

Consumidor de seguros*

EDUARDO MANGIALIARDI**
NORBERTO JORGE PANTANALI***
ENRIQUE JOSÉ QUINTANA****

SUMARIO

- A.- Consumidor de seguros, tendencias, parámetros, protección
- I- Introducción
 - II- De la actividad aseguradora y de la operatoria del seguro
 - III- Del nacimiento del derecho del consumo y su desarrollo posterior
 - IV- De algunas precisiones preliminares
 - V- De diferentes modelos legislativos en el ámbito del CILA
 - VI- De algunos criterios útiles

Fecha de recepción: 31 de mayo de 2013
Fecha de aceptación: 15 de junio de 2013

-
- * Ponencia presentada en el XIII Congreso del CILA en Lisboa, Portugal en el mes de mayo, construida a partir de un proceso investigativo orientado a el análisis de cual es el reciente consumidor de seguros y cuales son las más novedosas tendencias en el campo del seguro.
- ** Graduado de la facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina. En el 2002 fue electo vice-presidente de la AIDA Internacional así como presidente del CILA. Ha sido profesor de cursos y carreras de posgrado en materia de Derecho de Seguros.
- *** Especialista en el Campo del Derecho de Seguro, ocupa la vice-presidencia 1^a de la Sección Argentina de AIDA. Desde 1961 hasta 2002 fue miembro de la Asociación Argentina de Compañías de Seguros y hoy es Director Ejecutivo de la Asociación de Aseguradoras Argentinas (ADEAA).
- **** Abogado graduado en la Pontificia Universidad Católica de Argentina Santa María de los Buenos Aires. Realizó un posgrado en Asesoramiento Jurídico a Empresas. Profesor de Derecho de Seguros en diversas universidades, en posgrado. Asesor de Seguros y consultor jurídico de la Confederación Panamericana de Productores de seguros (COPAPROSE).

- VII- De la conveniencia de establecer legislativamente normas interpretativas de un contrato de seguro
- VIII- De las relaciones entre el derecho del consumo y el derecho de seguros
- B.- El debate en la Argentina: ley de seguros o ley de defensa del consumidor?
- C.- El daño punitivo

RESUMEN

El presente texto surge de un trabajo investigativo que busca presentar una caracterización del actual consumidor de seguros. Así mismo hace referencia de las más novedosas tendencias del consumidor en este campo jurídico, y logra hacer un barrido por la historia tanto del seguro como del derecho al consumo. Logra además, realizar un análisis comparativo entre legislaciones que regulan el tema del Derecho de seguro mostrando el conflicto que se presenta entre diversas legislaciones que regulan la misma área del derecho. Este texto fue presentado como ponencia de apertura del XIII Congreso del CILA en Lisboa, Portugal.

Palabras clave: Actividad aseguradora, operatoria del seguro, interes del consumidor.

Palabras clave descriptor: Conflicto de legislaciones, derecho de consumo, daño punitivo.

ABSTRACT

This text comes from investigative work that seeks to present a characterization of the current insurance consumer. It likewise makes reference of the newest trends of the consumer in this legal field, and manages to make a sweep through the history of both insurance and the right to consumption. Also manages to make a comparative analysis between legislation governing the issue of the right of insurance showing the conflict arising between various laws governing the same area of law. This text was presented as a lecture of opening of the XIII Congress of the IBWC in Lisbon, Portugal.

Key words: Assurance activity, assurance operance, consumer interests.

Key words plus: Legislation conflicts, consumer rights, punitive damage.

A.- CONSUMIDOR DE SEGUROS, TENDENCIAS, PARÁMETROS, PROTECCIÓN

I- Introducción

Constituye una verdadera distinción para la ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO DE SEGUROS, el haber sido designada para presentar en este XIII Congreso Iberoamericano de Derecho de Seguros que nos congrega en la histórica Ciudad de Lisboa, Portugal, algunas reflexiones sobre la temática del Derecho de Seguros y el Derecho del Consumo, ramas que no siempre, y menos necesariamente, encuentran caminos coincidentes, o confluentes.

MARCEL FONTAINE en una conferencia que pronunció en Budapest, hace más de veinte años, en el III Coloquio organizado por la sección húngara de AIDA, tituló su disertación: "LA PROTECCIÓN DE LAS PARTES EN EL CONTRATO DE SEGURO". Dicha disertación fue traducida del francés al castellano por nuestro dilecto amigo el Doctor Carlos Ignacio Jaramillo y se encuentra publicada íntegramente en la Revista Iberoamericana de Seguros, número 9, páginas 53 a 59.

Señalaba Fontaine en el primer párrafo de dicha disertación: *"En relación con el estudio referente a la "protección del consumidor" en el contrato de seguro, pretendo presentar algunas reflexiones bajo una perspectiva más amplia, con el propósito de abordar el tema de la "protección de las partes" en el contrato de seguro. Por lo tanto, - señalaba "me referiré no solamente a la protección del consumidor, tomador o asegurado, sino también a la protección del asegurador"*.

Compartimos tal pensamiento.

Mal haríamos en un magno evento académico que congrega a la más calificada concurrencia de nuestra especialidad en el Derecho de Seguros, como es el caso de este Congreso Iberoamericano, brindar solamente y en forma parcial opiniones respecto de sujetos que solo en algunos casos puntuales pueden calificarse de modo genérico, como se los ha denominado, “consumidor de seguros”, ya que bueno es resaltar en este aspecto, que no todos los asegurados revisten el carácter de “consumidores”. La alocución “consumidor de seguros”, más marketinera que jurídica, no ha sustituido el concepto de “asegurado”, ni el término “contrato de seguro” ha sido sustituido por “contrato de consumo de seguros”. Las pólizas, que constituyen la exteriorización del contrato de seguro y sus condiciones, continúan describiendo las figuras de “asegurado” y asegurador.

Del mismo modo, incurriríamos en un error manifiesto en no poner el acento en las particularidades propias de la actividad y la operatoria aseguradora para el condigno marco de las referencias que formularemos respecto de consumidores, analizadas claro está en el contexto de la diversidad de sistemas legislativos propios de regiones o países, legislaciones que como veremos, no resultan jurídicamente homogéneas.

II- De la actividad aseguradora y de la operatoria del seguro

Resulta manifiesta la trascendente importancia que en los aspectos económicos y sociales tiene la disciplina del seguro y la actividad aseguradora como tal, y no sobreadundaremos sobre estos aspectos por ser suficientemente conocidos. En cambio, si nos parece oportuno remarcar que cuando hacemos referencia al seguro, a veces no tenemos presente una visión íntegra o totalizadora de la disciplina, que es esencial a la actividad en sí misma. El seguro constituye un sistema, y constituye una característica definitoria de un sistema, el conjunto de reglas o principios entrelazados entre ellos. Las piezas que componen o conforman el sistema de seguros son las normas del contrato de seguro y todos sus institutos, y las normas que rigen a las entidades de seguros, y su control, coexistiendo disposiciones aplicables de derecho público y de derecho privado, a la actividad, y al contrato de seguro.

El contrato de seguro, cuya exteriorización instrumental se materializa en una póliza de seguro, debe ser entendido como un contrato de y con características distintas y diferentes de cualquier otro contrato previsto en la respectiva legislación de fondo. El contrato de seguro es un contrato de empresa celebrado entre un asegurado y un asegurador, asegurador que tiene como objeto de su actividad exclusiva el crear una mutualidad de asegurados sujetos a la exposición de riesgos homogéneos, de modo tal que el contrato de seguro en particular, o la póliza singular, queda caracterizado jurídicamente porque el propio tomador o asegurado que persigue la seguridad del pago para el caso de un eventual siniestro, busca la inserción de ese contrato individual o singular de seguro en la mutualidad que le da esa seguridad y ello, integra la causa del contrato.

La explotación de la actividad aseguradora, su operatoria, se caracteriza por la contratación en masa, que requiere técnicamente condiciones generales uniformes.

La autoridad de control o de aplicación del seguro en cada país –según los diferentes modelos legislativos– establece o analiza las condiciones generales uniformes de contratación atendiendo a las disposiciones de cada ley, y a razones técnicas y económicas, además ejerce un control de equidad de dichas condiciones generales.

Las disposiciones legislativas aplicables respecto del contrato de seguro, imponen ciertas restricciones a la autonomía de la voluntad para contratar, tanto para el asegurado, así como para el asegurador y tales restricciones obedecen a razones técnicas y económicas de la actividad pretendiendo evitar que no se desnaturalicen las bases técnicas y económicas, ya que el riesgo asumido delimitado en el contrato de seguro, junto con la prima y la prestación del asegurador, constituyen elementos esenciales del contrato de seguro y de la actividad aseguradora.

Precisamente, por lo expuesto, así como se prioriza el interés y la tutela del asegurado, no puede soslayarse el interés y la tutela del “conjunto de asegurados” o “masa de asegurados”, ni el interés y la tutela del asegurador.

La actividad aseguradora, reiteramos, tiene una significativa importancia económica y social, y precisamente por ello, y siendo necesario asegurar la confianza pública, proteger a los asegurados y beneficiarios en orden a que el asegurador se capacite técnica, económica y financieramente para cumplir los compromisos asumidos, propender a la protección del mercado asegurador estableciendo medidas tendientes a consolidar un funcionamiento correcto, es que se justifica el control estatal de la actividad aseguradora, control que se evidencia en la autorización del asegurador para funcionar como tal; en la aprobación de las condiciones generales de los contratos (sea ex ante o ex post), de las primas, y en el establecimiento y cumplimiento de las normas de capitales mínimos, reservas, inversiones, etc., confiriendo a un Organismo específico, las facultades de control técnico, económico, financiero, contable y jurídico de los aseguradores, así como de todos aquellos que de modo directo e indirecto participen de la actividad aseguradora, confiriéndoles además a dicho Organismo facultades sancionatorias de los eventuales incumplimientos. Tales, y en apretada síntesis, constituyen los fundamentos del control de la actividad aseguradora en los diferentes países.

Es por ello, que para tener una idea completa del seguro, no basta analizar solo el régimen del contrato de seguro contenido en los códigos o leyes de fondo, o una póliza de seguros singular, sino además lo vinculado al régimen de la empresa de seguros, y el derecho público aplicable a los seguros.

Coincide con lo que se ha expuesto, el punto 2 de la exposición de motivos de la Ley 30/1995 de 8 de Noviembre de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados de España (B.O.E Nº 268 de 9 de Noviembre de 1995), al expresar textualmente:

“La legislación reguladora del seguro privado constituye una unidad institucional que, integrada por normas de derecho privado y de derecho público, se ha caracterizado, en este último ámbito, por su misión tutelar a favor de los asegurados y

beneficiarios amparados por un contrato de seguro. En efecto, que el contrato de seguro suponga el cambio de una prestación presente y cierta (prima) por otra futura e incierta (indemnización), exige garantizar la efectividad de la indemnización cuando eventualmente se produzca el siniestro. Es en este interés público el que justifica la ordenación y supervisión de las entidades aseguradora por la administración pública al objeto de comprobar que mantienen una situación de solvencia suficiente para cumplir su objeto social.

La ordenación y supervisión estatal, que reclaman la unidad de mercado y los principios de división y dispersión de los riesgos, tiene lugar mediante el sistema de autorización administrativa de vínculo permanente, en virtud de la cual se examinan los requisitos financieros, técnicos y profesionales precisos para acceder al mercado asegurador; se controlan las garantías financieras y el cumplimiento de las normas de contrato de seguro y actuariales durante su actuación en dicho mercado; y finalmente, se determinan las medidas de intervención sobre entidades aseguradoras que no ajusten a su actuación a dichas normas pudiendo llegar, incluso, a la revocación de la autorización administrativa concedida o la disolución de la entidad aseguradora cuando carezcan de las exigencias mínimas para mantenerse en el mercado.

En este esquema normativo de control de solvencia y protección del asegurado es de aplicación general, y a él se ajustan la casi totalidad de los Estados de economía libre”.

La defensa de los intereses de los asegurados como tales, previstas en las legislaciones de Contratos de Seguros y en las normas de derecho público relativas a las entidades de seguros y su control, son anteriores en el tiempo a la aparición de la legislación específica del denominado derecho al, o del consumo.

III. Del nacimiento del derecho del consumo y su desarrollo posterior

Hay coincidencia generalizada que el punto de partida de la protección de los intereses de los consumidores como tales, con abstracción de actividades, o de actos en concreto, y hasta de la específica caracterización del concepto de consumidor, surge de un mensaje al Congreso de los Estados Unidos de Norte América del por entonces Presidente, John Fitzgerald Kennedy, del 19 de Marzo de 1962 en el que se pronunció la conocida frase *“Todos somos por definición consumidores”*. Se señalaba en dicho discurso *“si a los consumidores se les dan productos de inferior calidad y en contraprestación los precios son altos, si las medicinas son peligrosos o no sirven, si el consumidor no tiene posibilidad de elegir en base a una adecuada información, entonces se despilfarra su dólar, su salud y su seguridad quedan amenazadas y sufre el interés general...”*.

Las Constituciones de diversos países posteriores al citado mensaje, incorporaron como cláusulas programáticas, que los poderes públicos garantizarían la defensa de los

consumidores y usuarios protegiendo mediante procedimientos eficaces la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos, y tales cláusulas programáticas fueron luego objeto del dictado de normas específicas respecto de tales derechos, y tales normas específicas constituyen normas de derecho común.

Así por ejemplo, el Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht el 7 de Febrero de 1992 dispone en el artículo 100 que el Consejo adoptaría por unanimidad a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común (Capítulo 3. Aproximación de las Legislaciones). El artículo 100 A,3 se refiere a "aproximación de las legislaciones en materia de salud, seguridad, protección del medio ambiente y protección de los consumidores" destacando que el nivel de protección "será elevado". El título XI del Tratado, bajo el título "Protección de los consumidores" artículo 129, A, b) establece que la Comunidad contribuirá a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores mediante... acciones concretas que apoyen y complementen la política llevada a cabo por los Estados miembros a fin de proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores y de garantizarles una información adecuada.

El Consejo de las Comunidades Europeas el 5 de Abril de 1993 adopta la Directiva 93/13 el 5 de Abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, texto respecto del cual procede efectuar algunas reflexiones y amerita una profunda lectura, y su posterior integración con otros textos a fin de evitar errores en una recta interpretación.

El espíritu de la norma como emerge de la lectura cuidadosa de su texto, da cuenta en primer término que el mercado interior (de los países pertenecientes a la comunidad económica europea), implica un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales está garantizada.

Se enuncia como considerando la disparidad de legislaciones y de las cláusulas dispares de los contratos procurando evitar distorsiones de la competencia entre prestadores de servicios en especial cuando la comercialización se realiza en otros Estados miembros.

La Directiva procura evitar que los consumidores tengan dificultades que los disuadan de realizar adquisición de bienes o servicios de modo directo en otro Estado comunitario miembro.

Específicamente, no se encuentran incluidas en la citada directiva "las cláusulas que reflejan disposiciones legales o reglamentarias imperativas de los Estados miembros por las que se fijan directa o indirectamente las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores pues se supone que dichas disposiciones legales o reglamentarias, no contienen cláusulas abusivas".

A mayor abundamiento, la Directiva además precisa que *“la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal de contrato, ni a la relación calidad/precio de la prestación, que de ello se desprende entre otras cosas que en los casos de contratos de seguros, las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de la apreciación del carácter abusivo de tales cláusulas, ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor”*.

El artículo 2, b de la directiva entiende por consumidor a toda persona física que en los contratos regulados por la presente Directiva actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional.

De una interpretación posible de la Directiva señalada, no se infiere que la misma resulte aplicable a contratos de seguros, o a la operatoria aplicable a contratos de seguros, o a la operatoria del seguro, como explicitaremos, no obstante calificadas opiniones doctrinarias se expiden en sentido contrario a la interpretación que señalamos.

En cambio, no tenemos duda alguna que múltiples Directivas del Consejo resultan aplicables a la operatoria del seguro y a los contratos de seguros en el ámbito de la Comunidad Económica Europea y de los países que la integran ya que el propósito constitutivo de tal comunidad para la consecución de un mercado interior único tenía como norte la libertad de establecimiento, la libre prestación de servicios y la libre circulación de capitales.

Así se destacan directivas sobre ciertos seguros (vgr. responsabilidad civil resultante de la circulación de vehículos automóviles), coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo de vida y distintos al seguro de vida, y su ejercicio, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios para las actividades de agente y corredor de seguros, del seguro de defensa jurídica y otros específicos, etc., etc., que han motivado modificaciones en el derecho positivo interno, aplicable al seguro, con el objeto de la adaptación a tales directivas.

El análisis de tales directivas, claro está excedería en mucho del propósito de este trabajo, y no ayudaría en el objeto del tratamiento de la presente ponencia. Remitimos para el análisis a la exposición de motivos de la Ley 30 de 1995 de España, que da cuenta de tales Directivas y de su temática, y a los trabajos específicos de doctrina sobre el particular.

En el contexto antes citado, si tanto las cláusulas reglamentarias o imperativas dictadas por los Estados, relacionadas con nuestra disciplina, no pueden reputarse como abusivas (las condiciones generales de póliza que cuenten con aprobación no podrían considerarse abusivas), y específicamente, las cláusulas que definan o delimiten claramente el riesgo asegurado, y el compromiso del asegurador, tampoco; ya que tienen en cuenta la ecuación prima – riesgo, y sólo sería considerado consumidor conforme a la Directiva a una persona física que actúe con un propósito ajeno

a su actividad profesional. En ese marco, serían escasas, por no decir prácticamente imposible, las posibilidades de que se generaran discrepancias entre el ordenamiento del derecho de consumo, y el derecho de seguros, ya que en la legislación específica del seguro se tienen presente los derechos del asegurado en cuanto a transparencia, derecho a la información, prohibición de publicidad equívoca y defensa de los intereses del asegurado, entre otros muchos.

Tomemos algunos ejemplos de la legislación de contrato de seguro de España que prevén específicamente tal protección en relación al asegurado.

La Ley 50/1980 de 8 de Octubre de Contrato de Seguro de España, establece los principios de protección del asegurado que se describen a título de ejemplo:

Art. 2: Los preceptos de la ley tienen carácter imperativo. No obstante se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado.

Art. 3: Las condiciones generales en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, y tales condiciones habrán de incluirse por el asegurador en la proposición del seguro y necesariamente en la póliza.

Las condiciones se entregan al asegurado.

Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito.

Art. 8: El tomador del seguro elige cualquiera de las lenguas españolas oficiales.

El artículo citado establece con claridad las indicaciones mínimas que debe contener la póliza y el artículo 22 establece que la duración del contrato será determinado en la póliza.

La Ley de Contrato de Seguro de España es anterior a la Ley 26/1984 de 19 de Julio, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y al real Decreto Legislativo 1/2007, texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y otras leyes complementarias, del 16 de Noviembre de 2007.

IV- De algunas precisiones preliminares

En nuestro concepto, el contenido de un contrato de seguro, es decir sus condiciones generales y particulares, además de guardar correspondencia con las normas legales de la actividad aseguradora, debe ser claro, conforme a los principios de ubérrima buena fe (característica del contrato de seguro) y a principios de equidad, y el celo en el cumplimiento de estas premisas recae en la autoridad de control de la actividad aseguradora, órgano que además es estatal.

Las normas del derecho de consumo, protectorias de derechos de los consumidores están pensadas para aquellos casos en que no existe vigilancia específica del Estado, y en la que no existen normas legales imperativas o semi imperativas, como sucede en la actividad aseguradora.

La calificación de un contrato de seguro como contrato de adhesión, o como contrato sujeto a condiciones generales predispuestas (característicos de una pluralidad de contratos de por sí uniformes) no permite reputar en abstracto a tal contrato como abusivo por la característica de homogeneización de riesgos y la ecuación prima riesgo. El modo o forma de la concepción de un contrato no permite en sí mismo su calificación como lesivo a interés alguno.

V- De diferentes modelos legislativos en el ámbito del CILA

Si efectuamos un paneo general de las legislaciones de los países que componen el CILA (España y Portugal en Europa) y las secciones nacionales de los países de América del Sur, Central y México, encontramos los siguientes sistemas legislativos:

1. Leyes de Contrato de Seguro específicas de carácter reglamentario. (vgr. España, Portugal, Argentina, Colombia, etc.)
2. Países que no cuentan con leyes reglamentarias de contrato de seguro, y se rigen por normas del Código de Comercio del Siglo XIX (Uruguay y Chile por ejemplo).
3. Países que no cuentan con leyes reglamentarias pero han incorporado al Código Civil, a la letra, normas reglamentarias de contrato de seguro (Paraguay que en 1985 incorporó de modo casi literal la Ley 17.418 de Contrato de Seguro de Argentina, ley reglamentaria).
4. República Federativa del Brasil que incorpora normas reglamentarias aplicables al contrato de seguro en el Nuevo Código Civil que entró en vigencia en Enero de 2003, no obstante que existen proyectos de ley de contrato de seguro específicos de tipo reglamentario.
5. Países que en las leyes específicas de contrato de seguro establecen normas mediante las cuales las condiciones generales y particulares de los contratos de seguros deben ser aprobadas previa a su utilización por el asegurador por una autoridad específica de aplicación (vgr. Argentina Ley 20.091).
6. Países que es el asegurador el predisponente de las condiciones generales que se presentan luego a la autorización de una autoridad estatal de supervisión de la actividad quien puede observarlas, u ordenar su modificación (vgr. España).
7. Países que a todos los contratos de seguros, sean de seguros de daños patrimoniales o de personas, se le aplican las mismas reglas de las leyes específicas (Argentina).

8. Países que han incorporado legislativamente los denominados seguros de grandes riesgos con un tratamiento diferente de los demás, respecto de los cuales puede convenirse la legislación aplicable (vgr. España), al incorporar a la Ley de Contrato de Seguro como título IV Normas de Derecho Internacional Privado (art. 3º,6 Ley 21/1990 y Punto 7 de la Disposición Adicional 6 de la Ley 30/1995).
9. Países en los que explícitamente en las leyes de defensa al consumidor se menciona al contrato de seguro o actividad aseguradora (Brasil).
10. Países en los que explícitamente en las leyes de defensa al consumidor no se menciona al contrato de seguro o actividad aseguradora (Argentina).
11. Países que cuentan con autoridades de supervisión diferentes en cuestiones de derecho del consumo y de la actividad aseguradora (la casi totalidad).
12. Países en los que la legislación de derecho de consumo es interpretada y aplicada por la autoridad de supervisión específica de la actividad aseguradora.
13. Países que cuentan con definiciones diferentes respecto al concepto de consumidor en la legislación específica de derecho del consumo (en unos sólo personas físicas; en otros, personas físicas y jurídicas; en otros, personas jurídicas de volumen menor, o que excluyen el ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, que incluyen sólo a operaciones propias de consumo final, que extienden el concepto a personas expuestas a una relación de consumo, etc., etc.

Va de suyo que no resulta posible establecer una regla de pensamiento unívoco ante la variedad de situaciones legislativas antes enunciada.

Sin embargo, es posible elaborar algunos criterios que consideramos conveniente señalar.

VI- De algunos criterios útiles

1. Existen menores posibilidades de conflicto entre la legislación de seguros y de la actividad aseguradora y la legislación del consumo, en aquellos países que cuenten con una legislación reglamentaria del contrato de seguros, y de la actividad aseguradora, en los que estas leyes específicas se apliquen a todos los contratos de seguros sin excepción y en los que las condiciones generales de los contratos de seguros sean aprobados por el Órgano de Control de la actividad aseguradora con carácter general y uniforme antes de su aplicación, y que las leyes de derecho de consumo no refieran específicamente al contrato de seguro o a la actividad aseguradora y, en aquellos países que la autoridad de aplicación de las normas de derecho de consumo en las cuestiones de seguros y de la actividad u operatoria aseguradora, se encuentren a cargo de la autoridad de control de seguros, que en otras legislaciones distintas a tales modelos.

2. En cambio, existen mayores posibilidades de conflicto en aquellos países que no cuenten con legislación reglamentaria del contrato de seguro y de la actividad aseguradora y que específicamente en las normas de derecho del consumo se incorpore el contrato de seguro, o la actividad aseguradora.
3. Si las cláusulas de un contrato de seguro son, previamente a su utilización por el asegurador, aprobadas por un órgano estatal específico, no podríamos calificar *strictu sensu* de predisponente al asegurador, ni que el contrato de seguro sea un contrato de adhesión típico, ya que su aplicación, es obligatoria para ambas partes, asegurador y asegurado, habiéndose ejercido el control de legalidad y equidad por el Estado. Aún en estos supuestos, un asegurado en particular podría cuestionar alguna cláusula por vía judicial ya que la aprobación administrativa de la autoridad de Control, no implica reconocimiento incontrovertible respecto de la legalidad de una cláusula.

VII- De la conveniencia de establecer legislativamente normas interpretativas de un contrato de seguro

Pensamos que una de las omisiones o lagunas de la legislación específica de contrato de seguro, es no contener en la ley específica un Capítulo o Sección de NORMAS INTERPRETATIVAS DE UN CONTRATO DE SEGURO. Por su especificidad respecto de otros contratos, el de seguro debe prever la forma o modo que las partes, y los jueces a veces no especializados en derecho de seguros, se ajusten a las normas legales interpretativas.

Por razones políticas, económicas, o de mérito, oportunidad y conveniencia, en los países de la Comunidad Europea se privilegió avanzar en normas uniformes para la libre prestación de servicios y libertad de establecimiento de aseguradoras en forma previa a disponer normas uniformes comunes respecto del contrato de seguro. En cambio, en el ámbito del CILA en América Latina se priorizó comenzar con un proyecto de Ley modelo de contrato de seguro para la región, proyecto que elaboró el Profesor Morandi. En ese proyecto, el artículo 26 – Sección VII – Normas interpretativas, disponía:

“Siendo necesario interpretar las cláusulas de un contrato de seguro, servirán para ello las bases siguientes:

- a) *Todas las cuestiones jurídicas se rigen por esta ley y por las que convencionalmente se acuerden en cuanto no vulneren los principios esenciales de la naturaleza jurídica del seguro. Sólo se aplicará el derecho de fondo a falta de disposiciones de Derecho de Seguro en cuanto no pudiera recurrirse a la analogía.*
- b) *Habiendo ambigüedad en las palabras debe buscarse más bien la intención común de las partes que el sentido literal de los términos.*
- c) *Las cláusulas equívocas o ambiguas deben interpretarse por medio de los términos que sean claros y precisos, empleados en otra parte del mismo contrato, cuidando*

de darles el significado que les corresponda por el texto general; sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado j) de este artículo.

- d) *Las cláusulas susceptibles de dos sentidos; de uno de los cuales resulta la validez, y del otro la nulidad del contrato, deben entenderse por su validez. Si ambos dieran igualmente validez al contrato, deben tomarse en el sentido que más convenga a su naturaleza y a las reglas de la equidad.*
- e) *Los hechos de los contratantes, anteriores, coetáneos en el tiempo y siguientes al contrato que tengan relación con lo que se discute, serán la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrarse la convención.*
- f) *El uso y la práctica generalmente observados en el comercio en contratos de igual naturaleza, y especialmente, la costumbre, prevalecerán sobre cualquier inteligencia que se pretenda dar a las palabras.*
- g) *La extensión del riesgo y de la cobertura, así como los derechos de los beneficiarios, convenidos en el contrato de seguro, deben interpretarse literalmente.*
- h) *Las restricciones a la libre actividad del asegurado deben formularse expresamente e interpretarse literalmente.*
- i) *Las cláusulas particulares y las especiales prevalecen sobre las condiciones generales. Las condiciones generales específicas prevalecen sobre las condiciones generales, y, las cláusulas manuscritas o mecanografiadas predominan sobre las impresas.*
- j) *Cuando una cláusula es ambigua o oscura, debe ser interpretada a favor del asegurado.*
- k) *Las cláusulas que imponen la caducidad de derechos del tomador, asegurado o beneficiario, deben ser de interpretación restrictiva en su alcance y en los hechos que tiendan a acreditar su procedencia; y su redacción debe ser clara y precisa.*
- l) *Las cargas impuestas convencionalmente al tomador, asegurado o beneficiario, deben ser razonables. La eventual aprobación administrativa de la Autoridad de Control no implica reconocimiento incontrovertible de esa razonabilidad.*
- m) *La buena fe en sus manifestaciones de lealtad, creencia o probidad, es un débito contractual recíproco del tomador, asegurado, beneficiario y asegurador.*
- n) *Para determinarse la observancia de los medios y medidas de prevención, debe tenerse en cuenta más el cumplimiento sustancial de los mismos y su eficacia efectiva, que el cumplimiento literal.*
- ñ) *Las cláusulas contrarias a las disposiciones inmodificadas de esta ley, son nulas y serán reemplazadas de pleno derecho por dichas disposiciones legales.*

- o) *La participación del asegurador en el procedimiento de valuación de los daños importa su renuncia a invocar las causales de liberación conocidas con anterioridad que sean incompatibles con esa participación”.*

Destacamos que el inciso a), primero de los 16 incisos, establece como primer principio esencial y regla de interpretación de las cláusulas de un contrato de seguro la preeminencia de la Ley de Contrato de Seguro por sobre otras normas. Sólo se aplicará el derecho de fondo a falta de disposiciones del Derecho de Seguros.

El inciso g) establece como segundo principio esencial que la extensión del riesgo y de la cobertura, así como los derechos de los beneficiarios convenidos en el contrato de seguro, deben interpretarse literalmente.

No resultan menos importantes, los restantes incisos pero destacamos los expresados precedentemente porque consagra el criterio de la prelación normativa.

VIII- De las relaciones entre el derecho del consumo y el derecho de seguros

Entendemos en relación al derecho del consumo que las normas específicas de dicho ordenamiento no sustituyen las normas de derecho de fondo, sino a lo sumo y en casos específicos pueden entenderse como normas complementarias. En nuestro pensamiento, los derechos constitucionales se instrumentan a través de normas que son de derecho común, y en el derecho común tienen prevalencia las normas especiales o leyes especiales, respecto de las normas generales. Es más, si se intentara sostener que las normas de derecho de consumo constituyen parte del denominado “orden público”, el derecho de seguros y de la actividad aseguradora constituye sin dudas parte del “orden público económico”.

Las normas de Derecho de Seguros y del Derecho del Consumo conviven y coexisten dentro de un mismo sistema legal, debiendo procurarse una interpretación armónica y sistemática, y dentro de esta interpretación las normas de derecho del consumo deben integrarse con las directivas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas sustanciales.

Las normas de interpretación no pueden dejar de lado las normas indisponibles o imperativas de las leyes especiales.

Si una sentencia se apartara de lo dispuesto en un contrato de seguro, dando un sentido de prevalencia a normas de derecho de consumo, se estaría condenando al asegurador a efectuar un pago sin causa. El asegurador no habría percibido prima por aquello que no cubrió, o excluyó de la cobertura, y carecería de las suficientes reservas técnicas para soportar un riesgo no asumido, de modo tal que se estaría creando un pasivo no previsto.

Si recordamos que el seguro es un contrato de masa, la proyección en cuanto a pérdida máxima probable de situaciones semejantes, puede causar un colapso es-

tructural, y el perjuicio final sería para el conjunto de los asegurados, reflexiones que a veces se omiten por desconocimiento.

Los contratos de seguros, por razones técnicas y actuariales, contienen delimitaciones del riesgo asegurado, sean temporales, espaciales o territoriales, causales económicas, prohibiciones que surgen del contenido de la ley, personales respecto del riesgo, exclusiones de cobertura, etc. Si admitiéramos aún en abstracto que alguna de ellas pueda colisionar con el derecho del consumo por considerarse supuestamente abusiva, incurriríamos en un grave error conceptual, ya que en realidad, las cláusulas delimitadoras del riesgo, 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, recordando una vez más que las delimitaciones de los riesgos asegurados o asumidos en un contrato de seguro se tienen en cuenta para el cálculo de la prima.

Un posible punto de colisión entre el derecho del consumo y el derecho de seguros puede ubicarse en los aspectos que hacen a la prescripción aplicable al contrato de seguro y entendemos que el plazo de prescripción aplicable es el que corresponde a la ley especial y ello es así porque en la constitución de reservas por siniestros pendientes no podría técnicamente diferenciarse si un contrato de seguro podría calificarse como de consumo, o no, si pertenece a la misma rama de operatoria del asegurador y a la similitud de su contenido. Si entendiéramos lo contrario, los contratos pasibles de encuadrar como contratos de consumo, necesariamente deberán ser más onerosos en perjuicio de tales asegurados.

Parece obvio destacar que en nuestro concepto colocamos en un lugar de preponderancia los intereses y legítimas expectativas de los asegurados de buena fe, y destacamos que no avalamos ninguna práctica de un asegurador que actúe violando los principios de buena fe, o vulnerando disposiciones legales, y siempre hemos abogado por la absoluta transparencia en la actividad aseguradora de los distintos operadores, que incluye a los intermediarios en la celebración de contratos de seguros, así como alentamos los códigos de conducta y mecanismos institucionales de defensa del asegurado en las entidades aseguradoras, asociaciones representativas y en las autoridades de control, y en este convencimiento es en el que fundamos nuestras opiniones y posiciones.

No anima nuestro pensamiento la defensa de los aseguradores, sino la defensa del derecho de seguros.

El principio de seguridad jurídica al que todos seguramente aspiramos no se compeadece con criterios legislativos dispares y contradictorios.

Las leyes no tienen como fin modificar conductas indolentes. Si el asegurable no busca el adecuado asesoramiento profesional previo a la contratación de un seguro, si luego de contratado el seguro no lee siquiera la respectiva póliza, tal conducta propia no es posible ser enmendada en hipótesis de ocurrencia de un siniestro basado en el supuesto entendimiento de que el mismo se encontraba amparado por el asegu-

dor, cuando el mismo estaba excluido. La creencia impropia en el sentido que todo siniestro que sufra un asegurado debe ser abonado por un asegurador, se encuentre excluido o no, o considerar abusiva una cláusula de un contrato de seguro, luego de un siniestro, respecto a una contingencia no cubierta, ofende al pensamiento racional.

Conceptualmente, las aseguradoras no son entidades de beneficencia.

El riesgo asumido por el asegurador es aquel que se encuentra descrito de modo positivo o negativo en el contrato de seguro, distinto del riesgo posible que puede sufrir el concreto asegurado. Si el siniestro producido es diferente al riesgo asumido en el contrato de seguro, se ha afectado un riesgo diverso al previsto en la póliza. En tal caso, el evento dañoso sufrido por el asegurado, no se ha concretado en las condiciones contempladas en la póliza. No se advierte así abuso de ningún tipo posible.

Otro factor de debate se encuentra en el plano de las interpretaciones. En la legislación de consumo se predica que en caso de duda, prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor. Tal criterio no supone ni una preeminencia del régimen de consumo respecto del régimen de seguro, ni menos que el consumidor siempre tenga razón; o que cualquier disputa suponga aplicable la legislación del consumo. También debe ser objeto de un cuidadoso análisis el concepto de "proveedor", o "prestador de un servicio" si se pretendiera extender tal calidad a un asegurador. Atendiendo a su etimología, el concepto de proveedor tiene en mira a quien suministra o distribuye productos en el mercado y la prestación de servicios se asocia a las locaciones de obra o de servicios que suponen obligaciones de hacer y no de dar. Las peculiaridades del contrato de seguro no permiten sin más ubicar a los aseguradores en dicho rango, y menos a los asegurables o asegurados en la alocución "consumidor final". El asegurable o asegurado al contratar un seguro no proclama ser "consumidor final" y mal el asegurador podría presuponer tal calidad respecto de su cocontratante. Existen asimismo razonables dudas de que a un asegurador pueda considerársele como "prestador de un servicio". El contrato de seguro, no está de más recordar que es un contrato aleatorio mediante el cual el asegurado acepta pagar un precio contra la promesa del asegurador de cumplir su prestación en los términos del contrato, si ocurre el evento previsto, característica distintiva también de otros contratos. Si no ocurre un siniestro indemnizable el asegurador tiene derecho a la prima, más el cocontratante carece de derecho indemnizatorio.

Se advierte entonces que entre el Derecho del Consumo y el Derecho de Seguros existen problemas de incompatibilidad y de prevalencia normativa en caso de eventuales colisiones, además de problemas interpretativos, y se adensa más la cuestión cuando existen autoridades de aplicación, supervisión o control diferentes para cada uno de tales ordenamientos, que válidamente pueden tener concepciones diferentes. No tenemos dudas en orden a la conveniencia de que la autoridad de control del seguro, deba ejercer un rol prevalente en las interpretaciones divergentes por su experticia en las cuestiones técnicas, económicas, actuariales y jurídicas propias de la disciplina del seguro, entre las que deben destacarse los principios de la mutualidad de asegurados y la aleatoriedad.

En los Congresos Iberoamericano de Derecho de Seguros celebrados en el año 2000 en Cartagena de Indias, Colombia; Santiago de Chile, 2007 y Asunción del Paraguay, 2011, relatores y ponentes de distintos países, con profundidad y en-jundia se han referido en particular y considerando las legislaciones propias sobre las cuestiones que de modo general hemos abordado en esta exposición, trabajos a los cuales remitimos.

No dudamos que por su importancia este tema será abordado en próximos Congresos Iberoamericano sugiriendo se prevea la elaboración de un cuestionario para que todas las respuestas puedan ser sistematizadas y compatibilizadas.

Aquellos que somos afectos al Derecho de Seguros tenemos que comprometer nuestros mayores esfuerzos en la difusión y enseñanza de los principios filosóficos, jurídicos, técnicos, económicos y sociales de nuestra disciplina a fin de evitar intrusismos equivocados que alteren su esencia.

La tendencia que se avizora, si no se marcaran límites infranqueables, es de avance de los adeptos al derecho del consumo que han logrado instalar el concepto de ser "débiles jurídicos", idea contrapuesta a la "protección de su interés económico". A veces algunos recaudos previstos bajo el concepto de "derecho al consumidor" parecen encaminados no ya respecto a supuestos "débiles jurídicos", sino a "supuestos débiles mentales", categoría en la que no pueden ser colocados los asegurados de buena fe.

El análisis retrospectivo de la historia y del derecho nos permite visualizar como especie de péndulos. Si consideráramos esta idea como digna de atención, parece indudable que en la actualidad el péndulo se orienta hacia el lado del "consumidor" en detrimento del sistema de seguros, resultando conveniente encontrar puntos de equilibrio ya que "asegurado" y "asegurador" no suponen ni presuponen, categorías de enfrentamiento, ya que forman en esencia distintas partes de un todo que debe funcionar de modo sincronizado en cuanto a los respectivos derechos y obligaciones.

B.- EL DEBATE EN LA ARGENTINA: LEY DE SEGUROS O LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR?

Aun cuando de alguna manera hemos dejado trasuntar en el capítulo anterior, cuál es la situación en la Argentina, creemos necesario referir a las posiciones que se han esbozado en la doctrina y jurisprudencia de los tribunales, repasando sucintamente sus fundamentos.

La discusión se ha generado a raíz de la reforma de la Constitución Nacional en 1994 que incorporó un artículo expreso referido a los derechos del consumidor: *"Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato igualitario y digno"* (art. 42).

Por su lado, –y si bien era de fecha anterior–, cabe hacer referencia a la ley 24240 de Defensa del Consumidor (a partir de ahora citaremos LDC) que fuera modificada en 2008 por la ley 26361 que en lo que nos interesa estableció: *“La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social... Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”*.

La ambigua redacción de la norma transcripta, y la falta de una referencia concreta al contrato de seguro o la actividad aseguradora, es lo que ha dado lugar a la discusión que surge del acápite y que puede sintetizarse preguntándose: Se aplica la Ley de Defensa del Consumidor al contrato de seguro y a la actividad aseguradora? En tal sentido, la LDC ha venido a derogar o modificar las normas de la ley de Seguros? O mantiene ésta su vigencia atento su especificidad? Es decir, La LDC es una ley genérica y por ende, solo aplicable en defecto de la Ley especial de Seguros?

- a) Lo primero que debemos resaltar es que la LDC en ningún momento dispuso la derogación o modificación de las leyes de seguros.
 - b) Tampoco puede entenderse que medió una abrogación tácita de las leyes de seguros por cuanto éstas constituyen leyes especiales respecto de la LDC.
 - c) No menos importante es rescatar un principio fundamental establecido de antiguo por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: la ley general posterior no deroga ni modifica la ley especial anterior. (Sobre todo cuando no media contradicción evidente ni se aprecia que haya sido intención del legislador).
1. Analizando detenidamente las normas contenidas en la ley 17418/67 de Contrato de Seguro y de la ley 20091/73 de la Empresa de Seguros y de la autoridad de control, es dable apreciar que el derecho garantizado por la Constitución Nacional al consumidor de seguros se encuentran claramente contemplados en la ley específica de seguros. Ello así porque la estructura técnico-económica del seguro tiende fundamentalmente a resguardar al asegurado. Se aprecia en la Exp. de Motivos de la ley 20091, anterior a la Ley 24240.

Se ha sostenido que los intereses de los consumidores o asegurados se halla en las entrañas mismas del derecho de seguros, e incluso con anterioridad a la ley 24240 “se halla(ba) consagrada una verdadera protección al consumidor en las leyes de seguros”, por lo que tratándose éstas de normas especiales, corresponde aplicarlas en primer término y solo complementariamente, se aplicaría la normativa general de defensa del consumidor, para lo cual debe mediar una imprescindible convergencia entre el interés del asegurado y el del conjunto de asegurados que conforman la comunidad protegida por el asegurador. De lo contrario, se corre

el riesgo de alterar la ecuación técnica del seguro con perjuicio general del resto de los consumidores asegurados¹.

De ahí que en esta materia tan específica deben armonizarse las disposiciones del complejo y reglamentarista régimen legal del seguro contenido en las Leyes de Contrato de Seguro, de las Entidades Aseguradoras y su Control –e incluso de la ley de Productores Asesores de Seguros nº 22400–, con el régimen general de protección al consumidor, cuestión que por cierto no es sencilla, como se ha puesto de manifiesto en España². Insistimos entonces en la necesidad de coordinar ambos cuerpos normativos, sin hacer prevalecer las normas genéricas sobre las específicas.

Es que el llamado “derecho del consumidor” previsto en la LDC resulta, para el ámbito de aquellas actividades civiles o comerciales que poseen un marco normativo específico, complementarias a él, pero no prevalentes ni equiparables.

2. Desde otro ángulo, cabe poner de relieve que la actividad aseguradora es una actividad protegida por el Estado y regulada expresamente a través de una autoridad que tiene “facultades exclusivas y excluyentes de toda otra autoridad administrativa, nacional o provincial”. (art. 8º “in fine” ley 20091). La protección adecuada de los asegurados es función esencial de la autoridad estatal específica del seguro, la que debe controlar el funcionamiento de las entidades aseguradoras, aprobando los textos de pólizas y velando para que las cláusulas de los contratos sean equitativas y ajustadas a la ley, que las primas sean suficientes, y cuidando de la solvencia de los aseguradores. Todo lo expuesto, no quiere decir que determinadas previsiones contenidas en la LDC no puedan llegar a aplicarse al contrato de seguro; pero ello, siempre y cuando el punto no esté contemplado en la ley específica.
3. La jurisprudencia de nuestros tribunales no es pacífica respecto a la aplicación de la LDC al contrato de seguro.

En materia de prescripción de la acción, en que se ha discutido si el plazo es de 1 año conforme el art. 58 de la Ley de Seguros, o de 3 años según el art. 50 de la LDC, se ha dicho que “La prescripción de 3 años prevista en el art. 50 de la ley 24240 (t.o. ley 26361) se refiere a las “acciones judiciales...emergentes de esta ley”. Ese parece ser el ámbito de aplicación de la norma en cuestión, que no es el supuesto de autos donde la acción principal deducida tiene fundamento en el contrato de seguro que vinculara a las partes y la ley especial que lo rige, vale decir, el art. 58 de la LS. ...Una interpretación como la que se propone de considerar el plazo de 3 años conforme la LDC, sería virtualmente derogatoria del art. 58 de

1. Cracogna Dante, en “Derecho de Seguros” Libro de Homenaje al profesor Juan C. Morandi; López Saavedra en LL 2/12/10.
2. Caballero Sánchez Ernesto, “El Consumidor de Seguros: protección y defensa”, pág. 40.

la ley 17418. Sin embargo, la ley 24240 no ha tenido por finalidad reemplazar o derogar aquella, sino que, como se desprende de su art. 3º, las disposiciones de esta última deben integrarse con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas sustanciales, en el caso, los atinentes al contrato de seguro... Tal integración no supone un desplazamiento de unas normas por otras, sino procurar una mayor tutela de los derechos del asegurado (consumidor) como la que proviene de determinadas disposiciones de la LDC. Pero en el caso no se trata de la incidencia de tales normas siendo que la acción deducida tiene su base en la Ley de Seguros, por lo que tiene plena operatividad el plazo de prescripción previsto en el art. 58 de dicha norma³.

4. El quid de la cuestión es si puede coincidir en que el contrato de seguro es una típica relación de consumo en los términos de la LDC., lo que también ha dado lugar a divergencias en la doctrina y jurisprudencia⁴.
5. En esta discusión, vale recordar que la tésis del art. 3º de la LDC, que involucra las diferentes ramas del derecho, torna necesario el diálogo entre las distintas fuentes aplicables para la solución del caso. Y así se ha dicho que “en tal contexto, resulta conveniente señalar que tanto la Ley de Seguros, como la ley 20091, tienen preeminencia sobre la ley de Defensa del Consumidor. Y pese a las reforma de la ley 26361, sus disposiciones no le son aplicables a aquellas. Ello así en tanto existe una incompatibilidad entre ambos regímenes, no solo de índole jurídica sino también práctica. Frente a ello el plazo de prescripción contenido en la Ley de Seguros –que tuvo en cuenta entre otras cosas la valoración de riesgo económico específico de este tipo de contrataciones– no puede quedar alterado por la Ley de Defensa de los Consumidores. Esta legislación tuitiva de los consumidores y usuarios tiene por objeto actuar como efectivo control de cláusulas contractuales predispuestas en los contratos de adhesión, cuando el Estado Nacional no interviene; este no es el caso del seguro, donde el Estado Nacional, a través de la Superintendencia de Seguros, aprueba las cláusulas de las pólizas y las primas y controla la actividad aseguradora, resultando así la auténtica y genuina autoridad de control de la actividad aseguradora “con exclusión de toda otra autoridad administrativa, nacional o provincial”.

“La LDC contiene reglas protectoras y correctoras, siendo complementarias y no sustitutivas de la regulación general contenida en los códigos de fondo y la legislación vigente. Y en el caso en examen no resulta de aplicación el plazo de prescripción de la ley 24240:50 porque el mismo se encuentra expresamente previsto en la ley especial. De admitirse una posición contraria podría llegar a afirmarse que ahora el contrato de seguro se encuentra regido por la LDC, aplicándose

3. Cám. Nac. Com. Sa. C 5/3/10, “Cabral Oscar c/Caja de Seguros SA”, RCyS julio 2010; pág. 194.

4. Conf. CN Com. Sa.B, 24/4/07, “Corte de Cobas c/La Mercantil Andina”.

supletoriamente las normas contenidas en la Ley de Seguro en cuanto ellas no resulten modificadas por aquella”. También se llegaría a poner en tela de juicio las facultades de control de la SSN contenidas en el art. 8º de la ley 20091. Por ende, el Tribunal concluyó que la prescripción debe regirse por el plazo anual del art. 58 de la ley 17418⁵.

En el mismo sentido se ha dicho que “la Ley 24240 y sus modificatorias son leyes generales que no derogan ni expresa ni tácitamente a la Ley de Seguros que no obstante ser anterior, es ley especial, principio éste que puede incluso derivarse de la interpretación de lo reglado en el art. 3 de la LDC al dejar a salvo la aplicación de la normativa específica del régimen que regula la actividad del proveedor”⁶.

6. Como hemos dicho al inicio, la doctrina y la jurisprudencia son contradictorias en la materia. En favor de la aplicación de la Ley 24240 al seguro se ha dicho, con relación al término de la prescripción, que el plazo anual previsto en el art. 58 de la ley 17418 fue remplazado por el trienal fijado en la ley 26361. Esta última norma, –expuso alguna jurisprudencia– ha ampliado la noción de consumidor de forma tal que la normativa no refiere ya a determinados contratos en particular, sino que en general comprende la utilización de bienes y servicios. No cabe duda que el seguro es un servicio y que como tal constituye uno de los bienes a que alude la ley última⁷.

Debo reconocer que últimamente esta interpretación –de aplicación de la LDC al seguro– ha sido reiterada por la jurisprudencia, aún cuando haciendo la salvedad de que debe tratarse de relaciones de consumo, donde el asegurado es consumidor final. Así se ha dicho que “A partir de la sanción de la ley 26361, la

5. CN Com. Sa. B, 3/7/09, “Petorella Liliana c/Siembra Seguros de Retiro SA, El Dial 12/11/09, AA5903, con nota de Dgo. López Saavedra LL2009-F-705; RCyS 2010-II-171; en igual sentido “Til Eduardo c/HSBC La Bs. Aires Seguros SA”, CN Com. Sa. A, 24/5/11; “Urbina Juan Carlos c/Caja de Seguros SA, CN Com. Sa.F, 20/10/11, LLonline 4/11/11; ver Quintana Enrique, “Rev. Seguros, RC y Transporte” nº 1, pág. 33.
6. CN Com. Sa. E, 9/8/11 in re “Carlinni María Lujan c/Alico Cía. Seg. SA”, El Dial 13/10/11.
7. Gregorini Clusellas Eduardo, “El Seguro y la relación de consumo” LL 2009-A-1130; Sobrino Waldo, “La prescripción en materia de seguros”, LL 2010-B-772; Stiglitz Ruben y Compiani Fabiana, “La prescripción en el contrato de seguro y la ley de defensa del Consumidor, LL 2009-B-830; Cám. 4ª Apel. Civ y Com. Córdoba, del 17/3/11 “D’Andrea María c/Caja de Seguros de Vida”; CCiv. y Com. 6a. Córdoba 19/12/08, “Nieto Olga c/ Caja de Seguros SA” Sup. Corte de Justicia de Mendoza, Sa. 1, 23/2/12, “Lavarello María c/Caja de Seguros SA.” El Dial 6/7/12. Compiani ha señalado que hay contratos de seguro a los que no se aplica la LDC, que serían aquellos celebrados por quien no resulta consumidor, contratados con relación a bienes que se integran al proceso de producción, comercialización o prestación a terceros, es decir no van a consumidor final. Ver también ponencia de las Dras. D. Schroder, F. Compiani, P. Vietto y C. Arellano en XIV Congreso Nacional de Der. de Seguros –Tucuman, 2012–, Recopilación pág. 365.

prescripción trienal se aplica a las acciones judiciales relativas a los contratos de seguro, siempre y cuando, simultáneamente, lo sean de consumo; mientras que, en cambio, en aquellas hipótesis en las que el contrato de seguro no constituya un contrato de consumo, regirá la prescripción anual del art. 58 de la ley 17418... El derecho de los consumidores es un microsistema legal de protección –ha dicho Lorenzetti– que gira dentro del sistema de derecho privado con base en el derecho constitucional. Por lo tanto, las soluciones deben buscarse, en primer lugar, dentro del propio sistema, ya que lo propio de un microsistema es su carácter autónomo y aún derogatorio de normas generales”⁸.

7. Desde otro ángulo bien vale traer a colación los fundamentos del decreto 565/08 que vetó el art. 32 de la ley 26361 que eliminaba el art. 63 de la anterior ley 24240 pues ello sirve para determinar los alcances de la LDC. El veto del Poder Ejecutivo al mantener vigente la normativa de la ley 24240 siguió dejando fuera del régimen de la LDC al transporte aéreo, sea de personas o cosas.
8. En la Argentina, el contralor sobre toda la actividad aseguradora está a cargo de la Superintendencia de Seguros de la Nación a la que hay que someter, previo a su aplicación, todos los planes de seguro y sus elementos técnico-contractuales. Dicho organismo fijó, en su resolución 35614/11, como criterio general –autoimpuesto– que se considerará la adecuación de tales elementos técnico-contractuales no solo a las previsiones de las específicas leyes 17418 y 20091, sino también a la ley 24240 de Defensa del Consumidor. Para ello, se ha partido de la base de que “el art. 42 de la Constitución Nacional, y la ley 24240, sus modificatorias y reglamentarias, resultan aplicables al contrato de seguro en tanto se configure la relación de consumo” (Expte. 54096, 11/2/11). De tal modo, el organismo de contralor, plasmó su particular criterio –con el que no coincidimos– de que, en principio, se aplican las normas propias del seguro, y luego, supletoriamente las normas tuitivas de la LDC. Pero también quiso reafirmar su competencia exclusiva y excluyente en materia de seguros, para tratar de aventar la equivocada idea de quienes han considerado competentes las reparticiones de Defensa del Consumidor de las provincias y municipios, privando a las partes de su juez natural.
9. Esta intrincada cuestión mereció tratamiento en distintos Congresos del CILA, en especial, en el Congreso de 2000 en Cartagena de Indias, Colombia, cuya ponencia estuvo a cargo del país anfitrión. Una de sus conclusiones, luego de

8. CN Com. Sa. C, 22/8/12, in re “Álvarez Carlos c/Aseguradora Federal Argentina SA”, AR/JUR/41497/2012; Rev. RCyS, nº 10, octubre 2012, 229, con cita de Compiani y Stiglitz Rubén, LL 2009-B-830; ver también Lorenzetti “Consumidores” p. 49. El fallo acoge la tesis de F. Compiani expuesta en nota anterior nº 7, que sería una posición intermedia partiendo de la base de que habría contratos de seguros a los que no se aplica la LDC. Ello lleva a concluir que debe analizarse contrato por contrato para saber dónde debe ser encasillado, para así dilucidar qué plazo de prescripción es aplicable. (Evidentemente la solución no es nada fácil de establecer “ab initio”).

enriquecedor debate, sentó que *“La protección del asegurado o genéricamente hablando del consumidor de seguros deben darse en el marco de las leyes especiales del seguro”*, habiéndose examinado el camino que indica v.g., la Ley de Supervisión de Seguros Privados de España, en tanto creó la figura del Defensor del Asegurado. Estos principios fueron también sostenidos por el profesor Arturo Díaz Bravo de México, recientemente desaparecido, en la conferencia que pronunciara en las Jornadas Nacionales de Derecho de Seguros celebradas en Córdoba, en setiembre de 2000 donde destacó que la práctica conoce un crecido número de contratos que escapan al régimen de la legislación tutelar del consumidor pues la relación no encaja dentro de las consideradas como proveedor-consumidor, o bien las propias legislaciones excluyen su aplicación a cierto tipo de contratos, cual es en el caso de México cuya Ley Federal de Protección al Consumidor no se extiende a los contratos de seguros, lo que no significa que el moderno derecho tuitivo, sobre todo a través de normas de interpretación, no le extienda un marco de protección.

10. De la apretada síntesis de antecedentes legales, jurisprudenciales y doctrinarios a que hemos pasado revista, puede concluirse que lamentablemente, en la Argentina no hay normas claras y concordantes que nos permitan sacar conclusiones indiscutibles que no den lugar a interpretaciones dispares. En consecuencia, habrá de estarse a lo que se resuelva en cada caso en particular, no perdiendo de vista el principio que fija el art. 3º de la LDC: *“En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la mas favorable al consumidor”*.

C.- EL DAÑO PUNITIVO

La ley de Defensa del Consumidor 24.240/93.- fue sancionada el 22 de septiembre de 1993. Posteriormente, el 3 de abril de 2008, la ley 26.361/08 modificó la ley 24.240.- incorporando la multa civil o daño punitivo en el artículo 52 bis del texto legal, el que reza así: *“Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, inc. b) de esta ley”*.

La ley 26.361.- tiene un esquema extremadamente protector para el consumidor, que la distorsiona al hacer inclinar la balanza para un solo lado, dejando de lado el necesario equilibrio que la legislación debe tener para evitar situaciones injustas, sobre todo por la cantidad y gravedad de sanciones que la misma prevé, para los proveedores.

Como bien han dicho Stiglitz y Pizarro¹, “la ley plasma un esquema marcadamente sobre protector para el consumidor que, más allá de sus buenas intenciones, puede verse malogrado por algunos excesos que podrían haberse evitado, si se hubiese consultado, a la hora de su elaboración, los muchos y buenos antecedentes que se registran en la doctrina nacional y comparada. La reforma carece de los equilibrios prudentes y necesarios que toda buena legislación debe contener. Algunas de sus normas, particularmente las que analizaremos infra (daño directo, daño punitivo, etcétera) han sido tan mal elaboradas que pueden terminar convirtiéndose en letra muerta a raíz de esa falencia. Las leyes que pierden de vista los equilibrios sensatos que deben tutelarse, con relación a todos los intereses comprometidos, tienden a ser superadas por la realidad y, lo que es peor, a generar reacciones perniciosas por las notorias injusticias a las que muchas veces pueden conducir. Ocurre algo parecido a lo que sucede con los deportistas. Un deportista bien entrenado se encuentra en condiciones óptimas de alcanzar sus objetivos. En el plano opuesto, otro, mal entrenado, está en la situación inversa. Lo llamativo es que en la misma condición que este último se encuentra el deportista sobre-entrenado, quien al haber perdido el sensato equilibrio que su preparación imponía, yendo más allá de lo que prudentemente correspondía, termina estando tan mal como si no se hubiese entrenado. Lo mismo sucede con las leyes. Una ley que protege desequilibradamente los intereses de ciertos protagonistas en desmedro de otros, tarde o temprano, termina generando efectos perniciosos y, peor aún, convertida en letra muerta”.

El origen de la institución se encuentra en el “common law”. En el derecho inglés, si bien los antecedentes se remontan hasta el Siglo XVIII, reviste particular importancia el leading case “Rookes c/ Barbard”, en el cual se restringió su aplicación únicamente a los casos en que haya una disposición legal que los autorice o se trate de sancionar una conducta vejatoria o arbitraria de un funcionario público, o cuando el autor del ilícito actuó sobre la previsión de que la ganancia que podía obtener con él, sería mayor a la eventual indemnización a pagar al damnificado.²

En los EEUU donde los daños punitivos han tenido su formulación más acabada, no todos los estados los permiten. En Nebraska, New Hampshire y Connecticut, los prohíben. En Alabama, Colorado e Illinois no se aceptan para casos de mala praxis médica y en Kentucky, Kansas, Oregón y Texas se los veda para la responsabilidad de los laboratorios. En Luisiana y Massachusetts no se los permite, excepto para casos muy puntuales que estén autorizados por ley.³

Algunos ejemplos de casos en donde las Cortes Estaduales aplicaron daño punitivo fueron los siguientes: “Sturm, Ruger y Co. Vs. Day”. En este caso se trataba de una pistola Magnum 41 que se disparó mientras su dueño la estaba descargando. Las

1. STIGLITZ, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., LA LEY 2009-B, 949-.

2. Conf. PICASSO, Sebastián, Ley de Defensa del Consumidor, Tomo I pág. 594 Ed. La Ley Buenos Aires 2009.

3. Conf. BUERES, Alberto J. Ley de Defensa del Consumidor, Tomo I pág. 634 Ed. La Ley Buenos Aires 2009.

advertencias del fabricante decían que la pistola podía dispararse a pesar de que el seguro estuviera puesto. Triunfó la postura de que el producto era defectuoso y se le otorgó una indemnización por daño punitivo que se fijó en U\$S 250.000.-

“Wangen c/ Ford Motors” en este caso un Ford Mustang es embestido desde atrás por otro vehículo produciéndose un incendio en el que murieron tres personas. En el juicio se probó que tres años antes de que Wangen comprara el vehículo Ford ya sabía del defecto. También aquí se condenó a la empresa a pagar daño punitivo (U\$S 250.000.-)

Entre otros casos se pueden mencionar; “Leichtamer vs. American Motors Corp”, aquí se condenó a la empresa en base a constatar que la barra antivuelco del modelo de Jeep CJ 7, fue la causante de los graves daños que sufrieron los actores, ello sumado a la conducta temeraria que generaba la compañía al publicitar el uso de la misma.-

En “Gryc vs. Dayton-Hudson Corp.”, un niño resultó seriamente lesionado al acercar su pijama de franela a una estufa eléctrica, en esta oportunidad los magistrados sostuvieron que el hecho de que el material del cual estaba confeccionada la vestimenta, sumado a la falta de advertencia sobre el carácter altamente inflamable del producto, eran fundamento bastante para hacer lugar al daño punitivo, y condenaron a la empresa a pagar por su concepto la suma de U\$S 1.000.000.-

En “Palmer vs. A. H. Robbins”, en este caso una usuaria de DIU queda embarazada pese a su correcta colocación Su médico se niega a retirárselo por el riesgo de generar con dicha maniobra un aborto. A los siete meses de gestación, se produce un aborto séptico y tras ser operada sufrió infecciones de gravedad. En esta oportunidad el veredicto de la Corte fue condenar a la empresa demandada, por publicidad falsa ya que sabía que el porcentaje de embarazos era del 5,5% pero publicitaba el 1,1%. Asimismo los técnicos de la empresa habían elevado al directorio comentarios sobre la peligrosidad del producto. Se condenó a pagar U\$S 6.200.000.-

En “Kansas Wooderson vs. Ortho Pharmaceutical Corp” en el caso de trataba de un anticonceptivo oral que producía el Síndrome de uremia hemolítico. Se demostró que, desde 1969, el fabricante conocía un estudio que advertía sobre el síndrome, y recién en 1977 se enviaron las advertencias a los profesionales de la medicina. Aquí el daño punitivo fue fijado en la suma de U\$S 2.750.000.-

Entre los tribunales inferiores, en esta época cabe también citar a “Grimshaw vs. Ford Motors Company”, quizás el fallo más famoso sobre daños punitivos que exista hasta el momento. Los hechos son los siguientes: Ford había incursionado en esa época en el mercado de los autos compactos (hatchback). El modelo lanzado al mercado era el Ford Pinto, que tenía el tanque de combustible muy cerca del baúl y del asiento trasero. Por un defecto en el sistema eléctrico existía la posibilidad de que el auto se incendiara si era embestido por detrás. Ford sabía de esta posibilidad de que el auto se incendiara y calculó que le sería más barato indemnizar a las víctimas que gastar once dólares más, por vehículo para subsanar su defecto.

El fallo final otorgó U\$S 2.516.000 a Grimshaw, una niña de 13 años que viajaba en el vehículo junto a Lily Gray que finalmente murió. Los familiares de Gray recibieron U\$S 559.658 por daños compensatorios. La condena por daños punitivos fue de U\$S 3.500.000.-

El elemento decisivo en este caso fue un memorándum interno en el que se hacía un análisis de costo-beneficio del mejoramiento del tanque de combustible. En este informe se consideraba que los daños eran de U\$S 49.500.000, mientras que el costo total de hacer más seguro el automóvil era de U\$S 137.000.000. Una elemental ecuación costo-beneficio aconsejaba no hacer cambios. Por unidad, es decir el costo marginal de precaución, era de once dólares.-

Volviendo sobre el art. 52 bis de la ley 26361, cabe consignar que cuando la ley dice: "Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor....." sin calificar a qué tipo de incumplimiento se refiere (doloso culposo, grosera negligencia, beneficio económico, etc.) deja abierta una enorme brecha para que cualquier incumplimiento sea objeto del daño punitivo, desnaturalizando así su función. En definitiva cualquier incumplimiento contractual puede ser objeto de daño punitivo, tal como sucede hoy en Argentina.

Algunos autores⁴ sostienen que la incorporación del daño punitivo al derecho argentino, a través del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor por la Ley 26.361, por su carácter de naturaleza penal resulta inconstitucional, por no respetar los principios que surgen del art. 18 de la CN y de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional según Picasso (en Nuevas Categorías de Daños en la Ley de Defensa del Consumidor, pag. 134), prosiguiendo el autor que contradice, incluso, al art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los arts. 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, además, no precisa en pautas mínimas aquellas que debían de guiar la graduación de la sanción siendo insuficiente la referencia a la "gravedad del hecho y demás circunstancias del caso".

Pizarro entiende que los "daños punitivos" son "sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro. Cuando el demandado en forma deliberada o con grosera negligencia, causa un perjuicio a otro, se pueden aplicar estas puniciones". Se trata de reconocer que "la mera reparación del perjuicio puede resultar insuficiente para dismantelar los efectos de ciertos

4. LOPEZ HERRERA, Edgardo, "Los Daños Punitivos en el Derecho Angloamericano" en Revista de Derecho de Daños "Daño Punitivo", año 2011 tomo II, pág. 309 Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe Año 2011.

ilícitos". Para Colombres, "son una herramienta tendiente a disuadir las prácticas de conductas desaprensivas por parte de los actores económicos, castigando las mismas, al enviar a pagar a quien resulte afectado por las consecuencias de dichas prácticas, una suma en concepto de multa civil, la cual se adicionará a la fijada en concepto de resarcimiento del daño". Stiglitz y Pizarro consideran que "se trata de una pena privada, que se manda a pagar por encima de los valores que se condene en calidad de daños y perjuicios, destinadas en principio al propio damnificado.

López Herrera nos enseña que: "Empero la admisión de dicho daño se encuentra condicionado al incumplimiento de una obligación legal o contractual, lo cual, debe ser entendido como una condición necesaria pero no suficiente para imponer la sanción, pues para ello se requiere de un factor de imputación subjetivo y reservarse el reconocimiento para los supuestos en que el proveedor "en forma deliberada o con grosera negligencia causa un perjuicio a otro", de donde para que proceda la condena por daños punitivos hace falta "...Un elemento de dolo o culpa grave..."⁵

La Jurisprudencia ha dicho que "El daño punitivo reclamado a una empresa de telefonía por un cliente que adquirió un celular defectuoso es improcedente, pues no se vislumbra un obrar grave y malicioso de aquélla, ya que los elementos probatorios no develan que efectuara algún tipo de examen económico, cálculo o especulación de que le conviniera económicamente actuar como lo hizo y abonar una indemnización por incumplimiento contractual".⁶

"El daño punitivo reclamado a una empresa productora, distribuidora y proveedora de bebidas gaseosas, por quien encontró en el interior de uno de sus productos un objeto extraño –en el caso, un envoltorio de gel íntimo– es improcedente, en tanto aquélla demostró que en el proceso de producción y embotellamiento adopta las medidas de precaución para preservar la higiene y calidad requeridas conforme a parámetros internacionales, máxime ante la ausencia de acreditación de un potencial daño a la salud."⁷

5. (López Herrera, Edgardo, "Daños punitivos en el Derecho argentino, Art. 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor", - JA, 2008-II, 1198 - Lexis Nexis Nº 0003/013877 ó 0003/013879)".
6. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala IV; 07/08/2012; "Vázquez Ferreyra, Roberto c. Claro AMX Argentina y otros/daños y perjuicios"; Cita Online: AR/JUR/40764/2012; Publicado en: La Ley Online).
7. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 3a Nominación de Córdoba; 17/04/2012; "Teijeiro (o) Teigeiro, Luis Mariano c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G."; Cita Online: AR/JUR/8275/2012; Publicado en: RCyS2012-V, 160 - LA LEY 03/05/2012 , 4, con nota de Demetrio Alejandro Chamatropulos; LA LEY 2012-C , 66, con nota de Demetrio Alejandro Chamatropulos; LLC2012 (mayo), 433 - LA LEY 31/05/2012 , 6, con nota de Florencia Nallar; LA LEY 2012-C , 433, con nota de Florencia Nallar; LA LEY 29/06/2012, 3, con nota de Enrique J. Perriau; LA LEY 2012-D , 209, con nota de Enrique J. Perriau; RCyS 2012-VIII , 80, con nota de Matías Irigoyen Testa; LLC 2012 (agosto), 705, con nota de Matías Irigoyen Testa; Enrique J. Perriau).

“No ha probado la actora que esa interpretación de las cláusulas contractuales haya sido la consecuencia deliberada de una actitud maliciosa, de mala fe por parte de la aseguradora. Evidentemente el incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales del que habla el art. 52 bis de la ley, por su amplitud, requiere un plus que esta dado por la malicia o la mala fe. De lo contrario, cualquier incumplimiento en las condiciones contractuales que sean reclamados judicialmente importarían la aplicación automática de la multa cuando el juez hace lugar a la demanda.- Portodo ello, entiende esta Cámara que debe modificarse parcialmente la sentencia apelada dejándose sin efecto la multa civil dispuesta en primera instancia”.⁸

En similar sentido se ha expedido la Sala IV de la Cámara de Apelaciones de Distrito en lo Civil y Comercial de la ciudad de Rosario en autos “Rodríguez, Maximiliano c/ Asociación el Fútbol Argentino (AFA) s/ Juicio sumarísimo”, al revocar parcialmente el fallo de primera instancia que había condenado a la demandada a pagar la suma de \$10.000 en concepto de daño punitivo. La cuestión se origina en el partido de fútbol jugado en la ciudad de Rosario el 05 de septiembre de 2009 correspondiente a las eliminatorias para el Mundial de Fútbol de Sudáfrica entre las Selecciones de la República Argentina y la República Federativa del Brasil. En aquella oportunidad, una gran cantidad de personas se quedaron sin poder entrar a ver el partido a pesar de tener entradas válidas, ya que la policía provincial que estaba a cargo del operativo de seguridad permitió el ingreso de más de mil personas que carecían de entradas válidas y eran “barra bravas” de clubes locales. Se iniciaron una serie de demandas en las que el Juez de primera instancia condenó a pagar \$10.000 por daños punitivos y \$5000 por daño moral por entender que la Asociación del Fútbol Argentino era responsable de lo sucedido. Apelada la sentencia, la Sala de la Cámara ya mencionada resolvió: “Se habla de la denominada culpa lucrativa (Trigo represas- López Mesa; Tratado de la Responsabilidad Civil, tomo I pág. 566), siendo ésta también la que tuvo particularmente en cuenta nuestro legislador, como lo revela el Dictamen de las comisiones de Defensa del Consumidor, de Comercio y de Justicia de la Cámara de Diputados de la Nación, donde se dice que: “Con el daño punitivo se trata de desbaratar la perversa ecuación que aconseja dejar que se produzca un perjuicio pues, en sí, resulta más económico repararlo en los casos singulares que prevenirlo para la generalidad. Acerca de esta multa civil, como también se la llama, se establece la facultad del juez de aplicarla y graduarla conforme la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, estableciendo un tope en tributo al principio de reserva de la ley penal, atento el carácter punitivo del instituto” (Cámara de Diputados de la Nación, año 2006, orden del día 306. Dip. Stella M. Córdoba y ot.).

Ese no es nuestro caso. En cuanto a la gravedad del hecho debemos tener en cuenta que todo lo que vio frustrado el actor fue el acceso a ver un partido de fútbol y que esto no ocurrió por una conducta deliberada o gravemente culpable de la de-

8. (SORIA RUBÉN REINALDO C/ CAJA DE SEGUROS SA S/ SUMARISIMO ART. 321 CPCC” Expte. N. 6879, Folio 119, Año 2010, C.A., del Registro de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Zapala).

mandada, sino como consecuencia de las denominadas barras que superó el accionar de la policía, conforme a sus propias declaraciones y las constancias obrantes en el sumario penal. La actitud asumida en el caso por la policía, si bien ésta integraba la organización a cargo de la demandada, operativamente estaba sometida a sus propios mandos y a las directivas del poder político. A esto se sumó el hecho de las entradas falsas. No advertimos ningún elemento probatorio que nos indique que la demandada haya especulado con una ganancia de concretarse una situación como la ocurrida. No aparece prueba que permita suponer que hubo una sobreventa de entradas.

Podemos admitir que ha habido algún grado de negligencia por parte de la demandada al no adoptar medios para verificar rápidamente la autenticidad de las entradas, por ejemplo, pero no podemos llegar a la conclusión de que hubo culpa grave por su parte y menos dolo.⁹

Las Dras. Cabrera, Compiani y otros afirman que “En cuanto a la inconveniencia de la figura, algunos autores afirman que para reprimir o sancionar está el derecho penal y que el derecho civil es esencialmente reparador o compensatorio. Bustamante Alsina ha sido en nuestro país el jurista más reacto a su implementación. Argumentó que la responsabilidad civil no tiene función penal. Los daños punitivos no constituyen la sanción apropiada a los ilícitos civiles: “la gravedad de la falta no puede justificar una condena superior al valor del daño”, lo que derivaría en un enriquecimiento injustificado”.¹⁰

Por su parte Colombres nos dice que: -“La primera parte del artículo en análisis reza: “Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil”. No estamos de acuerdo con la redacción de la norma en lo que respecta a las condiciones de admisibilidad del daño punitivo. No cualquier incumplimiento contractual o legal puede dar curso a la petición de este tipo de pena que condena al incumplidor a reparar más allá del daño producido. Creemos que la amplitud dada por el legislador a los –por así llamarlos– requisitos de procedencia, es extremadamente peligrosa al no brindar al juez un marco o parámetro de referencia al que atenerse a la hora de sopesar la conveniencia y oportunidad de condenar a pagar daños punitivos. Por nuestro lado no propiciamos un criterio restrictivo a la hora de aplicarlos, pero si consideramos que la falta cometida por el proveedor debería ser de una entidad tal, que sea pasible de un calificado juicio de reproche. Creemos que –perfectible por supuesto– la redacción relacionada a este punto del art. 1587 del proyecto de reforma se ajustaba más al espíritu de los daños punitivos al exigir, como requisito de aplicación de la multa civil, el actuar con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos. En el derecho norteamericano se ha aludido a una conducta caracterizada por la “malicia”, entendida

9. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial; Sala IV; 09/04/2013; “Rodríguez Maximiliano c AFA (Asociación del Fútbol Argentino) s/ daños y perjuicios” expte. N° 217/12.
10. (Cabrera, Delma Compiani, María Fabiana Piaggio, Aníbal N. Vetrano, Alejandro Javier; Las condenaciones punitivas y el proyecto de Código Civil de 1998; RCyS2000, 68).

esta como una actuación dolosa. También así se la caracterizaba cuando el demandado actuaba de una manera despreciable con indiferencia voluntaria y consciente de los derechos y seguridad de los demás (Civ. Code, par 3294 subd. –c–)”¹¹

- Es oportuno recordar que todos los autores partidarios de los “punitive damages” concuerdan en la necesidad de que su imposición se vea rodeada de ciertos requisitos, que por otra parte, constituyen el reflejo de los que se exigen en el derecho comparado. En ese sentido, Pizarro enumera las siguientes condiciones: 1) grave reproche subjetivo en la conducta del dañador; 2) existencia de lesión o daño, y 3) en principio, no aplicación en la esfera contractual. Por su parte, analizando los recaudos exigidos por el Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1998, Galdós postula la necesidad de que concurren los siguientes: “a) el elemento subjetivo que es bastante más que la infracción a la culpa o a la debida diligencia; requiere conducta deliberada, culpa grave o dolo, negligencia grosera, temeraria, actuación torpe cercana a la malicia; b) daño patrimonial o extrapatrimonial, individual o de incidencia colectiva, que (...) supere un piso o umbral que le confiera, por su trascendencia social, repercusión institucional o su gravedad –y este es el principio oculto– una apoyatura de ejemplaridad o sanción que torne aplicable la ecuación: prevención-daño-reparación justa-castigo justo”. A su vez, las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, aun cuando descartaron la aplicación a esta materia de las garantías constitucionales propias del proceso penal, aconsejaron limitar las “penas privadas” a “casos de particular gravedad, caracterizados principalmente por el menosprecio a los derechos del damnificado o a intereses de incidencia colectiva y a los supuestos de ilícitos lucrativos”, señalaron que “es necesario que medie reproche subjetivo en la conducta del sancionado”, y consideraron “prudente establecer como requisito de admisibilidad de las condenaciones punitivas la existencia de un daño resarcible individual o colectivo causado por el sancionado”¹²
- “Ya hemos explicado por qué motivos creemos que los “daños punitivos” tienen naturaleza penal; sólo nos resta ahora constatar que el “tipo” previsto por el nuevo art. 52 “bis” de la LDC es hasta tal punto “abierto” que resulta crasamente inconstitucional, pues no respeta ninguno de los principios que dimanarían del art. 18 de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 11; Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 8 y 9; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 15): no describe con precisión la conducta prohibida, ni requiere un factor subjetivo de atribución, ni precisa las pautas mínimas que habrán de guiar la graduación de la sanción, siendo del todo insuficiente la referencia a la “gravedad del hecho y demás circunstancias del caso”. Por añadidura, la multa

11. (Los daños punitivos en la ley de defensa del consumidor”, Colombes, Fernando Matías, publicado en LA LEY).-

12. (“Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor”, Picasso, Sebastián, Publicado en Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor, La Ley).

en cuestión sería aplicada por los jueces en el marco del procedimiento civil y comercial, que como lo hemos señalado se funda en principios distintos a los que gobiernan la imposición de una sanción de naturaleza represiva. ...A propósito de este último aspecto, es pertinente destacar una paradoja en los textos que venimos analizando: mientras que el nuevo art. 40 "bis" de la LDC importa otorgar a la administración una potestad (la de ordenar un resarcimiento) que corresponde normalmente a los jueces ordinarios, los "daños punitivos" constituyen, en cambio, una traslación al ámbito del derecho privado de sanciones cuya sede natural es la penal o administrativa, y que deberían verse rodeadas de todas las garantías que en esas dos ramas del derecho resguardan la imposición de tal tipo de penas. La protección del débil jurídico en general, y del consumidor en particular es, sin ninguna duda, un objetivo fundamental del derecho moderno, plasmada, incluso, en el art. 42 de la Constitución Nacional. Sin embargo, esa finalidad no puede concretarse a costa de desconocer otros derechos y garantías constitucionales igualmente dignos de tutela".¹³

- "El presupuesto de hecho que determina la aplicación de la indemnización punitiva es de una extrema laxitud y se encuentra en pugna con todos los antecedentes de la figura en el derecho comparado. La ley dispone su procedencia con relación al proveedor que no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, sin exigir ningún otro requisito, lo cual es absolutamente excesivo. No cualquier ilícito (contractual o extracontractual) debería ser apto para engendrar una sanción tan grave, sin riesgo de un completo desquiciamiento del sistema. Existe consenso dominante en el derecho comparado en el sentido de que las indemnizaciones o daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva. Es, de tal modo, poco serio — y atenta contra la esencia misma de la figura y contra la eficacia de su regulación— abrir sus puertas frente a cualquier incumplimiento o ilícito extracontractual"¹⁴.
- "Nótese que la norma ni siquiera hace referencia al dolo o la culpa grave del dañador, cuando sabemos que esta figura exige mínimamente un grave reproche sobre la conducta de aquel sujeto. Deben existir circunstancias agravantes relativas al dañador. Los requisitos no pueden darse por sobreentendidos. Cuando se regula un instituto —más allá de que uno conozca cómo se aplica en otros sistemas jurídicos— es condición esencial fijar las pautas precisas para su aplicación. Y esto, lamentablemente, no es lo que ha ocurrido. La norma no sólo omite

13. (Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor", Picasso, Sebastián, Publicado en Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor, La Ley).

14. ("Reformas a la ley de defensa del consumidor", Stiglitz, Rubén S. Pizarro, Ramón D., LA LEY2009-B, 949).

contemplar lo atiente al reproche de la conducta del dañador –lo cual ya de por sí es grave–, sino que tampoco brinda pautas precisas sobre cómo ha de medirse el monto de la pena. Simplemente señala que la multa se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, lo cual me parece insuficiente. Hubiera sido preferible que, al menos, se mencionaran algunas de aquellas circunstancias que puedan servir al Juez para cuantificar el monto de la pena, y evitar así consecuencias disvaliosas. Algunos parámetros podrían haber sido: los beneficios obtenidos con la conducta ilícita –tal como, de modo similar, lo indicaba el Proyecto de 1998–, la reiteración de conductas lesivas, la entidad del menosprecio hacia los derechos ajenos, la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas (en cuanto ellas puedan conducir a una sanción excesiva) y la existencia de otros damnificados con derecho a reclamar. Muchos de estas pautas fueron recomendadas de lege ferenda, y por unanimidad, por las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Santa Fe en el año 1999. Hubiera sido interesante que el legislador las tomara en consideración.”¹⁵

Finalidad Con sutiles variantes, todos los autores que se han dedicado al tema coinciden en identificar para este instituto un puñado de finalidades bien definidas. Más allá de los matices doctrinales, esas finalidades pueden sintetizarse en tres primordiales: a) dismantelar los efectos benéficos que para el responsable pueda haber tenido el ilícito; b) sancionar al agente dañador; y c) prevenir hechos lesivos similares. Estas tres finalidades – entre otras – fueron reconocidas en despacho unánime en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. a) Dismantelar los efectos benéficos que para el responsable pueda haber tenido el ilícito. Para Zavala de González, el objeto primordial del instituto no es otro que eliminar los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa. Del mismo modo que el art. 1083 CCiv. pregona devolver a la víctima a su estado anterior al hecho dañoso, eliminando el perjuicio injusto, “igualmente debe retrotraerse jurídicamente la situación fáctica del responsable, borrando el beneficio injusto. De otro modo, se alienta el cálculo y la especulación”. Es que el sentido de justicia indica que “la víctima no debe lucrar por el hecho lesivo, pero todavía más irritante es que el dañador sea quien lucre”. Se trata “de diluir el beneficio adicional injusto”. La multa civil sirve a la finalidad que comentamos cuando la suma necesaria para reparar integralmente a los afectados resulta inferior a la ganancia obtenida por el agente dañador. b) Sancionar al agente dañador. Pero si todo fuese tan sólo dismantelar los efectos benéficos que el ilícito pueda haber tenido para su autor, el instituto no cumpliría adecuadamente su finalidad. Es que si lo peor que puede suceder a quien daña es tener que devolver aquello que ha obtenido ilícitamente, igualmente no habría incentivo alguno para evitar las conductas que dan lugar a multa civil. Si el único efecto del robo, por ejemplo, fuera tener que devolver lo robado, la conducta disvaliosa no tendría sanción alguna ni el agente más incentivo que el que le marque su conciencia. “No basta con dismantelar el negocio. Hay que dar sanciones ejemplificadoras”. “Aun cuando el lesionado opte por la entrega de las

15. “El daño punitivo en la reforma de la ley de Defensa del Consumidor”, Rua, María Isabel. LA LEY 31/07/2009,)

ganancias, el fin del instituto en cuestión no se estaría cumpliendo ya que el empresario que actúa contra derecho sólo estaría sufriendo la frustración de uno de sus tantos negocios, el cual no ha dado ganancias... pero tampoco pérdidas". Se trata pues de castigar conductas reprochables. Los presupuestos de aplicación de tal castigo son, no obstante, objeto de arduo debate doctrinario. Así, se dice que la sanción procede cuando la conducta del agente pueda ser pasible de reproche; cuando esa conducta sea dolosa o cercana al dolo, temeraria, desaprensiva, insidiosa o difamante y demostrativa de indiferencia con la vida, la salud o los bienes de terceros. También se exige que se haya actuado "de mala fe". Otros hacen centro en el reproche de una conducta "socialmente intolerable". c) Prevenir hechos lesivos similares. Del mismo modo, se entiende que la aplicación de sanciones produce un doble efecto preventivo: particular y general. En su aspecto de prevención particular, la multa civil incentiva al agente a no repetir su conducta reprochable. Desde el punto de vista general, la pena sirve como ejemplo para terceros que detendrán su actuar dañoso para no sufrir sanciones similares. Se trata de disuadir, mediante un "impacto psíquico", a aquellos que "pueden verse tentados a obrar con el mismo desprecio". Ello por cuanto se entiende que "el temor a la sanción y la incertidumbre de su extensión y alcances llevaría a impedir la propagación de inconductas semejantes a la castigada".

Asegurabilidad del Daño Punitivo:

En Estados Unidos existe unanimidad en no permitir la cobertura de los daños intencionales por ser contrarios al orden público. En nuestro país entiendo que la situación es similar ya que la ley 17.418 prohíbe en general asegurar el dolo. En el caso de actitudes no dolosas, es el caso "North Wester National Casualty Co. Vs. Mac Nulty" el que marca el camino de la inasegurabilidad. El voto de la mayoría sostuvo que siendo los daños punitivos un instituto jurídico que tiene como principal función la disuasión y el castigo, es imperativo que los daños sean soportados por la parte que los causó. Lo contrario implicaría que los daños punitivos no tendrían ningún propósito útil.

Buenos Aires, abril de 2013.