



## **XVII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO DE SEGUROS**

***Conferencia Internacional: “Temas actuales de Seguros de Responsabilidad Civil en Latinoamérica, Claims made, acción directa, culpa grave:***

***Dr. Gabriel Vivas Diez (Colombia)***

**- Dr Hugo Lens.**

Buenos días, continuando con las Jornadas, es momento de la Conferencia Internacional a cargo del Doctor Gabriel Vivas Diez de Colombia, con el tema Temas de seguros de responsabilidad civil en Latinoamérica, claims made. acción Directa, culpa Grave.

El Dr. Vivas es abogado, con especialización en derecho de seguros, así como maestría en seguros y gerencia de riesgos

Con experiencia en Facecolda, AIG México Seguros ,consultor y reasegurador, tanto en el ámbito jurídico como en el técnico, profesor y consultor en seguros en Latinoamérica, fundador de Seguros Vivas y Oribe SA, Presidente del Grupo de trabajo de seguros de responsabilidad Civil de CILA. Los dejamos entonces con tan destacado conferencista.

**- Dr. Gabriel Vivas**

Buenos días a todos, tengo un reto enorme, déjenme decirles una cosa antes. 2012, 50 años de la Asociación Uruguaya de Seguros, fue la primera vez que di una conferencia en AIDA y hoy Uruguay me abrió la puerta. Se arriesgaron conmigo y me dieron esa oportunidad.

A partir de ahora vamos a tener mucha polémica y muchas cosas que espero sean útiles para ustedes.

Bueno, vamos a ver el derecho comparado, porque tiene su valor en un proceso como está Uruguay, puede ser muy útil. Eso es lo que vamos a hacer. Un poco la idea es didáctica, parte del supuesto de los estudios de derecho

comparado que he hecho, vamos a comparar y abarcar los mayores puntos posibles y otros que veremos en profundidad.

Citamos algunos textos que obviamente no están completos, tengan en cuenta que tenemos que acudir a los textos completos de las leyes que se citan, para tener claro todo el panorama.

Aquí voy a dar mis opiniones que pueden discutirse.

Cuál es el marco normativo que vamos a utilizar: principalmente Chile, Costa Rica y Perú. Porque son las tres leyes más nuevas en Latinoamérica.

Son los tres países que han venido actualizando sus normas. Veamos qué hicieron, cuál es la tendencia. Eso puede servir a Uruguay y Brasil, es simplemente saber cómo se hace en cada país.

A esas tres legislaciones les vamos a dar un poco de marco con la legislación mexicana, argentina y la colombiana porque sabemos que son las más antiguas y consolidadas. Algunas curiosidades también de España y Portugal.

En cada país puede haber diferentes aspectos, pero nosotros nos vamos a detener simplemente en la regulación del seguro de responsabilidad civil.

Primero vamos a ver el tema de la imperatividad de las normas, porque es un punto que nos va a dar luz a la hora de interpretar. Si hay aplicación de la regla face to face, si están incluidos o no los gastos de defensa, creo que todos conceptualizamos que los seguros de responsabilidad civil deben incluir gastos de defensa, pero son solo los honorarios de los abogados, o son otros gastos; por ejemplo la obtención de pruebas, y también la cobertura porque eso lo vivimos y no necesariamente está en las pólizas.

Un tema muy importante en mi concepto es si es posible asegurar las multas y sanciones en la responsabilidad civil. Vamos a ver la tendencia, pero los seguros de administradores, en su faz de la tercera parte, están buscando esto.

Cómo está la cobertura de culpa grave, Vamos a darle contexto, es una clasificación extracontractual.

¿Cómo está avanzando la acción directa? Me entero ayer que en el proyecto uruguayo se está prohibiendo. Costa Rica lo prohibió, Perú lo permitió. A quién le corresponde el proceso. Cuando ocurre un siniestro hay que defenderse, ¿a quién le corresponde la responsabilidad de la defensa?

En el sistema anglosajón estadounidense, muchas veces ellos tienen la posibilidad de nombrar el abogado, la responsabilidad termina siendo del asegurador, pero qué están haciendo las demás legislaciones del sistema continental europeo. Toma la plata pero la responsabilidad es tuya. A los

efectos de la existencia de condiciones para el pago de indemnizaciones o no, si se requiere o no se requiere, si se pueden hacer arreglos sin el consentimiento del asegurado. Quiero mencionar un tema que no se ha regulado en ninguna legislación, que existe en materia de reaseguro.

Normalmente regulamos, o decimos, que el asegurado no puede hacer ninguna conciliación con la víctima sin el consentimiento del asegurado, pero hay muchos, sobre todo en entidades financieras, que dicen que el asegurador se reserva la facultad de hacer un arreglo, pidiendo consejo al asegurado.

El asegurador quiere arreglar y el asegurado no, ¿eso tiene lógica? Sí, porque eso significa dejar duda en el abogado, pero puede ocurrir que el asegurador quiera cerrar el caso y el asegurado no, eso es legítimo. En reaseguro existen unas cláusulas que se denominan cláusulas martillo, que vamos a ver más adelante, es la cereza del pastel: claims made.

Imperatividad: cuál ha sido la tendencia. Vamos a ver una primera diapositiva de resumen y las normas correspondientes. Porque no todas las legislaciones la tienen. Por ejemplo Colombia y Argentina no han declarado, como se está haciendo hoy en día, que todas las normas son imperativas, salvo que expresamente se diga que no. Esa es la regla que hoy tenemos, la regla que parece congruente con la protección del consumidor. No peleen. Todo es imperativo salvo que haya una excepción. Argentina y Colombia tienen una norma, que yo odio, esa es la verdad, que dicen que algunas son imperativas y otras dependen de su naturaleza o su texto.

¿Cómo sabemos cuáles son? Hay un mandato, en mi concepto esto genera dudas sobre la imperatividad de ciertas normas y generan discusiones. Es mi respetuosa crítica, solo para hacer notar que la tendencia es otra, como pasa en el proyecto de Uruguay, declarar que todas las normas son imperativas, excepto la que diga que no. Eso es importante, ayer nos metíamos en la discusión de las normas imperativas y con respecto a la claims made. Esto nos sirve para hacer una tesis y decir simplemente que en Perú acabaron con el sistema claims made. Lo cierto es que a partir de la imperatividad es que vamos a tomar ese marco de referencia.

Alcance general: ¿Hay reembolso o pago a la víctima? Costa Rica, da la facultad de pagarle a la víctima, o sea que sería pagarle al asegurado. Paga primero, no aclara cómo. Ahora Perú es clarísimo: dice que son nulas las cláusulas de reembolso. Chile consagra la obligación de pago a un tercero y es una norma imperativa. Reglas similares están en estos países, en Colombia sí se establece el pago directo.

En Perú se establece que el asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado por el pago de un daño a un tercero por la responsabilidad prevista en el contrato y son nulas las cláusulas de reembolso. La mayoría de las

cláusulas en los seguros marítimos son por reembolso, así que esto podría generar un conflicto. Es una norma de orden público, seguramente tendrá importancia en el conflicto en seguros marítimos. En seguros comunes, autos por ejemplo, esto no tendrá problema.

En el caso de Chile el asegurador se obliga a responder civilmente por los daños efectuados a un tercero y el asegurador pagará la indemnización. La legislación chilena no reguló la acción directa. Ni para prohibirla ni mencionarla, no hay nada al respecto. Entonces le pagará cuando el asegurado reclame pues tiene el derecho a reclamar, ¿de acuerdo?

Si no hay voluntad de pago al tercero, ¿quién tendría que hacerlo? Esa sería una de las dudas Frente a Chile, tengo acá abogados, de Perú también, no tengo de Costa Rica, ahí sí voy a poder decir lo que quiera. Ya sé que a todos les miro la cara.

Dentro de los gastos tenemos que ver cómo venimos armando los gastos de defensa. Eso es importante por los distintos estilos que existen para la defensa: designación de apoderados, abogados y sus honorarios y las costas del proceso donde quedan. Son varios los rubros que están involucrados. Allí es donde está regulado en las pólizas de directivos, ha generado bastantes problemas. Si está o no incluida, vamos a ver un problema que se ha suscitado en reaseguros, es enorme. Forma parte, pero primero hay que ver el objeto y verán que si no se pide en todas las pólizas, se pone que todos los gastos de honorarios se pagarán con las autorización expresa del asegurado. ´

Si no se pide la autorización qué pasa. Ahí es donde nos entrará toda la imperatividad de la ley, porque hay dos tesis: si no dio la autorización y ésta es condición de cobertura y pierde la indemnización. Empezó a pagarle al abogado, no pidió permiso, no le pagó nada. Pero hay quien dice que los gastos de defensa pueden ser interpretados como gastos para evitar la extensión y propagación del siniestro, caso en el cual no se puede en la mayoría de las legislaciones y no se pierde el derecho a la indemnización, quizá cortémoslo, quizá son conflictos de reaseguros.

Qué hicieron estas legislaciones con respecto a estos puntos, Perú y Costa Rica expresamente incluyeron como parte del seguro de responsabilidad civil, los gastos de defensa, no puede o no podría, como lo he visto en otros países que no cubren gastos, una cosa es la inutilidad o inconveniencia de hacerlo desde el punto de vista jurídico, entonces Costa Rica y Perú lo incluyen expresamente diciendo: todo gasto o costo de defensa a que sea condenado el asegurado hasta el límite de la indemnización. En Chile se cubren también los gastos y costos que los terceros causahabientes promuevan contra el asegurado. Esto tiene una similitud con Colombia porque los terceros y causahabientes que promueven contra el asegurado, aunque parezca absurdo, no es ajeno que ha habido discusiones que dicen pues bien, si son

los gastos que promueva el tercero, son los costos del proceso que se pierden y hay quien los ha querido limitar. Adicionalmente no se menciona el límite de indemnización, por eso entenderemos que está dentro del límite establecido y, Chile, en estas tres legislaciones, es la única que expresamente manifiesta la cobertura de gastos penales, eso siguiendo la regla y coincidiendo con la ley Argentina que lo había mencionado expresamente.

Bien, en este punto quiero decir una curiosidad: Chile no habla del límite de indemnización pero entendemos que hay una regla general que dice que es el límite máximo, es una regla general, yo trato de que hablemos del bien asegurado, del que no se habla, hablamos del límite de la indemnización, porque refiere al valor del bien, acá lo que compramos es un límite, entonces no hablemos de valor asegurado.

Y acá está hasta el límite de la indemnización, porque estos dos países tienen una norma que dice que los gastos de defensa se pagan aún en exceso de la suma asegurada. No es que se paguen cien por ciento o sea ilimitado, pero sí hay dos hipótesis específicas que han traído problemas de reaseguros en ciertas ocasiones. Los gastos de defensa se pagan en exceso de la suma asegurada y eso trae no pocos problemas de reaseguro. Sobre todo en grandes pólizas bancarias. Por eso les decía al principio, el tema de la imperatividad, la norma que consagra eso es la 1128 del Código de Comercio Colombiano, no está seguro que es una norma imperativa, entonces volvemos a la discusión de si es o no una norma imperativa. Si es imperativa, entonces podemos pagar en exceso, y si no lo es, podemos pactar que es hasta el límite de la indemnización y ahí vienen los problemas. Como digo yo: que sea o no imperativa es una tesis que conviene a quien, sería una tesis que conviene a los aseguradores. Si es imperativa, entonces a quien conviene: a los asegurados. Como la norma deja dudas, no sabemos si es o no imperativa, eso es lo que quería dejarles, porque todos tenemos como un sacro principio: la responsabilidad máxima del asegurado. Hay dos países que pagan por exceso

Ahora, qué nos dice Costa Rica sobre los gastos de defensa, son los costos que generen las acciones judiciales o extrajudiciales y las costas a que sea condenada la persona asegurada. Miren están los dos: una cosa son los gastos de defensa y otra son los costos y costas del proceso, a eso no está acostumbrado todo el mundo, y pueden gastarse todos los gastos en la defensa que, además que después de pagar los costos, se está analizando para tratar de dar lo más amplio posible, la suma del asegurador se hace parte de la suma asegurada.

En Perú el importe de la indemnización más los costos y costes hasta el límite de la suma asegurada. Sin ningún problema y la suma de la defensa aunque el asegurado siendo responsable tendrá los servicios del profesional. Esta es una

legislación que recoge esto que estaba en las pólizas y que es mínimo. Por lo menos acá está la obligación del contrato de los servicios profesionales.

Si hay que pedir permiso, eso en la práctica sucede cuando hay siniestros muy grandes que le piden cotización de tres abogados y además que los honorarios sean razonables.

¿Cuándo son razonables los honorarios de los abogados? Siempre son razonables, pero el problema en un siniestro no es ese, sino que si tengo tres abogados con tres cifras distintas, donde está la razonabilidad ¿en el más caro, en el más barato, en el que está en el medio? Pero cualquier cosa es subjetiva.

Pero el asegurador cubre los gastos del proceso solo en forma proporcional,

En Chile en la extensión de cobertura se incluyen los gastos y costas del proceso que los causahabientes reclamen, era lo que yo les decía; gastos y costas del proceso que los terceros o sus causahabientes promuevan. Pero si promovió un proceso tengo que tener en cuenta que los gastos del abogado también estarían.

Como simple curiosidad, la legislación chilena, establece los gastos de defensa en materia penal, igual que la legislación argentina. Podrá optarse por la defensa judicial que ya lo veremos más adelante.

Listo, esto es un punto que venía funcionando muy fuerte en los seguros de gerentes y administradores, sobre todo en materia penal, el pago de cauciones.

Entonces estábamos en la duda si eso cubría la materia penal o si las legislaciones recogieron esa práctica. Costa Rica no recogió, lo vimos. En cambio Perú y Chile la contemplaron pero requiere pacto expreso.

Se pueden cubrir, recogen en texto expreso, asimismo Perú establece que pueden comprender la prestación de garantías suficientes para proteger de medidas cautelares o embargos. Entonces de esta legislación yo concluyo que necesita pacto expreso. Acá el problema está, es que es para proteger el patrimonio del asegurado de medidas cautelares o embargos. La pregunta es si acá se podrían incluir las medidas que se adoptan en procesos penales, porque hay fianzas en algunos procesos que son en materia criminal y las pólizas de administradores cubren los procesos penales, no les quepa la menor duda. Esta redacción sería para tener en cuenta y preguntarse si incluye las criminales, porque está claro que cubre las civiles, para evitar embargos y, si son cauciones, para asegurar la libertad de las personas en un proceso penal. Hacen parte de la práctica y los problemas los pueden encontrar.

En Chile, salvo pacto en contrario, la póliza no cubre las cauciones que deba rendir el asegurado, es una póliza mucho más amplia, me acomodaría mucho más en el tema penal si fuera necesario, y queda claro que salvo pacto en contrario no se cubre.

Bien, la posibilidad de asegurar multas y sanciones. Este punto es importante y estas tres legislaciones reflejan el estado actual de situación. Insisto hoy día a nivel mundial el europeo en general, se está discutiendo el aseguramiento de multas, porque los riesgos en directores y administradores podrían demandarlo, pero normalmente por los procesos sancionatorios que ellos pueden tener, no significa que sean procesos criminales. Simplemente por la violación de una norma imperativa.

Miren: caso real, hay un país donde están regulados los fondos de pensión se regulan las inversiones. Caso concreto: una vicepresidente de uno de esos fondos, saltó el régimen de inversiones conscientemente porque dijo que eso la restringía y podía ganar más plata haciéndolo por fuera. Y lo hizo y ganó plata, ni siquiera causó un perjuicio a la entidad, ganaron más plata. Claro, el régimen requiere cierta prudencia, vino el régimen sancionatorio y los multaron. Hay momento que se trata de la transgresión objetiva de una norma, ella ganó plata, les interesa en estos siniestros que es una necesidad sentida, estas tres legislaciones reflejaron la situación de Latinoamérica. Costa Rica lo permitió Chile no lo permitió y Perú no dijo nada. Por qué me estoy refiriendo a eso, porque hay quienes se pronuncian específicamente en eso: Argentina, Costa Rica y Chile. El resto no tenemos nada. Estamos en un contrato de seguro indemnizatorio. Las multas tienen naturaleza sancionatoria, razón por la cual no se debe poder.

Esa es la discusión, pero ¿tiene sentido esa discusión? Estamos hablando de sanciones, pero en un seguro de responsabilidad civil hay que proteger el patrimonio del asegurado y si éste tiene que pagar una multa por una transgresión, eso no sería una posibilidad de resarcir ese patrimonio, aunque el asegurado no tenga naturaleza indemnizatoria. Miren el caso que les puse, ahí no había que indemnizar nada, porque la empresa ganó dinero. Y en los seguros de Save Risk, en su dimensión de tercera parte, no se habla de dinero, no hay tercera parte, son los datos, números de tarjetas de crédito, muchos datos que ni siquiera tienen involucrado una persona, lean las normas de protección de datos personales, todos los países tienen sanciones, ahí está el punto.

Costa Rica lo prohibió expresamente, quizá siguiendo el ejemplo argentino, Perú no dijo nada, siguiendo el ejemplo de los demás países, y con un criterio muy interesante Chile dijo sí, pero requiere pacto expreso.

No toda conducta intencional es dolosa, eso es una de las cosas más importantes en los seguros de riesgos financieros, porque el dolo es la

intención de causar daño. En el caso que vimos el daño fue intencional, porque conocía la norma. Pero conocemos otro caso en que al tesorero se le olvidó aplicar una norma nueva, la Superintendencia hizo un recálculo y la diferencia fue una suma enorme. Pero ahí que no se dio cuenta que había una norma nueva, no creo que en este caso diera lugar a una exclusión de la cobertura

Bueno acá empezamos a discutir, por eso traje el tema de la imperatividad. Creo que esto refleja la necesidad del mercado. Por eso lo presento. Costa Rica no cubre penas de sanciones o similares. Podríamos incluir otra discusión para mí todas las normas son imperativas y quedó muerto. En Chile salvo pacto en contrario no se cubren multas y sanciones pecuniarias. Se permitió, se dijo no peleen más, pacten y cobren.

No creo que porque el mercado no lo hace no se tenga que pronunciar, tengo conocimiento directo que a pesar de que el mercado está evolucionando, el asegurado lo está pidiendo. Es cierto que las pólizas tradicionales lo están excluyendo no se ha hecho, pero el tema es más claro, lo que planteo no es si lo dan o no lo dan, se está pidiendo, pero que no esté hoy, no significa que no pueda estar mañana y, al guardar silencio, no entraron en la discusión.

La cobertura de la culpa grave, ojo con la culpa grave, lo primero la culpa grave hace parte de la clasificación tripartita que hizo el antiguo derecho francés pero que curiosamente se lo inventan ellos pero no lo incluyen en el Código Napoleón de 1804. Porque ellos se lo inventaron, pero lo desconocieron, ojo que supone entender que hay diferencias entre la culpa grave, la leve y la culpa levísima. Hay que ver el tema de la responsabilidad en función del interés que tenga en el contrato el deudor. Y eso se convierte en un patrón de conducta por el cual se va a juzgar específicamente para determinar la responsabilidad contractual, no extracontractual. En esta última se actúa con o sin culpa. Eso es parte del planteo que traigo.

Pensemos en un seguro de autos que tanto nos gusta, cobertura de responsabilidad civil, cuando una persona causa un accidente se habla si actuó con culpa grave, leve o levísima o si actuó con culpa o dolo, así de sencillo. Conceptualmente hay que poner contexto. Pensemos en el reaseguro, que me están pidiendo culpa grave para una póliza de cobertura de responsabilidad civil extracontractual, daños puros a terceros. Yo le contesto esto no aplica.

Dele gusto, no aplica, me la están pidiendo en seguro de administradores, en responsabilidad civil médica, cuidado, ahí sí. Ahí es donde tiene sentido.

Entonces nos preguntamos por qué lo regulan las legislaciones fuera de las normas del contrato de seguro de responsabilidad civil, porque lo que está regulando es el contrato asegurado – asegurador. Ahí tiene sentido, por eso es que quiero dar ese sentido: para mí la discusión de la aplicación de la culpa grave, debe ser en seguros de responsabilidad civil de naturaleza contractual.

Insisto, soy bastante práctico, por lo menos conceptualmente.

Entonces el tema quedó: Costa Rica, directamente lo prohibió específicamente. Hubo un retroceso. Perú tiene una característica, se menciona la culpa grave en los seguros de daños y en las normas de responsabilidad civil no los menciona y Chile no se pronunció en los seguros de responsabilidad civil, luego tenemos que recurrir a las normas generales de seguros de daños. Colombia autorizó específicamente la cobertura de culpa grave en los seguros de responsabilidad civil y México lo tiene como autorización general. Costa Rica, como dijimos, no se puede asegurar la culpa derivada del dolo o culpa grave. Es norma imperativa y no hay nada que hacer.

Perú, la norma es general, el asegurador queda liberado si el asegurado provoca el siniestro con dolo o culpa grave, salvo pacto en contrario. De tal manera que se autorizó el pago en todos los seguros. ¿Qué pasa en los seguros de responsabilidad civil? Dijo que no es asegurable el dolo. En Chile no se menciona en los seguros de responsabilidad civil. Yo entiendo que en Chile también se puede asegurar la culpa grave.

La existencia de acción directa, rápidamente, lo están prohibiendo, pero la legislación peruana dijo sí se puede, y puso reglas. En Chile no se menciona, no existe. Creo que no se puede, al final la no regulación no depende de la póliza este es mi concepto.

Rápidamente: casos especiales, acá quiero mostrarles un par de ideas porque la acción directa es un problema. Vean en Argentina no la hay, sino que hay la citación al asegurado, igual que en Paraguay, y la de Bolivia es la más divertida porque solo existe en caso de que se le vuele el asegurado o se le muera. Si el asegurado se va o muere, eso habilita a la víctima a ejercer acción directa. Pero si está vivo no hay acción directa, es bien curiosa la legislación en Bolivia, está condicionada. Mientras que México no dice que hay acción directa pero sí dice una cosa importante: el que tiene derecho a la compensación es el beneficiario. Y, si tiene derecho a la indemnización, ¿contra quien tiene que ejercer la acción? contra el obligado. El problema de la acción directa es si puede omitir al obligado, cobra el uno o el otro, el problema es si se puede cobrar sin la presencia del asegurado, porque el problema de la responsabilidad que tiene como base la declaración del asegurado y, ¿cómo se manejan entonces las garantías procesales? Es una de las grandes discusiones.

Costa Rica no otorga acción al asegurador, norma además con carácter imperativo. En Perú el tercero tiene acción directa, pero esto es una virtualidad, no me deje al asegurado por fuera. Es lo lógico. Está muy bien hecho y regula las defensas oponibles. No se puede desconocer el contrato de seguro. El asegurador podrá oponer todas las excepciones y límites de su póliza. Esto lo vemos en algunos países con las franquicias que dicen que no es oponible a

un tercero... pero perdón, si fue eso lo que hizo el asegurador. Acá hay una referencia legal, imperativa, que elimina esa discusión.

El asegurador no puede oponer al tercero las razones de ineficacia del asegurado si se producen posteriormente al siniestro. Pero si ya ocurrió el siniestro y hay incumplimiento de obligaciones, que generen caducidad, no se puede desconocer a la víctima. Es la única legislación que tiene este nivel de detalle, es la legislación peruana.

Esa prescripción de 10 años del siniestro fue un retroceso brutal. Va en contra de la corriente que llevamos años tratando de bajarla. No incluyeron claims made porque tienen cola larga en seguros.

Vamos a mencionarlo: la mejor legislación de claims made es Brasil y de acción directa es Perú.

Continuando un poco la idea, esto es importante aunque no lo crean, la defensa del asegurado, quién es el responsable de una mala defensa, ¿a quién le cobramos? Y resulta que han venido girando de manera distinta.

Miren: Costa Rica y Chile dicen que la responsabilidad es del asegurador, pero siempre se piensa que es del asegurado, usted tiene que defenderse, pero normalmente se piensa que es el asegurador el que va a pagar, es lo que se dice, pero el asegurador se reserva el derecho.

Costa Rica dice que corresponde al asegurador dirigir la acción jurídica, salvo que se acuerde otra cosa, lo cual no es común. Igual es importante, lo hacen Chile y Costa Rica y hay que respetarlo. Pero la persona interesada podrá mantener la dirección jurídica a cargo del asegurador o confiar en un tercero.

Perú es obligación del asegurado dirigir su propia defensa y en caso de que se renuncie, sí puede pasarlo al asegurador. El asegurador tiene derecho a asumir la defensa judicial, en algún punto podría decir, yo le pongo el abogado y haga esto. Esto cambia las reglas y estrategia de defensa. El asegurado está obligado a contratar a quien el asegurador le indique: ojo, hay posibilidad de tener un apoderado, pero esto es del estilo gringo, en cuestiones de responsabilidad de medio ambiente, ellos están acostumbrados a que se contrate a quienes ellos decidan. Pero ahí hay una designación específica, lo que cambia la historia. Tiene la obligación de declarar conflictos de intereses que no lo hacía ninguna legislación pero la regulación de conflictos de intereses ya existía.

Bueno, veamos el pago de las indemnizaciones, si el asegurador designó un abogado y lo hizo mal, porque dejó pasar los términos, tiene que responder jurídicamente, por eso este tema es importante. Estamos hablando de la negligencia profesional que puede llevar a pagar un siniestro que no estaba cubierto, por ejemplo.

Partimos del supuesto que se pruebe la causa del daño por una actuación negligente. Que se demuestre la responsabilidad.

Necesidad de transacción y lo que hablaba de cláusulas martillo.

Resumen: Costa Rica; se pagará por transacción o acuerdo con la víctima. Dice pagará. Es un tema claro pero prohíbe al asegurado hacer arreglos sin el consentimiento del asegurador, lo hace específicamente. Es lógico pero no está en todas las legislaciones, está la obligación de notificar al asegurador apenas se produzca el hecho, y su falta hace perder el derecho a la indemnización, Norma específica para los seguros de responsabilidad civil, no vamos a pensar que toda falta de notificación hace perder el derecho, está incluida una sanción específica en el seguro de RC. Curiosamente la legislación de Costa Rica se destaca por poner esto.

Perú hace suponer que solo habrá pago cuando haya sentencia en firme, o una transacción. Chile obliga expresamente, no reglamenta claims made, pero hace algo parecido, no notificar solo el reclamo al tercero, sino los hechos que puedan dar lugar a un reclamo de futuro.

Costa Rica da un plazo de cinco días y la falta de notificación liberará al asegurador del pago. Es imperativo. La persona asegurada no podrá hacer arreglos y el asegurador se liberará. No puede prohibir reconocer hechos y está recogido.

En Perú no se requerirá la sentencia en firme, una transacción sobre el monto puede ser.

En Chile se dice que se deberá dar aviso en tiempo razonable (odio esos tiempos razonables) como los honorarios razonables... La razonabilidad para quién. Esto es lo más subjetivo que existe, pero bueno, en un tiempo razonable, ¿y yo podría pactar 10 o 12 días? Teóricamente sí pero qué me dice que es razonable, así que está obligado a informar del siniestro e inclusive de hechos o amenazas en su contra. Se prohíbe al asegurado a transar y su incumplimiento exime al asegurador del pago, eso es importante.

Esto se previó en todas las legislaciones, que el asegurado quiera transar y cómo sería la participación del asegurador.

Pero si el asegurador estaba dispuesto a pagar y el asegurado no quiso, mañana nos condenan a diez más, En esa hipótesis es importante, no está en las cláusulas generales, sí en las particulares. En pólizas para bancos dice que el asegurador está facultado a negociar un acuerdo, entonces lo facultan en las pólizas, siempre que consulte al asegurado. Esa es la única redacción genérica que he encontrado en clausulado general, pero en clausulado particular, muchas veces se denomina a la cláusula martillo, esta dice: hoy estábamos listos para transar, iba a recibir diez, si mañana me condenan a treinta, yo solo

pago diez. O sea la misma suma con la que hubiera transado y hasta eso se limita. Discutamos si esto es abusivo o no. Porque esto entra en el derecho del consumidor.

Ya vamos para la claims made, que tanto nos sacude. Esto es un problema enorme: es legítimo para el asegurador limitar su responsabilidad, obviamente dentro del límite de indemnización, por el solo hecho que se diera la negativa de un asegurado a un arreglo, ¿es razonable? Repito no parece muy lógico pero es responsabilidad profesional, esto deja dudas sobre el nombre del profesional y se les puede presentar en médicos, abogados, bancarios, ajustadores, productos, entonces el punto es mirarlo de los dos puntos de vista.

Si la negativa del asegurado es lógica porque quiere proteger su nombre, es lógico que el asegurador no pague el pleito: ahora si el asegurador tenía la posibilidad de contener la situación, ¿por qué tendría que pagar más? Eso es un tema de actualidad en materia de responsabilidad civil.

Llegamos a la joya de la corona: las cláusulas claims made. Lo que quiero tomarme unos minutos para decir que primero: no es una cláusula y no es una cobertura. No podemos decir que es una cobertura: es un sistema temporal de delimitación de las coberturas de una póliza, conformado por muchas cláusulas. Hay principales y accesorias.

En algún punto en la legislación argentina se le llama la cláusula diabólica, en algún punto la jurisprudencia italiana dijo que es una cláusula infeliz e insólita. Pero ¿de qué estamos hablando? En Argentina una sentencia decía que era abusiva, en Estados Unidos, donde nació, hay sentencias que dicen que viola las expectativas razonables.

Entonces quiero hacer un resumen breve: ¿cómo se entiende el sistema claims made? Partiendo de que hay dos formas de hacerlo: hay una cláusula principal que hace lo siguiente: miren, reclamo más ocurrencia del daño. A partir de acá viene el sistema prospectivo. Esto es lo que llaman la cláusula diabólica, pero es una cláusula temporal, es que a partir de ello se estructura todo. El reclamo de la víctima, no del asegurador, es una constante, siempre tiene que estar, es lo que llamamos siniestro.

Sistema retroactivo es un sistema que se mantiene la constante pero se produce una variable, o aquí adentro o aquí afuera, va hacia el pasado. Eso se conoce como período retroactivo que hay que pactar. Mantenemos una constante pero la ocurrencia del riesgo se transforma en una variable.

El claims made tiene una fecha que hay que pactar. Ninguna limitación o ninguna retroactividad, cuando miramos el formulario, entonces yo les digo

pongan eso y yo les gano. Es un error de suscripción, hay que poner la limitación de la retroactividad en forma específica.

Ahora esta modalidad tiene una tercera cláusula: ocurrencia del daño, reclamo, más reclamación de la víctima y reclamación del asegurador todo con la misma vigencia. Reclamo al asegurado y reclamo al asegurador todo en lo mismo. Esto es abusivo, claro que sí, ésta la usan en casos de reclamos ambientales, ahora esto, es diabólico, porque cómo puede ocurrir que en un mismo año la víctima le reclame al asegurado y a su vez el asegurado le reclame al asegurador. Esto es ilegal, limita la prescripción que tiene el asegurado con el asegurador de acuerdo a la ley de seguros. Es ilegal, pero pertenece al sistema. Puede o no tener retroactividad. Lo pueden ver en reaseguro inglés.

Este, el sistema retroactivo que adicionalmente tiene dos cláusulas que son accesorias: reclamos de la víctima y variable causación del daño. Tiene dos accesorias que refieren al período de causación del daño. Ahí es donde se empieza a enredar. Estas se asocian como en las legislaciones de España, México y Costa Rica, que no mencionan ninguna de estas dos. La única que lo menciona es la legislación brasileña.

Decíamos que la cláusula básica era reclamo y causación del daño, en esto se invierte la situación, la causación del daño se vuelve la constante, tiene que existir dentro de la vigencia. La variable es que el reclamo de la víctima será en el futuro y por eso se llama prospectiva.

Entonces no tiene sentido hablar de período extendido. La situación que se presenta es que hay un periodo en que se limita en el futuro el reclamo, se limita la cobertura que pueda tener el reclamo. La retroactiva es siempre usada (bancaria, abogados, ingenieros, administradores). La prospectiva, se usa en otras coberturas (portuaria, médica). Hay que entender que esta cláusula genera horror, si la víctima tiene diez años de prescripción y esto me acompaña dos, me dicen que cambiaron los plazos de prescripción y no cambiaron, siguen siendo los mismos, lo que pasa es una delimitación temporal, objetiva. El bien asegurado se delimita, igual que en los autos. Delimitación subjetiva, para seguir con los autos, hay dobles deducibles... esto es delimitación por el tiempo. No son limitativas del derecho, los derechos siguen siendo los mismos. La diferencia con una exclusión es que una es una ausencia de cobertura y la otra es temporal. Ahora sí, el tema mayor, lo que queda por residuo es lo que pudo ocurrir. Pero si uno no contrata una póliza, claro que pierde cobertura... no por el sistema claims made. Hay más desconocimiento.

Honestamente claims made, lo dicto en cinco horas, hice un resumen apretado, pero nuestra visión es que está regulado en Brasil, España, México y Portugal. Brasil es muy buena pero solo regula la modalidad retroactiva,

Colombia reguló las dos, igual que México. Le dicen que podrá pactar pero con una diferencia importante: Colombia permite la cláusula diabólica, es decir, puedo pactar una cláusula en la que sea retroactividad cero. España y México no lo permitieron, por ley tiene que haber en la cláusula que se pacte retroactividad mínima de un año. Colombia y México dicen que tienen que ser destacadas en la póliza de seguros y tienen que ser aceptadas por escrito.

De Portugal destaquemos que están tres que regulan las dos modalidades, En Colombia el período prospectivo es de dos años, en España es de un año. Lo lógico es que el plazo sea desde la finalización de vigencia, porque sería un plazo que no tendría inicio claro y depende del siniestro.

Costa Rica se equivocó porque solo hizo la retroactiva diciendo que era el reclamo al asegurador, es un error. Chile no lo mencionó pero es admisible porque dice por el hecho previsto en la póliza, no dice por la causación del daño. No dijo como Perú, que acabó con la cláusula claims made al poner esto.

Cuando surge la deuda de responsabilidad, es cuando se causa el daño. En cambio Chile no lo regula, pero dice por un hecho y en los términos previstos en la póliza y como claims made implica una redefinición del siniestro, es pactar una cosa como esta, a menos que lo contrario sea que el riesgo se defina como la eventualidad de un hecho que ocasione un daño, si esto lo excluye y lo leyéramos al tiempo, daría.

Me pasé, muchas gracias.

Aplausos