

ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados
Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"
C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533
Website: www.espositotraverso.com.ar

Contrato de seguro. Responsabilidad Civil Médica. Error de diagnóstico. Inoponibilidad de los Límites de Póliza y Franquicia al tercero damnificado.

(Comentario al fallo "M., E. G. c/ B. G. y otros s/ Daños y Perjuicios – Resp. Prof. Médicos y Aux" – CNCIV - Sala H - 03/05/2018)

Por Dr. Amadeo Eduardo Traverso.

Situación fáctica

El Actor. Según resulta de la sentencia dictada por la Sala "H" de la CNCiv., el actor al momento del hecho contaba con 46 años de edad, era profesor de educación física y guardavidas, desempeñándose como empleado en relación de dependencia con la empresa AySA, siendo de estado civil casado y padre de dos hijos mayores de edad.

Los Demandados. El actor demanda por un error de diagnóstico, a los médicos que atendieron de una dolencia cardíaca, los Dres. R. E. G. y G. B., al Sanatorio de la Trinidad de Quilmes S.A., a la firma Unidad Coronaria Móvil Quilmes SA y a Galeno Argentina SA.

Citada en Garantía. La aseguradora citada en garantía acredita haber emitido una póliza a favor de la firma Unidad Coronaria Móvil Quilmes S.A. por responsabilidad civil, con un límite de suma asegurada de \$ 200.000 y una franquicia del 10% por cada reclamo, con un mínimo de \$ 5.000 y un máximo de \$ 20.000 por cada reclamo.

Los hechos. El día 19/11/2006, el actor comienza a sentir un fuerte dolor en el pecho por lo que, a través de su prestador médico, GALENO concurre a la clínica "Sanatorio la Trinidad de Quilmes S.A.", ingresando por la guardia. Allí se le practica un electrocardiograma que fue evaluado como normal, por lo que se le recomendó reposo.

Al persistir el dolor, volvió a concurrir a la guardia del sanatorio al día siguiente, 20/11/2006. Es atendido por el Dr. G. B. quien le practica un nuevo electrocardiograma que interpretó como normal descartando cualquier patología cardíaca.

Al no disminuir el dolor, ya en su casa, llama a la firma "Unidad Coronaria Móvil Quilmes S.A." Es atendido por el Dr. R. E. G. quien le realiza otro electrocardiograma, sin detectar ningún problema cardíaco.

ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados
Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"
C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533
Website: www.espositotraverso.com.ar

El actor se mantuvo en reposo en su domicilio, pero al persistir el dolor concurre el 22/11/2006 al consultorio de un médico cardíaco de su confianza, quien le informa que había sufrido un infarto agudo de miocardio, sintomatología que ya se evidenciaba en el electrocardiograma del día 19/11/2006. A consecuencia de todo ello, es internado en el Sanatorio la Trinidad de Quilmes S.A. el día 23/11/2006.

Con fecha 26/12/2006, luego de haber sido sometido a estudios entre el 23 y 27/11, se le realiza una angioplastia de arteria descendente anterior con colocación exitosa de Sten que logra recuperar el diámetro de la arteria. El 19/03/2007 se detecta una oclusión del 60% en la misma arteria descendente anterior en el tramo previo, donde se encontraba colocado el Sten. Debido a ello es sometido a una nueva angioplastia en la que se le colocó un nuevo Sten que logró recuperar el diámetro de la arteria.

A pesar del resultado satisfactorio de los tratamientos, el actor presenta las secuelas propias del infarto sufrido, por lo que se atribuye al error de diagnóstico incurrido la posibilidad de aplicar terapias -inmediatas- propias al momento del infarto que podrían haber evitado la lesión que presenta.

La pericia médica establece una IPPD del 57% T.O. Según Baremo ley 24.557. El perito establece que las secuelas del paciente no fueron atendidas de inmediato a consecuencia del error de diagnóstico, pero también afirma que no se puede asegurar que, de haber sido atendido a tiempo, se hubieran mitigado los resultados del evento cardíaco.

La sentencia de Primera Instancia. Rechaza la demanda por ausencia de relación causal e insuficiencia de prueba.

La Sentencia de la CNCiv., Sala "H". La Cámara deja sin efecto el rechazo de la demanda dispuesto en la sentencia de la anterior instancia y extiende la responsabilidad a los dos médicos que trataron al paciente en un primer momento, afirmando que el error de diagnóstico y la demora en determinar correctamente la existencia de la dolencia cardíaca, contribuyeron a generar las secuelas actuales que padece el actor, a partir de las dos angioplastias realizadas que fue necesario practicar.

No obstante, en atención al resultado de la pericia médica, establece que la indemnización solo procederá a título de "Pérdida de Chance", por lo que será inferior a la que hubiera correspondido si se pudiera adjudicar la totalidad de los daños padecidos a la demora en la realización del tratamiento.

El fallo que nos ocupa hace lugar a la demanda por los siguientes conceptos:

ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados
Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"
C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533
Website: www.espositotraverso.com.ar

| | |
|-------------------------------|------------------|
| · Pérdida de Chance: | \$100.000 |
| · Gastos tratamientos y farm. | \$2.000 |
| · Daño psíquico y trat. | \$30.000 |
| · Daño moral: | <u>\$100.000</u> |
| · Total: | \$232.000 |

Franquicia y límite de cobertura. La sentencia advierte que el límite de cobertura fijado en póliza no es lógico ni razonable. Equipara al mismo con un supuesto de “*no seguro*” por insuficiencia de suma asegurada. Se afirma que la cláusula desnaturaliza el contrato de seguro, por cuanto conlleva un apartamiento injustificado del derecho positivo.

Reafirmando tal concepto, la sentencia rescata el principio según el cual el derecho, como ordenamiento social justo, debe privilegiar las ideas contemporáneas que giran en derredor de un criterio solidarista que tiende a posibilitar la realización individual en el contexto social. En tal sentido, no cabe desentenderse de la desgracia ajena y priorizar intereses puramente economicistas, dejando de lado la reparación del daño injustamente padecido.

Anticipándose a alguna crítica, afirma luego que No se trata simplemente de hallar sujetos a quienes exigirle la indemnización, sino que el perjudicado sea satisfecho en su reclamo (del voto impersonal de la mayoría en el fallo plenario de este Tribunal, in re “**Obarrio, María P. c/Microómnibus Norte S.A. y ot. s/daños y perjuicios**” y “**Gauna, Agustín c. La Economía Comercial S.A.**”)

El fallo encuentra un paralelismo entre esta situación con los supuestos sobre la nulidad de las cláusulas que establece la franquicia en el supuesto del transporte público de pasajeros. En autos “**Gauna Valentín c/Estado Nacional y otro s/daños y perjuicios**” (Rec. 527.582, 28/12/2009), esta Sala, con otra integración, declaró la nulidad absoluta y manifiesta de una cláusula contractual de franquicia, teniéndola por no convenida o por no escrita, obligando al asegurador a la reparación integral del perjuicio sufrido sin que pueda invocar la mentada “*oportunidad*” de la franquicia al tercero damnificado. Entre otros argumentos, se dijo allí: “Corresponde ejercer el control jurisdiccional sobre el contenido del contrato de seguro, en el caso específicamente sobre la franquicia establecida en las condiciones particulares, con base en el ejercicio abusivo del derecho, en la vulneración de la buena fe, de la regla moral, de las buenas costumbres (cfr. arts. 21, 953, 1071, 1167, 1198 y cctes., del Cód. Civil). Las

ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados

Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"

C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533

Website: www.espositotraverso.com.ar

cláusulas abusivas, por contrariar el orden jurídico, vician el contenido del contrato desde su formación, resultando inidóneas para producir "sus efectos propios". El contrato de seguro como contrato de adhesión, es un contrato de contenido predispuesto. Se debe restar valor a aquellas cláusulas, cuando por su contenido y por el ejercicio que se ha hecho de ellas, se presentan circunstancias violatorias de los principios rectores señalados, tales como el orden público, la moral y las buenas costumbres, debiendo el juez resolver la cuestión de acuerdo con los principios generales en materia de consentimiento en los contratos y por las disposiciones de los artículos 21, 953, 1071, del Cód. Civil, respecto del abuso derecho, interpretándolos a la luz del artículo 1198.

Atribuye a la póliza de seguro vicios que atenta contra el interés público y/o si el objeto del acto es prohibido, ilícito o contrario al orden público o a las buenas costumbres adolece de nulidad absoluta, es decir, sufre todo el peso de la sanción legal. Esta nulidad deberá ser ineludiblemente declarada de oficio, cuando se conjugan dos circunstancias: a) que el vicio afecte al orden público (nulidad absoluta) y que aparezca como manifiesto en el acto (acto nulo). Se tiene en cuenta para ello, que aquel, es de tal gravedad que al atentar contra el orden jurídico, impide su convalidación y justifica la intervención del poder jurisdiccional aunque no haya mediado petición de parte (Llambías Jorge Joaquín "Tratado de Derecho Civil", Parte General, T. 2, capítulo XVI, n° 1890/91 y ss., N° 1894, pág. 626 y Llambías, "Código Civil Anotado" T IIB, págs. 228 y ss.)... Cuando hay afectación del interés general, del orden económico social se trata de nulidad parcial y absoluta, que puede ser incluso declarada de oficio (Mosset Iturraspe, Jorge y Lorenzetti, Ricardo Luis, "Defensa del Consumidor" cap. IX)".

En esta misma línea argumental, pondera los fallos que se han dictado recientemente en materia de seguros y, principalmente, la sanción de la ley 26.361 -que modificó la ley de defensa del consumidor N° 24.240- de orden público, **me llevan a considerar que, en aquellos supuestos en que los contratos de seguros son obligatorios -como el caso que nos ocupa-, las cláusulas de exclusión en ellos previstas resultan no ya inoponibles, sino nulas.**

En lo que hace al fondo, esta Sala ha resuelto que la franquicia estipulada, crea un desequilibrio significativo ya que aligera casi hasta la extinción la obligación del asegurador de afrontar el pago de la indemnización debida en casos de accidentes individuales de víctimas, transportadas o no, en tanto se suprime la obligación de resultado de mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato, lo cual produce una ventaja para el asegurador sin fundamento que lo justifique (CNCiv, sala H, "**Palomino, Máximo c. Transportes Metropolitanos**", 7/5/2010).

ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados
Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"
C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533
Website: www.espositotraverso.com.ar

Por estos argumentos, la Cámara considera que las cláusulas contractuales por la que se estipula el límite de la cobertura y el de la franquicia, que intenta hacer valer la aseguradora, **resultan nulas**.

Intereses. Afirma el fallo que la Sala ha venido aplicando la tasa del fallo plenario "Samudio", pero que analizada nuevamente la cuestión es posible advertir que la tasa activa no compensa al acreedor, para quien el costo del dinero es mucho más alto.

Por lo tanto, propone que desde la mora (fecha de la primera atención médica: 19/11/2006) y hasta el 01/08/2015, se aplique la tasa activa cartera general (préstamos) nominal, anual, vencida, a treinta días del Banco Nación, conforme al plenario "Samudio"; y a partir del 02/08/2015 hasta la del efectivo pago, se aplique el **DOBLE** de la tasa activa premencionada.

Actualización. La condena ajustada por la tasa de interés fijada en la sentencia arroja los siguientes resultados, al 30/06/2018:

Interés Tasa Activa fallo Samudio

Desde 19/11/2006 al 01/08/2015.

| Concepto | Capital | Porcentual | Intereses |
|-------------------------------|-------------------|------------|----------------------|
| · Pérdida de Chance: | \$ 100.000 | 173,4550% | \$ 173.455,00 |
| □ Gastos tratamientos y farm. | \$ 2.000 | " | \$ 3.469,10 |
| · Daño psíquico y trat. | \$ 30.000 | " | \$ 52.036,50 |
| · Daño moral: | <u>\$ 100.000</u> | " | <u>\$ 173.455,00</u> |
| Totales | (*) \$ 232.000 | (**) | \$ 402.415,60 |

Interés DOBLE Tasa Activa Fallo Samudio.

Desde 02/08/2015 al 30/06/2018

La tasa que arroja el período es del 259,0321%, **duplicada asciende a 518,0642%**

| Concepto | Capital | Porcentual | Intereses |
|----------|---------|------------|-----------|
|----------|---------|------------|-----------|

ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados
Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"
C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533

Website: www.espositotraverso.com.ar

| | | | |
|---|------------|-----------|----------------------|
| · Pérdida de Chance: | \$ 100.000 | 518,0642% | \$ 518.064,20 |
| ·Gastos tratamientos y farm. | \$ 2.000 | “ | \$ 10.361,84 |
| ·Daño psíquico y trat. | \$ 30.000 | “ | \$ 155.419,26 |
| <input type="checkbox"/> Daño moral: | \$ 100.000 | “ | <u>\$ 518.064,20</u> |
| Total: | | (***) | \$ 1.201.909,40 |
| Totales generales (*) + (**) + (***) = <u>\$ 1.836.325</u> | | | |

Análisis del fallo

La franquicia y el límite de suma asegurada en un Seguro de Responsabilidad Civil Profesional celebrado en el marco de la ley 17.418. Las contradicciones lógicas de un fallo sorprendente.

El fallo que comentaremos se encuentra referido a un caso de responsabilidad médica, en el que uno de los profesionales que interviene, lo hace como dependiente de una empresa de Emergencias Médicas. Esta última había contratado un seguro para cubrir los riesgos potenciales generados con su actividad. La póliza de RC fue contratada en año 2006. Se convino establecer un límite máximo de responsabilidad de \$ 200.000 con una franquicia del 10% de cada reclamo, con un mínimo de \$ 5.000 y un máximo de \$ 20.000.

Este contrato no se encuentra afectado por ninguna ley que haya impuesto su contratación obligatoria, como ocurre por ejemplo con el **Seguro de Riesgos del Trabajo** prescripto por la ley 24.557 y sus respectivas modificatorias o, con el incompleto y ambiguo **Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil Automotor** estatuido por la ley de Tránsito N° 24.449. En otras palabras, el seguro que nos ocupa se celebra libre y voluntariamente, dentro del régimen especial del Contrato de Seguro establecido por ley 17.418. Aquí, las partes tienen plena libertad para contratar o no el seguro, y en caso de hacerlo, fijar su contenido delimitando el tipo y costo de las prestaciones que asume cada una de ellas.

Es cierto que, aun así, el contrato de seguro dado su particular modo de comercialización, se encuentra tipificado como uno de aquellos “*contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas*”.

ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados
Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"
C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533
Website: www.espositotraverso.com.ar

Este tipo de contrato es descripto por el art. 984 del Código Civil y Comercial, como “... *aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción*”. Obsérvese que el *adherente* no participa de su redacción, pero aun así presta limitadamente su voluntad para que el contrato se celebre válidamente. Se trata de un tipo de contrato en el que la voluntad no fluye tan libremente como en otro tipo de contratos, pues aquí su expresión está restringida.

Sin embargo, en los seguros de responsabilidad civil voluntarios, celebrados en el marco de la ley 17.418, la suma asegurada representa el límite máximo de exposición al riesgo que transfiere el asegurado a su asegurador y que este aceptará o no asumir. Representa el riesgo en función del cual será determinada la **prima** (arts. 1º, 27 a 35 Ley 17.418), vale decir, el precio que paga el asegurado para que el asegurador asuma el riesgo.

La relación ente estos conceptos, riesgo y prima, ha sido claramente definida por la doctrina judicial en numerosos casos, entre ellos:

“El riesgo y la prima son elementos del seguro recíprocamente condicionados de modo que el monto de ella es buen índice para precisar el riesgo efectivamente cubierto”. (C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 2a, 22/12/1981) JA 1983-1-94. - *“En el seguro, la ecuación del asegurador a través de la cual éste logra la eliminación, neutralización y compensación de los riesgos, sólo se logra por aplicación del principio de la equivalencia entre “riesgo” y “prima”, el que se ve alterado en su médula cuando se provoca el siniestro por dolo o culpa grave. Es por esta razón que tanto el legislador, como la póliza que rige las relaciones de las partes, han excluido la culpa grave de la cobertura, como un supuesto de “no seguro”, liberando al asegurador cuando el accidente se produce mediante ella por parte del asegurado”*. (CNCom. Sala B, setiembre 11-1987 – Viva Miguel O. c/ El Comercio de Córdoba, Cía. de Seguros S.A.) D.J. 1988-I-61.

Riesgo, interés asegurable y prima constituyen los elementos esenciales del contrato de seguro al punto que, si falta alguno de ellos, el mismo se torna nulo.

Más allá de algunos factores técnicos que tienen incidencia en el cálculo de la prima y en el tipo de cobertura que otorgará el asegurador (experiencia siniestral anterior del profesional, especialización, calidad del registro y control de cada acto médico, medios de prevención y capacitación con relación al riesgo, etc.), la propuesta del seguro previamente suscripta por el médico, permiten al mismo expresar su voluntad sin restricción ni limitación, con relación a dos aspectos sustanciales: (a) la cuantificación dineraria del límite máximo asegurable en póliza, que a su vez opera como límite más allá del cual, el asegurado

ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados
Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"
C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533

Website: www.espositotraverso.com.ar

responde frente al tercero damnificado con su propio patrimonio; (b) el tipo de franquicia o deducible a aplicar.

Se trata de dos puntos sobre los cuales, cada profesional médico se encuentra en condiciones de negociar con el asegurador, quien delimitará el riesgo a través de estos recursos técnicos y fijará la prima en función de los mismos. Será el asegurado quien finalmente aceptará o no la cobertura aseguradora de su responsabilidad civil, por límite asegurado y costo.

Hay extra primas que el asegurador puede ofrecer y el asegurado contratar, para reducir o eliminar la franquicia y/o deducible aplicable por reclamo, o para ajustar automáticamente la suma asegurada y lograr que el límite máximo de responsabilidad se exprese razonablemente a valores constantes. Se trata de aspectos contractuales con dominio pleno del principio de libre contratación.

La libertad para contratar significa autonomía de la voluntad manifestada como libertad para contratar, o sea, la libre celebración del contrato. Es un atributo de la personalidad que tienen los particulares para contratar o no y en caso de hacerlo, para elegir la persona del otro contratante. Se contrata porque se quiere y se contrata con tal persona porque así se desea.

La autonomía de la voluntad también se manifiesta en la libertad que tienen las partes para establecer el contenido del contrato, vale decir, como regularan sus relaciones con motivo del mismo. Tal es la amplitud de tal libertad que los contratantes pueden hacer su propio contrato dejando a un lado, si lo entienden conveniente, todas las reglas del derecho civil que no afecten el orden público o hayan sido dictadas en resguardo de las buenas costumbres.

En síntesis, la voluntad es autónoma cuando se gobierna a sí misma. A todos estos atributos se refieren los artículos 52, 53, 944, 1137, 1197 y 1199 del Código Civil de Vélez. Sin embargo, todos ellos derivan de los derechos y garantías que consagra nuestra Carta Magna en sus arts. 14, 17 y 19.

La expresión moderna del principio se encuentra en el art. 958 del nuevo Código Civil y Comercial que lo define como aquel en el que *“Las partes son libres para celebrar el contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuesto por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”*. Por su parte, el art. 959 que le sigue, establece que *“Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé”*.

ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados

Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"

C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533

Website: www.espositotraverso.com.ar

Esta arquitectura legal es complementada por otro fundamento, que resultaba de los principios generales del derecho -durante la vigencia del viejo Código Civil- y que ahora se encuentra previsto en el art. 960 CCyCom., por el cual se establece que: *"Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando afecta, de modo manifiesto, el orden público"*.

Finalmente, el nuevo CCyCom., establece en el art. 965 que *"Los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante"*.

En síntesis, los principios de derecho expuestos son de la máxima jerarquía en nuestro Orden Jurídico, por lo que, para apartarse de los mismos deben exponerse fundadas razones que por vía excepcional justifique una solución contraria.

Esta cuestión no es baladí, ni superficial. En efecto, por alguna razón la CSJN ha sostenido que: *"... Los vínculos que se establecen entre las personas siempre afectan a los terceros desde el punto de vista económico o moral, pero si se permitiera que todos cuestionaran esas decisiones, no podría celebrarse contrato alguno. Por esta razón, la libertad de contratar está protegida constitucionalmente y nadie puede, so pretexto de un perjuicio ético o patrimonial, entrometerse en la esfera de autonomía de quien ha celebrado ese contrato. Agregando: "...la referencia del tribunal a la inoponibilidad de las condiciones estipuladas frente al tercero beneficiario, no basta para excluir la aplicación del texto legal ni configura razón plausible para dejar sin efecto la atribución conferida por aquella norma a la aseguradora, pues no corresponde obviar la vigencia del régimen específico de normas sobre la base de aserciones dogmáticas que sólo otorgan fundamentación aparente a lo resuelto"*.

Agregando: *"...sin perjuicio de señalar que el acceso a una reparación integral de los daños sufridos por las víctimas de accidentes de tránsito constituye un principio constitucional que debe ser tutelado, y que esta Corte Suprema ha reforzado toda interpretación conducente a su plena satisfacción, ello no implica desconocer que el contrato de seguro rige la relación jurídica entre los otorgantes (arts. 1137 y 1197 del Código Civil) y los damnificados revisten la condición de terceros frente a los mismos porque no participaron de su realización, por lo que si desean invocarlo deben circunscribirse a sus términos (arts. 1195 y 1199 del Código Civil, votó del juez Lorenzetti en la causa "Cuello" y Fallos: 330:3483).*

En el caso "Buffoni", la CSJN volvió a señalar: *"...la función social que debe cumplir el seguro no implica, empero, que deban repararse todos los daños producidos al tercero víctima sin consideración a las pautas del contrato que se invoca, máxime cuando no podía*

ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados
Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"
C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533
Website: www.espositotraverso.com.ar

pasar inadvertido para los damnificados que estaban viajando en un lugar no habilitado para el transporte de personas y que de tal modo podían contribuir, como efectivamente ocurrió, al resultado dañoso cuya reparación reclaman” (causa "Buffoni" -Fallos: 337:329).

Por fin la Corte puntualizó: “... Es cierto, como ya se sugirió, que en los casos en que el responsable causal, por cualquier razón que fuera, no compense el daño que causó, el límite de cobertura que establezca la póliza seguramente implicará que parte de dicho daño deberá ser soportado por la víctima. Pero el mero hecho de que la víctima cargue con un daño que otro le causó, circunstancia lamentable por cierto, no justifica por sí solo que los jueces hagan inoponible a la víctima el límite de cobertura, que consistente con la regulación pertinente, ha sido acordado entre asegurado y aseguradora. Nada obsta, por cierto, a que otros poderes del Estado decidan seguir ese camino y, sobre la base de las consideraciones sistémicas pertinentes -incluyendo aquellas de carácter valorativo respecto de la priorización de diferentes objetivos sociales que se consideren valiosos- adopten las regulaciones que estimen convenientes.

Finalmente, en los autos: “Aimar, María Cristina y otro c/Molina, José Alfredo y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán.cl les. o muerte)” y CIV 93561/2012/3/RH1 “Aldasoro y Compañía S.A. c/ Molina, José Alfredo y otros s/ daños y perjuicios (Acc.Trán. sin lesiones)”, la CSJN por sentencia del 24/04/2018, *declaró procedentes las quejas, formalmente admisibles los recursos extraordinarios, disponiendo revocar las decisiones apeladas. En consecuencia, admitió que el límite de cobertura previsto en el contrato de seguro es oponible al tercero damnificado y que la sentencia no podrá ser ejecutada contra la aseguradora sino en los límites de la contratación (conf. arto 16, segunda parte, ley 48)”*.

En definitiva, a lo que el orden jurídico positivo prescribe, barrera natural contra la “libre interpretación judicial”, se suma la doctrina de la CSJN que convalida su vigencia, por lo que la sola existencia de las normas y de los más de seiscientos fallos dictados por el máximo Tribunal en esta materia, deberían ser suficientes y constituir una invitación a operar con criterios de generalizada prudencia al momento de resolver una causa de contrato de seguro.

¿Quién es el “consumidor” en la relación asegurativa?

Como hemos podido observar, la póliza inició su vigencia en el año 2006 y en el curso de vigencia es que se produce el evento siniestral que -según el fallo- afectó la cobertura otorgada. Vale decir, se encontraba vigente el Código Civil de Dalmacio Vélez Sarsfield.

ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados
Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"
C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533
Website: www.espositotraverso.com.ar

Del análisis del citado cuerpo normativo -aunque es exactamente igual para el nuevo Código Civil y Comercial-, partiremos -como en alguna ocasión lo expusimos- de la noción de *Patrimonio*, para desentrañar la finalidad teleológica y naturaleza de la operación de seguros.

Recordemos entonces que, el art. 2311 CC, establece que *“se llaman cosas en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener valor ...”*. La norma citada se complementa con lo que dispone el art. 2312 CC, en cuanto establece que: *“Los objetos inmateriales susceptibles de valor, e igualmente las cosas, se llaman bienes. El conjunto de bienes de una persona constituye su patrimonio”*.

En síntesis, el patrimonio es el conjunto de relaciones jurídicas pertenecientes a una persona, que tienen una utilidad económica y por ello son susceptibles de estimación pecuniaria, y cuyas relaciones jurídicas están constituidas por deberes y derechos (activos y pasivos).

En consecuencia, el patrimonio comprende tanto un activo como un pasivo:

El activo está conformado por todos los derechos presentes y futuros, apreciables en dinero de los que puede ser titular una persona, entre ellos, la propiedad como ostentación del dominio, los demás derechos reales, los derechos de crédito y los llamados derechos de propiedad intelectual e industrial. Tales derechos forman parte del patrimonio incluso en los casos en que no son susceptibles de ejecución forzosa o no son transmisibles por herencia siempre que uno u otro caso tengan carácter pecuniario.

El pasivo lo constituye tanto las obligaciones como las cargas o gravámenes que pesen sobre los bienes de la persona de que se trate.

El patrimonio de una persona, se encuentra expuesto a eventuales pérdidas producidas por eventos de la más diversa especie y naturaleza. Tales eventos pueden producir la ruina o pérdida de un bien del activo o bien, un aumento considerable del pasivo, que ponen decididamente en situación de peligro el producto de una vida de trabajo y esfuerzo, al no contar su titular con los recursos necesarios para reponer y/o restituir o reparar en forma inmediata, ese bien en el patrimonio de la persona.

Esta es la razón por la cual las personas previsoras deciden proteger su patrimonio trasladando o transfiriendo los riesgos a los que se encuentra expuesto el patrimonio, a un tercero, la empresa aseguradora. Tal traslación es realizada a través de un contrato de seguro, regulado por la ley 17.418, que forma parte de los contratos comerciales privados que regula el Código de Comercio.

ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados

Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"

C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533

Website: www.espositotraverso.com.ar

La actividad aseguradora se encuentra así claramente orientada a *satisfacer las necesidades de previsión que la exposición a los riesgos genera en quienes contratan con el asegurador un seguro, delimitando y emplazando de tal forma la protección asegurativa sólo hacia esa persona, que es nada más y nada menos, quien paga el precio para ello.*

Aunque la expresión idiomática: "*Consumidor*" no me resulta ajustada al régimen legal del Seguro, no cabe ninguna duda que, de aplicarse en este ámbito, solo podría describir a aquel asegurado que tuvo la necesidad de satisfacer, actuando con previsión, su exposición a riesgo con la contratación de un seguro.

Es en este marco, bajo el paraguas del principio de "*Libertad de Contratación*" que el asegurado pacta: (a) celebrar el contrato de seguro con un asegurador determinado; (b) establecer el límite de la suma asegurada y el tipo de franquicia aplicable; (c) acordar -en directa relación a estos acuerdos- el precio o la prima del seguro.

Lo que sí es claro, es que nadie celebra un contrato de seguro para perjudicar a un tercero y que ninguna de estas convenciones, son contrarias a la moral, las buenas costumbres o al Orden Público, pues en definitiva, el asegurado ("*Consumidor*") paga un precio que está en directa relación a la exposición a riesgo que le fue transferida al asegurador.

Existe una valla más. De acuerdo al régimen del Código de Vélez: luego de establecer en su art. 1195 que "*...los contratos no pueden perjudicar a terceros*" y de establecer el principio excepcional del art. 1196, se establece que: "*Los contratos no pueden oponerse a terceros, ni invocarse por ellos ...*" (Estos mismos principios son reproducidos en el nuevo Código Civ. y Com., en sus arts. 1021 a 1023 inclusive).

En síntesis, salvo disposición legal en contrario, el tercero es ajeno al contrato y como tal, tampoco puede ser considerado un "*consumidor*", circunstancia que también es confirmada por la CSJN al hacer prevalecer las garantías y derechos individuales amparados por la Carta Magna por sobre los derechos colectivistas de los consumidores: "*... no obsta a lo dicho la modificación introducida por la ley 26.361 a la Ley de Defensa del Consumidor, pues esta Corte ha considerado que una ley general posterior no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la ley especial anterior, tal como ocurre en el caso de la singularidad del régimen de los contratos de seguro* (M.1319.XLIV "*Martínez de Costa, María Esther c. Vallejos, Hugo Manuel y otros s/ daños y perjuicios*", fallada el 09/12/2009) y "*Buffoni*" (Fallos:337:329)".

ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados
Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"
C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533
Website: www.espositotraverso.com.ar

¿Qué es lo que sorprende del fallo dictado?

Lo que choca e impresiona es que se pretenda aplicar la doctrina judicial que las Cámaras Nacionales en lo Civil han venido elaborando para el seguro obligatorio de responsabilidad civil estatuido por la ley de tránsito 24.449, a un seguro de responsabilidad civil "voluntario" que se encuentra regulado expresamente por la ley 17.418.

Cabe recordar que el importe de la franquicia o su misma existencia, como la cuantificación del límite máximo de responsabilidad determinado por la suma asegurada y su eventual ajuste posterior, no depende exclusivamente de la voluntad del asegurador, sino de la voluntad del asegurado proyectada en definitiva sobre el costo final o precio que está dispuesto pagar para obtener una mayor o menor protección aseguradora.

Cómo es posible calificar de "irrazonable" a estas cláusulas si ellas no dependen de la voluntad del asegurador sino las posibilidades económicas del asegurado o de su decisión de asumir una parte del riesgo, condición técnica que se conoce con el nombre de "autoseguro" (arg. Arts. 61 y 65 ley 17.418 y art. 3° ley 24.557). Es el asegurado quien tiene la facultad de modificar los términos originarios del contrato, pagando la extraprima que implique una mayor traslación del riesgo al asegurador.

En esta misma línea también cabe preguntarse cómo es posible citar como fundamento del fallo la doctrina judicial sentada en in re "Obarrio, María P. C/ Microómnibus Norte S.A. y otros s/ Daños y Perjuicios" y el del fallo emitido en in re: "Gauna, Agustín c/ La Economía Comercial S.A.", no solo por cuanto la CSJN resolvió sendas causas en el sentido contrario al invocado por la Sala H, sino también por cuanto esa doctrina se encuentra relacionada al seguro obligatorios de responsabilidad civil automotor y no al seguro voluntario de responsabilidad civil profesional.

Nos preguntamos además: cuál es la razón por la cual la Sala H, da como argumento y fundamento del fallo una versión esotérica y llamativa al afirmar: *"...En la misma línea argumental, ponderando los fallos que se han dictado recientemente en materia de seguros y, principalmente, la sanción de la ley 26.361 -que modifico la ley de defensa del consumidor N° 24.240- de orden público, me llevan a considerar que, en aquellos supuestos en que los contratos de seguros son obligatorios -como en el caso que nos ocupa-, las cláusulas de exclusión en ellos prevista resultan no ya inoponibles, sino nulas ..."*.

En verdad es muy contradictorio, ya que el caso que nos ocupa, no trata de un seguro obligatorio ni de una cláusula de exclusión, concepto este último diametralmente distinto al de una franquicia en el que el asegurador participa de la indemnización del daño cuando

ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados
Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"
C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533

Website: www.espositotraverso.com.ar

este excede el valor del deducible, y el del límite de póliza que se encuentra representado por la suma asegurada. Aquí el asegurador responde hasta ese límite y por el excedente, responde el asegurado. Las cláusulas de exclusión están referidas a supuestos en los que la cobertura no opera, como lo es el supuesto de pasajeros transportados en exceso de lo autorizado técnica y legalmente para un automotor determinado.

La nulidad de la cláusula contractual declarada por el fallo se torna así en un boomerang que torna en inconstitucional a la sentencia dictada y nula por aplicación de los principios generales del derecho.

Lo que resulta verdaderamente terrible en esta despiadada batalla, es la forma en que los jueces, se encuentran tan fácilmente inclinados a transgredir una norma expresa de la ley (nos referimos a la ley 17.418) y con ello, los derechos y garantías individuales que amparan a los ciudadanos contra el uso abusivo de cualquiera de los poderes del Estado.