

**ACERCA DE LA REGULACIÓN
DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN BASE
A RECLAMOS (*CLAIM MADE*) EN LA LEY URUGUAYA
DE CONTRATOS DE SEGUROS**

*THE REGULATION OF THE CLAIM
MADE LIABILITY INSURANCE IN THE URUGUAYAN
INSURANCE CONTRACT LAW*

*JUAN JOSÉ MARTÍNEZ MERCADAL**

Fecha de recepción: 22 De noviembre de 2023

Fecha de aceptación: 30 de noviembre de 2023

Disponible en línea: 30 de diciembre de 2023

Para citar este artículo/To cite this article

MARTÍNEZ MERCADAL, Juan José. *Acerca de la regulación del seguro de responsabilidad civil en base a reclamos (claim made) en la ley uruguaya de contratos de seguros en el contexto del derecho de daños y del derecho del consumidor*, 59 Rev.Ibero-Latinoam.Seguros, 35-62 (2023). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris59.arsr>

doi:10.11144/Javeriana.ris59.arsr

* Abogado. Especialista en Derecho de Daños. Magíster en Derecho con orientación en Derecho de Daños de la Facultad de Derecho, Universidad de la República/Uruguay. Diplomado en Derecho e Innovación de la Facultad de Derecho, Universidad de Tucumán. Alumno de los Cursos de Actualización Jurídica válidos para el Doctorado en Derecho (área civil) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Docente Asistente de Derecho Civil II (Obligaciones y Contratos) y III (Contratos Especiales) de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República/ Uruguay. Docente de Posgrado en la Maestría de Derecho, Orientación Derecho de Daños y en la Carrera de Especialización en Derecho de Daños en la Escuela de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República/ Uruguay. martinezmercadal@gmail.com / <https://orcid.org/0000-0002-5508-6054>.

RESUMEN

Sin una regulación legal expresa del contrato de seguros de responsabilidad civil en la codificación comercial del siglo XIX en Uruguay, en el año 2018 irrumpe en escena la Ley de Contratos de Seguros N° 19.678. La primera regulación del contrato de seguros de responsabilidad civil, con vínculos con el Derecho del Consumidor y una declaración de orden público, que por momentos queda sujeto a revisión en alguna de sus disposiciones, implica un verdadero desafío para el intérprete. En ese contexto, y el que surge del actual desarrollo del Derecho de Daños y del Consumidor, la recepción legislativa de la cobertura en base a reclamos genera grandes interrogantes. El presente trabajo procura hacer un ejercicio interpretativo desde el pensamiento abstracto y crítico de la nueva figura en el contexto del sistema normativo uruguayo de Derecho Privado.

Palabras claves: Seguro de responsabilidad civil. *Claim made*. Derecho de Daños. Derecho del Consumidor. Interpretación contractual. Orden público.

ABSTRACT

Without an express legal regulation of the liability insurance contract in the commercial codification of the 19th century in Uruguay, in 2018 the Insurance Contract Law 19,678 burst onto the scene. The first regulation of the civil liability insurance contract, with links to Consumer Law and a declaration of public order, which at times is subject to review in some of its provisions, implies a real challenge for the interpreter. In this context, and that arising from the current development of Tort and Consumer Law, the legislative reception of claims-made coverage raises big questions. This work seeks to carry out an interpretative exercise from the abstract and critical thinking of the new figure in the context of the Uruguayan regulatory system of Private Law.

Keywords: *Liability insurance. Claim made. Damages Law. Consumer Law. Contractual interpretation. Public order.*

SUMARIO:

1. El seguro de Responsabilidad Civil y el Derecho de Daños en Uruguay. 2. La decisión de contratar un seguro voluntario de responsabilidad civil. 3. Los sistemas de cobertura en la Ley Uruguaya de Contrato de Seguros N° 19.678. Base ocurrencia y base reclamos. 4. El sistema de cobertura de responsabilidad civil en base a reclamos (*claim made*) puro, retroactivo o extendido. 5. La cobertura en seguros de responsabilidad civil de base reclamos (*claim made*) en la Ley Uruguaya de Contratos de Seguros N° 19.678. 6. Consecuencias de la recepción legislativa del sistema de cobertura en base a reclamo (*claim made*) en el sistema de responsabilidad civil uruguayo. 7. Algunas primeras reflexiones. Bibliografía.

1. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL DERECHO DE DAÑOS EN URUGUAY

La responsabilidad civil, tal cual la conocemos en la actualidad, es un instituto nuevo¹ que ha sabido adaptarse a las necesidades de una sociedad en constante transformación desde las primeras revoluciones industriales hasta la actual revolución de algoritmos e inteligencia artificial.

El contrato de seguros, y en especial el que contempla como riesgo asegurable la responsabilidad civil, ha sabido acompañar esa evolución por lo que es posible afirmar que ambos institutos tienen una historia en común. Expresa el catedrático español Alonso Soto que

“la historia nos demuestra que cada conquista científica o técnica va acompañada al poco tiempo de la aparición del consiguiente mecanismo de garantía. De este modo, el seguro irrumpe en la vida económica y social como un remedio flexible y eficaz frente a los riesgos, que además presenta la virtud de adaptarse fácilmente a los cambios”².

En los tiempos actuales casi todos los riesgos resultan asegurables ya que prácticamente ha desaparecido la inasegurabilidad por razones técnicas, sin embargo, se mantiene, en cambio, la inasegurabilidad por razones estrictamente jurídicas, entre las que destacan, de un lado, la inexistencia del riesgo por falta de aleatoriedad, por ejemplo en el caso de provocación del siniestro por el asegurado, y, de otro, la ilicitud del riesgo por ser contrario a la ley, la moral o el orden público³, entre otros supuestos, agregamos.

Desde hace ya un tiempo la responsabilidad civil ha dejado de tener su epicentro en la búsqueda de “culpables”, para centrar su foco de atención en el daño y en la propia víctima, con la consagración de factores objetivos de atribución y de imputación objetiva en el juicio de causalidad en detrimento de la culpa como fundamento. La institución ha sabido transitar de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización⁴,

¹ MAZEAUD MAZEAUD, Henri y Leon. TUNC, André. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil, Delictual y Contractual*. Buenos Aires, 1957, p. 1. Expresaban los clásicos juristas que “...si existe un tema que uno se sienta tentado de abordarlo sin definirlo, es desde luego el de la responsabilidad civil. En su misma definición aparecen, en efecto, las profundas divergencias de enfoque que oponen a los autores y que no dejan de encontrar su eco en la jurisprudencia y en la legislación. No se trata aquí de las discrepancias de detalle que surgen a cada paso; sino de esa discusión tan viva, a veces tan áspera, sin duda porque desborda la esfera de las concepciones puramente jurídicas, que domina el conjunto de la materia y pone en juego el fundamento mismo de la responsabilidad civil: la lucha entre la doctrina tradicional de la culpa y la teoría moderna del riesgo (...) El origen del término apenas si nos informa sobre ello; porque si es de uso corriente en la actualidad, no ha entrado sino recientemente en nuestro lenguaje jurídico....”.

² ALONSO SOTO, Ricardo. “Responsabilidad Civil y Seguro” en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N.º. 4, 2000 (La responsabilidad en el Derecho), págs. 195 y ss.

³ ALONSO SOTO, Ricardo. “Responsabilidad Civil y Seguro” ob. cit. págs. 195.

⁴ LAMBERT-FAIVRE, Ivonne. “La Evolución de la Responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización”, Traducción de Eliana A. Núñez, en ALTERINI, Atilio – López Caban, Ricardo. *Derecho de Daños*. Editorial La Ley. Buenos Aires, 1992.

expresión que releva el rol que desempeña el daño injusto en el moderno Derecho de Daños⁵, que ha sabido desplazar a la culpabilidad y a la antijuridicidad del sitio que el derecho decimonónico les había concedido.

A ello debemos sumar la consagración definitiva de una función preventiva de la responsabilidad civil que consolida un Derecho de Daños prudente, tanto desde la prevención del daño cierto y conocido como desde la precaución del daño incierto y respecto del cual la comunidad científica y socio-cultural no ha logrado consensos⁶. A modo de ejemplo el Código Civil y Comercial Argentino consagra la prevención como principio de la responsabilidad civil (art. 1078 CCyC), función que no fue ajena al codificador decimonónico uruguayo cuando en el art. 1324 inc. final del Código Civil refirió tímidamente a las diligencias necesarias para “prevenir el daño”.

Dicha evolución no ha sido ajena al negocio del aseguramiento y es la que ha justificado un gran desarrollo del seguro voluntario de responsabilidad civil y la presencia de seguros obligatorios⁷.

Sin una regulación legal expresa del seguro voluntario de responsabilidad civil, y superada la discusión doctrinaria sobre si era posible el aseguramiento de la propia culpa (art. 639 inc. 2ª del Código de Comercio de Uruguay), la figura contractual encontró asidero en las normas sobre el seguro de incendio que contemplaba la propia culpa leve como riesgo asegurable (art. 685 C. Comercio)⁸. Admitido el aseguramiento de la responsabilidad civil, y a falta de regulación legal expresa del contrato, y sin perjuicio de la reglamentación administrativa de la autoridad de control, las condiciones generales, particulares y especiales del contrato de seguro (póliza) eran la principal y única plataforma normativa, sin perjuicio de los mecanismos judiciales de control de la Ley 17.250 de Relaciones de Consumo sobre cláusulas abusivas y revisión de desequilibrios contractuales que irrumpió en escena a poco tiempo de comienzo del nuevo siglo.

La reciente Ley Uruguaya N° 19.678 de Contrato de Seguros⁹ procuró una regulación uniforme del contrato, huyendo del Código de Comercio, y constituyéndose en un

⁵ DE LORENZO, Federico. DE LORENZO, Miguel Federico. *El Daño Injusto en la Responsabilidad Civil. Alterum non laedere*. Ed. Abeledo Perrot 1996.

⁶ MARTÍNEZ MERCADAL, Juan José. “La prudencia del Derecho de Daños: de la prevención a la precaución”. En: *Revista Crítica de Derecho Privado N° 13*. Montevideo. Editorial La Ley Uruguay, 2016.

⁷ MARTÍNEZ MERCADAL, J. J. “La acción de repetición del seguro obligatorio automotor: La importancia de la conceptualización de su naturaleza jurídica”. Anuario de Derecho Civil Uruguayo Tomo XLIX. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2018.

MARTÍNEZ MERCADAL, J. J. MENDIVE, A., “La Judicialización del Seguro Obligatorio Automotor”, Anuario de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XLV. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2015.

MARTÍNEZ MERCADAL, J. J., “Dolo y culpa grave del asegurado y la acción de repetición en el seguro obligatorio automotor en Uruguay: arts. 16, 17 y 18 de la Ley 18.412” en *Revista Crítica de Derecho Privado N° 9*, Montevideo, 2012.

⁸ MEZZERA ÁLVAREZ, Rodolfo. *Curso de Derecho Comercial Tomo III*. 7ª ed. Actualizada por RIPPE, Siegbert. FCU. Montevideo, 1997, p. 221.

⁹ <https://www.imo.com.uy/bases/leyes/19678-2018>.

nuevo bastión del Derecho Privado contemporáneo. Entre sus normas, los arts. 74 a 79 regulan expresamente el seguro (voluntario) de responsabilidad civil.

Desde la más clásica doctrina de Derecho Privado se postulaba que el seguro de responsabilidad civil “al mismo tiempo que garantiza al responsable, aumenta las probabilidades de reparación de la víctima”¹⁰ Los hermanos H y L Mazeaud y A Tunc lo definían como

“un contrato por el cual el asegurador se compromete a garantizar al asegurado contra las reclamaciones de las personas con respecto a las cuales pudiera ser exigible la responsabilidad de ese asegurado y contra las resultas de esas reclamaciones, a cambio del pago, por el asegurado, de una suma fija y por anticipado, la prima, debida generalmente por vencimientos periódicos”¹¹

A modo de ejemplo, el art. 109 de la Ley Argentina de Seguros N° 17.418 define al seguro de responsabilidad civil como aquel en donde “el asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato, consecuencia de un hecho acaecido en el plazo convenido”. Al respecto señala R. STIGLITZ y G. STIGLITZ que

“la obligación que asume el asegurador es la de mantener indemne el patrimonio del asegurado. La indemnidad atiende a la aceptación que la identifica como un estado o situación del que está libre de padecer daño o perjuicio. Apunta conceptualmente al mantenimiento de la integridad de la incolumidad del patrimonio del asegurado”¹².

Por su parte, el art. 74 de la Ley N° 19.678 de Contrato de Seguros señala que en

“el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites convenidos en la póliza o fijados por la ley, a resarcir al asegurado de las sumas que debe pagar a terceros como civilmente responsable por los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato”

Es posible advertir que la técnica del artículo, al igual que el Derecho de Seguros Argentino, es la de consagrar la obligación del asegurador de mantener indemne al asegurado (art. 74 Ley N° 19.678); obligación que acompaña el principio indemnizatorio que recoge la ley en los seguros de daño patrimoniales (art. 54 y art. 2 Ley N° 19.678 cuando refiere que el asegurador “se obliga a resarcir”).

No se recibe así una forma de aseguramiento de reembolso por el cual el asegurador reembolsa lo que haya pagado el asegurado por su deuda de responsabilidad. Sin consagrar una estipulación hacia terceros y negando una acción directa contra el asegurador por la deuda de responsabilidad civil del asegurado (art. 75), no hay dudas de que el seguro de responsabilidad cumple una función indemnizatoria o

¹⁰ MAZEAUD MAZEAUD, Henri y Leon. TUNC, André. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil, Delictual y Contractual*. Ob. cit., p. 149.

¹¹ MAZEAUD MAZEAUD, Henri y Leon. TUNC, André. Ob. cit., pp. 149 y 150.

¹² STIGLITZ, Ruben S. – STIGLITZ, Gabriel A. *Derecho de Seguros*. Tomo IV. La Ley. Buenos Aires, 2005. 4° edición, p. 4.

STIGLITZ, Rubén S. – STIGLITZ, Gabriel A. *Seguro contra la responsabilidad civil*. Abeledo Perrot, 1991, p. 13.

de indemnidad (art. 1 “resarcir ...dentro de los límites pactados”) a la vez que se constituye en una garantía indirecta del crédito indemnizatorio de la víctima

En definitiva, y según señala López Saavedra, por medio del seguro de indemnidad “el asegurador mantendrá indemne a su asegurado, es decir, que pagará por él la indemnización debida al tercero sin que sea necesario que dicho asegurado haya tenido que hacer efectivo previamente el pago de la misma al reclamante”¹³.

2. LA DECISIÓN DE CONTRATAR UN SEGURO VOLUNTARIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Desde el análisis económico del derecho es posible identificar en relación a la contratación de un seguro de responsabilidad civil tres tipos de agentes o jugadores. Por un lado, “los dañadores o más precisamente los potenciales dañadores, y para este modelo “potenciales dañadores–asegurados”; por otro lado “las (potenciales) víctimas” y por tercero “las compañías aseguradoras”¹⁴.

Desde esta perspectiva los aspectos críticos analizados por la teoría económica son: “la información que poseen los agentes”, “su actitud frente al riesgo”, “el patrimonio o más precisamente la solvencia de los agentes (básicamente la solvencia de los dañadores)” y “los costos administrativos del sistema de compensación de los daños”, dentro de los cuales “se encuentra el costo de la administración de justicia que entienda en el juicio de daños.

Los diferentes agentes cuentan con distintos niveles de información respecto de la actitud que desarrollan frente al riesgo. Un escenario simple sería de “información completa para todos los implicados respecto del monto y probabilidad de los daños involucrados”¹⁵, pero ello no es el escenario más común (falta de información, selección adversa y riesgos morales conspiran contra la completitud, pero son elementos considerados en la contratación y bien conocidos por el asegurador).

En el contrato de seguro, en especial el de la responsabilidad civil,

“un punto central es la posibilidad de percibir el riesgo particular asociado a cada dañador potencial después de haber contratado el seguro. Ello, en cuanto el riesgo correspondiente a esa instancia (el momento en que el seguro se encuentra en vigencia, y no antes) es el único efectivamente relevante para la aseguradora, y a su vez, el riesgo que individualmente presenta cada asegurado sería el único que, en puridad, debería tomar en cuenta para calcular la prima que debiera cobrar para asegurar su responsabilidad”¹⁶.

¹³ LÓPEZ SAAVEDRA, Domingo M. *Ley de Seguros 17.418. Comentada y Anotada*. La Ley. Buenos Aires, 2009, p. 188.

¹⁴ ACCIARRI, Hugo. *Elementos de Análisis Económico del Derecho de Daños*. La Ley. Buenos Aires, 2015, p. 95.

¹⁵ ACCIARRI, Hugo. Ob. cit., p. 96.

¹⁶ ACCIARI, Hugo. Ob. cit., p. 96.

La decisión de la aseguradora como del asegurado, a la hora de contratar, respecto de la percepción de cada uno sobre el riesgo, no es perfecta como adelantamos. No hay razones para entender que lo sea en un negocio claramente aleatorio y de incertidumbre (probabilidad de ocurrencia de eventos, sin perjuicio de las técnicas actuariales de cálculos de las probabilidades). Y es por ello, que, conforme señala H. Acciari “al igual que la decisión de la aseguradora, la decisión del asegurado también depende de su percepción acerca del riesgo que se asocie a su conducta y no sea perfecto”¹⁷.

En el elenco de asegurados que deciden asegurarse por su aversión al riesgo, encontramos los que pese al aseguramiento no alteran sus niveles de prevención del daño, y otros que se relajan y se descansan en la cobertura del seguro. Ambos universos son conocidos por el asegurador e implican escenarios de selección adversa (carencias de información respecto al nivel de riesgo a asumir) y de *moral hazard* (riesgos morales después de contar con una cobertura de seguro).

Desde esta perspectiva compartimos que los asegurados tienen una actitud de aversión al riesgo en tanto que los aseguradores de neutralidad. Ahora bien, para la Economía, “la decisión de aseguramiento se enmarca en la teoría de la elección en condiciones de riesgo”¹⁸. Es decir, la teoría de juegos de VON NEUMANN y MORGENSTERN, agregamos.

Esa decisión, y las preferencias del agente, se basan en función de la “utilidad esperada”, en cuanto “los agentes eligen la alternativa que les brinda la máxima utilidad esperada”¹⁹. De esa forma, el agente posible dañador puede ser adverso al riesgo, y por tanto emprender actividades potencialmente dañosas (permitidas) pero las emprende asegurado; o ser amante del riesgo y no encontrar en el seguro certeza alguna (nos referimos siempre a los seguros voluntarios). Por otro lado, lo aseguradores son esencialmente neutrales al riesgo.

Cuando estudiamos modelos de decisión de tomar un seguro de responsabilidad civil en definitiva analizamos niveles de aversión al riesgo sobre la base de la probabilidad e incertidumbre de la causación de potenciales daños. Entonces, si el dañador es adverso al riesgo y la aseguradora neutral al riesgo, y la eventualidad de pagar una indemnización se concibe como una pérdida futura e incierta, el dañador preferirá la certeza del seguro al riesgo de no enfrenarse a la misma situación sin esa cobertura²⁰.

Y la contratación de un seguro voluntario de responsabilidad civil no es más que una decisión de aversión al riesgo, en el entendido de que en caso de participar en la causación de un daño y ser responsable del mismo, la aseguradora mantendrá indemne al asegurado de su deuda de responsabilidad (siempre y cuando se cumplan con las obligaciones y cargas del asegurado respecto del mantenimiento del estado del riesgo presente al momento de contratar.

¹⁷ ACCIARI, Hugo. Ob. cit., p. 96.

¹⁸ ACCIARI, Hugo. Ob. cit., p. 98.

¹⁹ ACCIARI, Hugo. Ob. cit., p. 99.

²⁰ ACCIARI, Hugo. Ob. cit., p. 101. Agrega el autor que “La cuestión central que se plantea es determinar el tipo de cobertura que maximiza la utilidad esperada de los asegurados, sujeto a la restricción de que el pago que vayan a recibir en concepto de primas sea igual al pago esperado que deban afrontar las aseguradoras por los daños de sus asegurados” p. 129.

El tratadista español VEIGA COPO enseña que

“la razón o causa que late a la hora de contratar un seguro no es otra más que la de prevenirse o anticiparse a las consecuencias dañinas que puede suponer la verificación de un siniestro (...) Solo así es comprensible que el riesgo tanto en su intensidad como en su esencialidad, se entienda como la posibilidad de que se produzca o verifique el evento dañoso. Por ello mismo ha de ser un riesgo real, es decir, existente desde el momento al menos de la conclusión y perfección del contrato de seguro”²¹. Por su parte, SÁNCHEZ CALERO señala que el riesgo “es un elemento esencial, como presupuesto para que el asegurador, asuma su obligación fundamental y se conecta con una característica esencial del contrato de seguro, cuál es su aleatoriedad”²².

En definitiva,

“el riesgo está, de hecho, presente en todos los aspectos estructurales y funcionales del seguro, es el presupuesto fundamental del contrato, más al mismo tiempo está presente en el objeto y, sobre todo, en la causa del contrato mismo. La causa que justifica el vínculo contractual no es otro que la neutralización más amplia o más relativa del riesgo”²³.

No hay duda alguna que el riesgo, como tal, es un concepto polisémico (ambiguo), a la vez que “equivoco y complejo”, “como también son sus adjetivaciones, sus grados de cobertura y sus diferentes niveles de intensidad”, “porque el riesgo, no es estático ni homogéneo ni transversal a lo largo de la relación jurídica de seguro”, “cambia, muta, se debilita o se robustece, atemperado por grados de intensidades, mayores o menores, pues será mayor en unos casos, menor en otros, la probabilidad del siniestro, de la pérdida del bien objeto de garantía o cobertura”²⁴.

3. LOS SISTEMAS DE COBERTURA EN LA LEY URUGUAYA DE CONTRATO DE SEGUROS N° 19.678. BASE OCURRENCIA Y BASE RECLAMOS

Respecto a qué seguro de responsabilidad civil puede elegir el asegurado o tomador de seguro, el art. 78 de la Ley de Contrato de Seguros dispone que el mismo puede contratarse en base a ocurrencias o en base a reclamos, y ambos sistemas son en base a coberturas de indemnidad (“mantener indemne al asegurado por lo que este deba un tercero damnificado...”, literal A y B art. 78) y no de reembolso al asegurado.

²¹ VEIGA COPO, Abel, *Tratado del Contrato de Seguros*. ED. Civitas, Madrid 2009, p. 35 citado por LACRUZ MANTECÓN, Miguel L. *Formación del contrato de Seguros y cobertura del riesgo*. Ed. Reus, Madrid, 2013, p. 79.

²² SÁNCHEZ CALERO, Fernando. “Artículo 4. Existencia del riesgo” en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*. Madrid, 1982, p. 116, citado por LACRUZ MANTECÓN, Miguel. Ob. cit., p. 79.

²³ VEIGA COPO, Abel B. *El seguro. Hacia una reconfiguración del contrato*. Cuaderno Civitas, Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2018, pp. 88-89.

²⁴ VEIGA COPO, Abel B. Ob. cit., pp. 95-96

La contratación a base de ocurrencia dispone que “el asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado por lo que este deba a un tercero damnificado como consecuencia de un hecho ocurrido durante la vigencia de la póliza” (Literal A, art. 78).

Según LÓPEZ SAAVEDRA en la

“cobertura de ‘indemnidad’ de base ‘ocurrencias’ el asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado por cuánto éste deba a un tercero a consecuencia de un hecho o una omisión ocurrida durante el plazo previsto en la póliza, por supuesto, en las condiciones, términos y límites establecidos en la misma”²⁵.

Es decir que el momento causal del evento generador de responsabilidad es el que determina el inicio de la configuración del siniestro, independientemente del momento en que se formule el reclamo y de la vigencia de la póliza. Ello permite que, por ejemplo, si el reclamo de la víctima se formula una vez vencido el plazo de vigencia del contrato de seguros (1 año salvo pacto de plazo mayor según art. 6) y dentro del plazo de prescripción (art. 1216, para responsabilidad contractual como regla general y art. 1332 para extracontractual como regla, ambos del Código Civil Uruguayo), el asegurador mantendrá indemne a su asegurado frente al reclamo de la víctima, y ésta tendrá acceso a la pretendida función de garantía que cumple indirectamente el seguro. Se señaló que el reclamo se formule dentro del plazo de prescripción por cuanto más allá del mismo, y considerando que el asegurador tomará a su cargo la defensa en el juicio de responsabilidad de su asegurado señalado como causante del daño (art. 79), se exceptionará a la acción instaurada.

Pero la nueva legislación también consagra una modalidad de contratación sobre base de reclamos que si bien era recibida por la práctica comercial y era autorizada por la autoridad de control (Banco Central), no está exenta de críticas por parte de la doctrina y jurisprudencia de derecho comparado por el desequilibrio contractual y eventual abusividad que puede plantear.

El legislador al darle rango legal a la nueva modalidad de contratación ha colocado al interprete y al aplicador del derecho en una encrucijada para el caso que entienda que estamos ante una modalidad que consagra un abuso y un desequilibrio ilegítimo, no obstante, su pretendida legalidad.

Con la nueva ley de contrato de seguros, el análisis de las cláusulas de cobertura en base a reclamos se traslada desde el contrato como regla de derecho, a la ley, que en el presente caso recibió el tratamiento de orden público, la que, por supuesto debe ser interpretada en un contexto neo-constitucional, de control de convencionalidad y de dialogo de fuentes en el sistema al que pertenece, sin desatender al tenor de la ley y a una interpretación de base positivista.

En la novel legislación de seguros uruguayo, la cobertura sobre base de reclamos, que también es de indemnidad en nuestro sistema, exige acumulativamente que la ocurrencia del evento generador de responsabilidad y el reclamo de la víctima sucedan

²⁵ LÓPEZ SAAVEDRA, Domingo M. *Ley de Seguros 17.418*. Ob. cit., p. 193.

en el período de vigencia del seguro o en el período de extensión de la misma y no más allá.

Señala LÓPEZ SAAVEDRA que

“en las coberturas de indemnidad de base ‘reclamos’ o *claim made* el asegurador mantendrá indemne al asegurado, en las condiciones y límites establecidos en el respectivo contrato de seguro, por cuanto le deba a un tercero a consecuencia de un hecho u omisión ocurrido durante el plazo previsto en la póliza, y siempre y cuando el reclamo del tercero damnificado se haya formulado durante su vigencia o en el llamado período extendido expresamente convenido en la póliza”²⁶.

En el literal B del art. 78 se expresa que:

“En los contratos de seguro de responsabilidad civil contratados en base a reclamos, el asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado por lo que este deba a un tercero damnificado como consecuencia de un hecho ocurrido durante el período convenido en la póliza, siempre y cuando el reclamo le haya sido notificado por escrito al asegurado durante la vigencia de la póliza”.

“En este tipo de contratación la póliza deberá otorgar un plazo de extensión mínimo de dos años contado a partir de la terminación del contrato, cualquiera fuera su causa. Sin perjuicio de esto, al momento de la contratación de la póliza, las partes podrán pactar un plazo de extensión mayor al mínimo previsto”.

La cobertura en base a ocurrencia ha sido la cobertura tradicional desde la contemplación de la deuda de responsabilidad civil como riesgo asegurable en el contrato de seguros hasta las crisis derivadas en el sistema anglosajón por responsabilidad civil derivada de hechos de baja probabilidad de ocurrencia, no instantáneos y con una manifestación excesivamente diferida en el tiempo. Ese fue el comienzo de la nueva práctica comercial (y recibida por parte de la legislación de Derecho Comparado) que delimita temporalmente la cobertura con consecuencias en el Derecho de Daños.

4. EL SISTEMA DE COBERTURA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN BASE A RECLAMOS (*CLAIM MADE*) PURO, RETROACTIVO O EXTENDIDO

El tema habilita un desarrollo exhaustivo desde el Derecho Comparado y desde las prácticas y usos comerciales por lo que haremos solo unas breves notas introductorias a efectos de presentar el nuevo sistema que se consagra en Uruguay y cómo puede interferir en la mecánica del Derecho de Daños, a sabiendas de las críticas de los aseguradores.

El origen de estas cláusulas de delimitación de la cobertura asegurativa o limitación del objeto del seguro de responsabilidad civil lo encontramos en el derecho anglosajón en los denominados procesos de “cola larga” que implicaron, en su oportunidad, una afrenta al mercado de seguros. Señala LÓPEZ SAAVEDRA que en 1985 el Estado de

²⁶ LÓPEZ SAAVEDRA, Domingo M. *Ley de Seguros 17.418*. Ob. cit., p. 193.

Nueva York, por medio de su autoridad de control en materia de seguros “aprobó el uso de las cláusulas *claim made* como consecuencia de los desastrosos resultados que afectaron los mercados de seguros y reaseguros, fruto de las pólizas de responsabilidad civil emitidas en ese país sobre base “ocurrencia” cuando determinados riesgos, especialmente aquellos denominados de “cola larga” o *long tail*²⁷.

Los problemas se suscitaron con los juicios de responsabilidad civil causados por asbestosis en pólizas contratadas en base a ocurrencia y que debieron hacer frente a juicios promovidos mucho tiempo después de finalizada la vigencia del seguro y con plazos de prescripción extensos en donde las compañías de seguros y reaseguros ya no contaban con las reservas suficientes para atender a dichos reclamos. La práctica comercial hizo surgir una delimitación causal-temporal en el contrato de seguros de responsabilidad que ha llevado a cuestionar si no implica una verdadera desnaturalización del mismo no obstante el rango legal conferido en algunas legislaciones (Estados Unidos, España, Francia, Bélgica, Colombia y México, entre otros países, la han permitido legislativamente en sus distintas variantes).

Las modalidades de cobertura del seguro de responsabilidad civil en base a reclamos son numerosas y combinan la ocurrencia del evento contemplado como riesgo asegurable en la vigencia del contrato; pactándose eventualmente la retroactividad de hechos desconocidos por el asegurador; delimitándose que conjuntamente la cobertura se concede si el reclamo (por parte del tercero víctima) se presentan el plazo convenido y se combinan con plazos de extensión del reclamo o la apertura de un plazo para que el asegurado notifique el evento sin que se haya producido aún el reclamo.

La modalidad *claim made* pura es la que consagra que el reclamo debe de formularse en el período de vigencia del seguro sin importar la ocurrencia. Veremos que esta modalidad requiere por lo general acordar períodos retroactivos para contemplar hechos que ocurran no solo en la vigencia sino con anterioridad y sean desconocidos por el asegurado. La modalidad más pura aún combina con la base ocurrencia. Es decir que el reclamo y la ocurrencia sucedan en el período de vigencia del seguro.

La modalidad pura sin retroactividad y la combinada con la base ocurrencia (ocurrencia y reclamo en el período de vigencia, que por lo general es de un año) son las modalidades más restrictivas. Señala DÍAZ-GRANADOS ORTIZ que “el hecho generador como la reclamación deben tener lugar estando vigente el período de protección de la póliza (...) Este tipo de cláusula es extremadamente restrictivo para el asegurado”²⁸

Para moderar la restrictividad se acompaña un pacto de retroactividad. La modalidad *claim made* retroactiva permite contemplar en la garantía asegurativa los reclamos presentados durante la vigencia de la póliza y de eventos dañosos no solo ocurridos en su vigencia sino también eventos ocurridos con anterioridad a la vigencia del seguro y que sean desconocidos por el asegurado pactándose la exclusión de hechos o circunstancias anteriores que “razonablemente puedan dar lugar a un reclamo y que era

²⁷ LÓPEZ SAAVEDRA, Domingo M. *Ley de Seguros 17.418*. Ob. cit., p. 194.

²⁸ DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. *El seguro de Responsabilidad Civil*. Centro Editorial de la Universidad del Rosario. Bogotá, 2006, p. 201.

conocida o razonablemente debió haber sido conocida por los asegurados”²⁹

Otra opción, es la modalidad *claim made* con cobertura extendida o prospectiva. Dentro de esta modalidad encontramos el sistema de cobertura en base a reclamo con cobertura especial a futuro para hechos notificados durante la vigencia de la póliza o período adicional de notificaciones. Es decir, que esta modalidad cubre

“las reclamaciones que se formulen durante la vigencia de la póliza, sean judiciales o extrajudiciales (...) (y) extienden la cobertura de la póliza a hechos que sean conocidos por el asegurado durante la vigencia, los cuales pudieran razonablemente dar lugar a una reclamación, siempre y cuando sean notificados a la aseguradora durante la vigencia de la póliza o durante el período adicional para notificaciones si se hubiera contratado (...), es decir, las pólizas otorgan cobertura a los asegurados, por un plazo adicional a la expiración de la vigencia, para que tengan lugar reclamaciones que se refieran a los asuntos notificados por el asegurado”³⁰.

La notificación o comunicación del asegurado al asegurador dando cuenta que se verificó un evento que puede dar lugar a su responsabilidad civil gatilla la cobertura si es realizado en el período de vigencia de la póliza o el período extendido, independientemente de cuándo se realice el reclamo del tercero (que puede ser más allá del período de vigencia).

La segunda modalidad prospectiva refiere a que el reclamo del tercero puede presentarse tanto en el período de vigencia de la póliza o en un período adicional una vez vencido dicho plazo respecto a hechos ocurridos durante la vigencia del seguro (independientemente de si fueron o no notificados por el asegurado en el período de vigencia del seguro, salvo pacto en contrario).

Como se puede advertir las variantes son muchas y todas comprenden la necesidad del reclamo en el período de vigencia de la cobertura con o sin retroactividad, con o sin períodos post contractual, combinando la base reclamo con la base ocurrencia, con o sin período habilitado para notificaciones por el asegurado en el período contractual.

Waldo SOBRINO, desde una visión sumamente crítica de estas cláusulas, distingue desde un modo sistemático la modalidad de cobertura *claim made* de origen anglosajón y las derivaciones creadas en la práctica ibero-latinoamericana. Y es que la práctica anglosajona

“se caracteriza por un solo requisito, en el sentido: que el reclamo (*claims*) debe realizarse (*made*) durante la póliza (...) se exige como único requisito que el reclamo se efectúe durante la vigencia de la póliza o con anterioridad. Es decir que la versión anglosajona tiene una cobertura retroactiva, de carácter ilimitado, de manera tal que se amparan siniestros ocurridos en el pasado, con la única limitación que no hubieran sido conocidos por el asegurado. Desde ya adelantamos que estas ventajas de la versión anglosajona sobre la latinoamericana no le quitan su ilegalidad, sino que –solamente– son un poco menos perjudicial para el asegurado y la víctima. (...) el asegurado es un cautivo (o un rehén) del sistema de seguros, dado que siempre tiene un seguro vigente”³¹

²⁹ DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. *El seguro de Responsabilidad Civil*. Ob. cit., p. 203.

³⁰ DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. *El seguro de Responsabilidad Civil*. Ob. cit., p. 204.

³¹ SOBRINO, Waldo. *Seguros y el Código Civil y Comercial. Su relación con la Responsabilidad*

Señala el jurista argentino que la versión latinoamericana es más draconiana por exigir acumulativamente el reclamo y la ocurrencia. Así exige para su aplicación “que el hecho generador de la responsabilidad ocurra durante la vigencia de la póliza (o el plazo de retroactividad y que el reclamo (*claim*) sea realizado (*made*) durante la vigencia de la póliza (o su renovación o durante el período extendido de notificaciones” (...)

“al agregarle el nuevo requisito referido a que el hecho generador de responsabilidad, también ocurra durante la vigencia de la Póliza, se convierte en una traba y obstáculo de tanta importancia, que desnaturaliza el seguro, produciendo un desequilibrio significativo de las prestaciones”³².

De entre las múltiples opciones de Derecho comparado, a modo de ejemplo el art. 73 II de la Ley de Contrato de Seguros de España³³, modificado en el año 1995, admite la validez de estas cláusulas frente a posturas jurisprudenciales fuertemente críticas.

Señala la norma que:

“Serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquellas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados ajustadas al art. 3 de la presente Ley que circunscriban la cobertura de la aseguradora a los supuestos en que la reclamación del perjudicado haya tenido lugar dentro de un período de tiempo, no inferior a un año, desde la terminación de la última de las prórrogas del contrato o, en su defecto, de su período de duración. Asimismo, y con el mismo carácter de cláusulas limitativas conforme a dicho art. 3 serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquéllas que circunscriban la cobertura del asegurador a los supuestos en que la reclamación del perjudicado tenga lugar durante el período de vigencia de la póliza siempre que, en este caso, tal cobertura se extienda a los supuestos en los que el nacimiento de la obligación de indemnizar a cargo del asegurado haya podido tener lugar con anterioridad, al menos, de un año desde el comienzo de efectos del contrato, y ello aunque dicho contrato sea prorrogado”.

5. LA COBERTURA EN SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE BASE RECLAMOS (*CLAIM MADE*) EN LA LEY URUGUAYA DE CONTRATOS DE SEGUROS N° 19.678

Conforme hemos señalado el art. 78 literal B en la cobertura a base de reclamos consagra la versión más pura del sistema *claim made* y acumula al reclamo la base ocurrencia. El evento dañoso debe ocurrir en el período de vigencia del contrato (un año según art. 6 salvo pacto de plazo mayor) y el reclamo debe de notificarse por escrito al asegurado en el mismo plazo. Pero, en el inciso segundo de la norma se consagra que esa cobertura deberá otorgar un período de extensión mínimo de dos

Civil, el Derecho del Consumo, la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales. Tomo II. La Ley. Buenos Aires, 2016, p. 970.

³² SOBRINO, Waldo. *Seguros y el Código Civil y Comercial*. Ob. cit., p. 971.

³³ Ley 50 / 1980 de Contrato de Seguros de 17 de octubre de 1980, modificó disposición adicional 6.5 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre. Ver Boletín Oficial Español (BOE). Referencia: BOE-A-1980-22501. <https://www.boe.es/eli/es/l/1980/10/08/50/con>.

años contado a partir de la terminación del contrato cualquiera fuera su causa (lo que implica que, si se termina antes de la vigencia, deberá contarse desde ese momento de extinción del vínculo contractual).

La norma consagra el plazo de extensión con dos referencias a que el plazo de dos años es el mínimo legal y el mismo será inderogable al ser de orden público y no poder establecerse condiciones más perjudiciales para el asegurado que las consagradas en la norma (art. 1 inc. 2).

Compartimos con A. SIGNORINO que la norma “al exigir un período ex post de dos años como mínimo para reclamos, elimina la posibilidad de pactar cláusulas *claims made* puras, aun cuando se pactara la cláusula retroactiva, como exige el Derecho español”³⁴. Los plazos mayores pactados, con su consiguiente costo, son admitidos en forma expresa y benefician al asegurado.

La modalidad, que era de uso en la práctica comercial uruguaya en seguros de responsabilidad profesional por responsabilidad contractual, recibe ahora consagración legal y la pretendida base reclamos en realidad es la sumatoria de ambas bases (ocurrencia en el período de vigencia y reclamo en el mismo período o en el plazo extendido de dos años).

La ampliación prospectiva a más años es siempre posible y quizás en seguros que contemplen como riesgo asegurable eventos dañosos con plazos de prescripción cortos (art. 1334 C. Civil en responsabilidad extracontractual), en caso de optarse por esta modalidad, debería ampliarse el plazo de extensión del inciso 2 del literal B del art. 78 a tres años so pena de permitirse legislativamente una modalidad contractual que hace a la inasegurable la responsabilidad.

Al no existir problemas de admisibilidad en ampliar el plazo prospectivo o de extensión, la norma nos conduce a interrogarnos si es posible en el sistema de la Ley N° 19.678 pactar cláusulas de retroactividad en seguros de base reclamos al no disponerlo el art. 78 en forma expresa y solo referir al “período convenido en la póliza”.

Al respecto, A. SIGNORINO entiende que

“el art. 78 ... no las prohíbe y su pacto sería favorable al asegurado por lo tanto admisible (según) art. 1. (...) también es cierto que la ley en su art. 14 establece que el contrato de seguros es nulo si al tiempo de su celebración no existía el riesgo o había ocurrido el siniestro”³⁵.

Entiende que no obstante esa disposición, la referencia al “período convenido en la póliza” habilitaría a pactar períodos retroactivos³⁶; no obstante señalar que ello “siempre que las partes ignoren la existencia de dichas responsabilidades, y que por cierto la ley lo habilite”³⁷.

³⁴ SIGNORINO BARBAT, Andrea. *Derecho de Seguros. Ley 19.678 de Contrato de Seguros*. La Ley Uruguay. Montevideo, 2019, p. 396.

³⁵ SIGNORINO BARBAT, Andrea. *Derecho de Seguros*. Ob. cit., p. 78.

³⁶ SIGNORINO BARBAT, Andrea. *Derecho de Seguros*. Ob. cit., p. 295.

³⁷ SIGNORINO BARBAT, Andrea. *Derecho de Seguros*. Ob. cit., p. 394.

Algunas reflexiones sobre la posibilidad de pactos retroactivos en materia de seguro de responsabilidad civil de base reclamos para cubrir eventos dañosos desconocidos por el asegurado se imponen.

En primer lugar, no hay duda alguna que el art. 78 no consagra retroactividad alguna como, por ejemplo, la permite la ley española en el art. 73 citado.

Las referencias en el art. 78 al “período convenido en la póliza” no puede ser el fundamento para una retroactividad por vulnerar el art. 14 que dispone que

“se entiende por riesgo, el acontecimiento futuro, posible e incierto en cuanto a su producción o en cuanto al momento de ocurrencia. El contrato será nulo si al tiempo de su celebración no existía el riesgo o había ocurrido el siniestro (...)”.

Y por su parte el art. 5 de la ley exige que “el interés asegurable debe existir al momento de la celebración de la convención” (inc. 1) y “debe existir al tiempo del siniestro”.

Es cierto que el art. 4 de la Ley de Contrato de Seguros española consagra una norma similar a nuestro art. 14 al disponer que “El contrato de seguro será nulo, salvo en los casos previstos por la Ley, si en el momento de su conclusión no existía el riesgo o había ocurrido el siniestro”. Pero como podrá advertirse, en el sistema español, se deja abierta la posibilidad de excepción en los casos previstos por la Ley, como lo dispone el art. 73 de dicho cuerpo normativo. No así en el art. 78 literal B Ley N° 19.678.

No hay duda alguna que postular una retroactividad en nuestro sistema es beneficioso para el asegurado en un sistema de base *claim made*, pero colide claramente con la objetividad del riesgo que consagra el art. 5 y 14 de la ley. La consagración de cláusulas de retroactividad impone que el asegurado declare que no conocía el evento dañoso, o que no exista probable razonabilidad de conocerlo, algo que no es posible pactar si consideramos que el riesgo según el art. 14 debe ser incierto, futuro y posible tanto en cuanto a su producción como en cuanto a su ocurrencia no consagrando la nueva ley el denominado “riesgo putativo”.

Cuando hablamos de que el riesgo es incierto, la doctrina de derecho comparado discute si esa incertidumbre es subjetiva u objetiva según si es posible considerar o no el conocimiento del asegurado o su desconocimiento como elemento para determinar la incertidumbre. Es decir, la incertidumbre será subjetiva si el asegurado no conocía la ocurrencia del acontecimiento contemplado como riesgo asegurable o no tenía la razonable posibilidad de conocerlo. Será objetiva si la existencia de la incertidumbre no depende del conocimiento personal del asegurado sino de la existencia real, o no, del acontecimiento.

A modo de ejemplo, I. HALPERIN en la Ley de Seguros Argentina N° 17.418 entiende que

“el riesgo debe ser un hecho incierto (art. 1 y 2) pero no por ello ha de derivar de un hecho futuro, porque es suficiente la incertidumbre subjetiva: el riesgo putativo (art. 3 inc.2) (...) Por el art. 3 es nulo el contrato cuando al tiempo de celebrarlo el riesgo había dejado de existir o el siniestro se había producido, si el asegurador conocía la cesación del riesgo o el asegurado la producción del daño (...) La validación del se-

guro depende del conocimiento que tenga la parte, sea el asegurador de la cesión del riesgo o el asegurado del acaecimiento del siniestro (art. 3 inc. 2)”³⁸.

En nuestro país, A. SIGNORINO expresó que comparte

“la objetividad de la incertidumbre del riesgo (que) parece ser la posición adoptada por el legislador nacional (art. 14) (...) sin embargo, acepto que existe una excepción a la objetividad del riesgo en el seguro de responsabilidad civil donde es posible pactar cláusulas *claim made* o de reclamos hechos, en forma retroactiva. Notoriamente, en la cláusula retroactiva el riesgo ya ocurrió al inicio de la vigencia del seguro –aunque no se conoce– sin embargo será cubierto si dicha cláusula se ha pactado expresamente”³⁹.

Agrega que la Ley N° 19.678 “al no prohibirlas, las permite y obviamente además siempre su pacto será más favorable para el asegurado pues amplía su cobertura, por lo tanto, admisible de acuerdo al comentado art. 1 de la ley”⁴⁰. La autora en cita fundamenta la subjetividad del riesgo únicamente en seguros de responsabilidad civil de base reclamos en la autonomía de la voluntad (en contratos de adhesión como es el seguro), algo que entendemos que no es posible en un sistema de orden público y sin autorización legislativa de modificación del propio concepto de riesgo del art. 14 Ley N° 19.678.

La Ley N° 19.678 es de orden público, ergo sus normas son inderogables por la voluntad de las partes. Es cierto que la ley consagró un orden público de características especiales, que llegan incluso a debilitarlo, al permitir en varios de sus artículos modificaciones por la voluntad expresa de las partes (art. 9 inc. 2; 23; 37; 40; 61; 65; 68; 74; 92; 104) en un contrato por adhesión como lo es el seguro. Normas que consagran salvo conductos para el asegurador, dentro del pretendido orden público de protección que consagra la ley de dudosa constitucionalidad.

Ello determina que al no existir disposición expresa que haga referencia a que el riesgo asegurable puede haber ocurrido con anterioridad al contrato, pero es desconocido por el asegurado o es razonablemente posible que no pueda conocerlo, el riesgo siempre debe ser futuro, posible e incierto en los términos del art. 14. Por lo tanto, por más que sea un supuesto beneficio para el asegurado es contrario a Derecho “pactar” un plazo de retroactividad en una norma de orden público que no lo autoriza como sí lo permite expresamente la legislación española (coordinación entre art. 4 y 73 de dicho cuerpo normativo) o la legislación argentina al permitir el riesgo putativo en su art. 3 inc. 2 Ley N° 17.418.

Por otra parte, es cierto que se puede señalar como contrargumento que el art. 78 literal B refiere a “hecho ocurrido durante el período convenido” en la póliza mientras que cuando se refiere al reclamo señala que debe formularse “durante la vigencia de la póliza”; en el literal A al referirse a la base ocurrencia expresa que el evento debe ser “un hecho ocurrido durante la vigencia de la póliza”; y en el art. 74 refiere a que

³⁸ HALPERIN, Isaac. Seguros. *Exposición crítica de las Leyes 17.418 y 20.091*. “da edición actualizada por Juan Carlos Félix MORANDI. Depalma. Buenos Aires, 1991, págs. 511 y 512.

³⁹ SIGNORINO BARBAT, Andrea. *Derecho de Seguros*. Ob. cit., p. 110 nota al pie 82.

⁴⁰ SIGNORINO BARBAT, Andrea. *Derecho de Seguros*. Ob. cit., p. 393.

en el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga “dentro de los límites convenidos en la póliza”.

Entendemos que la expresión “período convenido” o “límites convenidos” no puede interpretarse como habilitante para el pacto de un período retroactivo por cuando implicaría ello aceptar que es posible derogar por voluntad de las partes la definición estipulativa del art. 14 sobre qué debe considerarse riesgo asegurable. Las definiciones estipulativas

“son aquellas que implican una asignación por decisión propia del hablante o emisor de un cierto, específico y concreto significado a cierta palabra o frase, con independencia de otros significados que la misma palabra puede tener en el uso general o en otros niveles discursivos”.

Al respecto A. MARIÑO señala que tienen como finalidad abreviar la extensión del texto, simplificándolo; y por otro lado, eliminar problemas de ambigüedad y vaguedad⁴¹.

Sí es posible que por “período convenido” se entienda el pacto, autorizado por el legislador, para que la vigencia del seguro sea distinta al año según el art. 6 (plazo que entendemos que no puede ser inferior al plazo supletorio consagrado por cuando ello implicaría un pacto en perjuicio del asegurado que vulnera sus derechos, art. 1). Pero no hay posibilidad de cambiar el concepto objetivo de riesgo asegurable según art. 5 y 14.

En el caso de que se entienda que, sin perjuicio de los fundamentos expuestos, se pueda compartir la subjetividad del concepto de riesgo en el seguro de responsabilidad civil, para poder fundar cláusulas retroactivas ello conduce a la dificultad de establecer un criterio interpretativo general, no previsto por el legislador, para establecer que debemos entender por el conocimiento de hechos pasados con aptitud de ser siniestros, ergo inexistencia e inasegurabilidad del riesgo.

Ello lleva a la necesidad, en caso de aceptarse la subjetividad, de diferenciar “hechos o siniestros conocidos” de “hechos advertidos” por parte del asegurador. En efecto, señala W. SOBRINO al respecto que

“hecho advertido es una cuestión fáctica referida a la producción de un suceso. En cambio, ‘siniestro conocido’ requiere de una serie de requisitos complementarios dado que apunta a la existencia de una responsabilidad legal del propio asegurado (...) lo que se quiere evitar es que el asegurado que conozca la existencia de un siniestro del pasado, actúe de mala fe, contratando un seguro, para que la Compañía de Seguros se haga cargo del pago de la indemnización”⁴².

⁴¹ SPECTOR, Horacio. *Definiciones jurídicas en Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. El Derecho y la Justicia*. Ed. Trotta, Madrid, p. 285 citado por MARIÑO LÓPEZ, Andrés. “Estudio del Título Preliminar del Código Civil de Uruguay de 1868. La Constitución del sistema de fuentes de Derecho y de reglas para la interpretación e integración de normas en el orden jurídico uruguayo”, en LÓPEZ FERNÁNDEZ, Carlos – CAUMONT, Arturo – CAFFERA, Gerardo. (coord.) *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Jorge Gamarra*. Editorial FCU. Montevideo, 2001, p. 296.

⁴² SOBRINO, Waldo. *Seguros y el Código Civil y Comercial*. Ob. cit., p. 978.

En ese esquema conceptual, al que hay que agregarle una clara diferenciación del conocimiento del hecho por parte del tomador distinta de la del asegurado, ha señalado W. SOBRINO que

“para que exista conocimiento del siniestro por parte del asegurado, se tiene que dar inexorablemente, entre otros, en forma conjunta, los siguientes requisitos: (i) que el hecho hubiera ocurrido durante el plazo previsto, (ii) que la posibilidad de conocimiento de dicho hecho se encuentre dentro del ámbito de la actuación del asegurado, (iii) que el asegurado efectivamente conozca personalmente el hecho, (iv) que se trate de un hecho que razonablemente puede generar responsabilidades legales, (v) que dicho hecho —además— pueda producir, en términos generales, la responsabilidad legal de los asegurados, (vi) que se tenga el conocimiento y la información que dicho hecho puede repercutir, en forma particular en las personas aseguradas, (vii) que se tenga la certeza que la responsabilidad legal de dicho hecho se le va a imputar personalmente al asegurado”⁴³.

Excede la extensión del presente trabajo indagar sobre la cautividad que puede generar una cláusula retroactiva, tanto respecto del seguro como respecto de una compañía de seguros. Pero en un sistema de *claim made* de base reclamo y ocurrencia en la modalidad retroactiva, el asegurado se vuelve cautivo de una compañía de seguros a efectos de evitar los dilemas derivados de que una nueva compañía pueda argumentar conocimiento del siniestro en el período de retroactividad (cuando tenía contrato vigente en otra compañía) para alegar que no dará la cobertura asegurativa una vez recibido el reclamo.

Entonces podemos anotar como primeras reflexiones, claramente sujetas a revisión, que: A) la cobertura de reclamo puro sin vinculación con la ocurrencia del evento (es decir que el reclamo se produzca en el período de vigencia del seguro independientemente de cuando ocurrió el evento) únicamente es posible si el evento ocurre también en el mismo período, por cuanto la objetividad del concepto de riesgo impide plazos retroactivos.

B) la cobertura pura de ocurrencia y reclamo en el plazo de vigencia del seguro (un año) no es posible aceptarla por cuanto la ley en el art. 78 literal B inc. 2 obliga a conceder un plazo mínimo de extensión dos años posteriores al fin de la vigencia del seguro para presentar el reclamo;

C) en caso de admitirse pactos retroactivos de cobertura sobre hechos o siniestros no conocidos por el asegurado, deberían contemplarse las condiciones exigidas por la doctrina antes citada para evitar abusos en la exclusión de la cobertura asegurativa,

D) la cláusula de base reclamo que consagra el art. 78 literal B implica lisa y llanamente que el evento considerado como riesgo asegurado debe ocurrir (siniestro) en el período de vigencia de la póliza (un año o más, art. 6) y el reclamo de la víctima debe ser notificado por escrito al asegurado en ese período o en los dos años siguientes,

E) la inexistencia de una retroactividad y el plazo total de tres años para la presentación de reclamo determina que el asegurado no tendrá cobertura asegurativa vencido ese

⁴³ SOBRINO, Waldo. *Seguros y el Código Civil y Comercial*. Ob. cit., p. 978.

plazo pero aún pendiente el plazo de prescripción de las acciones por responsabilidad civil (art. 1334 y 1296 CC), lo que nos conduce a una grave situación que lesiona fuertemente el Derecho de Daños. El asegurado y la víctima quedan sin la garantía que implica el aseguramiento. Para el primero la posibilidad, dentro de los límites de la cobertura (buena fe, determinación clara del riesgo asegurable, y cumplimiento de deberes y cargas) de mantener indemne su patrimonio, y para el segundo la pérdida de la garantía que implica el seguro respecto del cobro del crédito indemnizatorio.

6. CONSECUENCIAS DE LA RECEPCIÓN LEGISLATIVA DEL SISTEMA DE COBERTURA EN BASE A RECLAMO (*CLAIM MADE*) EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL URUGUAYO

El análisis del presente sistema de cobertura del seguro de responsabilidad civil ha despertado, y sigue haciéndolo, encontrados debates en la doctrina y jurisprudencia de derecho comparado. Desde su defensa a ultranza como mecanismo de protección y viabilidad del contrato de seguro y reaseguro, hasta las críticas que postulan la abusividad del sistema, la desnaturalización del seguro de responsabilidad civil e incluso la inconstitucionalidad del mismo por crear un desequilibrio contractual en tiempos de constitucionalización del derecho privado.

Definitivamente que la discusión no es igual en los sistemas con consagración legal de la cláusula o sistema de cobertura, de los países en los que la misma es producto de la contratación de adhesión o predispuesta. Y aún en ambos sistemas el grado de desencuentro dependerá de cuál de los tipos posibles de cobertura nos estemos refiriendo en todas sus modalidades.

En nuestro país la discusión sobre la admisibilidad de la cláusula o del sistema de cobertura a base de reclamo ya dejó el ámbito puramente contractual (es decir, el análisis de las cláusulas en contratos de adhesión, sean o no relaciones de consumo y la revisión del contrato desde el análisis de un eventual desequilibrio contractual desde el Derecho del Consumidor)⁴⁴ para ingresar en una eventual discusión a nivel de fuentes de derecho y de diálogo entre ellas.

Se ha señalado que un aspecto principal del contrato de seguros es la delimitación de la cobertura asegurativa que hace a la viabilidad técnico-económica del contrato de seguros. Los defensores de la cláusula señalan que no es posible asegurar juicios de cola larga por el costo y desequilibrio que genera en el asegurador y en el reaseguro. Señala F. SÁNCHEZ CALERO que⁴⁵

⁴⁴ VENTURINI, Beatriz. RODRÍGUEZ MASCARDI, Teresita. “Alerta: La cláusula *claim made* en el seguro de responsabilidad civil” en Anuario de Derecho Civil Uruguayo Tomo XXIV, FCU. Montevideo, 1997, pp. 615-621.

⁴⁵ SÁNCHEZ CALERO, Fernando – TIRADO SUÁREZ, Francisco Javier. *Ley de contrato de Seguros. Comentarios a la ley 50 de 1980, de 8 de octubre y sus modificaciones*. Editorial Aranzandi. Navarra, 1999, p. 33.

“el seguro ha de individualizar el riesgo que se quiere asegurar, que depende de la naturaleza del evento que se pretende asegurar y del interés sobre el cual debe verificarse el evento, debiendo producirse en el contrato una delimitación del riesgo, con precisión de las causas del evento, el tiempo y el espacio en que debe verificarse (...) las cláusulas establecidas en el contrato no limitan los derechos del asegurado, sino que delimitan el riesgo asumido en el contrato, su contenido, el ámbito al que el mismo se extiende, lo que constituye un límite objetivo nacido de la voluntad pactada de las partes”.

A. SIGNORINO señala que “la problemática generada en torno a las cláusulas *Claims Made* no es tal y que es más la polémica que se ha generado por la novedad en sus comienzos, que realmente la problemática de la cláusula en sí misma. Esto, pues como en otros temas de seguros, lo esencial es la cobertura que el seguro brinda y por lo tanto lo esencial también, es que esa cobertura sea viable técnicamente, es decir que, a la hora del siniestro, sea cual fuere la modalidad de la contratación, el asegurado sienta el respaldo de su aseguradora. O sea, que el asegurado sepa con certeza si se dan todas las condiciones pactadas en el contrato, y el siniestro resulta cubierto, la aseguradora responderá con la indemnización correspondiente al asegurado⁴⁶. Agrega fundamentos técnicos comerciales al expresar que un seguro si resulta inviable del punto de vista técnico, como ocurre en los seguros de responsabilidad civil de daños tardíos en base ocurrencias por los hechos técnicos y prácticos, resulta lo que denomina como el “anti-eguro” termina siendo un boomerang para el eventual asegurado que creará estar cubierto y en realidad contará con la incertidumbre de su asegurador⁴⁷.

Desde otra perspectiva R. STIGLIZ y F. COMPANI señalan que

“la particularidad de la cláusula *claim made* es que identifica el momento del siniestro en el seguro con el reclamo efectuado por el damnificado. El asegurador asume la garantía siempre y cuando el daño y el reclamo de la víctima se sitúen temporalmente durante el período de garantía o su extensión. Otra variante conocida como la de “retomar el pasado desconocido” consiste en que el asegurador garantiza la reclamaciones formuladas durante el curso del contrato, aún por daños verificados con anterioridad a la vigencia del contrato de seguro⁴⁸.

Agregan los autores que la modalidad en estudio

“desconoce el momento del siniestro en el seguro de la responsabilidad civil, que no es otro que el hecho dañoso acaecido (arts. 109, 114, 115, y 116 Ley N° 17.418) al confundirlo con el reclamo del tercero (al que refieren los ar. 110 inc. a, 111 y 117 LS). Pretende confundir la delimitación del riesgo que hace al elemento objeto del contrato de seguro con los efectos de ése que se verifican en la etapa funcional (duración de la garantía asegurativa) (...) implica una infracción a un derecho garantido constitucionalmente como es la protección de los derechos económicos (art. 26 del Pacto de San José de Costa Rica) y los intereses económicos de los consumidores (art. 42 de la constitución nacional⁴⁹.

⁴⁶ SIGNORINO BARBAT, Andrea. Derecho de Seguros. Ob. cit., p. 385.

⁴⁷ SIGNORINO BARBAT, Andrea. Derecho de Seguros. Ob. cit., p. 389.

⁴⁸ STIGLITZ, R. S. – COMPIANI, Fabiana. “De algunas responsabilidades profesionales y su cobertura asegurativa” en STIGLITZ, R. S. – STIGLITZ, G. Derecho de Seguros. Tomo IV. Ed. La Ley. 4° ed. Reimp. 2005, p. 305.

⁴⁹ STIGLITZ, Rubén S. “Seguro contra la responsabilidad civil y la limitación de la garantía

Isaac HAPLERIN, en la doctrina argentina, señalaba que

“la naturaleza del contrato de seguro o la importancia de los conflictos en juego, han llevado a establecer que a) la extensión del riesgo y los beneficios otorgados deben interpretarse literalmente; (...) c) las restricciones a la libre actividad del asegurado deben formularse expresamente, d) la responsabilidad asumida en términos generales, como fin del contrato, sólo puede restringirse por cláusulas expresas”⁵⁰.

Nicolás BARBATO en relación a la cláusula *claim made* en Argentina señala que

“...se trata, en realidad, de una cláusula de caducidad convencional –ya que supone un derecho previo que se extingue– inadmisibles en nuestro derecho ante la norma del art. 36 de la Ley de Seguros, que requiere, como uno de sus presupuestos esenciales, que haya mediado incumplimiento del asegurado que obedezca a su ‘culpa o negligencia’, precepto legal que, asimismo, sólo puede modificarse a favor del asegurado —art. 158, Ley de Seguros...”⁵¹.

Al respecto W Sobrino agrega que le asiste la razón a Nicolás Barbato cuando enseña que las Cláusulas *Claims Made* son Caducidades “Convencionales”. Así pues, no se trata de una Exclusión (donde existe un “no seguro” y donde el asegurado jamás tuvo un derecho en su favor), sino que claramente se trata de una Caducidad “Convencional” dado que el asegurado tenía un derecho y que se puede llegar a perder, sin su propia culpa, por inacción de la víctima⁵².

En tanto que Juan Carlos Félix MORANDI planteó claramente su ilegalidad, dado que la categorizaba dentro de las Cláusulas Abusivas, previstas en el art. 37 de la Ley de Defensa del Consumidor y en la Ley de Seguros⁵³. En tal sentido, W. Sobrino agrega que

“los fundamentos de la abusividad sustentados en el art. 37 de la Ley de Defensa del Consumidor, tanto con referencia a la desnaturalización de las obligaciones, como la restricción de los derechos del asegurado y la ampliación de las facultades de las Compañías de Seguros, han sido textualmente reiterados en el art. 988 del Código Civil y Comercial de la Nación”⁵⁴.

Gabriel VIVAS, defensor de las cláusulas desde la técnica del seguro, señala que en

“el moderno desarrollo de los seguros de responsabilidad civil es posible pactar cláusulas de delimitación temporal de cobertura conocidas bajo la denominación del sistema *Claim made* tan generalizadas en ciertos productos del ramo de la responsabilidad civil en la actualidad (...) basta recordar que su impacto implica de forma general,

asegurativa” en BUERES, Alberto J. – KEMELMAJER DE CALUCCI, Aída (dir) Responsabilidad por daños en el Tercero Milenio. Homenaje al Profesor Atilio Aníbal Alterini. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1997, p. 306.

⁵⁰ HALPERIN, Isaac. Seguros. Ob. cit., p. 214.

⁵¹ p. 46, publicado en *Derecho de Seguros (Homenaje de la Asociación Argentina de Derecho de Seguros al Profesor Doctor Juan Carlos Félix MORANDI)*, bajo la Coordinación de Nicolás Barbato, Hammurabi, Buenos Aires, 2001. citado SOBRINO, Waldo. *Seguros y el Código Civil y Comercial*. Ob. cit.

⁵² SOBRINO, Waldo. *Seguros y el Código Civil y Comercial*. Ob. cit., p. 1010.

⁵³ MORANDI, Juan Carlos Félix. *Estudios de Derecho de Seguros*, p. 151, Pannedille, Buenos Aires, 1971.

⁵⁴ SOBRINO, Waldo. *Seguros y el Código Civil y Comercial*. Ob. cit., p. 1012.

una modificación del concepto tradicional de riesgo asegurado con las consecuencias que ello conlleva, esto es, la nulidad de la cláusula correspondiente por considerarse ilegal y/o abusiva⁵⁵.

Ahora bien, la licitud de la cláusula, en sistemas en dónde no ha sido regulada en forma expresa por el legislador, es reconocida por un sector de la doctrina y jurisprudencia; y el análisis de su admisibilidad, legalidad y constitucionalidad no es un problema para el intérprete ni para el aplicador del Derecho.

Pero ¿a qué se enfrenta el intérprete con una cláusula o modalidad contractual aceptada por el legislador pero que puede (no per se, pero sí eventualmente) crear un peligroso desequilibrio y desnaturalización del contrato de seguro de responsabilidad civil? Acaso ¿estamos ante una disposición legal, con declaración de orden público, que legitima una cláusula que puede implicar abusividad en la contratación? ¿se legitima un escenario de inasegurabilidad de la responsabilidad civil?

Sin posibilidad de pactos retroactivos y con un periodo de extensión legal de tan solo 2 años, los eventos dañosos extracontractuales (plazo de prescripción de 4 años) y contractuales (plazo de prescripción de 10 años) solo son asegurables en los primeros años de ocurrencia y eventual reclamo, cualquier reclamo “plus ultra” el plazo de extensión no será asegurable con las consecuencias que ello implica.

Señala STIGLITZ que el sistema *claim made* se traduce en “la imposibilidad de tomar un seguro que ampare efectivamente (en concreto) la responsabilidad civil contractual, pues el límite temporal consagrado en dicha cláusula, al ser inoponible a terceros (con relación al seguro) ni poder perjudicarlos, no impedirá que las víctimas deduzcan sus pretensiones vencido el año siguiente a la finalización (dos en el caso uruguayo) de la vigencia de la póliza, pero dentro del plazo de prescripción”⁵⁶. Reflexionando sobre la recepción legislativa de la cláusula, señalaba que “es cierto que muchas legislaciones la han recibido y la jurisprudencia que declaraba la nulidad de la cláusula debió aceptarla una vez regulada legalmente la misma. A modo de ejemplo, entre muchos que tiene el derecho comparado, en España la modificación del art. 73 de la Ley de Contrato de Seguros que dispuso que

“serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquellas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados ajustadas al art. 3 de la presente ley que circunscriben la cobertura de la aseguradora a los supuestos en que la reclamación

⁵⁵ VIVAS, Gabriel Jaime. “Aproximación a un estudio comparativo de las normas que regulan el seguro de responsabilidad civil en Colombia, Chile, Ecuador, México y Perú”. En: JARAMILLO J., Carlos Ignacio (Dir.) *Derecho de Seguros y Reaseguros*. Liber Amicorum en homenaje al Profesor Arturo Díaz Bravo. Editorial Ibañez, Bogotá, 2015, p. 714. Agrega el autor que “A nivel internacional esta circunstancia ha implicado que en aquellas legislaciones que no se ha previsto autorización normativa especial para pactar cualquiera de las modalidades *claim made* se ha declarado en varios casos concretos la nulidad de las cláusulas contractuales que así lo contemplan”.

⁵⁶ STIGLITZ, Rubén S. “Seguro contra la responsabilidad civil y la limitación de la garantía asegurativa” en BUERES, Alberto J. – KEMELMAJER DE CALUCCI, Aída (dir) *Responsabilidad por daños en el Tercero Milenio*. Homenaje al Profesor Atilio Anibal Alterini. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1997, p. 306.

del perjudicado haya tenido lugar dentro de un período de tiempo no inferior a un año desde la terminación de la última de las prórrogas del contrato o en su defecto, de su período de duración”⁵⁷.

Respecto de la admisibilidad de la cláusula por la legislación española y por la jurisprudencia posterior, señalaba Stilgitz que

“se trata de una disposición legal que intenta legitimar una cláusula lesiva de los derechos del asegurado en los términos del art. 3 de la ley de contrato de seguros. La cláusula lesiva o abusiva, la que desnaturaliza la relación de equivalencia, no es factible de ser confundida con la cláusula limitativa de los derechos del asegurado. Al limitarse en el tiempo la garantía asegurativa sin extinguir el débito de responsabilidad del asegurado, el asegurador auto-limita sus obligaciones, por lo que el tema queda situado en el capítulo referido a los efectos del contrato. Si solo se tratara de una limitación temporal (duración) del contrato, la cuestión quedaría centrada en su objeto pues así la operación habría sido considerada por las partes o sea en el tiempo durante el cual el riesgo se halla en estado de exposición”.

Todo parece conducir a que la ley de seguros termina por desnaturalizar al contrato de seguros de responsabilidad civil haciendo a ésta –en parte– inasegurable.

7. ALGUNAS PRIMERAS REFLEXIONES

En primer lugar, la Ley de Contrato de Seguros uruguayo N° 19.678 consagra un sistema contractual de orden público en aparente diálogo con el Derecho del Consumo (cuando el contrato de seguros es una relación de consumo) conforme surge del art. 1 de la ley. El intérprete y el aplicador del Derecho puede verse tentado de señalar que estamos ante un verdadero orden público de protección del débil.

Señala LORENZETTI que el orden público de protección presupone

“una desigualdad económica–social es virtud de la cual no hay discusión, sino mera adhesión (...) (y) lo que pretende es proteger a una de las partes restableciendo el equilibrio contractual, (...), se constata que hay una falla estructural en el mercado y se ayuda a corregirla (...) se pretende asegurar una igualdad de oportunidades para que las partes puedan expresar su consentimiento, suprimiendo las distancias económicas sociales”⁵⁸.

Pero ¿realmente procura reestablecer un equilibrio contractual perdido? El particular sistema de orden público consagrado en la Ley N° 19.678 puede ser derogado por la pretendida “voluntad” de las partes (art. 9 inc. 2; 23; 37; 40; 61; 65; 68; 74; 92; 104) en un contrato que es de adhesión, sea o no una relación de consumo. Por tanto, las modificaciones permitidas en la ley, en caso de suceder, serán parte de estipulaciones

⁵⁷ STIGLITZ, Rubén S. “Seguro contra la responsabilidad civil y la limitación de la garantía asegurativa” Ob. cit, p. 306.

⁵⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado de los Contratos. Parte General 3° ed. Amplitud y Actualizada con el Código Civil y Comercial de la Nación. Tomo I. Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 2016, p. 120.

predispuestas o de adhesión y difícilmente producto de una negociación paritaria que no existe.

Estimamos que no hay, en sentido general, una consagración de un orden público de protección como regla general, sin perjuicio de la existencia de normas particulares de protección al asegurado en la Ley N° 19.678. Es posible señalar que estamos ante un orden público de dirección que atiende al mercado de seguros y a una perspectiva de análisis consecuencialista, sin perjuicio de la “posibilidad” de modificación contractual por voluntad de las partes antes anotada. Y ello por cuanto “al orden público de dirección le interesan las externalidades contractuales, es decir aquellos aspectos que inciden sobre los demás”⁵⁹, en el caso de marras, el mercado de seguros

En segundo lugar, el encuentro del Derecho del Consumo con el Derecho del Seguro “no debe plantearse como lucha de un derecho especial sobre otro (...) Lo cierto es que los derechos coexisten, conviven” y es necesaria una “convivencia pacífica y armónica. Sin preeminencia de uno sobre otro, dónde todos los derechos y obligaciones de los involucrados sean considerados”⁶⁰. En la línea argumental expuesta, agregan Crossa y García que el sistema de orden público de la ley de contrato de seguros se ha desnaturalizado al habilitarse modificaciones y pactos en contrario. Expresan que “estas soluciones normativas, donde se autoriza la modificación *inter partes* en un contrato que es de adhesión, pueden abrir una puerta, donde la ley se debilita como escudo protector y se generan a consecuencia, abusos o alteraciones que desequilibren desproporcionalmente el contrato y en un futuro podrá ser objeto de reclamo por el asegurado / consumidor. (...)”⁶¹. Y agregan que “si bien se establece un criterio de interpretación a favor del asegurado, lo cierto es que ello no es suficiente para brindarle al asegurado / consumidor un marco claro equivalente a un orden público de protección”⁶².

En tercer lugar, la presencia de un orden público consagrado por la voluntad expresa del legislador, no exime a la legislación del control de constitucionalidad de la normativa que justifica una determinada modalidad contractual (como lo es la cobertura de base reclamo *claim made*) y, cuando el contrato de seguros es una relación de consumo, del concreto dialogo de fuentes con dicho sistema normativo.

Como ya expresamos no postulamos una crítica per se del sistema *claim made*, sino cuándo el mismo coloca al asegurado en una situación de imposibilidad de aseguramiento de la responsabilidad civil.

Ello nos conduce a la necesidad de potenciar una interpretación contextual de la Ley N° 19.678 en armonía tanto con el sistema del Derecho del Consumidor Ley N° 17.250 pero también con la Teoría general de la Responsabilidad Civil (Código Civil como sistema). Una contextualidad que excede las partes de la ley y considere

⁵⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado de los Contratos. Ob. cit., p. 124.

⁶⁰ CROSA ORMAECHEA, Virginia – GARCÍA SABATTINI, Aldana. La nueva ley de seguros y los consumidores. Primeras reflexiones. Revista de Derecho de Transporte y Seguros N° 32. FCU, Montevideo, 2019, p. 261.

⁶¹ CROSA ORMAECHEA, Virginia – GARCÍA SABATTINI, Aldana. Ob. cit., p. 262.

⁶² CROSA ORMAECHEA, Virginia – GARCÍA SABATTINI, Aldana. Ob. cit., p. 265.

a la propia ley como un eslabón en una cadena o sistema mayor (donde confluye el trinomio: Ley de Contrato de Seguros, Ley de Relaciones de Consumo, Código Civil).

El art. 20 del Código Civil, consagra como herramienta de “asignación de significado del texto de la ley: la coherencia contextual”⁶³. Señala al respecto A. Mariño que

“el texto es un todo y debe atribuirse sentido considerándolo en forma integral y total, estudiando en su conjunto las diferentes partes del mismo. La coherencia se caracteriza por el conjunto de elementos de conexión, de entramado entre las partes un texto. Si los elementos textuales no se vincularan solidariamente, si no se conectaran los distintos elementos que conforman un sintagma, una frase, el resultado sería una contradicción inaceptable, agramatical”⁶⁴.

Entonces, es posible consagrar que de la armónica interpretación del art. 1 Ley N° 19.678 (orden público, vínculos con el derecho del consumo, y prioridad de cláusulas más beneficiosas para el asegurado como débil) y del art. 20 del Código Civil, es posible construir un dialogo de fuentes en tiempos de constitucionalización del Derecho Privado.

El diálogo de fuentes, recibido en forma expresa por el Código Civil y Comercial Argentino (art. 1, 2 y 3 CCyC), implica “la complementariedad y la antinomia”⁶⁵ y ello se logra mediante “el reconocimiento de varias fuentes” (en principio el trinomio antes citado pero al que debe de sumársele la protección constitucional y convencional de una contratación sin desequilibrios),

“la coherencia de la ley, tanto de las reglas como de principios, ya que lo que está en la Constitución, también está en el Código”⁶⁶; porque “hacer un diálogo de fuentes es entonces utilizarlas a todas para fundar una decisión razonable y coherente con todo el ordenamiento”⁶⁷

En cuarto lugar, y como se adelantó, la legalidad de la cláusula no la exime de la necesidad de su adecuación al marco constitucional y al convencional (control de convencionalidad). Es cierto que se ha señalado que el título preliminar del Código Civil, de base napoleónica, “nunca se llega a un sistema de pluralidad de fuentes, a una concreción de unidad que termine con el absolutismo de la ley”; que “el sistema es de base única con un despliegue de elementos complementarios pero siempre bajo un control de derecho que es el control de la ley”⁶⁸, pero entendemos que el alcance expreso del tenor del art 1 de la Ley N° 19.678 permite crear un contexto interpretativo (art. 20 CC) que fomenta necesariamente el dialogo de fuentes señalado. Dialogo que no implica desaplicación, pero sí interpretación, y que en caso de incompatibilidad

⁶³ MARIÑO LÓPEZ, Andrés. “Estudio del Título Preliminar del Código Civil de Uruguay de 1868. Ob. cit., p. 306.

⁶⁴ MARIÑO LÓPEZ, Andrés. “Estudio del Título Preliminar del Código Civil de Uruguay de 1868. Ob. cit., p. 60.

⁶⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de Derecho Privado*. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. LA ley 2106, p. 54.

⁶⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de Derecho Privado*. Ob. cit., p. 54.

⁶⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de Derecho Privado*. Ob. cit., p. 54.

⁶⁸ MARIÑO LÓPEZ, Andrés. “Estudio del Título Preliminar del Código Civil de Uruguay de 1868. Ob. cit., p. 307.

con la constitución y el control de convencionalidad (entendiendo a ambos controles como centralizados y no difusos) deberá transitarse el camino correspondiente para una desaplicación de lo ilegítimo en caso de entender que se lesionan derechos con garantía supralegal.

Finalmente, recordar que “los neoconstitucionalistas entienden que uno de los más importantes aportes de su doctrina está situado en el ámbito de la interpretación de las leyes”⁶⁹. J. Gamarra, citando a Perlingieri, señala que

“era previsible que una Constitución tan invasora y penetrante no dejara fuera de su alcance la interpretación de las leyes. La Constitución debe participar en toda actividad interpretativa que realicen los jueces y la doctrina (...) la tarea interpretativa se enriquece y amplía con los principios y valores de la Constitución”⁷⁰

Definitivamente la nueva Ley de Contrato de Seguros de Uruguay ha colocado al intérprete y aplicador del Derecho en una encrucijada al dotar de rango legal a la cobertura de seguro de responsabilidad civil en base a reclamo consagrado períodos de vigencia y de extensión para el reclamo (como límite temporal del seguro) inferiores a los principales plazos de prescripción de la acción indemnizatoria (1216 y 1332 Código Civil de Uruguay).

En esa encrucijada es posible advertir un desequilibrio creado por mandato legal que provoca la desnaturalización del seguro de responsabilidad civil como mecanismo que garantiza, dentro de los límites de sus deberes y cargas, mantener indemne el patrimonio del asegurado y garantizar el crédito indemnizatorio de la víctima, por lo que se impone una lectura de la nueva normativa en clave de dialogo de fuentes con una atenta mirada desde la constitucionalización del Derecho Privado, recordando que éste siempre debe ser parte de la solución y no del problema.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCIARRI, Hugo. *Elementos de Análisis Económico del Derecho de Daños*. La Ley. Buenos Aires, 2015.
- ALONSO SOTO, Ricardo. “Responsabilidad Civil y Seguro”. En: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N°. 4, 2000 (La responsabilidad en el Derecho).
- ALTERINI, Atilio – López Cabana, Ricardo. *Derecho de Daños*”. Editorial La Ley. Buenos Aires, 1992.
- BUERES, Alberto J. – KEMELMAJER DE CALUCCI, Aída (Dir.) *Responsabilidad por daños en el Tercero Milenio. Homenaje al Profesor Atilio Anibal Alterini*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1997.

⁶⁹ GAMARRA, Jorge. *Neoconstitucionalismo, Código y Ley Especial*. FCU. Montevideo, 2012, p. 14.

⁷⁰ GAMARRA, Jorge. Ob. cit., p. 14.

- CROSA ORMAECHEA, Virginia – GARCÍA SABATTINI, Aldana. *La nueva ley de seguros y los consumidores. Primeras reflexiones. Revista de Derecho de Transporte y Seguros* N° 32. FCU, Montevideo, 2019.
- DE LORENZO, Federico. DE LORENZO, Miguel Federico. *El Daño Injusto en la Responsabilidad Civil. Alterum non laedere*. Ed. Abeledo Perrot 1996.
- DÍAZ–GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. *El seguro de Responsabilidad Civil*. Centro Editorial de la Universidad del Rosario. Bogotá, 2006, pág. 201.
- GAMARRA, Jorge. *Neoconstitucionalismo, Código y Ley Especial*. FCU. Montevideo, 2012.
- HALPERIN, Isaac. *Seguros. Exposición crítica de las Leyes N° 17.418 y N° 20.091*. “da edición actualizada por Juan Carlos Félix MORANDI. Depalma. Buenos Aires, 1991.
- JARAMILLO J., Carlos Ignacio (Dir.) *Derecho de Seguros y Reaseguros*. Liber Amicorum en homenaje al Profesor Arturo Díaz Bravo. Editorial Ibañez, Bogotá, 2015.
- LACRUZ MANTECÓN, Miguel L. *Formación del contrato de Seguros y cobertura del riesgo*. Ed. Reus, Madrid, 2013.
- LOPÉZ FERNÁNDEZ, Carlos – CAUMONT, Arturo – CAFFERA, Gerardo. (coord.) *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Jorge Gamarra*. Editorial FCU. Montevideo, 2001.
- LÓPEZ SAAVEDRA, Domingo M. *Ley de Seguros N° 17.418*. Comentada y Anotada. La Ley. Buenos Aires, 2009.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos. Parte General*. 3° ed. Amplitud ay Actualizada con el Código Civil y Comercial de la Nación. Tomo I. Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 2016.
- MARTÍNEZ MERCADAL, J. J. MENDIVE, A. “La Judicialización del Seguro Obligatorio Automotor”, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*. Tomo XLV. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2015.
- MARTÍNEZ MERCADAL, J. J. “Dolo y culpa grave del asegurado y la acción de repetición en el seguro obligatorio automotor en Uruguay: arts. 16, 17 y 18 de la Ley N° 18.412”. En: *Revista Crítica de Derecho Privado N° 9*, Montevideo, 2012.
- MARTÍNEZ MERCADAL, J. J. “La acción de repetición del seguro obligatorio automotor: La importancia de la conceptualización de su naturaleza jurídica”. *Anuario de Derecho Civil Uruguayo Tomo XLIX*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2018.
- MARTÍNEZ MERCADAL, Juan José. “La prudencia del Derecho de Daños: de la prevención a la precaución”. En: *Revista Crítica de Derecho Privado N° 13*. Montevideo. Editorial La Ley Uruguay, 2016.
- MAZEAUD MAZEAUD, Henri y Leon. TUNC, André. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil, Delictual y Contractual*. Buenos Aires, 1957.
- MEZZERA ÁLVAREZ, Rodolfo. *Curso de Derecho Comercial Tomo III*. 7° ed. Actualizada por RIPPE, Siegbert. FCU. Montevideo, 1997.
- MORANDI, Juan Carlos Félix. *Estudios de Derecho de Seguros*. Pannedille, Buenos Aires, 1971.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando – TIRADO SUÁREZ, Francisco Javier. *Ley de contrato de Seguros. Comentarios a la Ley N° 50 de 1980, de 8 de octubre y sus modificaciones*. Editorial Aranzandi. Navarra, 1999.

- SIGNORINO BARBAT, Andrea. *Derecho de Seguros. Ley N° 19.678 de Contrato de Seguros*. La Ley Uruguay. Montevideo, 2019.
- SOBRINO, Waldo. *Seguros y el Código Civil y Comercial. Su relación con la Responsabilidad Civil, el Derecho del Consumo, la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales*. Tomo II. La Ley. Buenos Aires, 2016.
- STIGLITZ, R. S. – COMPIANI, Fabiana. “De algunas responsabilidades profesionales y su cobertura asegurativa”. En: STIGLITZ, R. S. – STIGLITZ, G. *Derecho de Seguros*. Tomo IV. Ed. La Ley. 4° ed. Reimp. 2005.
- STIGLITZ, Rubén S. – STIGLITZ, Gabriel A. *Derecho de Seguros*. Tomo IV. La Ley. Buenos Aires, 2005. 4° edición.
- STIGLITZ, Rubén S. – STIGLITZ, Gabriel A. *Seguro contra la responsabilidad civil*. Abeledo Perrot, 1991.
- VEIGA COPO, Abel B. *El seguro. Hacia una reconfiguración del contrato*. Cuaderno Civitas, Ed. Thomposn Reuters, Pamplona, 2018.
- VENTURINI, Beatriz. RODRÍGUEZ MASCARDI, Teresita. “Alerta: La cláusula *claim made* en el seguro de responsabilidad civil”. En: *Anuario de Derecho Civil Uruguayo Tomo XXVII*, FCU. Montevideo, 1997.