



**Asociación Internacional de Derecho de Seguros
Sección Uruguaya**

**XII JORNADAS DE DERECHO DE SEGUROS
25 Y 26 DE ABRIL DE 2013**

MESA INTERNACIONAL. “APLICACIÓN DE LAS LEYES DE PROTECCION DEL CONSUMIDOR AL COCONTRATO DE SEGUROS EN EL DERECHO COMPARADO Y EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE SEGUROS URUGUAYO.

EXPOSITOR: DR. FELIPE AGUIRRE - ARGENTINA

Dr Antonio Rabosto. Para comenzar el tema de la tarde que refiere a los derechos del consumidor y el seguro, nos acompaña un amigo de la casa que ha venido muchas veces a Uruguay, y bueno, tenemos el gusto de presentarles al Dr. Felipe Aguirre, abogado argentino, profesor de derecho de seguros en curso de grado y pos grado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de otras universidades argentinas. Desde el año 2004 dirige la sección de derecho de seguros de la revista derecho comercial y de las obligaciones. Es autor del libro teórico práctico de derecho de seguros editado en 2006 y de numerosos artículos publicados en revistas jurídicas de Argentina y del exterior. Sin más le damos la palabra.

Dr. Felipe Aguirre.

Muchas gracias, la verdad que es un gusto estar otra vez con ustedes, quiero expresar mi agradecimiento a las autoridades y organizadores de las XII Jornadas de Derecho de Seguros de AIDA SECCION URUGUAYA, a todos, a Andrea Signorino y quiero anticiparles a modo de introducción en este tema que se trata de un tema para mí de un tema complejo, son los temas que quizás dentro de quince años o veinte sean muy trillados, pero hoy no lo son. Creo que esta confluencia de normas provenientes de tutela de consumidores y usuarios y del

contrato de seguros y la actividad aseguradora crean numerosos interrogantes y un desafío para todos aquellos que queremos encontrar soluciones.

No voy a exponer demasiado sobre la situación normativa en Argentina, pero sí como dato de interés, mencionarles que la tutela de consumidores y usuarios está en un artículo de la Constitución Nacional, cuestión que puede tener importancia cuando haya que establecer la prelación normativa a la hora de resolver un conflicto.

Tenemos la ley 24240 de defensa del consumidor, el equivalente acá en Uruguay es la 17250. Tenemos la ley de seguros y tenemos también la ley de entidades aseguradoras y su control y más disposiciones.

Simplemente he querido enunciar a grandes rasgos el marco normativo que tenemos en nuestro país; pero quiero hacer un camino inverso con relación al tema que vamos a tratar. Prefiero antes de ver lo que piensa la doctrina, comenzar a ver lo que están resolviendo los jueces en casos concretos.

Este es un tema en que en alguna oportunidad se ha hablado en estos encuentros, una sentencia plenaria de la Cámara Nacional en lo Civil que ha declarado inoponible a los terceros damnificados y los terceros transportados, una franquicia en realidad descubierto obligatorio para mí, prevista en los seguros de responsabilidad civil del transporte público de pasajeros.

Vulgarmente denominados en Buenos Aires colectivos y acá ómnibus.

Junto a esta manifestación jurisprudencial tenemos otra, es algo asombroso, de la Corte Suprema de la Nación, con más de seiscientas sentencias dictadas en contra de este plenario primero que acabo de mencionar. Aclaro que no hay una norma en Argentina que diga que las sentencias de la Corte deban ser observadas por los Tribunales inferiores.

Mientras tanto la Cámara Nacional en lo Civil en su mayoría de sus salas y, paralelamente, por la Corte Suprema de la Nación sostienen algo distinto, ampliando esto una sentencia del 2009, les pido que recuerden el año, después van a ver por qué, en la causa Ortega, donde la Corte toma una posición directamente a favor de la tutela del tercero damnificado a raíz de un Tribunal inferior, que había aplicado al contrato de seguro, la ley de defensa del consumidor.

Había una franquicia elevadísima, la tienen ahí ustedes en el transporte ferroviario. En este caso toma una posición distinta y convalida el criterio de una sala de la Defensa Comercial que aplicó la defensa del consumidor reajustó el contrato y limitó la franquicia al 3% de la suma asegurada, una suma mucho menor del monto de la condena. Otra decisión, del 2010 en donde una norma que establecía el seguro obligatorio por un monto fijado por la Superintendencia, por sesenta mil pesos, el Tribunal consideró, como la condena era de 216.000 le pareció poco, y condenó al asegurador a pagar el total de la condena, por supuesto mucho más con los intereses.

Otra decisión de diciembre del año pasado, otra sala del Tribunal en lo Civil, las condiciones particulares de una póliza, seguro de responsabilidad civil, no cubría por esas condiciones, al pasajero transportado. Se interpretó que como en las

condiciones generales había una cláusula que decía lo contrario, entonces dio preeminencia a estas y prescindió de las particulares. Con fundamento en normas del derecho del consumidor.

La cláusula claims made, ha tenido algunos fallos adversos, pero siempre señalo que si hay diez fallos sobre este tema deben haber mil artículos publicados por la doctrina.

Seguimos viendo decisiones, no haré un juicio de valor, se trata de seguros de vida a cierto plazo a cinco años, ocho mil euros, diez mil... si el asegurado no se moría al cabo del plazo se restituía en función de la suerte que siguiera la inversión la suerte que siguiera el dinero colocado por terceros en obligaciones de Leeman Broders. Después de la crisis del 2002 estas obligaciones se transformaron en cero y asegurador quiso desvincularse de sus prestaciones argumentando que como ya no valían nada las obligaciones, nada debía. Esta decisión del Tribunal de Nápoles hizo lugar a la aplicación de la ley del consumidor en un aspecto del desequilibrio de las prestaciones y obligaciones de las partes.

Otra decisión esto pasa en Italia, fue sumamente importante, para dar una idea, hasta el Poder Judicial está asegurado con cláusulas en base a reclamación o claims made, ocurrió que un Tribunal de grado condenó al asegurador por un problema de interpretación de la póliza y la Corte de Casación consideró que la interpretación del contrato no justificaba que modificara la decisión. Hasta ahí no pasaba nada, pero la Corte pasó a dar argumentos para referirse por primera vez a las cláusulas claims made, a un tipo no previsto en el artículo 1916 del Código Civil Italiano, en principio es lícita la cláusula pero habrá que ver caso por caso. Esta decisión conmocionó al mercado italiano.

Veamos un poco de normativa, una Directiva de la Unión Europea, por todos ustedes conocida, pero esta decisión donde se reguló sobre cláusulas abusivas, en sus considerando excluye al contrato de seguro y ahí tienen el fundamento general donde prácticamente aparece un desequilibrio y la posibilidad de prescindir de la cláusula y reajustar el contrato.

Vemos que normativamente hablando esto no es algo que está pasando solamente en Argentina, en Francia el Código de Consumo, sobre cláusulas abusivas, se saca la cláusula abusiva y se mantiene el resto del contrato si puede subsistir sin ella. Colombia: vemos como los países comunes del derecho del seguro, cómo se va trascendiendo el derecho de las distintas naciones y aparece una misma regla en el derecho del consumidor. Uruguay, quiero destacar la última oración del artículo 31, que si el Juez apreciara que con el contenido del contrato éste careciera de causa, podrá decretar la nulidad del mismo. El art. 30 de la ley 17250, tiene para mí un concepto importante: es abusiva por su contenido toda cláusula que determine claros e injustificados desequilibrios... hasta acá más o menos están las reglas que vimos... así como toda cosa que impida actuar de buena fe. La

apreciación de las cláusulas no referirá ... esto tiene mucha similitud con la Directiva Europea y, aparece: siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

Brasil, hoy va a haber un representante, aparece en su Código de Defensa del Consumidor, la misma solución pero con una connotación relativamente diferente, en donde se introduce una pauta, la posibilidad de que la excesiva onerosidad sea para las partes, esto lo podemos pensar en términos de consumidor y también como un equilibrio, tal vez el legislador brasileño es lo que ha querido resaltar. La razonabilidad de la solución que se aplicará.

Hay una solución muy similar en España, que ha reformulado las normas de tutela hace relativamente poco, en 2007.

En el artículo 37 de la Ley de Defensa del Consumidor de Argentina, aparece nuevamente la cláusula abusiva, la trasgresión del deber de obrar con buena fe, al final dice que cuando el Juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato si ello fuere necesario. Acá directamente no hay pauta para el Juez, salvo que se ascienda al artículo 42 de la Constitución Nacional.

Por el derecho argentino las normas de protección al consumidor, ¿son aplicables al derecho de seguro? Mi opinión es positiva. Yo creo que son aplicables, desde el 1993 hubo un gran debate sobre si era o no aplicable. Hoy discutimos cosas más profundas.

El artículo primero del anteproyecto de ley de seguros de Uruguay. Por lo que yo he visto en general son los Códigos de Consumo los que se encargan de establecer reglas generales, ineficacia, nulidad, y no distinguen no se diferencia ningún tipo. Entonces acá parece que el contrato de seguro, que es una actividad reglada, queda alcanzado. El artículo primero en cuanto considera aplicable la ley de defensa del consumidor en tanto configure una relación de consumo, a mi me parece positiva la inclusión porque es un primer paso a otros que se tendrán que dar.

Las normas de tutela del consumidor generalmente establecen reglas muy generales, no hay pautas precisas, el reajuste o la integración que hemos visto a lo largo de distintas normas del derecho comparado, que el Juez tome el bisturí recorte el contrato y arme uno nuevo, pregunto, el criterio debe ser el mismo que cuando el consumidor compra un artículo, ropa, perfumería... ¿un contrato de seguro?

Una de las cuestiones que ha planteado la sentencia de la Corte del 2009 que convalidó la nulidad y inoponibilidad de una franquicia elevadísima de trescientos mil dólares en el transporte ferroviario, benefició puntualmente a un conjunto de víctimas, ahora, este tipo de decisiones tampoco son neutras en cuanto a otras consecuencias o resultados. El asegurador condenado a pagar más allá de lo que decían los límites del contrato de seguro, ¿puede repetir lo pagado en más contra su asegurado? La lógica diría que sí, pero si la Corte de la República Argentina, la

máxima autoridad dice que esa cláusula es nula, habría que ver si un Tribunal le daría derecho al asegurador el derecho a repetir contra su asegurado lo que haya pagado de más.

Estamos en el ámbito de transporte ferroviario como ejemplo para luego arribar a las conclusiones.

Sigo en esta temática. ¿Qué pasó con la oferta de seguros y reaseguros luego de esa decisión de la Corte Nacional, en 2009 que benefició a ciertos damnificados? En Buenos Aires hubo un gravísimo accidente ferroviario en la estación once que murieron cerca de 50 personas y, las primeras investigaciones que se hicieron que dieron a origen a decisiones de la Superintendencia pidiendo explicaciones al asegurador, puso a la vista que no hay aseguradores solventes además con cláusulas de cobertura precarias, por no decir insuficientes.

¿Qué va a pasar con los reaseguradores? Esta es la otra interrogante. Al reasegurador extranjero habrá que explicarle, va a haber que poner una cifra superior y en qué se puede traducir: que se retiren de reasegurar esta clase de riesgos.

Como primera conclusión considero que en esta materia tenemos la necesidad que el derecho del seguro está confluyendo con los derechos de los consumidores, la aplicación de normas de tutela de consumidor, tiempo antes o después llegará. Creo en la necesidad de una solución legislativa porque lo que no puede suceder es que por aplicar una norma de la ley de defensa del consumidor se desconozcan las bases técnicas esenciales del contrato de seguro.

¿Dónde están las normas que hoy puedan atemperar este conflicto? Hasta hoy no encontré la existencia de un cuerpo de disposiciones que digan que si las normas del consumidor serán un derecho comparado a las legislaciones, cómo deba reaccionar la legislación de seguros para armonizar y sistematizar.

Un remedio viejo, mejorar la redacción de las cláusulas, que su redacción es confusa, por ignorar la legislación, pero sin llegar a esos extremos de riesgos empresario, tantas veces en las pólizas comunes automotor, incendio, tenemos cláusulas vagas, oscuras y esto sigue a lo largo de las décadas.

Considero que en la etapa previa y contemporánea a la celebración del contrato de seguro es imprescindible brindar al tomador una información adecuada y veraz, debe contar con la exacta descripción del riesgo y las condiciones que van a regirlo. La ley mexicana de 1935 por lo menos lo hacía con las condiciones generales. Esto en nuestra ley de seguros desapareció pero en la práctica en Argentina la propuesta de seguro prácticamente no existe si se la considera como propuesta que contenga las nociones esenciales del negocio jurídico a celebrar.

En materia de reticencia, incorporar el sistema del cuestionario. Recién lo hablamos, se trató hoy. El asegurador cuando trabaja técnicamente conoce los riesgos que administra, pero la persona común no sabe las circunstancias

relevantes. Puede saberlas según el tipo de hechos, pero otros hechos pueden ser juzgados de buena fe, por ignorancia... como no relevantes y omitirse.

Creo que acá está el nudo del desafío normativo para el derecho del seguro, para todos, elaborar construir normas que nos permitan sistematizar la confluencia de estas dos vertientes, pero lo que es indispensable es que haya bases más o menos ciertas para que el asegurador pueda apreciar el riesgo y fijar la prima.

Esto conduce a favorecer la contratación de seguros y la asunción de los riesgos por los aseguradores, en vez de que ocurra como ha pasado en ciertos riesgos en Argentina, que los aseguradores después de la decisión de la Corte Nacional del 2009 no solventan y los reaseguradores comienzan a retirarse.

Creo que es un tema digno de estudiarse es un capítulo que introdujo la ley alemana de contrato de seguro de 2008 en lo que sería las normas del seguro de responsabilidad civil, incluyó un capítulo destinado a los seguros obligatorios. El pensamiento del legislador alemán fue inteligente. Sucede en Argentina que los legisladores no tienen la menor noción del derecho del seguro ni su ejército de asesores. Podía darles el ejemplo del artículo 26 de la ley de medio ambiente que firmó el proyecto una diputada pero que la redacción la hizo un arquitecto, con eso les digo todo, y considera que un riesgo ambiental puede ser asegurable sin límites.

Yo creo que el legislador alemán se encontró con esta realidad, pero resulta que la norma que dispone la obligatoriedad no da pautas sobre la cobertura. El legislador parte de la base que cuando la norma que establezca la obligatoriedad de asegurar un riesgo no precise los alcances, entonces rigen las normas de ese capítulo, hacia allí va el derecho del seguro. Por siniestro establece un límite obligatorio de doscientos cincuenta mil euros. En conjunto para todos los siniestros en un año, un límite de un millón de euros. Continúa agregando que frente al tercero damnificado no se pueden oponer defensas nacidas del contrato de seguros, ni la mora, ni la culpa grave, les diría que ni el dolo, se restringen, pero la misma ley establece que el asegurador que ha pagado frente al tercero y se ha visto privado de hacer una defensa de su asegurado la ley le da el derecho para ejercer el derecho de repetición contra el asegurado que ha incurrido en alguna de estas causales.

Cuando tomaron vigencia en 1908 la ley suiza de contrato de seguro y la ley alemana, en mayo de 1908, ya había un sesgo de protección del asegurado muy importante. Imagino que en aquel momento habrá sido una hecatombe ver la posibilidad de que se sancionaran normas de ese tipo. Yo creo que hay que sistematizar que colocar la facultad del juez que ya vimos en un conjunto de naciones, incluido Uruguay también, de integrar, de recortar el contrato, sin ciertas bases que deben ser propias del contrato de seguro, conspirará con el resultado final que es contar con coberturas, sino les repito la tragedia del once de febrero de 2012, las coberturas eran precarias y aseguradores de dudosa solvencia. Cual fue el resultado, cuál la ganancia. En este camino de Alemania tal vez este la solución pero en un país de tercer mundo como es Argentina tal vez no podemos

barajar cincuenta mil euros por siniestro, pero qué podemos hacer para asimilar a un sistema así, hay que trabajarlo actuarialmente para poder estimar un seguro accesible para el común de la ciudadanía.

En cuanto a la ley de defensa del consumidor, en Argentina es aplicable al contrato de seguro, pero hay normas que para poder aplicarlas necesitarían una sistematización legislativa importante.

Les doy un ejemplo: el daño punitivo previsto. Hasta ahora no conozco una condena, pero nada quita que suceda. Vendrán del mismo fondo de los restantes siniestros o habría que prever su origen o si deben ser integrados por los accionistas que han permitido una conducta reprochable.

Un ejemplo más, la posibilidad que se declare la solidaridad de todos los proveedores de bienes y servicios ante incumplimiento de una norma de la ley de defensa de consumidor. Esto llevado al terreno del derecho del seguro nos puede llevar a quedarnos sin actividad aseguradora. Diría que no tendría sentido que las compañías tuvieran equipos de actuarios, porque si las obligaciones van a ser solidarias... pues no hay manera de estimar el alcance.

Una cosa es el principio de integralidad del resarcimiento de la víctima y otra distinta es el derecho de seguro, hay que construir un régimen tratando de dar más cobertura, pero ésta no puede ser infinita y menos actuar sin bases técnicas.

Dr. Antonio Rabosto. Muchas gracias Doctor Aguirre por tan interesante exposición y en nombre de AIDA le entregaremos un certificado y un pequeño obsequio.

Aplausos