de una defensa nacida con posterioridad, que en caso es inoponible a la víctima.

Lo cual me lleva a desestimar el agravio vertido.

Por todo ello y si voto fuera compartido propongo:

1. Modificar la sentencia recurrida, determinado la responsabilidad en el hecho en un 60% a la demandada y en un 40% a la actora y el rubro «gastos futuros» el cual se reduce a la suma de pesos cien mil (\$100 000).
2. Las costas de la alzada, se imponen en el orden causado, atento el resultado obtenido por los apelantes (cfe. artículo 68 del CPCC).

Por razones análogas a las expuestas, el Dr. ÁLVAREZ JULIÁ adhirió al voto que antecede, con excepción al agravio formulado por la citada en garantía respecto de su inclusión en la condena. Sobre este punto el doctor ÁLVAREZ JULIÁ dijo: Es la segunda oportunidad en que en un breve lapso llega a esta Sala la necesidad de pronunciarse debido a la expresión de agravios de una compañía de seguros acerca de la modalidad conocida como *Claims made*.

Así «HSBC La Buenos Aires Seguros SA» a fs. 1002/1007 plantea su rezongo criticando las conclusiones arribadas en la anterior instancia, sosteniendo por las razones que esgrime se revoque la sentencia en cuanto hace extensiva su responsabilidad con relación a la víctima del hecho motivo de litis en atención a la condena de su asegurada «Edesur SA», por sostener que dado la modalidad del seguro contratado, el tiempo no regía por falta de denuncia en tiempo propio.

Tales agravios fueron contestados tanto por «Edesur SA» a fs. 1009/1017 como por la parte actora a fs. 1032 vta., punto IV.

En oportunidad del dictado de la sentencia en autos «*Barral de Keller Sarmiento, Graciela vs. Guevara, Juan Antonio y otros s/Daño y perjuicios*» de fecha 2 de mayo de 2006 acompañé el voto del distinguido vocal preopinante doctor OMAR LUIS DÍAZ SOLIMINE, quien a la sazón reviste el mismo carácter en estos actuados. Mas entiendo que en esta ocasión existen elementos fácticos y jurídicos que ameritan señalar las diferencias con lo allí vitado, y que inevitablemente conducen a una solución diferente. Es que el ejercicio de esta augusta misión de la judicatura implica la necesidad de extremar los cuidados para la aplicación de la ley y obtener una sentencia justa. De allí se desprende que el diferente sustrato fáctico jurídico implica emitir un pronunciamiento ajustado al presente caso.

IV. BREVE SÍNTESIS DE LAS CONSTANCIAS DE AUTOS

De acuerdo al régimen estatuido por la Ley 24.573 el actor Néstor Gabriel Furtado previo a entablar la presente demanda inició el trámite de mediación obligatoria siendo únicamente requerida «EDESUR SA» con fecha 13 de septiembre de 2000

(véase fl. 3); tal trámite finiquitó luego de la tercera audiencia el día 6 de noviembre de 2000 (véase fl. 4).

La demanda obrante a fs. 83/95 fue intentada con fecha 16 de agosto de 2002 (ver cargo de fs. 95 vta.) y se dirigió exclusivamente contra “EDESUR SA» la cual contestó la misma el 1º de octubre de 2002 (véase cargo de fs. 164), requiriendo a fs. 163, punto X, la citación en garantía de «HSBC La Buenos Aires Seguros SA» la que quedó notificada el día 14 de febrero de 2003 (véase atestación del oficial notificador de fs. 178 vta.).

Ante tal requerimiento la citada en garantía a fs. 224/232 rechaza la citación en garantía arguyendo que su asegurada no denunció el evento que en autos se ventila antes de la fecha de expiración de la contractualmente estipulada, que era el 30 de junio de 2002.

A fs. 626/628 obra la pericia contable requerida por la citada en garantía y a fs. 653 la contestación a la ampliación requerida a fs. 634. De la misma se desprende que la demandada tenía contratada con la quejosa la póliza n° RCV-00-O46177 con los siguientes datos. Vigencia del seguro: de las 0.00 del 15-3-2000 hasta las 24.00 horas del 30-6-2000. Titularidad. EDESUR SA. Tipo de cobertura: *Claims made*. Cobertura: responsabilidad civil operaciones, producto/operaciones completadas y patronal...» véanse fs. 627.

A fs. 627 vta. indica el perito que “...la presente póliza cubre aquellos reclamos que sean notificados al asegurador durante la vigencia de la póliza y hasta un plazo de 24 meses a partir de la fecha de cancelación...”.

A fs. 653 vta. Continúa diciendo el contador “a efectos de aclarar el punto en cuestión, se vuelve a reiterar que no existe constancia de que la firma EDESUR SA hubiera efectuado denuncia del siniestro en el presente juicio ante HSBC La Buenos Aires Seguros SA. Asimismo y de los libros contables examinados como del expediente n° 29064 que se menciona en el punto D) del informe pericial, no surge que HSBC La Buenos Aires Seguros SA hubiera sido citada al trámite de Mediación relacionado con el presente siniestro...». Tal pericia no ha sido cuestionada por ninguna de las partes por la cual corresponde otorgarle la fuerza probatoria estatuida por el artículo 477 del Código Procesal.

V. CUESTIÓN PROCESAL

De acuerdo a lo puesto de relieve *ut supra*, he de señalar que el actor en las oportunidades procesales pertinentes no ha citado en garantía en los términos del artículo 118 de la Ley 17.418 a la compañía de seguros hoy quejosa. «HSBC La Buenos Aires» no fue por él requerida a la mediación ni citada en garantía durante el proceso: ello no aconteció al momento de entablar la demanda ni al tomar conocimiento del contrato de seguros denunciado por «EDESUR SA» extendiendo la acción contra ella. Ello demuestra su indiferencia en cuanto a la participación de la compañía de seguros para efectuar su reclamo contra ella, no haciendo uso en

consecuencia de la facultad otorgada por el segundo párrafo del artículo 118 de la Ley 17.418.

Si bien es cierto que el artículo 118 de la Ley 17.418 dispone que «...También el asegurado puede citar en garantía al asegurador en el mismo plazo y con idénticos efectos...». Tales efectos son los identificados en el tercer párrafo, primera parte de la norma legal citada: ejecutabilidad de la sentencia.

Dada la falta de la citación en garantía por parte del actor, deben entenderse que ha sido la accionada quien ha pretendido resguardarse de la supuesta responsabilidad endilgada, propiciando el cumplimiento del contrato previamente acordado. De allí, que corresponda examinar las particularidades del mismo.

Pero antes de terminar este capítulo he de recalcar que dada la forma de la traba de la *litis contestatio* ya descrita, en realidad lo que existe es un conflicto a dirimirse entre los distintos sujetos convocados a conformar el frente pasivo de la acción, no debiendo por ello, focalizar la cuestión desde el punto de vista de la víctima.

Me pregunto ¿qué acontecería si la acción hubiera sido rechazada, quién cargaría las costas de la citación: el actor, quien no la citó? La respuesta es negativa por no haber buscado él la incorporación de ese nuevo sujeto procesal quien vino al proceso por requerimiento de la demanda. Siendo ello así, entiendo que debe independizarse en autos, la cuestión generada en el frente pasivo, con relación al sujeto activo de la acción.

VI. CUESTIÓN DE FONDO

El marco en que fue celebrado el contrato de seguro entre la demandada y la citada en garantía es dentro del de la autonomía de la voluntad, muy diferente al ámbito del seguro obligatorio previsto en la ley de tránsito. Por ende *debe regir en toda su extensión el imperio del artículo 1197 del Código Civil*. Conforme lo he destacado en el punto II la póliza acordada había sido formulada con la modalidad de *Claims made* y por ende, con la particularidad de que el hecho que podría importar la responsabilidad de la aseguradora y por ende poner en juego el cumplimiento del contrato, debía ser denunciado dentro del plazo de vigencia de la póliza que conforme se desprende de la prueba pericial contable finiquitaba el 30 de junio de 2002. El primer conocimiento que tuvo la compañía de seguros fue el 14 de febrero de 2003 al serle notificada la citación en garantía formulada en autos por su asegurada.

De allí que la falta de denuncia impetrada en tiempo propio, no puede ser encuadrada ni siquiera como una defensa posterior al hecho, sino que debe ser ubicada como un reclamo en un momento de inexistencia de seguro por haber finalizado el plazo de vigencia de la póliza.

La defensa articulada por la asegurada al contestar la expresión de agravios aparece como pueril, ya que con anterioridad al finiquito del plazo de vigencia de la póliza la

asegurada tomó conocimiento con posterioridad al vencimiento de la póliza, sino que habiendo acontecido con anterioridad su conducta fue omisiva o desidiosa.

Amén de las diferencias procesales y sustanciales ya apuntadas respecto del precedente de esta Sala ya citado, quiero asimismo destacar que a diferencia de aquel pronunciamiento *aquí la asegurada es una sociedad comercial, de indudable y notoria importancia en la provisión del suministro del fluido eléctrico y de allí con la posibilidad de poner en funcionamiento tanto un departamento interno o requerir un asesoramiento externo letrado previo a celebrar el contrato de seguro bajo la fórmula Claims made*, con lo cual no podría validamente sostenerse que la empresa era una parte débil o que la aseguradora debía proporcionarle mayor información al respecto o que no sabía el tipo de seguro contratado. El principio *nemo propriam turpitudinem est auditur* debe aplicarse aquí en toda su amplitud. Por ello no hay causal exculpatoria alguna.

Lo que para mí sigue siendo al menos curioso es que habiendo tenido la posibilidad de efectuar la denuncia dentro del plazo de vigencia de la póliza ello no haya acontecido y que con posterioridad se pretenda desconocer los términos del contrato de seguro celebrado (art. 1197 del C.C.).

Por ello, propongo en este aspecto: revocar la sentencia de primera instancia en cuanto hace extensiva la condena a «HSBC La Buenos Aires Seguros SA» con costas de primera instancia a cargo de EDESUR SA. Las costas de la alzada deberán ser soportadas por el actor y EDESUR SA. (artículo 68 del CPCC). La doctora CORTELEZZI se adhiere al voto del doctor DÍAZ SOLIMINE con excepción de este último punto al cual se adhiere al voto del doctor ÁLVAREZ JULIÀ. Con lo que terminó el acto. OMAR LUIS DÍAZ SOLIMINE - LUIS ÁLVAREZ JULIÀ – BEATRIZ LIDIA CORTELEZZI”.

