

**“Seguros: Comentario crítico a la Sentencia ‘*Flores vs. Gimenez*’
de la Corte Suprema de Justicia de la Nación
(y el análisis de cuestiones trascendentes:
Actualización monetaria de las Sumas Aseguradas;
Contradicción de intereses de los abogados de las Compañías de Seguros;
Las condenas en exceso de las Sumas Aseguradas
Deudas de Valor -Art. 772 C.C.C.N.-; etc.)”**

Autor: **Waldo Sobrino**
waldo.sobrino@wsya.com.ar / (15) 6693 0011 / www.wsya.com.ar

Publicado: # Una versión resumida de este trabajo fue publicada en:
Diario “*La Ley*”, de fecha 30 de Agosto de 2017
La versión completa será publicada en la próxima edición del Libro
“*Seguros y el Código Civil y Comercial*” (Waldo Sobrino; Editorial La Ley, 2018)
también se puede encontrar la versión completa en: www.wsya.com.ar

Sumario:

- .1) Advertencia fundamental
- .2) Síntesis conceptual de la Sentencia *Flores vs. Gimenez*
- .3) Preliminar
- .4) Los Veinte (20) argumentos de la Corte Suprema en el fallo *Flores vs. Gimenez* (basándose en el Código Civil de Dalmacio Vélez Sarsfield de 1871 -Ley 340-)
- .5) Los Veintitrés (23) fundamentos del *Código Civil y Comercial* que tornan inaplicable la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación
- .6) El Código Civil y Comercial modifica la Ley de Seguros
- .7) El verdadero *nudo gordiano* que se debe analizar: *la actualización monetaria de las sumas aseguradas*
- .8) La actualización monetaria en los Seguros. Doctrina. Jurisprudencia. Superintendencia de Seguros de la Nación. Fallo Plenario
- .9) La actualización monetaria en los Reaseguros

- .10) Ley 25.561: Su *Inconstitucionalidad*. Su *Inconvencionalidad*
- .11) Deuda de Valor (Art. 772 del Código Civil y Comercial)
- .12) Las posibles *condenas en exceso de la suma asegurada*
- .13) La *contradicción de intereses del Abogado de la Compañía de Seguros y el asegurado (en la Dirección del Proceso)*
- .14) Las próximas Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación
- .15) Las futuras Sentencias de los Jueces de nuestra Patria
- .16) A modo de epílogo

.1) Advertencia fundamental:

.1.1) Con fecha 6 de Junio de 2017 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó el fallo “*Flores, Lorena vs. Gimenez, Marcelo y Otro s/daños y Perjuicios*” ⁽¹⁾, donde se tilda de *arbitraria* la Sentencia dictada por la prestigiosa Sala “K”, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

.1.2) La Cámara dictó su sentencia en el mes de Mayo de 2013, con relación a la Apelación que se realizó respecto a la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil n° 53, dictada en el mes de marzo de 2012, vinculada a un **accidente de tránsito** ocurrido con fecha 6 de noviembre de **2007**.

.1.3) Ello claramente implica que la Sentencia “*Flores vs. Gimenez*” que vamos a analizar *se dictó con las pautas legales del viejo Código Civil de Dalmacio Vélez Sarsfield del año 1871*.

.1.4) Es muy importante legalmente realizar esta aclaración, dado que más allá de algunas citas del Código Civil y Comercial que se realizan en la Sentencia *sub examine*, la realidad es que ***no se aplicó normativamente el Nuevo Código Civil y Comercial***.

(1) Ver: CSJ 678/2013 (49-F) / CS1

De manera tal, que sin perjuicio de los comentarios que realizaremos del fallo, es sustancial señalar que **la Sentencia “Flores” no tiene una proyección para el futuro**, dado que el sustento normativo fue el Código Civil de 1871.

.1.5) Por ello, si bien analizaremos la Sentencia, realizando un análisis crítico de la misma, es que también -y fundamental- haremos un estudio del caso “*Flores vs. Gimenez*”, de acuerdo a las pautas legales del Código Civil y Comercial.

Ello es básico, dado que el Nuevo Código Civil y Comercial, produjo cambios estructurales y modificaciones de fondo, en especial, para proteger a los *consumidores* y a los más *vulnerables*, que va a tener una aplicación determinante para el análisis del presente caso.

Por ello, es que la final del presente trabajo, haremos una breves consideraciones sobre lo que nosotros denominamos *las Sentencias que se dictarán en el futuro...*

.2) Síntesis conceptual de la Sentencia Flores vs. Gimenez:

.2.1) El eje central de la Sentencia *sub examine* es que la destacada Sala “K” de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, consideró *irrazonable* la *suma asegurada* de un *seguro obligatorio*, estableciendo su *inoponibilidad* a la *víctima de un accidente de tránsito*.

.2.2) El Procurador Fiscal en su dictamen determinó que dicha sentencia *no era arbitraria*

.2.3) En cambio, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría simple, determinó que “...*el límite de la respectiva póliza contratada por el demandado (\$ 30.000)...*” (Treinta mil pesos ⁽²⁾), para indemnizar “...*muerte o incapacidad total...*”, que fuera establecida por la Superintendencia de Seguros de la Nación (Resolución n° 21.999), en el año “...*1992...*”, debe permanecer fija e inamovible, un cuarto de siglo después, al dictarse la sentencia en el año **2017**

⁽²⁾ Ver: Voto del Señor Ministro Doctor Don Carlos Fernando Rosenkrantz, Considerando 1°, Fojas 9; CSJ 678/2013 (49-F) / CS1 “*Flores, Lorena Romina c/Gimenez, Marcelino Osvaldo y otro s/daños y perjuicios (acc. Trán. c/les.o muerte)*”

.2.4) He aquí el *nudo gordiano* de la cuestión *sub examine*, respecto si tiene razón la Sala “K” de la Cámara Nacional de Apelaciones en los Civil, cuando determina que es *irrazonable* mantener inmodificable durante veinticinco (25) años el monto de la *suma asegurada* a pesar del proceso inflacionario transcurrido.

O, si tiene razón la *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, cuando establece que es *arbitrario* el criterio de la Cámara de Apelaciones y *ordena respetar el monto de Treinta mil pesos (\$ 30.000), fijados en el año 1992, para responder por siniestros de muerte e incapacidad en el año 2017.*

Para los jóvenes abogados, casi como un tema historiográfico, para tener una referencia meramente aproximada, recordamos que en el año 1992 el valor del Dólar era de un peso (\$ 1) y al momento del dictado de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia (Junio de 2017), cotizaba a alrededor de dieciseis pesos (\$ 16).

O, para decirlo en valores de hoy en día, la *suma asegurada* de Treinta mil pesos (\$ 30.000), equivalían a Treinta mil dólares (U\$S 30.000), es decir alrededor de \$ 500.000 (Quinientos mil pesos) al cambio de la fecha del dictado de la Sentencia del Tribunal Cimero en el caso “*Flores vs. Gimenez*”.

3) Preliminar:

.3.1) Es pertinente señalar que hemos leído varios comentarios favorables a la Sentencia “*Flores vs. Gimenez*”, escrito por destacados doctrinarios como **Rubén Stiglitz y Fabiana Compiani** ⁽³⁾ ⁽⁴⁾; **Felipe Aguirre** ⁽⁵⁾; **Nicolás Wittwer Pruyas** ⁽⁶⁾; **María José Sanchez** ⁽⁷⁾; **Héctor Perucchi** ⁽⁸⁾, etc.

⁽³⁾ **STIGLITZ, Rubén y COMPIANI, Fabiana**; “*La razonabilidad del límite de la obligación el asegurador en el seguro automotor obligatorio*”, publicado en el Diario ‘La Ley’, página 4 y siguientes, donde exponen que “...es enteramente compartible la resolución del máximo Tribunal...”, de fecha 19 de Junio de 2017

⁽⁴⁾ **STIGLITZ, Rubén y COMPIANI, Fabiana**; “*La razonabilidad del límite de la obligación del asegurador en el seguro automotor obligatorio*”; publicado en la ‘*Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*’, página 173 y siguientes, del mes de Julio de 2017

⁽⁵⁾ **AGUIRRE, Felipe**; “*Los límites de Suma Máxima del Seguro Obligatorio automotor, en una Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*”, donde afirma que “...coincidimos con la decisión adoptada por la Corte Suprema en el caso ‘Flores’...”, publicado en “*El Seguro en Acción*”, de fecha 15 de Junio de 2017

Incluso, en muchos de dichos artículos ⁽⁹⁾, se señala que la Sentencia “*Flores vs. Gimenez*”, se trataría de una continuidad de “*Buffoni vs. Castro*” ⁽¹⁰⁾

En nuestra opinión, ello no sería tan así, dado que es menester recordar que en la Sentencia *Buffoni vs. Castro* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ⁽¹¹⁾, por un lado, el Procurador Fiscal, propuso la aceptación del Recurso; y -por otro lado- existió voto mayoritario de cuatro (4) Ministros (Lorenzetti, Highton de Nolasco; Fayt y Maqueda), mientras que la Dra. Argibay, declaró inadmisibile el Recurso Extraordinario.

.3.2) En cambio, en el caso *Flores vs. Gimenez*, existen dos cuestiones que merecen destacarse.

.3.2.1) Por un lado, se debe señalar que el Procurador Fiscal, entendió que *no existía arbitrariedad* en la Sentencia de la Sala “K” de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, que establecía la *irrazonabilidad* y la *inoponibilidad* de la *suma asegurada* de \$ 30.000

Así fue que el Dictamen del Procurador Fiscal, de fecha 29 de Junio de 2015, sostenía que:

⁽⁶⁾ WITTWER PRUYAS, Nicolás; “*Inoponibilidad al límite de cobertura: los argumentos económicos del fallo de Rosenkrantz*”, publicado en “*El Seguro en Acción*”, de fecha 6 de Julio de 2017

⁽⁷⁾ SANCHEZ, María José; “*Un fallo catedrático en materia de seguros. Comentario al fallo ‘Flores, Lorena Romilda vs. Gimenez, Marcelino Osvaldo y otro s/daños y perjuicios (acc. trán. c/les. o muerte)’ de la C.S.J.N.*”, publicado en El.Dial.com, Cita: ElDial DC2358, de fecha 22 de Junio de 2017

⁽⁸⁾ PERUCCHI, Héctor; “*La vigencia de la Doctrina Buffoni (importante fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el límite de la suma asegurada en la responsabilidad civil de automotores)*”, publicado en la Revista ‘*Todo Riesgo*’, página 62, del mes de Agosto de 2017

⁽⁹⁾ AGUIRRE, Felipe; “*El Seguro de Responsabilidad Civil y el principio de reparación integral*”, publicado en el Diario ‘*La Ley*’, página 5 y siguientes, de fecha 26 de Junio de 2017

⁽¹⁰⁾ SOBRINO, Waldo; “*Un retroceso en la protección de los Consumidores (crítica al fallo “Buffoni” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)*”, publicado en la ‘*Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*’, del mes de Octubre de 2014

⁽¹¹⁾ SOBRINO, Waldo; *Seguro y el Código Civil y Comercial*, Tomo I, Capítulo XII “*El fallo ‘Buffoni’ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*”, páginas 771 a 812, Editorial La Ley, Buenos Aires, Julio de 2016

“...En mi entender, las cuestiones traídas por el recurrente fueron resueltas por el tribunal a quo *sin arbitrariedad*, en tanto entendió que en las circunstancias concretas del caso la oponibilidad del límite de la cobertura desatendía el derecho de la víctima a un resarcimiento integral y oportuno, y desnaturalizaba la función social del seguro de responsabilidad civil...” (12)

.3.2.2) Por otro lado, también se debe resaltar que la posición mayoritaria en el caso *Flores*, tuvo tres (3) votos (Lorenzetti, Highton de Nolasco y Rosenkrantz) y dos (2) Ministros votaron por declararlo *inadmisible*.

Si bien la *minoría* determinó que el Recurso Extraordinario era *inadmisible*, nosotros entendemos que -justamente- se rechaza porque la Sentencia de la Cámara de Apelaciones *no era arbitraria*

.3.2.3) Entendemos muy importante remarcar que el **Dr. Juan Carlos Maqueda**, había votado favorablemente en el fallo “*Buffoni*”, pero que en el caso “*Flores*” votó por la minoría

Al respecto, el prestigioso doctrinario **Felipe Aguirre** (13) manifiesta que “...el Dr. Maqueda postuló la aplicación del Art. 280 CPCCN, lo que parece insinuar su posible cambio de postura (total o parcial) respecto de pronunciamientos anteriores...” (como “*Buffoni*”, agregamos nosotros) (14)

Compartimos la posición del distinguido doctrinario, dado que nosotros también vislumbramos que ya se produjeron --y también van a suceder en el futuro- varios cambios positivos en los criterios antes adoptados.

.3.2.4) También es interesante recordar lo enseñado por el **Dr. Horacio Daniel Rosatti**, cuando escribiera la obra *Derecho de Tránsito Ley 24.449* (15), en coautoría con una de los doctrinarios que

(12) Ver: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumento.html?idAnalisis=737889&interno=1>

(13) **AGUIRRE, Felipe**; “*Los límites de Suma Máxima del Seguro Obligatorio automotor, en una Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*”, publicado en “*El Seguro en Acción*”, de fecha 15 de Junio de 2017

(14) **SOBRINO, Waldo**; “*Adios ‘Buffoni’ (y la inaplicabilidad de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)*”, publicado en S.A.I.J. (Sistema Argentina de Informática Jurídica); Id SAIJ: DACF170274, del mes de Junio de 2017

más ha influido en varias generaciones de abogados y jueces, como es el admirado **Jorge Mosset Iturraspe**

En dicha obra, cuando **Rosatti** y **Mosset Iturraspe**, analizan el *seguro obligatorio de responsabilidad civil de automotores* (Art. 68 de la Ley 24.449), señalan que dicho seguro además de brindarle cobertura al asegurado, también “...se destaca el propio interés de esas víctimas, de tener frente a sí un patrimonio solvente que ha de asumir el deber de resarcir...”

Luego señalan **Rosatti** y **Mosset Iturraspe** que la finalidad del *seguro ‘obligatorio’* es “...que no haya víctimas que queden sin una condigna indemnización de sus daños...”

Respecto al *interés* que tienen las *víctimas de accidentes de tránsito* respecto al *seguro*, los distinguidos autores parafraseados enseñan que el *seguro obligatorio de responsabilidad civil de automotores* (Art. 68, Ley 24.449) se trata de “...una innegable medida de protección para las víctimas de los accidentes automovilísticos o del tránsito...” (16)

Y, finalmente, con relación a la *suma asegurada* **Rosatti** y **Mosset Iturraspe** enseñan que “...la norma pretende alcanzar a los daños del tercero-víctima, tanto personales como materiales...”

Luego agregan que “...no alude a ‘límites’; se trata entonces de un *seguro obligatorio* que, respecto de terceros-víctimas, no tiene límites...”, finalizando el párrafo afirmando que “...su cobertura es ‘sin límites’...” (17)

(15) **ROSATTI, Horacio Daniel – MOSSET ITURRASPE, Jorge; Derecho de Tránsito Ley 24.449**, Capítulo XV “Accidentes de Tránsito”, Acápito 4 “**Seguro Obligatorio**”, subacápito A) “*El Seguro. Su celebración obligatoria. El alcance de un viejo anhelo. Su razón de ser*”, páginas 270 y siguientes, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995

(16) **ROSATTI, Horacio Daniel - MOSSET ITURRASPE, Jorge; Derecho de Tránsito Ley 24.449**, Capítulo XV “Accidentes de Tránsito”, Acápito 4 “**Seguro Obligatorio**”, subacápito A) “*El Seguro. Su celebración obligatoria. El alcance de un viejo anhelo. Su razón de ser*”, páginas 271 y siguientes, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995

(17) **ROSATTI, Horacio Daniel - MOSSET ITURRASPE, Jorge; Derecho de Tránsito Ley 24.449**, Capítulo XV “Accidentes de Tránsito”, Acápito 4 “**Seguro Obligatorio**”, subacápito A) “*El Seguro. Su celebración obligatoria. El alcance de un viejo anhelo. Su razón de ser*”, página 273, agregando también que “...obviamente ‘las condiciones del seguro’, más allá de lo señalado en la norma, se dejan a la determinación de la autoridad en materia aseguradora, la Superintendencia de Seguros de la Nación...”, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995

.3.2.5) De esta forma, en nuestra opinión, se vislumbra una modificación de criterios tanto de la Procuración Fiscal, como así también de algunos de los miembros de la Corte Suprema de Justicia.

.3.3) Finalmente, volvemos a insistir, que el *fundamento legal* del fallo “*Flores*” se realizó sobre la plataforma normativa del viejo Código Civil del hijo de Amboy de 1871.

.4) Los Veinte (20) argumentos de la Corte Suprema en el fallo *Flores vs. Gimenez* (basándose en el Código Civil de Dalmacio Vélez Sarsfield de 1871 -Ley 340-):

Según hemos señalado, entendemos que atento que *la Sentencia Flores se sustentó en un Código Civil derogado*, es que no va a tener mucha aplicabilidad y tampoco va a gozar de repercusiones legales para el futuro.

Sin perjuicio de ello, es que estimamos que igualmente amerita que se realice un análisis del fallo *sub examine* con la finalidad de efectuar un *análisis crítico* de dicha sentencia.

Como consecuencia de ello, es que seguidamente analizaremos las veinte (20) principales consideraciones y fundamentos de los votos de la mayoría en el fallo “*Flores vs. Gimenez*”.

Entre ellos podemos mencionar los siguientes:

- .4.1) Art. 109 de la Ley de Seguros (Considerando 8°) (Fs. 4)
- .4.2) Art. 118 de la Ley de Seguros (Considerando 8°) (Fs. 4)
- .4.3) El *Contrato de Seguros* es un *Contrato Paritario* (Considerando 9°) (Fs. 4)
- .4.4) Función social del seguro (Considerando 6°) (Fs 4) (Fs. 16)
- .4.5) Los damnificados son terceros (Considerando 9°) (Fs. 4)
- .4.6) Código Napoleón (Considerando 11°) (Fs. 5)
- .4.7) Suma asegurada superior a la contratada, se viola la Ley de Seguros (Considerando 11°)
- .4.8) Obligatoriedad del seguro (Considerando 6° de Rosenkrantz)
- .4.9) Equidad (Considerando 7° de Rosenkrantz)
- .4.10) El seguro obligatorio tiene como finalidad social proteger a las víctimas de accidentes .4de tránsito (Considerando 9° de Rosenkrantz) (Fs. 15)
- .4.11) Razonabilidad (Considerando 9° de Rosenkrantz) (Fs. 16) (Fs. 18 y 19)

- .4.12) Desnaturalización de la función social del seguro (Considerando 9° de Rosenkrantz) (Fs. 16) (Fs. 21)
- .4.13) Menor cobertura, menor precio del seguro (Considerando 9°, Rosenkrantz) (Fs. 16/17)
- .4.14) Limitación de \$ 30.000 por muerte “...no se ha demostrado que esa limitación sea irrazonable...” (Considerando 10° de Rosenkrantz) (Fs. 19)
- .4.15) Límite de la suma asegurada fue acordado entre en el asegurado y la Compañía (Considerando 11° de Rosenkrantz) (Fs. 20)
- .4.16) Art. 1.137 del Código Civil (Considerando 12° de Rosenkrantz) (Fs. 21)
- .4.17) Art. 1.197 del Código Civil (Considerando 12° de Rosenkrantz) (Fs. 21)
- .4.18) Arts. 1.195 y 1.199 del Código Civil (Considerando 12° de Rosenkrantz) (Fs. 21)
- .4.19) La Ley de Defensa del Consumidor no modifica la Ley de Seguros (Considerando 14° de Rosenkrantz) (Fs. 22)
- .4.20) Franquicia oponible (Considerando 15° de Rosenkrantz) (Fs. 22/23)

.4.1) Art. 109 de la Ley de Seguros:

En la Sentencia se determina que se aplica el Art. 109 de la Ley 17.418, donde se establece que “...el asegurador se obliga a **mantener indemne el patrimonio del asegurado o del conductor...**”⁽¹⁸⁾

Como consecuencia de ello, es que según la Corte Suprema la víctima no tendría un derecho personal, dado que el seguro se contraría para proteger al asegurado

Análisis crítico:

La realidad es que el Art. 109 de la Ley de Seguros⁽¹⁹⁾ es aplicable solamente para los seguros *voluntarios*⁽²⁰⁾

⁽¹⁸⁾ Ver: *Considerando 8°* (Fs. 4) del voto de los Dres Ricardo Luis Lorenzetti y Elena Highton de Nolasco, en la Sentencia *Flores vs. Gimenez*

⁽¹⁹⁾ **SOBRINO, Waldo; Seguro y el Código Civil y Comercial**, Tomo I, Capítulo VI “*Las modificaciones a la Ley de Seguros por el Código Civil y Comercial*”, acápite 2.22) **Art. 109: Seguro de Responsabilidad Civil**, página 334 y siguientes, Editorial La Ley, Buenos Aires, Julio de 2016

En cambio, en los seguros *obligatorios* ⁽²¹⁾, resulta claro y evidente que la finalidad primordial del legislador ⁽²²⁾ fue la protección de las víctimas de accidentes de tránsito ⁽²³⁾

Por ello, la aplicación e interpretación que se realiza del Art. 109 de la Ley de Seguros ⁽²⁴⁾, no se condice con la normativa vigente (Art. 68 de la Ley 24.449) y con toda la doctrina internacional de las últimas décadas ⁽²⁵⁾

⁽²⁰⁾ **YZQUIERDO TOLSADA, Mariano; *La Responsabilidad Civil del Profesional Liberal***, Apéndice '*La incidencia del seguro de responsabilidad civil del profesional*', Acápites VIII '*España en la Comunidad Económica Europea: hacia los seguros obligatorios de responsabilidad profesional*', página 422, donde no sólo se hace mención de los distintos y variados 'seguros obligatorios' que existen en Europa; sino que -demostrando cabalmente, a nuestro criterio- que estos 'seguros obligatorios', son realizados en favor de las víctimas, se cita el Art. 30 de la "Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios", que establece que se podrán establecer 'seguros obligatorios' para responsabilidades derivadas de productos, servicios, actividades, etc.-

Al encontrarse esta norma dentro de la ley de defensa de los consumidores, no puede existir ninguna duda, que la contratación de estos seguros obligatorios de responsabilidad civil, son -fundamentalmente- para defender y proteger a las víctimas; Ed. Reus, Madrid, España, 1988.

⁽²¹⁾ **PAVELEK ZAMORA, Eduardo; *Los Seguros de Responsabilidad Civil y su obligatoriedad de aseguramiento***, publicado en "Cuadernos de la Fundación" N° 7, Acápites .2) '*Justificación de la obligatoriedad del aseguramiento*', donde citando el resultado de los trabajos de la '*Comisión de Responsabilidad Civil General del Comité Europeo de Seguros*', del año 1983, explica que uno de los fundamentos del seguro obligatorio, es la '*protección de los consumidores*', Editado por 'Fundación Mapfre Estudios', España, 1992.

⁽²²⁾ **SANTOS BRIZ, Jaime; *La Responsabilidad Civil - Derecho Sustantivo y Derecho Procesal***, Tomo I-, 'Introducción', Acápites IV.- '*Últimas propuestas en torno al seguro de accidentes en la circulación*', donde explica que la evolución sobre en esta materia, ha avanzado tanto en algunos países (por ejemplo: Inglaterra, Estados Unidos), que se ha llegado a proponer para indemnizar a las víctimas de accidentes de tránsito '*...una compensación como la de seguro social que se financiaría a través de un impuesto sobre el combustible...*', página 17, Editorial Montecorvo, Sexta Edición nuevamente revisada y actualizada, Madrid, España, 1991.

⁽²³⁾ **MAZEAUD, Henri y Léon - TUNC, Andre; *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual***, Tomo Tercero, Volumen Segundo, traducción de la quinta edición por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, especialmente el párrafo n° 2.703-2 '*Seguro de responsabilidad por los accidentes de circulación*', página 324 y siguientes, Ediciones Europa-América, Buenos Aires, 1963.

⁽²⁴⁾ **SOBRINO, Waldo; *Seguro y el Código Civil y Comercial***, Tomo I, Capítulo VI "*Las modificaciones a la Ley de Seguros por el Código Civil y Comercial*", acápite 2.22) **Art. 109: Seguro de Responsabilidad Civil**, página 334 y siguientes, Editorial La Ley, Buenos Aires, Julio de 2016

.4.2) Art. 118 de la Ley de Seguros:

En el fallo analizado se sustenta la resolución en el Art. 118 de la Ley 17.418 ⁽²⁶⁾, señalando que “...*la sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurador y será ejecutable contra él en la medida del seguro...*” ⁽²⁷⁾

Por ello, es que la Corte sostiene que la Compañía de Seguros no puede ser condenada en exceso de la suma asegurada, dado que se violaría la *medida del seguro*

Análisis crítico:

Si bien la norma tiene su lógica, es que siempre debe interpretarse dentro del margen de *razonabilidad*, bajo apercibimiento que su aplicación indiscriminada, puede llegar a convertirse en un *Bill de Indemnidad* para las Compañías de Seguros.

Justamente, es el caso del tema *sub examine*, donde la Aseguradora, argumentando -sin razonabilidad- el fundamento de *la medida del seguro*, pretende que se mantenga incólume y sin actualizar la suma asegurada de \$ 30.000 ⁽²⁸⁾, después de haber pasado veinticinco (25) años de su determinación por la Superintendencia de Seguros de la Nación en el año 1992

Por ello también, más adelante, dedicaremos unos breves párrafos a la alternativa de realización una *actualización monetaria* de las *sumas aseguradas* (como tradicionalmente en el pasado lo realizaba nuestra Jurisprudencia)

⁽²⁵⁾ RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean; *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*, Tomo VIII ‘Contratos Civiles’, parágrafo n° 2.395 ‘Seguro Obligatorio de los Vehículos automotor’, página 576, traducción de Delia García Daireaux, bajo la supervisión del Dr. Jorge Joaquín Llambías, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1987.

⁽²⁶⁾ SOBRINO, Waldo; *Seguro y el Código Civil y Comercial*, Tomo I, Capítulo VI “Las modificaciones a la Ley de Seguros por el Código Civil y Comercial”, acápite 2.30) **Art. 118: Medida del seguro**, página 352 y siguientes, Editorial La Ley, Buenos Aires, Julio de 2016

⁽²⁷⁾ Ver: *Considerando* 8° (Fs. 4) del voto de los Dres Ricardo Luis Lorenzetti y Elena Highton de Nolasco, en la Sentencia *Flores vs. Gimenez*

⁽²⁸⁾ SOBRINO, Waldo; *Seguro y el Código Civil y Comercial*, Tomo II, Capítulo XIV “Cláusulas Abusivas en los seguros: Parte Especial”, acápite 3.25) **Cláusula con un Límite Irrazonable de Suma Asegurada (Caso: ‘San Juan’: \$ 30.000)**, página 947 y siguientes, Editorial La Ley, Buenos Aires, Julio de 2016

Así entonces, planteamos con toda claridad que si un Juez puede determinar que una Cláusula de un contrato es *abusiva* e -incluso- puede declarar la *inconstitucionalidad* de una Ley, es que -obviamente- con mayor razón puede sentenciar la *inoponibilidad* de una *suma asegurada irrazonable*

.4.3) El Contrato de Seguros es un Contrato Paritario:

En el Fallo que se analiza, se determina que “...*el contrato de seguro rige la relación jurídica de los otorgantes (artículo 957, 959 y 1021 del Código Civil y Comercial de la Nación)...*” (29)

Y, recordamos que el Art. 957 define al *Contrato “Paritario”*, es decir, el que realizan las partes en igualdad de posición técnica, económica y jurídica, donde ambas partes pueden negociar y establecer las pautas contractuales.

Análisis crítico:

La casi totalidad de la doctrina y jurisprudencia, ora nacional, ora extranjera sostiene que el *contrato de seguros* es un *contrato de adhesión* (y en la mayoría de los casos un *contrato de consumo*).

No se trata de una cuestión nueva. Si bien nosotros consultamos el texto original editado en el año 1828, es pertinente señalar que ya en el **año 1783** uno de los mayores Tratadistas de Seguros de Europa, como fuera **D’Émérigon** (30), enseñaba claramente que el *contrato de seguros* era un ***Formulario pre redactado por las propias Compañías de Seguros*** (es decir, un *contrato de*

(29) Ver: *Considerando 9º* (Fs. 4) del voto de los Dres Ricardo Luis Lorenzetti y Elena Highton de Nolasco, en la Sentencia *Flores vs. Gimenez*

(30) **D’ÉMÉRIGON; *Traité des Assurances et des Contrats a la grosse***, Tomo Primero, Capítulo I ‘*Observations Générales*’, Sección III “*Des Formules imprimées*”, página 53, donde se transcriben *Pólizas de Seguros preimpresas*, como *Formule de Marseille; Formule de Nantes; Formule usitée a Bordeaux; Formule de Londres, Rennes, Chez Molliex, Libraire-Editeur, Chez Charles-Béchet, Libraire, Paris, 1828*

Señalamos que tuvimos el privilegio de consultar el original de la obra citada del tratadista francés (que es una verdadera reliquia) y que forma parte del acervo de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la prestigiosa Universidad Nacional de Rosario.

adhesión), recordando el autor francés que ya en 1783 existían “*Formularios impresos*” que se utilizaban habitualmente en Marsella, Nantes, Bordeaux, Londres, etc. ⁽³¹⁾

Incluso, el *contrato de seguros* no solo es un *contrato de adhesión*, como bien hace décadas enseñan **Josserand** ⁽³²⁾, **Ripert - Boulanger** ⁽³³⁾, y es reiterado por la doctrina actual como **Donnelly - Brown** ⁽³⁴⁾; **Anderson, Stanzler & Masters** ⁽³⁵⁾, etc. sino que -además- fue el primer *contrato de adhesión de la historia* ⁽³⁶⁾

Y no solo ello, sino que siguiendo a uno de los principales prestigiosos doctrinarios en esta temática, como es **Ricardo Lorenzetti** ⁽³⁷⁾, podemos recordar cuando con toda sabiduría enseñaba

⁽³¹⁾ **SOBRINO, Waldo**; *Seguro y el Código Civil y Comercial*, Tomo I, Capítulo III “*Contratos y el Código Civil y Comercial*”, acápite 7) *Seguros: Contratos Paritarios (Art. 957), Contrato de Adhesión (Art. 984), Contrato de Consumo (Art. 1.093)*, subacápite 7,2) “*Contrato de Adhesión*”, página 201 y siguientes, Editorial La Ley, Buenos Aires, Julio de 2016

⁽³²⁾ **JOSSERAND, Louis**; *Derecho Civil*, Tomo II, Volumen II ‘*Contratos*’, traducción de Santiago Cunchillos y Manterola, página 296, parágrafo n° 1.380, donde señalan que en el *contrato de seguro* el cliente se *adhiera* a las condiciones de la Póliza impuestas por la Compañía de Seguros, que generalmente no pueden ser discutidas, Ed. Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1951.

⁽³³⁾ **RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean**; *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*, traducción de la Dra. Delia García Daireaux, bajo la Supervisión del **Dr. Jorge Joaquín Llambías**, Tomo IV, ‘*Las Obligaciones (Primera Parte)*’, Volumen I, parágrafo n° 53, páginas 48/49, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1987

⁽³⁴⁾ **DONNELLY, Thomas - BROWN, Craig**; *Insurance Contract Interpretation*, Chapter 1 “*The creation of an insurance contract*”, donde señalan con respecto a ciertos contratos de seguros que son “...*policies drafted by insurers and presented to the policyholder on a take-i-or-leave-it-basis...*”, página 1, Ed. Carswell - Thomson Reuters, Canada, 2014

⁽³⁵⁾ **ANDERSON, Eugene - STANZLER, Jordan - MASTERS, Lorelie**; *Insurance Coverage Litigation*, Capítulo 2 “*Rules of Insurance Policy Interpretation*”, acápite 2.01 “*Introduction: Insurance Policies as Contracts of Adhesion and modern contract theory*”, página 2-3, donde se explica que “...*standard form contracts have existed for more than 200 years...*” (traducción libre realizada por nosotros), Editorial Wolters Kluwer Law and Business, 2nd edition, New York, 2015

⁽³⁶⁾ **SOBRINO, Waldo**; *Consumidores de Seguros*, Acápite II.4.2 “*Contrato de Seguros. Contrato de Adhesión*”, páginas 94 a 118, Editorial La Ley, Noviembre de 2009

⁽³⁷⁾ **LORENZETTI, Ricardo**; *Consumidores*, Segunda Edición Actualizada, “*Parte Especial*”, Capítulo Sexto ‘*Protección Contractual*’, *Primera Parte ‘La disciplina de las cláusulas abusivas*’, Punto .1) ‘*Contratos por Adhesión y de Consumo*’, página 280, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009.

que incluso se puede agregar que “...un contrato puede ser celebrado por adhesión y ser, además, de consumo...”

4.4) Función social del seguro:

En la Sentencia que se estudia, se establece que “...la **función social** que debe cumplir el **seguro** no implica, empero, que deban repararse todos los daños patrimoniales al tercero víctima sin consideración a las pautas del contrato que se invoca (causa “Buffoni” -Fallos 337:329-, citada)...” (38)

Y, en otra parte del fallo se señala que “...la **función social del seguro** exige que, como autoridad de control, la Superintendencia disponga de los medios indispensables para salvaguardar los fines que le son propios y el bien común (Fallos: 296:183; 316:188)...” (39)

Así entonces, parecería que si bien la **función social del seguro** es una cuestión que se debe merituar en las Sentencias, es que en el caso *sub examine* no sería suficiente como para decretar la *inoponibilidad* de la *suma asegurada* de \$ 30.000, fijada en el año 1992.

Análisis crítico:

Entendemos que la **función social del seguro** no es un concepto vacío, sino que es una pauta que debe ser llenada de contenido axiológico (v.gr. Justicia, Equidad, etc.)

Quizás por ello, hace varios años (con cierto desánimo, pero con mucha esperanza), en una parte del Libro *Consumidores de Seguros*, desarrollábamos una parte titulada “**La olvidada ‘función social’ del seguro**” (40)

(38) Ver: *Considerando* 6° (Fs. 4) del voto de los Dres Ricardo Luis Lorenzetti y Elena Highton de Nolasco, en la Sentencia *Flores vs. Gimenez*

(39) Ver: *Considerando* 9° (Fs. 16) del voto del Dr. Carlos Fernando Rosenkranzt, en la Sentencia *Flores vs. Gimenez*

(40) **SOBRINO, Waldo**; *Consumidores de Seguros*, Capítulo II Parte General; acápite II.1 Introducción, punto II.1.3 “**La olvidada ‘función social’ del Seguro**”, páginas 30 a 43, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2009

Respecto a esta cuestión deviene imprescindible recordar a la mayor pluma de la historia del seguro de latinoamérica, como es **Isaac Halperín** ⁽⁴¹⁾, que en forma específica, puntual y concreta resaltaba la trascendencia fundamental que tenía que *el seguro cumpla con su función social*.

Es menester señalar que Halperín no solo lo afirmaba como doctrinario y Juez de la Cámara de Apelaciones, sino que en forma específica, también lo resalta con relación a la **Ley de Seguros (Ley 17.418)** que él mismo escribió, enseñando que “...*las nuevas normas se toman como punto de partida de una nueva evolución, fundada en un acentuado criterio de función social del seguro...*”

Y, si a todo ello, le agregamos que la Ley 24.449, estableció el *seguro de responsabilidad civil* de carácter *obligatorio*, como -justamente- es el caso *sub examine* del fallo “*Flores*”, es que dicha *función social del seguro* se potencia exponencialmente frente a la *víctima de un accidente de tránsito*, como bien lo resalta la doctrina (por todos: **Santos Briz**) ⁽⁴²⁾, al enseñar que el “...*seguro privado como es el obligatorio de vehículos a motor tiene una finalidad social innegable*...”

.4.5) Los damnificados son terceros:

En el Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que estudiamos, se señala que: “...*los damnificados revisten la calidad de terceros*...” ⁽⁴³⁾

Con dicha argumentación, se pretende establecer un muro divisorio legal perjudicial para las víctimas, colocándolos en un papel legal de inferioridad.

⁽⁴¹⁾ Ver: **HALPERIN, Isaac** (actualizado por **Juan Carlos Félix MORANDI**); *Seguros (Exposición crítica de las Leyes 17.418 y 20.091)*, quien desde el mismísimo “*Prólogo de la Primera Edición*” de su obra, resalta la importancia de la “*función social del seguro*”, al afirmar que “...*las nuevas normas se toman como punto de partida de una nueva evolución, fundada en un acentuado criterio de función social del seguro...*”, página IX, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1983.

⁽⁴²⁾ **SANTOS BRIZ, Jaime**; *La Responsabilidad Civil - Derecho Sustantivo y Derecho Procesal*, Tomo I, Capítulo XI ‘*La indemnización de Daños y el Contrato de Seguro*, acápite I.B) “*Seguro privado con finalidad social*”, página 391, donde sostiene que el “...*seguro privado como es el obligatorio de vehículos a motor tiene una finalidad social innegable*...”, Editorial Montecorvo, Sexta Edición nuevamente revisada y actualizada, Madrid, España, 1991.

⁽⁴³⁾ Ver: *Considerando 9º* (Fs. 4) del voto de los Dres Ricardo Luis Lorenzetti y Elena Highton de Nolasco, en la Sentencia *Flores vs. Gimenez*

Análisis crítico:

Las víctimas de accidentes de tránsito, en especial en los seguros obligatorios, no son *terceros extraños*, sino que son *beneficiarios interesados*.

Más aún, no solo son beneficiarios *interesados*, sino que están *interesadísimos* en la percepción de las indemnizaciones.

Es que en los seguros *obligatorios* los *damnificados* son el *centro legal*, el *sujeto a quien se protege* y el *damnificado beneficiado* de dicho seguro que imperativamente ordena la Ley 24.449 (Art. 68)

Así entonces y más allá que las *víctimas de accidentes de tránsito* son *consumidores de seguros* ⁽⁴⁴⁾, es que resulta una verdad de a puño que *el seguro de responsabilidad civil obligatorio es para beneficiarlos*.

Esta postura que sostenemos es receptada unánimemente en la doctrina y la jurisprudencia extranjera.

Así, a nivel, autoral es provechoso recordar al maestro español **Ernesto Caballero Sanchez** donde desarrolla el tema “*El Seguro como instrumento de protección de terceros*” ⁽⁴⁵⁾

Y, respecto a la jurisprudencia internacional, es pertinente mencionar que también es monolítica, al señalar que los *seguros obligatorios* están establecidos para proteger a las *víctimas de accidentes*, pudiendo recordarse la jurisprudencia pacífica del **Supremo Tribunal de España**, que sentenció que:

⁽⁴⁴⁾ **SOBRINO, Waldo**; *Seguro y el Código Civil y Comercial*, Tomo I, Capítulo VIII “*Las Víctimas de siniestros y el Código Civil y Comercial*”, acápite VIII.1) “*Las Víctimas de Accidentes de Tránsito son Consumidores*”, páginas 381 a 444 y siguientes, Editorial La Ley, Buenos Aires, Julio de 2016

⁽⁴⁵⁾ **CABALLERO SANCHEZ, Ernesto**; “*El Consumidor de Seguros: protección y defensa*”, Capítulo 3, “*Protección Informativa y Publicitaria*”; Punto .4) “*El Seguro como instrumento de protección de terceros*”, página 91 (la letra negrita y el subrayado, es nuestro) Editorial Mapfre, Madrid, España, 1997.

*“...el seguro de responsabilidad civil se configura hoy, más que como instrumento de protección del asegurado (a lo que respondía originariamente), como **institución destinada a tutelar los intereses del perjudicado** (S.T.S., 3 de Julio de 1981)...”*

Agregando el Máximo Tribunal de España que:

“...la finalidad principal del contrato de seguro de responsabilidad civil consiste en dejar definitivamente indemne al tercero (S.T.S. 1 de Diciembre de 1989)...”

O, siguiendo las enseñanzas de uno de los principales doctrinarios que escribieron protegiendo a los *consumidores*, como es **Ricardo Lorenzetti** ⁽⁴⁶⁾, se pueden recordar sus enseñanzas cuando explicaba bajo el título de *“Consumidores No Contratantes: Terceros, Víctimas...”* y el subtítulo de *“...el tercero beneficiado...”*, exponiendo *“...por ejemplo: en un contrato de seguro, se celebra entre dos partes y hay un tercero beneficiado, que no ha intervenido en la celebración. Es un contrato a favor de terceros, en el que el consumidor tiene acciones directas casadas en el beneficio aceptado, el que siendo accesorio de la relación base y siendo esta de consumo, también lo es...”*

4.6) Aplicación del Código Napoleón:

En la Sentencia “Flores” la Corte Suprema determina que si se aceptara la *inoponibilidad* frente a la víctima *“...se modifica una regla establecida por el derecho civil desde el año 1804...”* ⁽⁴⁷⁾

Así entonces para rechazar la petición de las víctimas del accidente de tránsito, nuestra Corte Suprema se fundamenta en el Código Napoleón de 1804

⁽⁴⁶⁾ **LORENZETTI, Ricardo**; *Consumidores*, Segunda Edición Actualizada, “Parte General”, Capítulo Tercero ‘Relación de Consumo. Derechos del Consumidor’, Primera Parte ‘La Relación de Consumo’, Punto .III “Sujetos de la relación de consumo: el consumidor”, sub punto .2) ‘El elemento material’, apartado .D) **“Consumidores No Contratantes: Terceros, Víctimas, afectados por prácticas comerciales”**, página 100 (la letra en negrita, es nuestra), Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009.

⁽⁴⁷⁾ Ver: *Considerando 11°* (Fs. 5) del voto de los Dres Ricardo Luis Lorenzetti y Elena Highton de Nolasco, en la Sentencia *Flores vs. Gimenez*

Al respecto, debemos recordar que una de las *fuentes doctrinarias principales* del Código Napoleón ⁽⁴⁸⁾, fue **Jean Domat** que escribió su obra *Las Leyes Civiles dentro del orden natural* en el año **1694**

Y, sobre **Domat** la doctrina francesa afirma que era el “...*eminente representante del espíritu clásico...*” ⁽⁴⁹⁾

Análisis crítico:

Otra *fente* importante del Código Francés fue **Pothier**, respecto de quien **Ripert** lo critica con relación a sus conocimientos de -justamente- de *seguros*, señalando que *comete frecuentes errores* ⁽⁵⁰⁾

Incluso, hay que resaltar que uno de los *fundamentos* del fallo “*Flores*” que criticamos era el *Código Napoleón* y su *fente directa*: **Pothier**, quien estaba *en contra* del *seguro de responsabilidad civil*, porque formaba parte de los autores que lo consideraban un *negocio ilícito* (según explica el maestro **Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo**) ⁽⁵¹⁾

⁽⁴⁸⁾ MAZEAUD, Henri y Léon - TUNC, André; *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, traducción de la Quinta Edición por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Tomo I, Volumen I, página 52, Nota n° 6, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963.

⁽⁴⁹⁾ RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean; *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*, Volumen I, página 65, donde se expone “...*Jean Domat, abogado del presidial de Clermont, nació en Clermont, Auvergne, en 1625; murió en Paris en 1696; amigo de Pascal...publicó en 1694 ‘Les lois civiles dans leur ordre naturel’, libro célebre que lo colocó en primer lugar entre los que prepararon en camino para el Código Civil...*”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1987

⁽⁵⁰⁾ MARTORELL, Jorge Enrique; “*Emerigon, o el Tratado Clásico de Seguros*”, publicado en la *Revista de Derecho de Seguros*, Año 1, Número 3, donde se hace un prolijo y profundo estudio de la doctrina francesa de seguros, página 122, del mes de Abril de 1972

⁽⁵¹⁾ JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio; “*La configuración del siniestro en el Seguro de Responsabilidad Civil*”, Capítulo III “*Introducción al Seguro de la Responsabilidad Civil*”, Subcapítulo 2 “*Reorientación del Seguro de Responsabilidad Civil. Su ‘renovado’ norte y su nueva teleología de carácter tuitivo. Sombras y luces*”, donde en la Nota n° 12, afirma que “...*autores clásicos del prestigio de Santerna, De Luca, Emerigon, Rocus, Valin, Pardessus y Pothier, al unísono, se inclinaron por el rechazo a este seguro, postura vigente, en general, hasta finales del siglo XIX, pues como memora el profesor Camilo Viterbo ‘el seguro contra la responsabilidad civil ha sido considerado hasta no hace mucho como un negocio ilícito, porque cubre a culpa del asegurado. Es una acusación que, como sabemos, ya no se le hace caso’, pero a la cual se le hizo eco durante siglos...*”, página 36, Editorial Temis, Bogotá, 2011

Es más, la misma doctrina francesa critica al propio Código Napoleón (por todos: **Denis Mazeaud**)⁽⁵²⁾ señalando que:

“...el Código Civil ha envejecido, más bien mal envejecido en lo concerniente al título relativo al contrato, tanto con respecto a su letra como a su espíritu...”

Es más, también explica **Denis Mazeaud** que “...*existe un vergonzoso contraste entre el Código Civil y el derecho positivo de los contratos...*”, agregando luego que “...*el Código Civil...ya no es el reflejo fiel y sincero del derecho contractual contemporáneo...*”

Así, en la Sentencia “*Flores*” dictada en el año 2017, se fundamenta en un Código del año 1804 y donde una de sus principales fuentes data del año 1694

También hay que reiterar que -obviamente- *en la época del Código Napoleón no existía el seguro obligatorio de automotores.*

Debiendo recordarse, como enseña **Kenneth St. Onge**⁽⁵³⁾, que el primer seguro de automotores de la historia de Estados Unidos (obviamente, de carácter *voluntario*) se celebró en el año 1898, en la Compañía de Seguros *Travelers Insurance Company*, contratado por el Dr. Truman Martin, con una suma asegurada de U\$S 5.000.

Así, para hacer una correlación histórica y legal, debe resaltarse que el primer seguro de automotores de Estados Unidos, se celebró casi un siglo después del dictado del Código Napoleón; de manera tal que las pautas del *Code* son claramente anacrónicas.

⁽⁵²⁾ MAZEAUD, Denis; “*Las Reformas al Derecho Francés de los Contratos*”, publicado en La Ley, Tomo B, página 615 y siguientes (la letra en negrita, es nuestra), 2014

⁽⁵³⁾ St. ONGE, Kenneth; “*First Auto Policy sold 110 years ago today*”, donde se explica que el primer seguro de responsabilidad civil de automotores, fue contratado por el Dr. Truman Martin, en el año 1898, en “*Travelers Insurance Company*”, por una suma asegurada de Cinco Mil dólares (U\$S 5.000), con un costo de U\$S 12.25 (que significarían actualmente alrededor de U\$S 316, mientras que hoy en día dicho seguro costaría U\$S 820). En la época de la contratación del seguro había 18.000.000 de caballos y 4.000 automotores (en cambio, hoy en los Estados Unidos existen 237.000.000 de automotores y camiones, frente a 9 millones de caballos), publicado en ‘*Insurance Journal*’, de fecha 27 de Febrero de 2008.

.4.7) Suma asegurada superior a la contratada: se viola la Ley de Seguros:

En el fallo que analizamos, la Corte Suprema afirma que si se aceptan las pautas de la Cámara de Apelaciones, en cuanto a la condena de “...una suma superior a la contratada...se viola la ley de seguros...”⁽⁵⁴⁾

Análisis crítico:

Discrepamos con el argumento del Máximo Tribunal, dado que *la Ley de Seguros expresamente contempla casos donde la Compañía de Seguros puede ser obligada a pagar en exceso de la suma asegurada.*

Atento la importancia del tema es que sin perjuicio de lo que seguidamente desarrollaremos, *brevitatis causae* nos remitimos a lo oportunamente escrito respecto a la *legalidad* que una *Compañía de Seguros* sea obligada a abonar por encima de la suma asegurada⁽⁵⁵⁾

Es fundamental recordar que existen diversos artículos de la Ley de Seguros, que de manera puntual determina caso donde la Aseguradora debe pagar en exceso de la suma asegurada, como -por ejemplo- entre varios otros se determina en los Arts. 49, 50, 61, 73, 111, 116, 118, etc. de la Ley 17.418.

Así entonces, entre algunos de ellos podemos mencionar los siguientes:

Art. 73 de la Ley de Seguros: donde se establece que en los casos de *Salvamento*⁽⁵⁶⁾ la Compañía de Seguros debe reembolsar los montos aunque “...excedan la suma asegurada...”⁽⁵⁷⁾

⁽⁵⁴⁾ Ver: *Considerando 11°* (Fs. 5) del voto de los Dres Ricardo Luis Lorenzetti y Elena Highton de Nolasco, en la Sentencia *Flores vs. Gimenez*

⁽⁵⁵⁾ **SOBRINO, Waldo;** *Seguro y el Código Civil y Comercial*, Tomo I, Capítulo IX “*Seguros y el Nuevo Código Civil y Comercial*”, acápite IX.9) “*Suma Asegurada: Límites y las Excepciones aplicables*”, en especial, Punto .6) “*Casos donde la Compañía de Seguros tiene que pagar en exceso de la suma asegurada*”, páginas 585 a 639, Editorial La Ley, Buenos Aires, Julio de 2016

⁽⁵⁶⁾ **SOBRINO, Waldo;** “*La Prueba del asegurado de Gastos de Salvamento*”, página 501 y siguientes, en el Libro *La Prueba en el Derecho de Daños*, Director: Carlos Ghersi, Editorial Nova Tesis, Santa Fe, Mayo de 2009

Arts. 111 y 116 de la Ley de Seguros: en dichos artículos la Ley 17.418 ordena que la Aseguradora debe pagar los *Intereses* aunque *excedan el límite de la suma asegurada*.

Arts. 49 y 50 de la Ley de Seguros, donde si la Compañía de Seguros incurre en mora ⁽⁵⁸⁾ al no cumplir con los plazos perentorios, es que *deberá pagar en exceso de los límites de la suma asegurada*.

En dicho sentido, se expresa la doctrina internacional (por todos: **Zachary Novetsky** y **Larry Schiffer** ⁽⁵⁹⁾) y la Jurisprudencia mundial, como por ejemplo, la *Suprema Corte de Texas*, en los autos caratulados “*USAA Tex Lloyds Company vs. Menchaca*” (2017, Tex. Lexis 361 -Apr. 7, 2017-), donde se condenó a la Aseguradora a pagar la suma de U\$S 3.000.000, en concepto de *extracontractual damages*, por haberse negado infundadamente a pagar el siniestro que tenía una suma asegurada de U\$S 1.000.000 ⁽⁶⁰⁾, dictado con fecha 7 de Abril de 2017

⁽⁵⁷⁾ **HALPERIN, Isaac - MORANDI, Juan Carlos Félix**; *Seguros*, Tomo II, parágrafo n° 51 “*Suma Máxima indemnizable. Suma Asegurada*”, páginas 575 y siguientes, Segunda Edición actualizada, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1983.

⁽⁵⁸⁾ **STIGLITZ, Rubén**; “*Consideraciones sobre cuestiones ligadas al Contrato de Seguros*”, donde menciona los fallos “*Prieto, C. vs. Congreso Compañía de Seguros*” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala “E”, de fecha 13 de Marzo de 1998 (D.J., 1998-3-487); “*Billourou, A. vs. Provincia Seguros*”, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala “B”, de fecha 28 de Octubre de 2005 (Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 2006-736); “*Chalela, N. vs. Federación Patronal*”, de la Cámara Nacional de Apelaciones en los Comerical, Sala “D”, de fecha 15 de Mayo de 2008 (E.D., 230-538), etc..

Respecto al pago del *Daño Moral*, entre otros cita el caso “*Cino, R. vs. La Mercantil Andina Compañía de Seguros*” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala “D”, de fecha 30 de Diciembre de 2008 (La Ley, 2009-D-423); “*Cots, R. vs. La Caja de Seguros*”, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Coemrical, Sala “E”, de fecha 26 de Junio de 2010 (Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, año XII, n° 10, p. 228), publicado en el Diario ‘La Ley’, de fecha 14 de Diciembre de 2011.

⁽⁵⁹⁾ **NOVETSKY, Zachary - SCHIFFER, Larry**; “*Bad Faith, Extra-Contractual obligations and Punitive Damages*”, en “*50 Reinsurance cases every Risk Professional should now (and analysis of the Top 50 Reinsurance cases and their implications*”, página 11, donde claramente se establece que “...when a Reinsurer o cedent breaches the duty of utmost good faith, the reinsurer o cedent may be held liable for its bad faith...”, pudiendo aplicarse los pertinentes *daños punitivos*, publicado en irmi.com, 2014

⁽⁶⁰⁾ **GIBSON, Jack**; “*Texas Supreme Court clarifies that broad Bad Faith Penalties Apply*”, publicado en ‘IRMI Update’, Issue n° 380, donde se establece en la Sentencia “*USAA Tex Lloyds Company vs. Menchaca*”, que “...insurers generally has exclusive control over the evaluation, processing...and denial of claims’ and it can easily use that control to take advantage of its insured...”, de fecha 19 de Abril de 2017

Art. 118 de la Ley de Seguros: ratifica que la Aseguradora deberá pagar *por sobre el límite de la suma asegurada*, cuando ordena que la Compañía de Seguros deberá pagar “...*la suma asegurada y sus accesorios...*”

Art. 61 de la Ley de Seguros: ordena que la Aseguradora *deberá pagar en exceso del límite de la suma asegurada* ⁽⁶¹⁾ cuando lo dispongan “...*la ley...*” ⁽⁶²⁾ “...*o el contrato...*” ⁽⁶³⁾

etc. ⁽⁶⁴⁾

.4.8) Obligatoriedad del seguro:

En la Sentencia estudiada se sostiene que “...*contrariamente a lo sostenido por la cámara ni la obligatoriedad del seguro prevista por la ley...puede inferirse que la cláusula del contrato que limita la cobertura sea inoponible al damnificado...*” ⁽⁶⁵⁾

⁽⁶¹⁾ **LOPEZ COBO, Claudio**; “*La eficacia de los límites económicos del seguro de responsabilidad civil (consideraciones sobre la suma asegurada)*”, Capítulo “*Los límites económicos del seguro de responsabilidad civil*”, página 5; y Capítulo “*La ruptura de los límites económicos. Interpretaciones Jurisprudenciales*”, página 8, publicado en la “*Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*”, Madrid, España, Diciembre de 2005.

⁽⁶²⁾ **HAGOPIAN, Mikael - LAPARRA, Michel**; *Aspectos teóricos y prácticos del Reaseguro*, página 296, donde expone que “...*en determinados casos, la propia legislación francesa condiciona el ejercicio de una actividad o una profesión a la suscripción de una póliza de responsabilidad civil que incluya una garantía sin limitación monetaria: así, por ejemplo, una persona que practique la caza debe suscribir una póliza de responsabilidad civil que incluya una cobertura ilimitada...*”.

Agregando luego que “...*lo mismo ocurre con los explotadores de teleféricos u otras máquinas de remonte mecánico...*” (la letra en negrita, es nuestra) Asimismo, los autores citados exponen que han sido tantos los problemas y las críticas, que parece que en la actualidad están renunciando a imponerla, Editorial Mapfre, Madrid, España, 1996.

⁽⁶³⁾ **BRUCK, Ernst**, donde explica además de las excepciones de la responsabilidad de la Compañía de Seguros en *exceso de la suma asegurada* en los *seguros marítimos y seguros de transporte*, agrega la obligación de pagar *intereses* por la indemnización debida (Citado por: **HALPERIN, Isaac - MORANDI, Juan Carlos Félix**; *Seguros*, Tomo II, parágrafo n° 51 “*Suma Máxima indemnizable. Suma Asegurada*”, páginas 577, Nota 224, Segunda Edición actualizada, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1983)

⁽⁶⁴⁾ **SOBRINO, Waldo**; *Seguro y el Código Civil y Comercial*, Tomo I, Capítulo IX “*Seguros y el Nuevo Código Civil y Comercial*”, acápite IX.9) “*Suma Asegurada: Límites y las Excepciones aplicables*”, en especial, Punto .6) “*Casos donde la Compañía de Seguros tiene que pagar en exceso de la suma asegurada*”, páginas 585 a 639, Editorial La Ley, Buenos Aires, Julio de 2016

De tal forma que la Corte Suprema afirma que el hecho que el seguro de responsabilidad civil automotores sea de carácter *obligatorio* no sería argumento suficiente para declarar *inoponible* en el año 2017 la *suma asegurada* de \$ 30.000 fijada en el año 1992.

Análisis crítico:

Con anterioridad ya hemos desarrollado brevemente la trascendencia filosófica y legal de la circunstancia que un seguro no sea de contratación *voluntaria*, sino que la normativa vigente *ordene expresamente su contratación obligatoria*.

Ello implica -a no dudarlo- que el legislador quiere que la *víctima de un accidente de tránsito* se vea un *beneficiado* ⁽⁶⁶⁾ por la cobertura del *seguro obligatorio* ⁽⁶⁷⁾, como una forma de brindar amparo ⁽⁶⁸⁾ a los damnificados ⁽⁶⁹⁾

4.9) Equidad:

El fallo “*Flores vs. Gimenez*” para sostener la *arbitrariedad* de la Sentencia de la Sala “K” de la Cámara de Apelaciones, afirma que el monto de \$ 30.000 fijados por la Superintendencia de

⁽⁶⁵⁾ Ver: *Considerando 6°* (Fs. 13) del voto del Dr. Carlos Fernando Rosenkranzt, en la Sentencia *Flores vs. Gimenez*

⁽⁶⁶⁾ **SOBRINO, Waldo;** *Seguro y el Código Civil y Comercial*, Tomo I, Capítulo VIII “*Las Víctimas de siniestros y el Código Civil y Comercial*”, acápite VIII.1) “*Las Víctimas de Accidentes de Tránsito son Consumidores*”, páginas 381 a 444 y siguientes, Editorial La Ley, Buenos Aires, Julio de 2016

⁽⁶⁷⁾ **MAZEAUD, Henri y Léon - TUNC, Andre;** *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, Tomo Tercero, Volumen Segundo, traducción de la quinta edición por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, especialmente el párrafo n° 2.703-2 ‘*Seguro de responsabilidad por los accidentes de circulación*’, página 324 y siguientes, Ediciones Europa-América, Buenos Aires, 1963.

⁽⁶⁸⁾ **SANTOS BRIZ, Jaime;** *La Responsabilidad Civil - Derecho Sustantivo y Derecho Procesal*, Tomo I.-, ‘Introducción’, Acápite IV.- ‘Últimas propuestas en torno al seguro de accidentes en la circulación’, página 17, Editorial Montecorvo, Sexta Edición nuevamente revisada y actualizada, Madrid, España, 1991.

⁽⁶⁹⁾ **PAVELEK ZAMORA, Eduardo;** *Los Seguros de Responsabilidad Civil y su obligatoriedad de aseguramiento*, publicado en “Cuadernos de la Fundación” N° 7, Acápite .2) ‘Justificación de la obligatoriedad del aseguramiento’, donde citando el resultado de los trabajos de la ‘*Comisión de Responsabilidad Civil General del Comité Europeo de Seguros*’, del año 1983, explica que uno de los fundamentos del seguro obligatorio, es la ‘*protección de los consumidores*’, Editado por ‘Fundación Mapfre Estudios’, España, 1992.

Seguros en el año 1992 y que nuestro Máximo Tribunal ratifica su *monto* para el año 2017, cumple acabadamente con la normativa legal que exige expresamente que “...*las condiciones contractuales sean equitativas* (artículo 25)...” de la Ley 20.091 ⁽⁷⁰⁾

Análisis crítico:

La *equidad* en los *seguros* es una cuestión de tanta trascendencia, que nuestro admirado **Isaac Halperín** hace medio siglo enseñaba con fecha 19 de Noviembre de 1969, en la Ciudad de Viña del Mar (Chile), en la XII Conferencia Hemisférica de Seguros, que “...*en manera alguna se puede apartar la equidad como factor de solución...*”

Incluso el maestro **Halperín** en forma casi profética, en su carácter de destacadísimo Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en una nota -justamente- titulada “**El Juez y la aplicación del Contrato de Seguro**”-) enseñaba lapidariamente que: “...*la jurisprudencia es una ciencia útil, esto es, preordenada a los fines prácticos de la justicia...*” ⁽⁷¹⁾

Es que nosotros compartimos la *doctrina judicial tradicional* de la propia *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, cuando con todo fundamento enseñaba que “...*la equidad -según la teoría aristotélica- es una virtud que consiste en el hábito permanente para interpretar y aplicar la ley, determinando lo que es justo en cada caso particular...*” (in re: “**Ministerio de Cultura y Educación de la Nación**”, Considerando N° 11, de fecha 27 de Mayo de 1999) ⁽⁷²⁾

⁽⁷⁰⁾ Ver: *Considerando 7°* (Fs. 14) del voto del Dr. Carlos Fernando Rosenkranzt, en la Sentencia *Flores vs. Gimenez*

⁽⁷¹⁾ **HALPERIN, Isaac**; “**El Juez y la aplicación del Contrato de Seguro**”, en la “*Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*”, páginas 1 y 2 (la letra en negrita, es nuestra), Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1970.

⁽⁷²⁾ **SALTHU, Juan**; “**Abandono del proceso laboral ¿caducidad de la instancia o prescripción de la acción?**”, publicado en *La Ley Gran Cuyo*, página 908, del mes de Agosto de 2006, página 908, donde también se cita otra parte del fallo de la *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, donde se determina que “...*La naturaleza misma de la equidad es la rectificación de la ley cuando se muestra insuficiente por su carácter universal. La razón de esta virtud es que las leyes -como lo explica Santo Tomás- tienen que referirse sólo a lo general, no pueden contemplar todos los casos particulares, pues la materia de las cosas humanas operables es indeterminada y debe, en consecuencia, serlo también la regla de ellas. Luego la justicia, que consiste en obedecer la ley, tiene que ser rectificadora por esta virtud de la equidad en cuya razón no se atiende sólo a la letra de aquélla, sino a su espíritu, a la intención que el legislador debió tener, o, a la razón por la cual la ley manda con autoridad y obliga en conciencia...*”;

Es más, la misma *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, brinda pautas y fundamentos basilares respecto a la **equidad** que parecieran que fueron pensados para el caso “*Flores vs. Gimenez*” al enseñar que:

“...La naturaleza misma de la equidad es la rectificación de la ley cuando se muestra insuficiente por su carácter universal. La razón de esta virtud es que las leyes -como lo explica Santo Tomás- tienen que referirse sólo a lo general, no pueden contemplar todos los casos particulares, pues la materia de las cosas humanas operables es indeterminada y debe, en consecuencia, serlo también la regla de ellas...”

Agregando luego que *“...la justicia, que consiste en obedecer la ley, tiene que ser rectificada por esta virtud de la **equidad** en cuya razón no se atiende sólo a la letra de aquélla, sino a su espíritu, a la intención que el legislador debió tener, o, a la razón por la cual **la ley manda con autoridad y obliga en conciencia...**”* ⁽⁷³⁾

Por ello, es que con gran sabiduría **Antonio Boggiano** ⁽⁷⁴⁾ señala que los Jueces tienen la obligación de realizar un *Control de Constitucionalidad* y -además- un **Control de Equidad**, que se trata de *“...una rectificación o, en rigor, revocación de la norma....”*

Agregando que: *“...donde la norma disponía una cosa, por ser esta inequitativa, el juez dispone otra equitativa...”*

⁽⁷³⁾ Ver: *Corte Suprema de Justicia de la Nación*; de fecha 27 de Mayo de 1999, en los autos “**Ministerio de Cultura y Educación de la Nación**” (la letra en negrita y el subrayado, es nuestro)

⁽⁷⁴⁾ **BOGGIANO, Antonio**; “**Control de Constitucionalidad y control de equidad**”, donde en el Capítulo IV “*La equidad en la Constitución Nacional*”, explica que *“...el Preámbulo de la Constitución Nacional establece el fin de afianzar la justicia. Hay dos modos de afianzar la justicia. Declarando la inconstitucionalidad de la leyes irrazonables y evitando dar a los casos soluciones notoriamente injustas...”*.

El profesor Boggiano distingue entre los casos de **control de constitucionalidad** y **control de equidad**, señalando que *“...por ejemplo, hacer soportar el daño por mitad, en un “esfuerzo compartido” puede ser un criterio general aceptable, pero puede conducir a inequidades, aunque no a una inconstitucionalidad...”*, agregando que *“...la inequidad para ser inconstitucional debe ser “enorme”...”*.

También enseña que el **control de equidad** se trata de *“...una rectificación o, en rigor, revocación de la norma. **Donde la norma disponía una cosa, por ser esta inequitativa, el juez dispone otra equitativa...**”*, publicado en el Diario La Ley, página 1, de fecha 2 de Septiembre de 2014

.4.10) El seguro obligatorio tiene como finalidad social proteger a las víctimas de accidentes de tránsito:

En la Sentencia de la Corte Suprema se sostiene que “...*el seguro obligatorio del automotor tiene...una finalidad social...*”, resaltando que “...*la finalidad social del seguro de responsabilidad civil, que según la ley y la autoridad regulatoria es tanto proteger a las víctimas de los accidentes de tránsito...*” ⁽⁷⁵⁾

Análisis crítico:

En realidad estamos absolutamente de acuerdo con la *Corte Suprema de Justicia de la Nación* cuando enseña que el “*seguro obligatorio del automotor*” tiene una “*finalidad social*”.

Pero, nuestra discrepancia es que el Tribunal Címero, basándose en la *finalidad social* del seguro obligatorio, *restringe sin motivación razonable* todas las pautas indemnizatorias de las víctimas, dado que un cuarto de siglo después (2017) sigue *manteniendo inmodificable la suma asegurada de \$ 30.000 establecido en el año 1992*.

En cambio, la postura de la Sala “K” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que determina la *inoponibilidad*, cumpliría con la exigencia de *finalidad social* del *seguro obligatorio*

.4.11) Razonabilidad:

La Corte Suprema establece en el fallo que “...*el control judicial debe quedar ceñido, en lo sustancial, a que el ejercicio de las potestades de los restantes poderes del Estado se mantenga dentro de los límites de la garantía de razonabilidad...*” ⁽⁷⁶⁾

Análisis crítico:

Quizás, una de las mayores críticas que se le puede hacer a la sentencia que comentamos, es que -justamente- no sigue los lineamientos de la *razonabilidad* que tiene nuestra sociedad en general y

⁽⁷⁵⁾ Ver: *Considerando 9º* (Fs. 15) del voto del Dr. Carlos Fernando Rosenkranzt, en la Sentencia *Flores vs. Gimenez*

⁽⁷⁶⁾ Ver: *Considerando 9º* (Fs. 15 / 16) del voto del Dr. Carlos Fernando Rosenkranzt, en la Sentencia *Flores vs. Gimenez*

los *asegurados* y las *víctimas de accidentes de tránsito*, en particular, en especial, vinculados con las “*expectativas razonables*”

Al respecto, señalamos que adherimos a lo oportunamente enseñado por **Ricardo Lorenzetti** ⁽⁷⁷⁾, cuando explicaba que las *expectativas razonables*, ya no solo son una forma de interpretar los contratos, sino que se están convirtiendo en una *obligación* ⁽⁷⁸⁾

Y, a no dudarlo, que las *expectativas razonables*, ora del *asegurado*, ora de la *víctima del siniestro*, han quedado totalmente defraudadas cuando la sentencia del Tribunal Cimero determina que la suma de \$ 30.000 fijada en el año 1992, sigue inmutable en el año 2017.

En efecto, las “*creencias razonables*” (como las denominaba **Isaac Halperín**) ⁽⁷⁹⁾ o las “*reasonable expectations rules*” ⁽⁸⁰⁾ como las denomina la doctrina de Estados Unidos ⁽⁸¹⁾, son fundamentales al momento de dictar una Sentencia ⁽⁸²⁾

⁽⁷⁷⁾ **LORENZETTI, Ricardo Luis**; *Consumidores*, página 217, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2003

⁽⁷⁸⁾ En el mismo sentido, ver: **WEINGARTEN, Celia**; “*El valor económico de la confianza para empresas y consumidores*”, publicado en ‘Jurisprudencia Argentina’, página 20, de fecha 6 de Septiembre de 2000, quien enseña que “...las *razonables expectativas generadas por la confianza, constituyen entonces fuente autónoma de obligaciones, tanto en el plano extracontractual, como precontractual, contractual y poscontractual, cuyo quebrantamiento determina por sí, la reparación del daño causado...*”

⁽⁷⁹⁾ **HALPERIN, Isaac**; “*El Juez y la aplicación del Contrato de Seguro*”, en la “*Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*”, página 9, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1970.

⁽⁸⁰⁾ **DOBBYN, John F.**; *Insurance Law*, página 96, Ed. West Publishing Company, Minnesota, Estados Unidos, segunda reimpresión, 1993.

⁽⁸¹⁾ **JORDAN, Leo J.**; en *Property Insurance Litigator’s Handbook*, bajo la Coordinación de **Leonard E. Murphy; Andrew B. Downs** and **Jay M. Levin**; Capítulo 11.05 ‘*Policy Interpretation*’, página 324, donde se sostiene que cuando se aplica la *doctrina de las expectativas razonables del asegurado*, los Tribunales deben honrar y seguir las pautas del objetivo que tuvo el asegurado, de acuerdo a sus expectativas razonables, más allá de los términos del contrato de seguro, no obstante que un cuidadoso estudio de las presiones de la póliza negaran dichas expectativas; American Bar Association, Chicago, Estados Unidos, 2007.

⁽⁸²⁾ **JERRY II, Robert H.**; *Understanding Insurance Law*, Capítulo I, parágrafo 25 D, “*The Doctrine of Reasonable Expectations*”, página 106 y siguientes, donde se expone que “...la *doctrina de las expectativas razonables es usada por las Cortes para proteger a los consumidores...*”, Ed. Mathew Bender & Co. Inc., New York, Estados Unidos, 1987.-

Así, con toda profundidad lo expresaba **Ricardo Lorenzetti**, en un voto dictado en los autos caratulados “*Ferreira, Víctor Daniel vs. Virgen de Itati Concesionarios de Servicios Viales S.A. s/Daños y Perjuicios*”, F. 1116, XXXIX, de la *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, donde sentaba la doctrina judicial que “...*el prestador debe cumplir sus obligaciones de buena fe, lo que, en el caso, exige un comportamiento que proteja la expectativas razonables que se crean en la otra parte...*” (la letra negrita, es nuestra), de fecha 21 de Marzo de 2006

Volviendo al caso *sub examine* resulta claro que las *expectativas razonables* del asegurado es que la *depreciación monetaria de medio siglo* (v.gr. desde **1992** -en que la Superintendencia de Seguros de la Nación- fijó el monto de \$ 30.000, hasta **2017**, que es la fecha en que la Corte Suprema dictó la sentencia), no sea soportado por el propio *asegurado* (v.gr. *consumidor*)

4.12) Desnaturalización de la función social del seguro:

En la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia se señala que “...*no es para nada claro que la limitación de la responsabilidad de las compañías aseguradoras...desnaturalice la ‘función social del seguro’ como lo ha indicado el tribunal a quo, ni que inhiba la realización de su finalidad social...*”; agregando inmediatamente después que “...*antes bien, parece ocurrir lo contrario...*”⁽⁸³⁾

Y, posteriormente se sostiene que “...*la sentencia de la cámara, al obligar a la aseguradora a afrontar el pago de los daños sufridos por la víctima más allá del límite que emerge de la póliza con el único argumento de la supuesta desnaturalización de la función social del seguro, implica una violación del derecho de propiedad...*”⁽⁸⁴⁾

Análisis crítico:

Nuestra concepción es diametralmente opuesta a la sostenida por la Corte Suprema, dado que si existe un ejemplo de *desnaturalización*, es justamente el caso “*Flores vs. Gimenez*”.

⁽⁸³⁾ Ver: *Considerando 9°* (Fs. 16) del voto del Dr. Carlos Fernando Rosenkranzt, en la Sentencia *Flores vs. Gimenez*

⁽⁸⁴⁾ Ver: *Considerando 13°* (Fs. 21) del voto del Dr. Carlos Fernando Rosenkranzt, en la Sentencia *Flores vs. Gimenez*

Ello es así, dado que la *naturaleza* del seguro obligatorio de responsabilidad civil de automotores, es la *protección de la víctima* ⁽⁸⁵⁾ y la Sentencia del Máximo Tribunal, *desnaturaliza* dicho seguro obligatorio, dado que *el damnificado no tiene una protección real y efectiva* ⁽⁸⁶⁾

Respecto a esta temática, resulta muy provechoso abreviar en las enseñanzas de **Rezzónico** ⁽⁸⁷⁾, cuando al estudiar la cuestión de la *desnaturalización de las obligaciones*, determina que son aquellas que violentan los *deberes esenciales* o la *naturaleza del contrato*, yendo *en contra del fin del contrato*, como sucede en el caso *sub examine*

O, siguiendo las enseñanzas de la propia *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, cuando a través de su *Jurisprudencia* ⁽⁸⁸⁾, ha brindado las pautas para considerar el concepto de **desnaturalización** al sentenciar que: “...*en definitiva, desnaturaliza en el caso de autos el instituto del seguro e implica la afectación de los derechos de los damnificados por los accidentes, para quienes el seguro cumple una función de garantía en la efectiva percepción de la indemnización por el daño causado...*”, según se expone en los autos caratulados “*Ortega, Diego Nicolás vs. Transportes Metropolitanos General Roca S.A.*” ⁽⁸⁹⁾, de fecha 20 de Octubre de 2009 ⁽⁹⁰⁾

⁽⁸⁵⁾ FARINA, Juan M.; *Defensa del Consumidor y del usuario*, página 388, Editorial Astrea, 3° edición actualizada ampliada, Buenos Aires, 2004.

⁽⁸⁶⁾ MOSSET ITURRASPE, Jorge - LORENZETTI, Ricardo Luis, *Defensa del Consumidor (Ley 24.240)*, página 244, parágrafo 3 ‘*Cláusulas que desnaturalicen las obligaciones*’, punto .a) *El significado de desnaturalización*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994.

⁽⁸⁷⁾ REZZONICO, Juan Carlos; *Contratos con cláusulas predispuestas (Condiciones negociales generales)*, páginas 378/379, parágrafo n° 267 “*Apartamiento del fin del contrato y de los deberes cardinales*”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987.

⁽⁸⁸⁾ Ver: *Corte Suprema de Justicia de la Nación*; in re: “*Fernandez vs. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires - Secretaría de Educación*”, de fecha 10 de Noviembre de 2015, Cita On Line: AR/JUR/46004/2015, publicado en el Diario La Ley, página 7, de fecha 9 de Diciembre de 2015

⁽⁸⁹⁾ Ver: *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, in re: “*Ortega, Diego Nicolás vs. Transporte Metropolitano General Roca S.A.*”, de fecha 20 de Octubre de 2009, publicado en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, del mes de Noviembre de 2009; Diario La Ley, de fecha 12 de Noviembre de 2009; Cita Fallos Corte: 332:2418; Cita online: AR/JUR/36835/2009

.4.13) Menor cobertura, menor precio del seguro:

En la Sentencia que se estudia, se sostiene que “...*todo límite de cobertura debería reducir el precio de la póliza: a menor cobertura, menor riesgo asegurado y, al menos en un mercado asegurador competitivo, menor precio final del seguro...*” (91)

Análisis crítico:

La primera crítica, es que con el criterio que *cuanto más baja es la indemnización, más bajos son los costos*, se avalan situaciones de extrema injusticia, como es el caso *sub examine*, donde el Máximo Tribunal determina la validez de una *suma asegurada* de \$ 30.000 para indemnizar -por ejemplo- la muerte de una persona.

La segunda crítica, de índole técnica (pero por ello no menos importante) es que los *costos* de los seguros y las *menores sumas aseguradas* no tienen un carácter *lineal y proporcional*, de manera tal que lo expuesto en la Sentencia no tiene una aval técnico concreto.

Es más ello es expresamente reconocido por el Dr. Rosenkrantz al afirmar que “...*obviamente, todas las consideraciones precedentes son conjeturales...*” (92)

Por un lado, claramente se realizó un razonamiento *conjetural* en la Sentencia *sub examine*, dado que la mera hipótesis que la *indemnización más baja* hace que los *costos sean más bajos* y que por ello más gente contrate el seguro obligatorio, no se encuentra acompañado por ninguna pauta objetiva que -siquiera- demuestre la aplicación concreta de dicho pensamiento.

Y, por otro lado, el *límite* de toda *doctrina judicial* es la *razonabilidad*, y queda evidenciado que el mantenimiento de una suma asegurada *irrisoria*, jamás puede ser avalado por un Tribunal de Justicia

(90) “...*Considerando: 1º) Que este Tribunal comparte el dictamen de la señora Procuradora Fiscal en la causa B.2125.XLII “Barreiro, Jorge Andrés c. Transportes Metropolitanos Belgrano Sur S.A.”, de fecha 23 de septiembre de 2008, a cuyos fundamentos y conclusiones cabe remitir...*”

(91) Ver: *Considerando 9º* (Fs. 16 / 17) del voto del Dr. Carlos Fernando Rosenkrantz, en la Sentencia *Flores vs. Gimenez*

(92) Ver: *Considerando 9º* (Fs. 18) del voto del Dr. Carlos Fernando Rosenkrantz, en la Sentencia *Flores vs. Gimenez*

.4.14) Limitación de \$ 30.000 por muerte “...no se ha demostrado que esa limitación sea irrazonable...”

En el fallo estudiado, se determina con relación a la *suma asegurada* de \$ 30.000 fijado en el año 1992, para responder -por ejemplo- para situaciones de pérdida de vidas humanas, que la aplicación de dicho monto “...*no se ha demostrado que esa limitación sea irrazonable...*”⁽⁹³⁾

Análisis Crítico:

Pues sí. Resulta evidente que es una *limitación* claramente *irrazonable*, dado que no cumple con el *objetivo* concreto y específico de ser suficiente para indemnizar los daños de las víctimas (en especial, tratándose de un seguro *obligatorio*).

Pero, mucho más importante que nuestra opinión, es lo resultado por nuestra *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en casos análogos.

Así, podemos recordar el caso “*Barreiro, Jorge vs. Transportes Metropolitanos Belgrano Sur S.A.*” (S.C. B. 2125, L. XLII.), de fecha 23 de Septiembre de 2008, donde se analiza la cuestión de la *razonabilidad* en un *seguro obligatorio*

Al respecto es pertinente resaltar que en el dictamen del *Dictamen del Procurador* (al cual luego adhiere la *Corte Suprema de Justicia de la Nación*), se establece en forma precisa y puntual que existe *irrazonabilidad* cuando se: “...*deja sin cobertura a la casi totalidad de las víctimas en caso de siniestro y que torna inútil y carente de finalidad su contratación...*”⁽⁹⁴⁾

Parecería que se está haciendo referencia directa al caso “*Flores vs. Gimenez*” dado que con una *suma asegurada* de \$ 50.000 se “...*deja sin cobertura a la casi totalidad de las víctimas en caso de siniestro y que torna inútil y carente de finalidad su contratación...*”

⁽⁹³⁾ Ver: *Considerando 10°* (Fs. 19 /20) del voto del Dr. Carlos Fernando Rosenkranzt, en la Sentencia *Flores vs. Gimenez*

⁽⁹⁴⁾ Ver: <http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos> (la letra en negrita y el subrayado, es nuestro)

.4.15) Límite de la suma asegurada fue acordado entre el asegurado y la Compañía:

En la Sentencia de la Sentencia del Máximo Tribunal se afirma que “...no se justifica por si solo que los jueces hagan inoponible a la víctima el **límite de cobertura**, que...**ha sido acordado entre asegurado y aseguradora...**” (95)

Análisis crítico:

Si hay algo que la doctrina y jurisprudencia tienen claro y sin hesitaciones, es que en los *seguros obligatorios* el *límite de cobertura* **no ha sido acordado entre asegurado y aseguradora**, dado que fue determinado en forma *unilateral, obligatoria e inconsulta* por la Superintendencia de Seguros de la Nación.

Por ello, el argumento expuesto por el Máximo Tribunal, se asemeja más a un sofisma que a una fundamentación legal, dado que por definición legal *el asegurado no ha acordado ningún límite de cobertura del seguro obligatorio*.

Al respecto es muy ilustrativo, lo enseñado por **Ricardo Lorenzetti** (96), cuando con toda precisión y profundidad explica que “...*el contrato de celebra por adhesión cuando la redacción de sus cláusulas corresponde a una sola de las partes, mientras que la otra se limita a aceptarlas o rechazarlas, sin poder modificarlas...*”

Es decir, la situación del caso *sub examine* es justamente *todo lo contrario a lo expuesto en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, dado que -obvio es decirlo- el *límite de la suma asegurada* en verdad *no fue pactado* entre el asegurado y la Compañía de Seguros, sino que fue ordenado en forma obligatoria por la Superintendencia de Seguros de la Nación

(95) Ver: *Considerando 11°* (Fs. 20) del voto del Dr. Carlos Fernando Rosenkranz, en la Sentencia *Flores vs. Gimenez*

(96) **LORENZETTI, Ricardo**; *Consumidores*, Segunda Edición Actualizada, “*Parte Especial*”, Capítulo Sexto ‘*Protección Contractual*’, *Primera Parte ‘La disciplina de las cláusulas abusivas’*, Punto .1) ‘*Contratos por Adhesión y de Consumo*’, página 277, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009.

.4.16) Art. 1.137 del Código Civil:

En el fallo de la Corte Suprema se señala como uno de sus fundamentos que “...*el contrato de seguro solamente rige la relación jurídica entre las partes que lo celebran (artículos 1137...del Código Civil...actuales artículos 957 y 959 del Código Civil y Comercial de la Nación)*...”⁽⁹⁷⁾

Análisis crítico:

Es importante señalar que -casi por definición- jamás el *contrato de seguros* celebrado por una persona física (asegurado) se realizó dentro del marco del Art. 1.137 del Código Civil de Vélez Sarsfield, donde ambas parte discuten los términos y condiciones del contrato.

Así, en términos generales en casi todos los contratos donde participa un consumidor, no se aplica el Art. 1.137, dado que es un contrato de adhesión y también contrato de consumo; y, en particular, en los *contratos de seguros* dicha *asimetría* es todavía más marcada, dado que el asegurado es un *consumidor de seguros*.

Para no realizar reiteraciones innecesarias, es con nos remitimos *brevitatis causae* a lo antes desarrollado respecto a esta tópic, recordando -solamente- que hace más de dos siglos, en el año 1783, el gran tratadista francés de seguros **Emerigon**⁽⁹⁸⁾ ya enseñaba que los *contratos de seguros* era un **Formulario pre redactado por las propias Compañías de Seguros** (v.gr.. lo que hoy llamaríamos un *contrato de adhesión*), enseñando el doctrinario francés que existían “**Formularios impresos**”, para los *contratos de seguros*, haciendo referencia a los textos que se usaban en Marsella, Nantes, Bordeaux, Londres, etc.⁽⁹⁹⁾

⁽⁹⁷⁾ Ver: *Considerando 12°* (Fs. 21) del voto del Dr. Carlos Fernando Rosenkranzt, en la Sentencia *Flores vs. Gimenez*

⁽⁹⁸⁾ **ÉMÉRIGON; *Traité des Assurances et des Contrats a la grosse***, Tomo Primero, Capítulo I ‘*Observations Générales*’, Sección III “*Des Formules imprimées*”, página 53, donde se transcriben *Pólizas de Seguros preimpresas*, como *Formule de Marseille; Formule de Nantes; Formule usitée a Bordeaux; Formule de Londres*, Rennes, Chez Molliex, Libraire-Editeur, Chez Charles-Béchet, Libraire, Paris, 1828

⁽⁹⁹⁾ **SOBRINO, Waldo; *Seguro y el Código Civil y Comercial***, Tomo I, Capítulo III “*Contratos y el Código Civil y Comercial*”, acápite 7) **Seguros: Contratos Paritarios (Art. 957), Contrato de Adhesión (Art. 984), Contrato de Consumo (Art. 1.093)**, subacápite 7,2) “**Contrato de Adhesión**”, página 201 y siguientes, Editorial La Ley, Buenos Aires, Julio de 2016

.4.17) Art. 1.197 del Código Civil:

La Sentencia del Máximo Tribunal, determina que “...*el contrato de seguro solamente rige la relación jurídica entre las partes que lo celebran (artículos...1197 del Código Civil...actuales artículos 957 y 959 del Código Civil y Comercial de la Nación)*...”⁽¹⁰⁰⁾

Análisis crítico:

En el *contrato de seguro*, en especial, cuando participa un asegurado / persona física, la aplicación del Art. 1.197 es absolutamente impropia, dado que no se trata de un *contrato paritario*, ni existe una igualdad de las partes para la negociación, dado que existe una *asimetría total y absoluta de la Compañía de Seguros frente al asegurado*.

Es por ello que -derechamente- en la actualidad de hablar del *mito de la autonomía privada*, en especial cuando participa un consumidor (y, en particular, un asegurado)⁽¹⁰¹⁾

Atento que también nos hemos referido *ut supra* a estas cuestiones, es que ahora solamente recordaremos que no solo no se aplica el Art. 1.197 al *contrato de seguro*⁽¹⁰²⁾ por no es un *contrato paritario*⁽¹⁰³⁾, sino que el *contrato de seguro*⁽¹⁰⁴⁾ fue el primer *contrato de adhesión*⁽¹⁰⁵⁾ que se utilizó en la historia⁽¹⁰⁶⁾

⁽¹⁰⁰⁾ Ver: *Considerando 12°* (Fs. 21) del voto del Dr. Carlos Fernando Rosenkranzt, en la Sentencia *Flores vs. Gimenez*

⁽¹⁰¹⁾ SHINA, Fernando; “*El caso ‘Buffoni’: la resucitación de la Autonomía de la voluntad. La regresión de la Corte Suprema. Del milagro bíblico al anacronismo jurídico*”, publicado en ElDial.com, de fecha 5 de Septiembre de 2014

⁽¹⁰²⁾ RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean; *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*, traducción de la Dra. Delia Garcia Daireaux, bajo la Supervisión del Dr. Jorge Joaquín Llambías, Tomo IV, ‘Las Obligaciones (Primera Parte)’, Volumen I, parágrafo n° 53, páginas 48/49, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1987

⁽¹⁰³⁾ JOSSERAND, Louis; *Derecho Civil*, Tomo II, Volumen II ‘Contratos’, traducción de Santiago Cunchillos y Manterola, página 296, parágrafo n° 1.380, donde señalan que en el *contrato de seguro* el cliente se *adhiera* a las condiciones de la Póliza impuestas por la Compañía de Seguros, que generalmente no pueden ser discutidas, Ed. Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1951.

⁽¹⁰⁴⁾ DONNELLY, Thomas - BROWN, Craig; *Insurance Contract Interpretation*, Chapter 1 “*The creation of an insurance contract*”, donde señalan con respecto a ciertos contratos de seguros que son “...*policies drafted by insurers*”

Es más, desde la misma vigencia del Código Civil de Vélez Sarsfield, la propia *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, ya establecía límites al Art. 1.197, siendo pertinente recordar que un antiguo fallo del año **1873** determinaba que los acuerdos eran válidos “...*siempre que no sean contrarios a derecho...*” (*in re: S.C.J.N., 2º Serie, Vol. V, 1873, Causa CL, página 318*) ⁽¹⁰⁷⁾

4.18) Arts. 1.195 y 1.199 del Código Civil:

En el fallo de la Corte Suprema se afirma que el *contrato de seguros* “...*debe circunscribirse a los términos de la póliza (artículos 1195 y 1199 del código civil...*” ⁽¹⁰⁸⁾

Análisis crítico:

De acuerdo a lo ordenado por el Art. 42 de la Constitución Nacional, cuando existe un *consumidor*, como es el asegurado, debe analizarse la cuestión legal, a través de la *relación de consumo*.

Justamente, toda la normativa consumerista de la Ley de Defensa del Consumidor, en especial, a través del fundamental Art. 40, establece las responsabilidades legales de toda la *cadena de comercialización* frente a los consumidores, aunque no exista un *relación contractual*.

De esta forma, sin hesitar, se puede afirma que cuando existe *consumidores* involucrados en una *relación de consumo*, como efectivamente sucede en el caso “*Flores vs. Gimenez*”, es que bajo

and presented to the policyholder on a take-i-or-leave-it-basis...”, página 1, Ed. Carswell - Thomson Reuters, Canada, 2014

⁽¹⁰⁵⁾ ANDERSON, Eugene - STANZLER, Jordan - MASTERS, Lorelie; *Insurance Coverage Litigation*, Capítulo 2 “*Rules of Insurance Policy Interpretation*”, acápite 2.01 “**Introduction: Insurance Policies as Contracts of Adhesion and modern contract theory**”, página 2-3, donde se explica que “...*standard form contracts have existed for more than 200 years...*” (traducción libre realizada por nosotros), Editorial Wolters Kluwer Law and Business, 2nd edition, New York, 2015

⁽¹⁰⁶⁾ SOBRINO, Waldo; *Consumidores de Seguros*, Acápite II.4.2 “**Contrato de Seguros. Contrato de Adhesión**”, páginas 94 a 118, Editorial La Ley, Noviembre de 2009

⁽¹⁰⁷⁾ ANTOKOLETZ, Daniel; *Código Civil*, Tomo I, Art. 1.197, página 364, Libreros Editores Juan Roldán & Cía, Florida 359, Buenos Aires, 1931

⁽¹⁰⁸⁾ Ver: *Considerando 12º* (Fs. 21) del voto del Dr. Carlos Fernando Rosenkranzt, en la Sentencia *Flores vs. Gimenez*

ningún punto de vista se puede aplicar el principio del *efecto relativo de los contratos*, establecidos en los Arts.1.195 y 1.199 del Código de Vélez Sarsfield

O, para decirlo con palabras más autorizadas que las nuestras, es que seguimos las enseñanzas de **Ricardo Lorenzetti** ⁽¹⁰⁹⁾ cuando explica que: “...*el Derecho Civil diseñó el principio de los efectos relativos de los contratos...*”, y agregando luego con toda precisión y profundidad que: “...*El Derecho del consumo lo destruyó...*”

.4.19) La Ley de Defensa del Consumidor no modifica la Ley de Seguros:

En la Sentencia del Tribunal Cintero en el voto de Dr. Carlos Fernando Rosenkranzt se señala que “...*una ley general posterior...no deroga ni modifica una ley especial anterior...*” ⁽¹¹⁰⁾ y también en el voto de Ricardo Lorenzetti y Elena Highton de Nolasco se explica que “...*una ley general posterior no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la ley especial anterior, tal como ocurre en el caso de la singularidad de los contratos de seguro...*”

Análisis crítico:

La Ley de Defensa del Consumidor es la aplicación normativa del Art. 42 de la Constitución Nacional, de manera tal, que cuando se debe analizar esta temática, siempre se debe tener presente que nos encontramos en una tensión normativa entre la Constitución Nacional (Art. 42 y la Ley de Defensa del Consumidor), frente a un Ley simple (Ley de Seguros)

Incluso, la *Ley de Defensa del Consumidor no es una ‘Ley General’*, sino como bien enseña **Ricardo Lorenzetti** “...*la ley 26.361 es una ley especial de orden público...*” ⁽¹¹¹⁾

Por ello, compartimos las profundas enseñanzas de **Ricardo Lorenzetti**, cuando explica con absoluta claridad que “...*en los casos que presentan colisión de normas, es importante tener en*

⁽¹⁰⁹⁾ LORENZETTI, Ricardo Luis; *Consumidores*, página 53, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2003.

⁽¹¹⁰⁾ Ver: *Considerando 14°* (Fs. 22) del voto del Dr. Carlos Fernando Rosenkranzt, en la Sentencia *Flores vs. Gimenez*

⁽¹¹¹⁾ LORENZETTI, Ricardo Luis; *Consumidores*, Segunda Edición actualizada, páginas 60, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2009.

cuenta que no es la ley, sino la Constitución Nacional, la que es fuente principal del Derecho consumerista...” (112)

Y, tan ello es así, que con toda certeza **Ricardo Lorenzetti** enseña que “...la ley 26.361...cambia muchos aspectos del Código Civil...” y -agregamos nosotros- por ser la Ley de Defensa del Consumidor, una *ley especial*, de *orden público*, tratarse de *derechos civiles constitucionalizados* y derivar del Art. 42 de la carta Magna, es que *modifica a la Ley de Seguros* (113), agregando que -obviamente- también el nuevo Código Civil y Comercial modifica a la Ley de Seguros (114)

4.20) Franquicia oponible:

En el fallo de la Corte Suprema se determina que “...la oponibilidad de las cláusulas contractuales a los terceros ha sido el criterio adoptado por el Tribunal en los supuestos de contratos de seguro del transporte público automotor...” mencionado las sentencias “Obarrio”, “Gauna”, etc. (115)

Análisis crítico:

Desde antes del brillante Fallo Plenario “Obarrio” que determinó la *inoponibilidad* de la *Franquicia* frente a la *víctima* en los seguros de Transporte de Pasajeros, se venía señalando la injusticia que implicaba la postura de las Compañías de Seguros perjudicando a las víctimas damnificadas.

Así, gran parte de la jurisprudencia se había volcado hacia la posición que determinaba que dicha Franquicia era *inoponible a la víctima*, mientras que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, insistía que la franquicia era *oponible* a la víctima del accidente de tránsito (como por ejemplo, en el fallo “Gauna”)

(112) LORENZETTI, Ricardo Luis; *Consumidores*, Segunda Edición actualizada, páginas 44 / 45, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2009.

(113) SOBRINO, Waldo; “Las Modificaciones a la Ley de Seguros por aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor”, publicada en la ‘Revista de Responsabilidad Civil y Seguros’, del mes de Febrero de 2011

(114) SOBRINO, Waldo; *Seguro y el Código Civil y Comercial*, Tomo I, Capítulo VI “Las Modificaciones a la Ley de Seguros por el Código civil y Comercial”, páginas 283 a 360, Editorial La Ley, Buenos Aires, Julio de 2016

(115) Ver: *Considerando 15º* (Fs. 22 / 23) del voto del Dr. Carlos Fernando Rosenkranzt, en la Sentencia *Flores vs. Gimenez*

Mas, desde la plataforma normativa, dicha situación de inequidad, ha quedado absolutamente obsoleta y anacrónica, dado que la Resolución N° 39.927, de la Superintendencia de Seguros de la Nación, del mes de Julio de 2016, en forma expresa y específica, determinó que en los Seguros de Transporte Público de Pasajeros: *la Franquicia es inoponible a la víctima del accidente de tránsito* ⁽¹¹⁶⁾

Por ello, este fundamento de la sentencia del Máximo Tribunal carece de virtualidad jurídica, dado que la normativa legal que se aplica a la Jurisprudencia citada, ha sido modificada a favor de las víctimas, por medio de expresas mandas de la Superintendencia de Seguros de la Nación

.5) Los Veintitrés (23) fundamentos del Código Civil y Comercial que tornan inaplicable la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

Según señalamos en forma precedente, la Sentencia “*Flores vs. Gimenez*” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, fue dictada sobre la base y vigencia del Código Civil de Vélez Sarsfield.

De manera tal que su aplicación para el futuro resulta imposible legalmente, dado que se encuentra vigente el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994)

Y, obvio es decirlo, que ambos Códigos, en muchas cuestiones, son absolutamente incompatibles, en especial en lo referente a los *contratos de adhesión, contratos de consumo, consumidores, efecto relativo de los contratos*, etc.

Sin perjuicio de ello, es que a continuación, analizaremos el fallo “*Flores vs. Gimenez*” y los veintitrés (23) fundamentos del Código Civil y Comercial que avalan la inoponibilidad de la suma asegurada irrazonable

Señalamos que por la violación de *cualquiera* de las pautas que seguidamente se desarrollarán, la Sentencia “*Flores vs. Gimenez*” resultará *inaplicable* por conculcar el Código Civil y Comercial.

⁽¹¹⁶⁾ SOBRINO, Waldo; “*Regreso con gloria del fallo plenario 'Obarrio' respecto a la inoponibilidad de la franquicia de acuerdo a la Resolución N° 39.927 de la S.S.N. (Julio de 2016)*”, publicado en www.saij.gov.ar (Sistema Argentina de Información Jurídica), Id SAIJ: DACF170270, en fecha 19 de Junio de 2017

Pero, en nuestra opinión, la doctrina judicial del fallo analizado, *viola todos y cada uno de los Veintitrés (23) fundamentos del Código Civil y Comercial* que seguidamente se expondrán.

- .1) Art. 1°: *Inconstitucionalidad*
- .2) Art. 1°: *Inconvencionalidad*
- .3) Art. 2: *Equidad*
- .4) Art. 3°: *Razonabilidad*
- .5) Art. 51: *Dignidad de la persona*
- .6) Art. 984: *Contrato de Adhesión*
- .7) Art. 988, inciso .a) *Cláusulas Abusivas: Desnaturalización*
- .8) Art. 988, inciso .b) *Cláusulas Abusivas: restricción de los derechos del adherente*
- .9) Art. 988 inciso .c) *Cláusulas Abusivas: irrazonabilidad*
- .10) Art. 989: *Control judicial de las cláusulas abusivas*
- .11) Art.1.092: *Relación de Consumo*
- .12) Art. 1.093: *Contrato de Consumo*
- .13) Art. 1.094: *Prelación Normativa del Derecho de Consumo*
- .14) Art. 1.100: *Deber de Información; Deber de Consejo y Deber de Advertencia*
- .15) Art. 1.118: *Cláusulas Abusivas: negociadas individualmente y aprobadas expresamente*
- .16) Art. 1.119: *Cláusulas Abusivas: Desequilibrio significativo*
- .17) Art. 1.122: *Control Judicial de las Cláusulas Abusivas con Aprobación Administrativa*
- .18) Art. 1.743: *Nulidad del límite de indemnización: conculcar Derechos Indisponibles*
- .19) Art. 1.743: *Nulidad del límite de indemnización: violación de la Buena Fe*
- .20) Art. 1.743: *Nulidad del límite de indemnización: contrariar las Buenas Costumbres*
- .21) Art. 1.743: *Nulidad del límite de indemnización: no respetar Leyes Imperativas*
- .22) Art. 1.743: *Nulidad del límite de indemnización: aplicación de Cláusulas Abusivas*
- .23) Art. 1.746: *Violación de las pautas normativas de Indemnización por Lesiones*

.5.1) Art. 1°: Inconstitucionalidad:

El Art. 1° del Código Civil y Comercial referido a las *Fuentes*, determina que los casos que rige el Código deben ser resueltos conforme a la ***Constitución Nacional***. ⁽¹¹⁷⁾

⁽¹¹⁷⁾ VAZQUEZ FERREYRA, Roberto; “*Orden Público en el Derecho de Consumidor*”, donde recordando el “IX Encuentro de Abogados Civilistas” celebrado en Paraná en el año 1995, señala que “...los derechos y garantías

Y, en el caso en particular de la Sentencia “*Flores vs. Gimenez*” resulta claro que se conculca en forma palmaria la *Justicia*, de acuerdo a las pautas del *Preámbulo*.

Resulta claro que la determinación que la *suma asegurada* de \$ 30.000 establecida en el año 1992 para responder por *muerte o incapacidad total y permanente*, se aplique en el año 2017 (y en el futuro), sin *ninguna modificación*, resulta absolutamente *injusta*

Por ello, es que tanto a pedido de parte, como de oficio, debe declararse la *inconstitucionalidad* de la Resolución N° 21.999 dictada en el año 1992 por la Superintendencia de Seguros de la Nación, dado que los *montos establecidos* de \$ 30.000, en la actualidad violan la *Constitución Nacional* por ser *injustos* (*Preámbulo* de la Carta Magna) ⁽¹¹⁸⁾

.5.2) Art. 1°: Inconvencionalidad:

También se debe recordar que el Art. 1° del Código Civil y Comercial, ordena que los casos se resuelvan de acuerdo a los *Tratados de Derechos Humanos* en los que la República sea parte.

Es conveniente recordar que le asiste la razón a **Ricardo Lorenzetti** cuando enseña que “...*los derechos del consumidor son una especie del género ‘derechos humanos’...*”⁽¹¹⁹⁾, de manera tal, que la *violación de los Derechos del Consumidor* implica una abierta conculcación de los *Derechos Humanos* (*Art. 72 inciso 22 de la Carta Magna*)

Dentro de los distintos *principios* de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, podemos mencionar que son: (i) *Operativos*; (ii) *Progresividad*; (iii) *No Regresión* y (iv) “*Pro Hominis*”, que

tutelados por la Constitución Nacional son de orden público...”, publicado en el Diario La Ley, página 2, de fecha 20 de Noviembre de 2015.

⁽¹¹⁸⁾ **SOBRINO, Waldo**; *Consumidores de Seguros*, Acápite II.3.2 “*El Art. 42 de la Constitución Nacional*”, Subacápite II.3.2.3 “*Tiene prelación jerárquica dentro de la Carta Magna*”, páginas 67 a 70, Editorial La Ley, Noviembre de 2009

⁽¹¹⁹⁾ **LORENZETTI, Ricardo Luis**; *Consumidores*, Segunda Edición actualizada, páginas 136, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2009.

como bien enseñan **Juan Pablo Cafiero** y **Marisa Graham** “...*debe aplicarse al caso concreto la norma más favorable al ser humano, es decir, la aplicación del principio ‘pro hominis’...*” (120)

Así entonces, resulta claro y evidente que el fallo “*Flores vs. Gimenez*” viola el *Principio “Pro Hominis”* dado que no se protege al ser humano, sino que -por el contrario- se beneficia a las Compañías de Seguros al establecer que sigue vigente e incólume el monto de \$ 30.000 fijados hace un cuarto de siglo (121)

Por ello, es que a pedido de parte o de oficio, se debe determinar que la aplicación de la suma de \$ 30.000, sin modificaciones, después de veinticinco años viola claramente el *Principio “Pro Hominis”*.

.5.3) Art. 2: Equidad:

El Art. 2° del Código Civil y Comercial ordena que deben aplicarse los *Principios* cuando se deba interpretar la ley. Y, entre los *principios* fundamentales deben mencionarse la *Equidad* y la *Dignidad* del ser humano

Así, por un lado, recordando que la *Equidad* es *dar a cada uno lo suyo, en cada caso en particular*, es que resulta evidente que las pautas del caso “*Flores vs. Gimenez*” son evidentemente *inequitativas* (122)

(120) **CAFIERO, Juan Pablo - GRAHAM, Marisa**; “*Tratados sobre Derechos Humanos*”, en *Jerarquía Constitucional de los Tratados Internacionales*, bajo la Dirección de Juan Carlos Vega y Marisa Adriana Graham, Capítulo II, página 40 (la letra en negrita, es nuestra), Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996.

(121) **GELLI, María Angélica**; “*Orden Público en el Derecho Constitucional*”, Capítulo III “*Empleo de la expresión Orden Público en los Tratados Internacionales*”, publicado en el Diario La Ley, página 3, de fecha 11 de Noviembre de 2015.

(122) **BOGGIANO, Antonio**; “*Control de Constitucionalidad y control de equidad*”, donde en el Capítulo IV “*La equidad en la Constitución Nacional*”, explica que “...*el Preámbulo de la Constitución Nacional establece el fin de afianzar la justicia. Hay dos modos de afianzar la justicia. Declarando la inconstitucionalidad de la leyes irrazonables y evitando dar a los casos soluciones notoriamente injustas...*”.

El profesor Boggiano distingue entre los casos de *control de constitucionalidad* y *control de equidad*, señalando que “...*por ejemplo, hacer soportar el daño por mitad, en un “esfuerzo compartido” puede ser un criterio general aceptable, pero puede conducir a inequidades, aunque no a una inconstitucionalidad...*”, agregando que “...*la inequidad para ser inconstitucional debe ser “enorme”...*”.

Recordamos que la exigencia de “...*equidad*...” también se encuentra expresamente determinada en el Art. 25 del Ley 20.091, donde se exige que las cláusulas y condiciones de las Pólizas de seguros deben ser equitativas.

Y, obviamente, ello también se encuentra avalado por la pacífica y uniforme jurisprudencia de la *Corte Suprema de Justicia de la Nación* que enseña que “...la **equidad** -según la teoría aristotélica- es una virtud que consiste en el hábito permanente para interpretar y aplicar la ley, determinando lo que es justo en cada caso particular...” (in re: “**Ministerio de Cultura y Educación de la Nación**”, Considerando N° 11, de fecha 27 de Mayo de 1999) ⁽¹²³⁾

Es por ello, que al violar sin hesitaciones el Art. 2° del Código Civil y Comercial, es que la doctrina judicial del caso “*Flores vs. Gimenez*” resulta totalmente inaplicable.

.5.4) Art. 3°: Razonabilidad:

El Art. 3° del Código Civil y Comercial determina que las decisiones de los Jueces deben ser regidas por las pautas de la *razonabilidad*, y la experiencia de los años, nos indica que el cartabón de la *razonabilidad* es básico y fundamental en la aplicación del Derecho

También enseña que el *control de equidad* se trata de “...una rectificación o, en rigor, revocación de la norma. **Donde la norma disponía una cosa, por ser esta inequitativa, el juez dispone otra equitativa...**”, publicado en el Diario La Ley, página 1, de fecha 2 de Septiembre de 2014

⁽¹²³⁾ SALTHU, Juan; “*Abandono del proceso laboral ¿caducidad de la instancia o prescripción de la acción?*”, publicado en La Ley Gran Cuyo, del mes de Agosto de 2006, página 908, donde también se cita otra parte del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde se determina que “...La naturaleza misma de la equidad es la rectificación de la ley cuando se muestra insuficiente por su carácter universal. La razón de esta virtud es que las leyes -como lo explica Santo Tomás- tienen que referirse sólo a lo general, no pueden contemplar todos los casos particulares, pues la materia de las cosas humanas operables es indeterminada y debe, en consecuencia, serlo también la regla de ellas. Luego la justicia, que consiste en obedecer la ley, tiene que ser rectificadas por esta virtud de la equidad en cuya razón no se atiende sólo a la letra de aquélla, sino a su espíritu, a la intención que el legislador debió tener, o, a la razón por la cual la ley manda con autoridad y obliga en conciencia...”; Corte Suprema de Justicia de la Nación; de fecha 27 de Mayo de 1999, en los autos “**Ministerio de Cultura y Educación de la Nación**”

Resulta evidente que la doctrina judicial conculca el Art. 3º, dado que la solución que brinda la Corte Suprema *no es razonable* ⁽¹²⁴⁾, al determinar que una suma asegurada se mantiene incólume durante veinticinco años, a pesar de los nefastos procesos inflacionarios.

En efecto, no se debe bucear mucho en el análisis, para determinar que choca contra cualquier criterio de razonabilidad que la única cuestión que se ha mantenido con un *monto inalterable en pesos durante un cuarto de siglo* sea la *suma asegurada* de \$ 30.000 establecida en el año 1992

Por ello, es que atento que la doctrina judicial del fallo “*Flores vs. Gimenez*” no puede pasar por el filtro de la *razonabilidad*, es que no podrá aplicarse a la luz del Código Civil y Comercial

.5.5) Art. 51: Dignidad de la persona humana:

El Art. 51 es uno de los pilares del Código Civil y Comercial, dado que determina que la *persona humana es inviolable* y ordena el respeto a su *Dignidad*, dado -como bien sostiene **Robert Alexy**- se encuentra dentro de los *derechos fundamentales de las personas* ⁽¹²⁵⁾

Así, en el caso *sub examine*, es deviene evidente que es absolutamente insuficiente el monto depreciado de la suma asegurada (\$ 30.000), fijado hace veinticinco años, dado que es claro que no se respeta la *Dignidad* de las víctimas, que -además- como bien enseña **Carlos Gherzi**, la *dignidad* es “...*un principio general del derecho*...” que se expande sobre todo el ordenamiento jurídico ⁽¹²⁶⁾

Obvio es resaltar que el concepto de *dignidad* también ha sido expresamente avalado por la *Corte Suprema de Justicia de la Nación* ⁽¹²⁷⁾, al determinar que “...*la dignidad de la persona humana*”

⁽¹²⁴⁾ FARINA, Juan M.; *Defensa del Consumidor y del usuario*, página 388, Editorial Astrea, 3º edición actualizada ampliada, Buenos Aires, 2004.

⁽¹²⁵⁾ ALEXY, Robert; *Teoría de los Derechos Fundamentales*, “Introducción”, páginas 5 y 6, traducido por Carlos Bernal Pulido; Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2008

⁽¹²⁶⁾ GHERSI, Carlos; “*La Dignidad como principio general del Derecho*”, publicado en el Diario La Ley, con fecha 8 de Agosto de 2014.

⁽¹²⁷⁾ Ver: *Corte Suprema de Justicia de la Nación; in re: “Aquino, Isacio vs. Cargo Servicios Industriales S.A.”* de fecha 21 de Septiembre de 2004; Cita Fallos Corte: 327:3753; Cita online: AR/JUR/2113/2004

*constituye el centro sobre el que gira la organización de los **derechos fundamentales del orden constitucional** (Fallos: 314:424, 441/442, considerando 8º), y haga presente el art. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: toda persona tiene derecho a la satisfacción de los derechos económicos y sociales ‘indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad’...”*

Por ello, es que las pautas del fallo “*Flores vs. Gimenez*” donde se beneficia sin causa a las Compañías de Seguros y no brinda una indemnización real y efectiva a la persona accidentada, es que viola las pautas que ordenan proteger la dignidad de las personas.

Es que en nuestra opinión la doctrina judicial de la sentencia “*Flores*” conculca la *dignidad de la persona* expresamente amparada en la Constitución Nacional y en el Art. 51 del Código Civil y Comercial.

Así, recordando *El Juguete Rabioso*, es que en el caso que se mantenga las pautas del fallo *sub examine*, a la *dignidad de la persona* le sucederá lo mismo que al personaje de **Roberto Arlt**, va a quedar “...muerto para toda la vida...”⁽¹²⁸⁾

.5.6) Art. 984: Contrato de Adhesión:

El Art. 984 del Código Civil y Comercial determina que son *contratos de adhesión* aquellos en los cuales uno de los contratantes adhiere a las *cláusulas generales* que son *predispuestas unilateralmente* por la otra parte o un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción, dado que “...*las partes no negocian sus cláusulas...*”⁽¹²⁹⁾

Es por ello que la doctrina judicial del caso “*Flores vs. Gimenez*” jamás se podrá aplicar con la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, dado que no puede existir ninguna duda que el *contrato* celebrado por un *asegurado / persona física* (v.gr. *Gimenez*), no es un *contrato paritario*

⁽¹²⁸⁾ **ARLT, Roberto**; *El Juguete Rabioso*, página 84, Ed. Arte Gráfico Editorial Argentino, Buenos Aires, 2014

⁽¹²⁹⁾ **LORENZETTI, Ricardo Luis (Director)**; *Código Civil y Comercial Comentado*, Tomo V, Art. 984, página 638, comentado por **Rubén Stiglitz**, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2015

regido por las viejas pautas de los Arts. 1.137 y 1.197 del Código Velezano, sino que -sin hesitaciones- es un *Contrato de Adhesión* ⁽¹³⁰⁾

Como consecuencia de ello, al ordenar la normativa vigente que el *contrato de seguros* es un *contrato de adhesión* (en contra: **Lopez Saavedra**) ⁽¹³¹⁾, es que resulta absolutamente inaplicable la doctrina judicial del caso “*Flores vs. Gimenez*”

.5.7) Art. 988, inciso .a): Desnaturalización:

El inciso .a) del Art.988 del Código Civil y Comercial, tilda de *Cláusulas Abusivas* aquellas que “...*desnaturalizan las obligaciones del predisponente...*”, es decir aquellas “...*alteran o desfiguran el vínculo obligacional...*” ⁽¹³²⁾

Parecería que está haciendo expresa referencia al caso “*Flores vs. Gimenez*”, dado que existe una *desnaturalización* clara y evidente de la finalidad del seguro obligatorio de responsabilidad civil de automotores.

Ello es así, dado que como bien enseña **Juan Carlos Rezzónico** ⁽¹³³⁾, existe una *desnaturalización de las obligaciones* cuando se violan los *deberes esenciales* o la *naturaleza del contrato*, cuando vayan *en contra del fin del contrato*.

⁽¹³⁰⁾ **SOBRINO, Waldo**; *Seguro y el Código Civil y Comercial*, Tomo I, Capítulo I “*Consumidores y el Código Civil y Comercial*”, acápite .13.3) “*Contrato de Adhesión*”, páginas 43 y siguientes, Editorial La Ley, Buenos Aires, Julio de 2016

⁽¹³¹⁾ En contra: **LOPEZ SAAVEDRA, Domingo**; *Ley de Seguros (Comentada y Anotada)*, página 74, Nota 143, donde sostiene que “...*no comparto la opinión de algunos autores y que incluso ha sido expuesta en algún precedente de nuestros Tribunales, de que el contrato de seguro sea uno de ‘adhesión’ en el que el asegurado adhiere a cláusulas predispuestas y a textos uniformes...*” (la letra en negrita, es nuestra), Editorial La Ley, Buenos Aires, Octubre de 2007.

⁽¹³²⁾ **LORENZETTI, Ricardo Luis (Director)**; *Código Civil y Comercial Comentado*, Tomo V, Art. 988, página 652, comentado por **Rubén Stiglitz**, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2015

⁽¹³³⁾ **REZZONICO, Juan Carlos**; *Contratos con cláusulas predispuestas (Condiciones negociales generales)*, páginas 378/379, parágrafo nº 267 “*Apartamiento del fin del contrato y de los deberes cardinales*”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987.

Y, en el caso *sub examine* no hay duda alguna que se *frustró la finalidad del contrato* ⁽¹³⁴⁾, ya que el objetivo de dicho seguro obligatorio de automotores de indemnizar a las víctimas, claramente no se cumple bajo ningún punto de vista, con una suma asegurada de \$ 30.000, dado que destroza la *esencia* y las *raíces* de dicho contrato obligatorio ⁽¹³⁵⁾

Por todo ello, es que la suma asegurada de \$ 30.000 es una *Cláusula Abusiva* en los términos del Art. 988, inciso .a) del Código Civil y Comercial

.5.8) Art. 988, inciso .b): Restricción de los derechos:

El inciso .b) del Art. 988 del Código Civil y Comercial, tacha como *Cláusulas Abusivas* aquellas que impliquen una “...*restricción a los derechos del adherente...*” ⁽¹³⁶⁾

Justamente es el caso *sub examine*, dado que el asegurado pagó con una moneda valorizada el precio del seguro, pero después de varios (muchos) años, la *suma asegurada* le fue *disminuyendo* en su poder adquisitivo, *restringiendo sus derechos*

Nótese que con la doctrina judicial del fallo “*Flores*” en forma simultánea se le restringen los *derechos* a la *víctima* y al *asegurado*.

Ello es así, dado -por un lado- que el damnificado ve restringido su ‘*derecho a la indemnización*’ por no recibir una *compensación lógica y actualizada*; y -por otro lado- el *asegurado* también sufre una *restricción* de su ‘*derecho a la indemnidad*’, dado que la suma asegurada que contrató oportunamente, se ha visto depreciada sin su culpa por el mero transcurso del tiempo.

⁽¹³⁴⁾ MOSSET ITURRASPE, Jorge; *La frustración del contrato*, página 58, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 1991.

⁽¹³⁵⁾ Siguiendo a la doctrina inglesa, Rezzónico afirma que se afecta la *esencia* o los ‘*deberes cardinales*’ del contrato, cuando se contraría ‘*the root of the contract*’ (REZZONICO, Juan Carlos; *Contratos con cláusulas predispuestas - Condiciones negociables generales*, página 380 -la letra negrita, es nuestra-, párrafo n° 268 “*Incumplimiento de deberes fundamentales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987).

⁽¹³⁶⁾ LORENZETTI, Ricardo Luis (Director); *Código Civil y Comercial Comentado*, Tomo V, Art. 988, página 652, comentado por Rubén Stiglitz, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2015

Como consecuencia de ello, es que la doctrina judicial del caso “*Flores vs. Gimenez*” resulta totalmente inaplicable, por violar en forma expresa el Art. 988, inciso ,b) del Código Civil y Comercial.

.5.9) Art. 988 inciso .c): Expectativas Razonables:

El inciso .c) del Art. 988 del Código Civil y Comercial, determina que son *Cláusulas Abusivas*, aquellas que no sean *razonables*.

Dicha pauta es utilizada en el ámbito de los *seguros* ⁽¹³⁷⁾, tanto la doctrina internacional ⁽¹³⁸⁾, como la de nuestro país (por todos: **Isaac Halperín**) ⁽¹³⁹⁾, bajo la denominación de las “*Expectativas Razonables*” ⁽¹⁴⁰⁾, que se aplica de manera habitual ⁽¹⁴¹⁾, para proteger a los más vulnerables, ya

⁽¹³⁷⁾ **ANDERSON, Eugene - STANZLER, Jordan - MASTERS, Lorelie; *Insurance Coverage Litigation***, Capítulo 2 “*Rules of Insurance Policy Interpretation*”, acápite 2.01 (B), donde con relación a la doctrina de las “*Expectativas Razonables*” se señala que “...In 1970, Professor Keeton formulated that doctrine as follows: ‘the objectively reasonable expectations of applicants and intended beneficiaries regarding the terms of insurance contracts will be honored even though painstaking study of the policy provisions would have negated those expectations’...”, página 2-19, Editorial Wolters Kluwer Law and Business, 2nd edition, New York, 2015

⁽¹³⁸⁾ **DONNELLY, Thomas - BROWN, Craig; *Insurance Contract Interpretation***, Chapter 9 “*Circumvention of Policy Language*”, acápite 5 “*Reasonable Expectations*”, (b) *Reasonable Expectations in the United States*, página 177, Nota 69, donde se cita la Sentencia “*Brissette vs. Westbury Life Insurance Company*”, donde se establece “...generally, the aim of that doctrine is to make certain that insurance policies provide the coverage which the insured can reasonably expect to receive...”, Ed. Carswell - Thomson Reuters, Canada, 2014

⁽¹³⁹⁾ **HALPERIN, Isaac; “El Juez y la aplicación del Contrato de Seguro”**, en la “*Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*”, página 9, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1970.

⁽¹⁴⁰⁾ **JORDAN, Leo J.**; en *Property Insurance Litigator’s Handbook*, bajo la Coordinación de **Leonard E. Murphy; Andrew B. Downs** and **Jay M. Levin**; Capítulo 11.05 ‘*Policy Interpretation*’, página 324, donde se sostiene que cuando se aplica la *doctrina de las expectativas razonables del asegurado*, los Tribunales deben honrar y seguir las pautas del objetivo que tuvo el asegurado, de acuerdo a sus expectativas razonables, más allá de los términos del contrato de seguro, no obstante que un cuidadoso estudio de las presiones de la póliza negaran dichas expectativas; American Bar Association, Chicago, Estados Unidos, 2007.

⁽¹⁴¹⁾ **DOBBYN, John F.; *Insurance Law***, página 96, Ed. West Publishing Company, Minnesota, Estados Unidos, segunda reimpresión, 1993.

que “*la doctrina de las expectativas razonables es usada por las Cortes para proteger a los consumidores*” ⁽¹⁴²⁾

Por ello, al no cumplir con las *Expectativas Razonables* del asegurado ni de la víctima del accidente de tránsito, es que la *suma* asegurada de \$ 30.000 deviene una *Cláusula Abusiva*, en los términos del Art. 988, inciso .c)

5.10) Art. 989: Aprobación Administrativa:

En el Art. 989 del Código Civil y Comercial, en forma expresa se ordena que “...*la aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta su control judicial...*”

Dicha norma alcanza -sola- para dejar sin efecto las nefastas consecuencias de la aplicación de la *irrazonable y abusiva suma asegurada* de \$ 30.000 para responder en los casos de pérdidas de vidas humanas.

Pero, en la Sentencia “*Flores*” que se dictó de acuerdo a las pautas del Código Civil de Vélez Sarsfield, es que la *Corte Suprema de Justicia de la Nación* determinó que dicha *suma asegurada* debe aplicarse siempre, dado que la determinó “...*la Superintendencia, en uso de sus facultades regulatorias conferidas por la ley (leyes 20.091 y 24.449)...*” y que debe respetarse dado que no se ha pedido ni declarado “...*la inconstitucionalidad de la norma regulatoria que fija dicho límite...*” ⁽¹⁴³⁾

En cambio, con la aplicación del Art. 989, se debe declarar la *abusividad* de dicho *tope de indemnización irrazonable*, dado que como bien se enseña en la obra *Código Civil y Comercial de*

⁽¹⁴²⁾ **JERRY II, Robert H.**; *Understanding Insurance Law*, Capítulo I, parágrafo 25 D, “*The Doctrine of Reasonable Expectations*”, página 106 y siguientes, Ed. Mathew Bender & Co. Inc., New York, Estados Unidos, 1987.-

Entre los primeras decisiones judiciales que aplican las teoría de las “expectativas razonables”, hay que remontarse al año 1961, en los autos “*Kievit vs. Loyal Protection Life Insurance Company*”, de la Corte de Nueva Jersey (475, 170 A.2d 22, 1961).

⁽¹⁴³⁾ Ver: Voto del Señor Ministro Doctor Don Carlos Fernando Rosenkrantz, Considerando 10, Fojas 19 y 20; CSJ 678/2013 (49-F) / CS1 “*Flores, Lorena Romina c/Gimenez, Marcelino Osvaldo y otro s/daños y perjuicios (acc. Trán. c/les.o muerte)*”

la Nación, bajo la Dirección de **Ricardo Luis Lorenzetti**, *el control judicial “...subsiste aún con relación a los contratos que, a título de ejemplo, como los de medicina prepaga y seguros, requieran una autorización previa de la autoridad de control...”* ⁽¹⁴⁴⁾

Por ello, por la directa aplicación del Art. 989 del Código Civil y Comercial, se debe tachar de abusiva el monto de \$ 30.000, aunque lo hubiera determinado la Superintendencia de Seguros de la Nación

.5.11) Art. 1.092: Relación de Consumo:

Es pertinente resaltar que en los casos de *seguros de responsabilidad civil* existen *tres (3) centros de interés*: (i) *la Compañía de Seguros*; (ii) *el Asegurado* y (iii) *la Víctima del siniestro* que se encuentran dentro de una *relación de consumo* (Art. 42 de la Constitución Nacional y Art. 1.092 del Código Civil y Comercial) ⁽¹⁴⁵⁾

Ello es así, dado que como bien explica nuestra *Corte Suprema de Justicia de la Nación* en “*Arcadia vs. Hesslegrave*” ⁽¹⁴⁶⁾, dictado con fecha 22 de Mayo de 1986, en los juicios de accidentes de tránsito, donde participar una Compañía de Seguros “*...ante el mismo juez se esgrimen dos pretensiones. Una, la del damnificado contra el presunto responsable civil. Otra, la de éste contra su asegurador...*”

⁽¹⁴⁴⁾ LORENZETTI, Ricardo Luis (Director); *Código Civil y Comercial Comentado*, Tomo V, Art. 989, página 658, comentado por Rubén Stiglitz (el subrayado y la letra negrita, es nuestra), Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2015

⁽¹⁴⁵⁾ MORANDI, Juan Carlos Félix; *Estudios de Derecho de Seguros*, Capítulo IX “*El Seguro de Responsabilidad Civil y la acción directa de la víctima*”, acápite VI “*Relación entre la deuda de responsabilidad del asegurado y la obligación del asegurador. El siniestro*”, punto .16) “*La obligación del asegurado frente al damnificado y del asegurador respecto del asegurado*”, explicando que “*...un mismo hecho dañoso cubierto por un seguro de responsabilidad civil da lugar al nacimiento de dos obligaciones: una, del asegurado responsable frente al damnificado; otra, del asegurador respecto del asegurado...*”, página 404, Editorial Pannedille, Buenos Aires, 1971.

⁽¹⁴⁶⁾ Ver: *Corte Suprema de Justicia de la Nación: in re: “ARCADIA, Compañía Argentina de Seguros vs. HESSLEGRAVE, Carlos*”, cita on line: AR/JUR/2060/1986

Así, en nuestra opinión la *Víctima del siniestro* (muy en especial, en los casos de *Seguros Obligatorios*, Art. 68 de la Ley 24.449), son *Consumidores de Seguros* ⁽¹⁴⁷⁾, de manera tal, que el *damnificado* va a tener la protección que le brinda la normativa consumerista

En efecto, ora la *Víctima de un Accidentes de Tránsito* ⁽¹⁴⁸⁾, ora el *Asegurado*, ora la *Compañía de Seguros*, se encuentran dentro de una *relación de consumo*, de manera tal que en forma directa y específica se aplica las pautas establecidas por el Art. 42 de la Constitución Nacional; el Art. 1° de la Ley de Defensa del Consumidor y los Arts. 1.093 a 1.122 del Código Civil y Comercial.

Por ello, al ser la *Víctima de un Accidente de tránsito*, que es el *beneficiario* del *seguro obligatorio* ordenado por el Art. 68 de la Ley 24.449, es que podrá plantear en su favor toda la normativa tuitiva, en especial, las establecidas en los Art. 988, 989, 1.118, 1.119, 1.743 y complementarios del Código Civil y Comercial ⁽¹⁴⁹⁾

.5.12) Art. 1.093: Contrato de Consumo:

Complementando el acápite anterior, deviene una verdad de a puño, que el *asegurado*, en especial, las personas humanas, son *consumidores de seguros*, amparados por la Ley de Defensa del Consumidor y la parte pertinente del Código Civil y Comercial (Arts. 1.093 a 1.122) ⁽¹⁵⁰⁾

Así, por un lado, es casi innecesario señalar que en el *contrato de seguros*, donde participa un *consumidor de seguros* (v.gr. el *asegurado*), es que no se trata de un *contrato paritario* (Arts. 1.197

⁽¹⁴⁷⁾ SOBRINO, Waldo; “*Las Víctimas de Accidentes de Tránsito siguen siendo Consumidores en el Proyecto de Código*”, publicado en el Diario ‘La Ley’, de fecha 30 de Agosto de 2012.

⁽¹⁴⁸⁾ SOBRINO, Waldo; *Seguro y el Código Civil y Comercial*, Tomo I, Capítulo VIII “*Las Víctimas de Siniestros y el Código Civil y Comercial*”, apartado VIII.1) “*Las Víctimas de Accidentes de Tránsito son Consumidores*”, páginas 381 a 444, Editorial La Ley, Buenos Aires, Julio de 2016

⁽¹⁴⁹⁾ SOBRINO, Waldo; “*Las Víctimas de Accidentes de Tránsito siguen siendo Consumidores en el Código Civil y Comercial*”, publicado en www.saij.gob.ar; Id SAIJ: DACF170268, de fecha Junio de 2017

⁽¹⁵⁰⁾ COMPIANI, Fabiana; “*El Código Civil y Comercial*”, en “*Actualidad en Derecho de Seguros*”, donde explica que “...*en principio, el contrato de seguro será alcanzado por la normativa de los contratos de adhesión y en ciertos supuestos, podrá ser alcanzado también por el régimen de los contratos de consumo...*”, Diario ‘La Ley’, (la letra en negrita, es nuestra), de fecha 26 de Noviembre de 2014.

y 1.137 del viejo Código velezano), sino que -derechamente- se aplican las pautas del Art. 1.093 referido al *Contrato de Consumo* ⁽¹⁵¹⁾

Nuevamente aquí se demuestra la *absoluta inaplicabilidad del Fallo “Flores”* en los casos que se rijan por el Nuevo Código Civil y Comercial, dado que la plataforma legal será la establecida por el *Contrato de Consumo*, regulado en el Art. 1.093 y complementarios de la Ley 26.994

En efecto, en el criticado fallo “Flores” la Corte Suprema de Justicia, hacía expresa referencia a los Arts. 1.137 y 1.197 del Código Civil de Vélez Sarsfield, que regula los *contratos paritarios*, pero con la vigencia del Código Civil y Comercial, no existe ninguna duda que el contrato de seguro, se enmarca dentro de las expresas pautas del Art. 1.093 referido al *contrato de consumo*

5.13) Art. 1.094: Prelación Normativa:

En forma por demás clara el Art. 1.094 ordena que “...*las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas...conforme con el principio de protección del consumidor...*”

Nótese la contundencia de la orden legal, en el sentido que las *normas que protegen al Consumidor* tienen “...**Prelación Normativa...**” por sobre todas las demás normas que se pudieren aplicar.

Obvio es decir que dentro de la gran cantidad de normas sobre las cuales la *normativa consumerista* tiene *Prelación Normativa*, también se encuentran la Ley de Seguros, las Resoluciones de la Superintendencia de Seguros de la Nación, etc.

Es muy importante recordar que en los *Fundamentos* del Código Civil y Comercial, se establece que los *principios consumeristas* son el “*piso mínimo*” y “*núcleo duro*” para la protección de los consumidores y ello se ve normativamente avalado por el Art. 1.094 que establece la “*Prelación Normativa*”.

⁽¹⁵¹⁾ **SOBRINO, Waldo;** *Seguro y el Código Civil y Comercial*, Tomo I, Capítulo IV “*Los Nuevos Principios y el Código Civil y Comercial*”, acápite IV.3) “*Tercer Principio: La Ley General puede tener preeminencia sobre la Ley Especial. El Código Civil y Comercial (Ley General) modifica a la Ley de Seguros (Ley Especial)*”, páginas 247 a 267, Editorial La Ley, Buenos Aires, Julio de 2016

Es más, tanta es la trascendencia e importancia del Art. 1.094, que nos llevó a crear un *nuevo principio legal* ⁽¹⁵²⁾, en el sentido que *la Ley General (Código Civil y Comercial) puede modificar a una Ley Especial (Ley de Seguros)* ⁽¹⁵³⁾ y hemos desarrollado un nuevo sistema de derecho que llamamos **“Bloque Legal de Derecho de Consumo”** ⁽¹⁵⁴⁾

Por ello, resulta claro que las anquilosadas pautas del Código Civil de Vélez Sarsfield, que fueran el sustento normativo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Flores” (v.gr. *contratos paritarios*, utilización del *principio del efecto relativo de los contratos a los consumidores*, etc.) son absolutamente inaplicables a la luz de las pautas del Código Civil y Comercial, que establece la *“Prelación Normativa”* de todo el andamiaje jurídico protectorio de los consumidores por sobre cualquier otra norma legal (como, por ejemplo, la Ley de Seguros) ⁽¹⁵⁵⁾

.5.14) Art. 1.100: Deber de Información

Si bien excede los límites del presente trabajo, es que señalamos que dentro del Art. 1.100 del Código Civil y Comercial, nosotros entendemos que se encuentran incluidos *tres (3) Deberes* ⁽¹⁵⁶⁾ de las empresas: (i) *Deber de Información*; (ii) *Deber de Consejo* y (iii) *Deber de Advertencia* ⁽¹⁵⁷⁾

⁽¹⁵²⁾ SOBRINO, Waldo; *Seguro y el Código Civil y Comercial*, Tomo I, Capítulo I “Consumidores y el Código Civil y Comercial”, apartado 1.1) **“Bloque Legal de Derecho de Consumo”**, páginas 1 a 156, Editorial La Ley, Buenos Aires, Julio de 2016

⁽¹⁵³⁾ SOBRINO, Waldo; *“La Ley General (Código Civil y Comercial) puede modificar una Ley Especial (Ley de Seguros) (Nuevos Principios Legales)”*, publicado en www.saij.gob.ar; Id SAIJ: DACF170266, de fecha Junio de 2017

⁽¹⁵⁴⁾ SOBRINO, Waldo; *Seguro y el Código Civil y Comercial*, Tomo I, Capítulo I “Consumidores y el Código Civil y Comercial”, apartado 1.1) **“Bloque Legal de Derecho de Consumo”**, páginas 1 a 156, Editorial La Ley, Buenos Aires, Julio de 2016

⁽¹⁵⁵⁾ SOBRINO, Waldo; *Seguro y el Código Civil y Comercial*, Tomo I, Capítulo VI **“Las Modificaciones a la Ley de Seguros por el Código Civil y Comercial”**, páginas 283 a 360, Editorial La Ley, Buenos Aires, Julio de 2016

⁽¹⁵⁶⁾ SOBRINO, Waldo; **“Seguros: el 'Deber de Información', el 'Deber de Consejo' y el 'Deber de Advertencia’”**, publicado en www.saij.gob.ar, en el mes de Junio de 2017

⁽¹⁵⁷⁾ TRAVERSO, Amadeo; **“El impacto del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación sobre el Contrato de Seguro”**, donde citando a Alfredo Kraut expone que *“...la obligación de informar implica, en el área de lo privado, según sean los supuestos, el deber de transmitir noticias, advertir y aconsejar...”*, publicación del Estudio Jurídico Espósito y Traverso Abogados, en Newsletter, número 41, del mes de Septiembre de 2015

Y, en el caso *sub examine* se violan todas las pautas del Art.1.100, dado que la Compañía de Seguros no cumplió con el **Deber de Información**, dado que jamás le informó al asegurado que la suma se iba a mantener fija e inamovible durante diez (10) años sin ningún tipo de actualización monetaria ⁽¹⁵⁸⁾

Asimismo, la Aseguradora no cumplió con el **Deber de Consejo**, dado que no asesoró al asegurado, respecto a la posibilidad de contratar un seguro en exceso del seguro obligatorio, para que tenga mayor cobertura ⁽¹⁵⁹⁾

De esta forma, la Compañía de Seguros, no cumplió con el *Deber de Consejo* ⁽¹⁶⁰⁾ que es “...una opinión motivada...”, donde se “...orienta la acción racional hacia un sentido específico...” como bien enseña **Ricardo Lorenzetti** ⁽¹⁶¹⁾

El incumplimiento del “*Deber de Consejo*” de la Compañía de Seguros, al *no asesorar adecuadamente al asegurado*, resulta muy evidente, dado que como con toda precisión explica **Rubén Stiglitz**, la obligación del *Deber de Consejo* es “...más pesada que la simple obligación de información...” ⁽¹⁶²⁾

⁽¹⁵⁸⁾ **SOBRINO, Waldo**; *Seguro y el Código Civil y Comercial*, Tomo I, Capítulo IX “*Seguros y el Nuevo Código Civil y Comercial*”, Subcapítulo IX.1) “*El ‘Deber de Información’ y su relación con el ‘Deber de Prevención’, el ‘Deber de Precaución’, el ‘Deber de Consejo’ y el ‘Deber de Advertencia’*”, páginas 445 a 488, Editorial La Ley, Buenos Aires, Julio de 2016

⁽¹⁵⁹⁾ **GAMEN, Sebastián A.**; “*El Deber de Consejo en los contratos de seguros*”, publicado en la *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, página 281, número I, del año 2013

⁽¹⁶⁰⁾ **SOBRINO, Waldo**; “*El ‘Deber de Información’, ‘Deber de Consejo’ y ‘Deber de Advertencia’ en materia de Seguros*”, publicado en el Diario ‘La Ley’, de fecha 1° de Febrero de 2017

⁽¹⁶¹⁾ **LORENZETTI, Ricardo**; *Consumidores*, Segunda Edición Actualizada, página 216 y siguientes, “*El Deber de Consejo: escribanos, asesores financieros*”, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009

⁽¹⁶²⁾ **STIGLITZ, Rubén**; *Derecho de Seguros*, Tomo I, párrafo n° 333 “*El Deber de Consejo. La Obligación precontractual y contractual de Consejo*”, página 401, Quinta Edición actualizada y ampliada, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2008

Y, tampoco cumplió la Compañía de Seguros con el *Deber de Advertencia* ⁽¹⁶³⁾ que es un *paso más* que el *Deber de Consejo*, dado que se refiere a los *riesgos* y los *perjuicios* de índole *económica* que se le pueden generar a los asegurados.

Este es -justamente- el caso *sub examine*, donde resulta claro que la Aseguradora no cumplió con el *Deber de Advertencia*, en el sentido de señalarle en forma expresa al asegurado los grandes riesgos que implicaba la extensión casi indefinida (durante diez años), en perjuicio del cliente, donde va *disminuyendo el poder adquisitivo de la suma asegurada* como consecuencia de la *depreciación monetaria*.

Es que como bien enseña **Marcelo Quaglia** ⁽¹⁶⁴⁾ existe una clara y estrecha relación entre el *Deber de Advertencia* y la *Obligación de Seguridad* ⁽¹⁶⁵⁾; de forma tal que la *licuación de la suma asegurada* es una prueba *iure et de iure* de la palmaria violación de la Compañía de Seguros del *Deber de Advertencia*, en claro perjuicio del asegurado

Por todo ello, es que el fallo “*Flores*” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no puede ser aplicado a la luz del nuevo Código Civil y Comercial, dado que se conculcan las expresas mandas de *Deber de Información*; *Deber de Consejo* y *Deber de Advertencia*, expresamente previstos en el Art. 1.100 ⁽¹⁶⁶⁾

⁽¹⁶³⁾ **ZENTNER, Diego**; *Contrato de Consumo*, Capítulo V *Consentimiento en el Contrato de Consumo*, acápite .5.3.1) “*Deber de Información*” donde hace expresa referencia al “*Deber de Advertencia*”, página 100, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2010

⁽¹⁶⁴⁾ **QUAGLIA, Marcelo**; “*El Deber de Información en el marco de las Relaciones de Consumo*”, página 7, publicado en la *Revista de Derecho Comercial y las Obligaciones*, RDCO 272-561

⁽¹⁶⁵⁾ **GHERSI, Carlos**; “*La responsabilidad por violación de la Obligación de Seguridad. Aporte en la interpretación del Código Civil y Comercial*”, con toda profundidad enseña con relación a la *obligación de seguridad* que en ciertos casos el incumplimiento de la misma, puede reputarse de *doloso*; ello es así, dado que “...*esta atribución de dolo en el incumplimiento se presume* pues toda empresa que quiere operar en el mercado, debe *prever los riesgos* y actuar en consecuencia, de lo contrario obra con ‘*manifiesta indiferencia*’...” en los términos del Art. 1.724 del Código Civil y Comercial (la letra en negrita, es nuestra), publicado en ‘El Dial’, DC2288, de fecha 8 de Febrero de 2017

⁽¹⁶⁶⁾ **SOBRINO, Waldo**; “*El ‘Deber de Información’, ‘Deber de Consejo’ y ‘Deber de Advertencia’ en materia de Seguros*”, publicado en el Diario ‘La Ley’, de fecha 1° de Febrero de 2017

.5.15) Art. 1.118: Cláusulas Abusivas negociadas individualmente o aprobadas expresamente

En la Sentencia “Flores” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se afirma que “...el límite de cobertura...ha sido acordado entre asegurado y aseguradora...” ⁽¹⁶⁷⁾

Por un lado, resulta un hecho público y notorio, que las Cláusulas y Condiciones de los seguros, en general, y -muy en especial- los límites de la suma asegurada de los seguros obligatorios, bajo ningún punto de vista han sido acordados entre asegurado y aseguradora.

Y, por otro lado, analizando dicha cuestión como un caso de laboratorio, imposible de encontrar en la práctica (un verdadero ‘cisne negro’, de Nassim Taleb) ⁽¹⁶⁸⁾, es que tampoco resulta más aplicable el argumento del Tribunal Címero.

Ello es así, dado que con precisión de cirujano, con una norma realmente de avanzada, el Código Civil y Comercial, en el Art. 1.118 determina que las cláusulas siguen siendo abusivas aunque hayan sido negociadas individualmente o aprobadas expresamente.

Al respecto es correcto e ilustrativo lo expuesto en la obra *Código Civil y Comercial de la Nación*, bajo la Dirección de **Ricardo Luis Lorenzetti**, donde se determina que el Art. 1.118 es superador a las Directivas Europeas “...expresando una postura más acertada y justa...”, dado que al no distinguir entre cláusulas abusivas negociadas y no negociadas, es que se “...evita toda discusión al respecto...” ⁽¹⁶⁹⁾

Como consecuencia de ello, es que ya no se pueden aplicar las pautas de la Sentencia Flores, respecto a que se trata de una suma asegurada que fue acordada entre el asegurado y la aseguradora, dado que el Art. 1.118 fulmina dichas pautas cuando se traten de cláusulas abusivas.

⁽¹⁶⁷⁾ Ver: Voto del Señor Ministro Doctor Don Carlos Fernando Rosenkrantz, Considerando 11, Fojas 20; CSJ 678/2013 (49-F) / CS1 “Flores, Lorena Romina c/Gimenez, Marcelino Osvaldo y otro s/daños y perjuicios (acc. Trán. c/les.o muerte)

⁽¹⁶⁸⁾ TALEB, Nassim Nicholas; *El Cisne Negro (el impacto de lo altamente improbable)*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 2016

⁽¹⁶⁹⁾ LORENZETTI, Ricardo Luis (Director); *Código Civil y Comercial Comentado*, Tomo VI, Art. 1.118, páginas 300 y 301, comentado por Carlos Hernandez, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2015

.5.16) Art. 1.119: Desequilibrio significativo:

La sentencia *Flores* es un caso claro donde se aplica el Art. 1.119 del Código Civil, dado que existe un evidente *desequilibrio significativo* de las *prestaciones* entre el asegurado y la Compañía de Seguros.

En efecto, el *premio* que *pagó* el *asegurado* en el año 2007, equivalía al *valor* de la *suma asegurada* de \$ 30.000 que asumió la Compañía de Seguros, también en el año 2007.

Y, la *no actualización monetaria* de dicho monto hasta el año 2017, generó un evidente *desequilibrio significativo*, dado que la Aseguradora cobró -a valores de 2007- con una *moneda apreciada*, pero produciendo un *desequilibrio evidente* paga en el año 2017 con *moneda depreciada*.

Respecto a esta cuestión, resulta plenamente aplicable lo expuesto en la obra *Código Civil y Comercial de la Nación*, bajo la Dirección de **Ricardo Luis Lorenzetti**, donde se enseña ‘con respecto al Art. 1.119 que la fórmula pone el acento en el “...*resultado práctico del contrato*...”, es decir “...*en la alteración del equilibrio de su ecuación económica del contrato*...” (170)

Justamente es el caso de la Sentencia “*Flores*” donde *se destroza el equilibrio de la ecuación económica*, dado que el *asegurado* paga con moneda de valor al 2007, pero la *Compañía de Seguros* paga con una moneda depreciada diez (10) años después (año 2017)...

Como consecuencia de ello, es que la sentencia *Flores* no puede aplicarse con las pautas del nuevo Código Civil y Comercial, dado que existe un *desequilibrio significativo* claro y evidente, entre las obligaciones asumidas por el asegurado y las prestaciones (depreciadas y desvalorizadas) que se hace cargo la Compañía de Seguros

.5.17) Art. 1.122: Control judicial de las cláusulas con aprobación administrativa

Complementando lo antes expuesto con relación al Art. 989 del Código Civil y Comercial, es que hay que resaltar que el Art. 1.122, en forma expresa, a través del título de “*Control Judicial*”, con

(170) LORENZETTI, Ricardo Luis (Director); *Código Civil y Comercial Comentado*, Tomo VI, Art. 1.119, página 305, comentado por Carlos Hernandez, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2015

toda claridad resalta la absoluta potestad de los Tribunales de estudiar la abusividad de las cláusulas.

Y, en forma particular, en el Inciso .a) del Art. 1.122, se determina que “*la aprobación administrativa de los contratos o de sus cláusulas no obsta su control*” por parte de los Jueces.

De esta forma queda sin sustento legal lo expuesto en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando determina que debe respetarse en el año 2017 el irrazonable límite de \$ 30.000 fijado en el año 1992, dado que ello fue realizado por “...*la Superintendencia, en uso de sus facultades regulatorias conferidas por la ley (leyes 20.091 y 24.449)*...”

Al respecto, deviene muy oportuno tener presente lo determinado en la obra *Código Civil y Comercial de la Nación*, bajo la Dirección de **Ricardo Luis Lorenzetti**, donde se expone con toda claridad que -justamente- se aplica el Art. 1.120 “...*en el contrato de seguro, según facultades reconocidas por la ley 20.091 a la Superintendencia de Seguros de la Nación...*” ⁽¹⁷¹⁾

Además, también queda sin fundamento normativo, cuando el Tribunal Cívero expone que dicho límite de \$ 30.000, debe respetarse ya que no se ha requerido ni decretado “...*la inconstitucionalidad de la norma regulatoria que fija dicho límite...*” ⁽¹⁷²⁾

En efecto, dichas pautas establecidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, devienen totalmente inaplicables a la luz del nuevo Código Civil y Comercial, por expresas mandas del Art. 1.122, inciso .a)

.5.18) Art. 1.743: Derechos Indisponibles:

En nuestra opinión el Art. 1.743 va a ser una de las normas sobre las cuales la doctrina de responsabilidad civil y consumidores, más va a ir desarrollando, dado que tiene una riqueza

⁽¹⁷¹⁾ LORENZETTI, Ricardo Luis (Director); *Código Civil y Comercial Comentado*, Tomo VI, Art. 1.122, página 313, comentado por Carlos Hernandez, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2015

⁽¹⁷²⁾ Ver: Voto del Señor Ministro Doctor Don Carlos Fernando Rosenkrantz, Considerando 10, Fojas 19 y 20; CSJ 678/2013 (49-F) / CS1 “*Flores, Lorena Romina c/Gimenez, Marcelino Osvaldo y otro s/daños y perjuicios (acc. Trán. c/les.o muerte)*”

conceptual de carácter superlativo, debiendo recordarse lo explicado por **Carlos Gherzi** en el sentido que las pautas establecidas *se tratan de supuestos ejemplificativos*, dado que en realidad las mismas se contienen dentro de las cláusulas abusivas ⁽¹⁷³⁾

Así, en el caso *sub examine* resulta clara la aplicación del Art. 1.743, cuando afirma que son *inválidas* las cláusulas que *limitan la obligación de indemnizar* cuando afectan “...**derechos indisponibles**...”.

Parecería que esta norma fue pensada para ser aplicada en el caso *Flores*, dado que resulta harto evidente, que la aplicación lisa y llana en el año 2017, de un tope de indemnización de \$ 30.000 fijado en el año 1992, viola palmariamente los “*derechos indisponibles*”, ora del *asegurado*, ora de la *víctima*.

El Art. 1.743 menciona los “*derechos indisponibles*” vinculados con lo que bien enseña **Ricardo Lorenzetti**, respecto al “*orden público de protección de la parte débil*”, donde menciona a la clase de personas más vulnerables que se deben proteger, como “...*los asegurados*...” ⁽¹⁷⁴⁾

En efecto, en nuestra opinión, las consecuencias de la doctrina judicial de la Sentencia *Flores*, implica que el “*asegurado*” vea conculcados varios ‘**Derechos Indisponibles**’ (Art. 1.743), como es el *derecho a la propiedad*, el *derecho a un proceso justo*, el *derecho a la dignidad*, el *derecho a la protección del más débil*, como -asimismo- el *derecho a la indemnidad* expresamente amparado en el **Art. 109** de la Ley de Seguros ⁽¹⁷⁵⁾

⁽¹⁷³⁾ **GHERSI, Carlos - WEINGARTEN, Celia (Directores)**, en *Código Civil y Comercial (Análisis jurisprudencial. Comentado, Concordado y Anotado)*, comentario realizado por **Carlos Gherzi**, Tomo V, Art. 1.743, página 153, Editorial Nova Tesis, Rosario, 2015

⁽¹⁷⁴⁾ **LORENZETTI, Ricardo; Consumidores**, Segunda Edición Actualizada, *Parte General*, Capítulo Primero ‘*El Derecho del Consumidor*’, *Segunda Parte ‘Vulnerabilidad y Orden Público Protectorio*’, acápite II “**El Orden Público Protectorio de la parte débil**”, página 27 y siguientes, , Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009

⁽¹⁷⁵⁾ **SOBRINO, Waldo; GAVA, Adriel y TORTORELLI, Mercedes (Directores)**; *Ley de Seguros Comentada*, comentarios al **Art. 109**, publicada en www.laleyonline.com.ar

Por su lado, a la “*Víctima*” del siniestro ⁽¹⁷⁶⁾ también se le violan ‘*Derechos Indisponibles*’ (Art. 1.743), como -por ejemplo- el *derecho a la reparación integral*, dado que sin fundamentos legales valederos, es que a pesar de la existencia de un *seguro obligatorio*, es que el beneficiario principal del Art. 68 de la Ley 24.449 ⁽¹⁷⁷⁾, no va a poder ver satisfechas sus legítimas expectativas y también se conculca al damnificado el *derecho a la indemnización*, expresamente previsto en la Ley de Seguros, donde el **Art. 118** tiene el sugerente y profundo título de “*Privilegio del Damnificado*” ⁽¹⁷⁸⁾

.5.19) Art. 1.743: Buena Fe:

En la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, siempre me costó muchísimo explicarle a mis alumnos que todos los libros de *Seguros* hacen referencia ⁽¹⁷⁹⁾, que los seguros se caracterizan por la *uberrimae bona fides* ⁽¹⁸⁰⁾

Pero luego cuando analizamos el seguro en muchos casos particulares, y en especial en situaciones como la que estamos analizando en el fallo *Flores*, es que resulta muy difícil de explicar.

⁽¹⁷⁶⁾ SOBRINO, Waldo; “*Las Víctimas de Accidentes de Tránsito siguen siendo Consumidores en el Proyecto de Código*”, publicado en el Diario ‘La Ley’, de fecha 30 de Agosto de 2012.

⁽¹⁷⁷⁾ SOBRINO, Waldo; *Seguro y el Código Civil y Comercial*, Tomo I, Capítulo VIII “*Las Víctimas de Siniestros y el Código Civil y Comercial*”, apartado VIII.1) “*Las Víctimas de Accidentes de Tránsito son Consumidores*”, páginas 381 a 444, Editorial La Ley, Buenos Aires, Julio de 2016

⁽¹⁷⁸⁾ SOBRINO, Waldo; GAVA, Adriel y TORTORELLI, Mercedes (Directores); *Ley de Seguros Comentada*, comentarios al **Art. 118**, publicada en www.laleyonline.com.ar

⁽¹⁷⁹⁾ MIRANDA NEON, Clodoveo; *Tesis Doctoral* del año 1895 “*Breve exposición sobre el Contrato de Seguros*”; donde expresaba que “...*la buena fe, dice Boulay Paty, debe reinar siempre en los contratos de seguros, basándolos en la equidad y procurando evitar toda clase de sutileza...*”; y agregaba un concepto que todavía hoy sigue siendo la clave de bóveda del tema *sub examine*, al sostener que “...*todos los contratos deben observarla fielmente, pero en los de seguros debe ser sagrada...*”, página 29 (la letra negrita, es nuestra), Padrino de Tesis Amancio Alcorta; Biblioteca de la Facultad de Derecho, de la Universidad de Buenos Aires, Referencia Topográfica N° 250.091 IV, del año 1895.

⁽¹⁸⁰⁾ DOWNS, Andrew B. and MURPHY, Leonard; en *Property Insurance Litigator’s Handbook*; Capítulo 1.01 ‘*Nature of Property Insurance*’, páginas 6 y 7, “*Good Faith and Fair Dealing*”, donde resaltan que “...*courts traditionally consider insurance contracts to require ‘uberrimae fidei’...*” (es decir, que las Cortes en forma tradicional consideran que los contratos de seguros requieren de *uberrimae fidei*), American Bar Association, Chicago, Estados Unidos, 2007.

Por ello, es que con el nuevo Código Civil y Comercial, existe una herramienta que si bien no es novedosa ni original, sirve para equilibrar estas situaciones tan desiguales, a través del Art. 1.743, cuando determina que son inválidas las cláusulas que “...*atentan contra la buena fe...*”⁽¹⁸¹⁾

No me cabe la menor duda que *la no actualización de la suma asegurada durante diez (10) años*, (por parte de la Compañía de Seguros), que es el plazo entre que ocurrió el accidente de tránsito (2007) y la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2017) viola en forma palmaria los pautas de la *buena fe*.

En efecto, para decirlo muy claramente: en nuestro criterio la no actualización monetaria de la suma asegurada durante diez (10) años, haciendo que los nefastos efectos de la inflación endémica de nuestro país, sea soportada por el *asegurado* y por la *víctima* del siniestro, es una evidente violación de la *buena fe*.

Es por ello, que el fallo *Flores* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no podrá ser aplicado a la luz del nuevo Código Civil y Comercial, por violentar en forma clara las pautas del Art. 1.743, referido a la *buena fe*.

.5.20) Art. 1.743: Buenas Costumbres

Quienes somos abuelos, fuimos educados con los conceptos del *valor de la palabra* y la trascendencia de las *buenas costumbres* (aunque -cual *mea culpa*- debemos reconocer que con el tiempo, fuimos una generación que fue olvidando las enseñanzas de nuestros padres y abuelos...) ⁽¹⁸²⁾

⁽¹⁸¹⁾ LOO, Roger; “*The duty of the utmost good faith: is the duty expanding?*”, Acápite I “*History of the duty and remedies*’ Punto .1.1 ‘*Common law and its scope*’, donde se destaca la importancia de actuar de buena fe para ambas partes. En el fallo “*Carter vs. Boehm*” del año 1766, se resalta que la Aseguradora debe actuar de buena fe, informando también lo que conoce. Así, en este caso Lord Mansfield estableció que “...*the policy would be equally void against the underwriter, if he concealed; as if he insured a ship in her voyage, which he privately knew to be arrived, and an action would lie to recover the premium...*”, publicado en www.aar.com.au/pubs/insur/insmay01.htm

⁽¹⁸²⁾ CAPARROS, Martín; “*La culpa es de nuestra generación*”, publicado en el **Diario “Clarín”**, Sección ‘*Cultura*’, página 10, de fecha 22 de Julio de 2017

Y, una de las *buenas costumbres* era que “*se hace a la palabra, el honor de la sangre*”, es decir que los compromisos se cumplieran a rajatabla. Es decir, se trataba de *principios y valores* fundamentales⁽¹⁸³⁾

No me cabe duda que la Compañía de Seguros se comprometió a *defender y mantener indemne* al asegurado, por medio de la contratación de la Póliza de Seguros obligatorio de responsabilidad civil.

Pues bien, deviene un hecho ineluctable afirmar que la Compañía de Seguros no cumplió con el compromiso asumido frente a su asegurado (y la víctima), dado que al no actualizar la suma asegurada (de acuerdo a la inflación), es que está violando claramente su obligación, de manera tal que conculca inveteradas *mores maiorum*⁽¹⁸⁴⁾

Resulta muy evidente la Sentencia “*Flores*” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no puede aplicarse con la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, dado que el no cumplimiento como corresponde de la obligación de la Compañía de Seguros, conculca palmariamente el Art. 1.743 ya que se violan las *buenas costumbres*

.5.21) Art. 1.743: Leyes Imperativas

Con la Sentencia “*Flores*” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se viola en forma expresa el Art. 1.743 del Código Civil y Comercial, dado que se infringen varias *leyes imperativas* de nuestro ordenamiento legal.

En efecto, por un lado, a no dudarlo, la Ley 24.449, que en el Art. 68 establece el seguro *obligatorio*, es una *ley imperativa*, que es violada dado que la aceptación de una depreciada *suma*

⁽¹⁸³⁾ ALEXY, Robert; *Teoría de los Derechos Fundamentales*, donde se desarrollan y se estudian las cuestiones referidas a la *reglas*, los *principios*, los *valores*, etc. traducido por Carlos Bernal Pulido; Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2008

⁽¹⁸⁴⁾ PIZARRO, Ramón - OSSOLA, Federico; “*Orden Público en la Responsabilidad Civil*”, publicado en el Diario ‘La Ley’, página 5, donde señalan que la *dispensa de la culpa grave*, es una cláusula que ...*atenta contra la buena fe y las buenas costumbres...*”, de fecha 23 de Noviembre de 2015.

asegurada p etra e inmodificable durante alrededor de un cuarto de siglo (v.gr. desde 1992 hasta 2017), evidentemente la *vacía de contenido*

Por otro lado, adem as de la clara conculcación del Art. 42 de la Constitución Nacional, también se ha violado su derivación puntual y específica, como es la Ley de Defensa del Consumidor, dado que uno de los casos de *consumidor* por antonomasia (v.gr. el *asegurado*) y el *beneficiario* de dicha normativa (avalado por el Art. 1.092 del Código Civil y Comercial) ⁽¹⁸⁵⁾, han sido desprotegidos y desamparados en sus derechos.

Es pertinente recordar lo explicado por **Ricardo Lorenzetti** ⁽¹⁸⁶⁾, cuando enseñaba bajo el título de *“Consumidores No Contratantes: Terceros, Víctimas...”* y el subtítulo de *“...el tercero beneficiado...”* que *“...en estos casos también hubo discusión ya que un contrato puede establecer un beneficio a favor de un tercero...”*

Agregando **Lorenzetti** que *“...por ejemplo: en un contrato de seguro, se celebra entre dos partes y hay un tercero beneficiado, que no ha intervenido en la celebración...”* ⁽¹⁸⁷⁾

Señalando a continuación **Lorenzetti** que *“...es un contrato a favor de terceros, en el que el consumidor tiene acciones directas basadas en ese beneficio aceptado, el que, siendo accesorio de la relación base y siendo ésta de consumo, también lo es...”* ⁽¹⁸⁸⁾

⁽¹⁸⁵⁾ **SOBRINO, Waldo**; *“Las Víctimas de Accidentes de Tránsito siguen siendo Consumidores en el Proyecto de Código”*, publicado en el Diario ‘La Ley’, de fecha 30 de Agosto de 2012.

⁽¹⁸⁶⁾ **LORENZETTI, Ricardo**; *Consumidores*, Segunda Edición Actualizada, “Parte General”, Capítulo Tercero ‘Relación de Consumo. Derechos del Consumidor’, Primera Parte ‘La Relación de Consumo’, Punto .III “Sujetos de la relación de consumo: el consumidor”, sub punto .2) ‘El elemento material’, apartado .D) **“Consumidores No Contratantes: Terceros, Víctimas, afectados por prácticas comerciales”**, página 100 (la letra en negrita, es nuestra), Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009.

⁽¹⁸⁷⁾ **LORENZETTI, Ricardo**; *Consumidores*, página 100 (la letra en negrita, es nuestra), Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009.

⁽¹⁸⁸⁾ **LORENZETTI, Ricardo**; *Consumidores*, página 100 (la letra en negrita, es nuestra), Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009.

Así, en nuestra opinión, las *víctimas de un siniestro de tránsito*, al ser los *beneficiarios* del *seguro obligatorio de responsabilidad civil de automotores* (Art. 68 de la Ley 24.449), son *consumidores* en los términos del Art. 1.092 del Código Civil y Comercial ⁽¹⁸⁹⁾

Por ello, es que la Sentencia “Flores” del Tribunal Cimero, tampoco se puede aplicar, dado que conculca claramente el Art. 1.743 del Código Civil y Comercial, en cuanto anatematiza las cláusulas que violan las *leyes imperativas* (como son el Art. 68 de la Ley 24.449; el Art. 1.092 del la Ley 26.994, el Art. 42 de la Constitución Nacional y demás *normativas imperativas* del “*Bloque Legal de Derecho de Consumo*”-) ⁽¹⁹⁰⁾

.5.22) Art. 1.743: Cláusulas Abusivas

En consonancia con todo lo que venimos desarrollando, también se debe resaltar que son *inválidas* las cláusulas que “...*limitan la obligación de indemnizar...*” cuando se trata de *Cláusulas abusivas* ⁽¹⁹¹⁾

Para no realizar reiteraciones innecesarias, es que nos remitimos a todo lo antes desarrollado, respecto a las *Cláusulas Abusivas* vinculadas con los Arts. 988, 989, 1118, 1.119 y concordantes del Código Civil y Comercial y lo que con anterioridad escribimos en otras obras ⁽¹⁹²⁾

Ahora tan solo recordamos que el hecho de *no actualizar la suma asegurada* que se había establecido hace un cuarto de siglo (v.gr. 1992), produce una evidente *desnaturalización* de las obligaciones de la Compañía de Seguros (Art. 988, inciso .a); implica una clara *restricción* a los derechos del asegurado; genera una obvia ampliación de los derechos de la Aseguradora (Art. 988,

⁽¹⁸⁹⁾ SOBRINO, Waldo; “*Las Víctimas de Accidentes de Tránsito siguen siendo Consumidores en el Código Civil y Comercial*”, publicado en www.saij.gob.ar; Id SAIJ: DACF170268, de fecha Junio de 2017

⁽¹⁹⁰⁾ SOBRINO, Waldo; *Seguro y el Código Civil y Comercial*, Tomo I, Capítulo I, ‘*Consumidores y el Código Civil y Comercial*’, subcapítulo I.1) “*Bloque Legal de Derecho de Consumo*”, páginas 1 a 156, Editorial La Ley, Buenos Aires, Julio de 2016

⁽¹⁹¹⁾ SOBRINO, Waldo; *Seguro y el Código Civil y Comercial*, Tomo II, Capítulo XIII, “*Cláusulas Abusivas en los Seguros: Parte General*”, páginas 813 a 854, Editorial La Ley, Buenos Aires, Julio de 2016

⁽¹⁹²⁾ SOBRINO, Waldo; *Seguro y el Código Civil y Comercial*, Tomo II, Capítulo XIV, “*Cláusulas Abusivas en los Seguros: Parte Especial*”, páginas 855 a 949, Editorial La Ley, Buenos Aires, Julio de 2016

inciso .b) y -por supuesto- viola las *expectativas razonables* que tenía el asegurado (Art. 988, inciso .c) (¹⁹³)

Como consecuencia de ello, es que tampoco puede ser aplicado el fallo “*Flores*” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dado que sus *límites* irrazonables son ilegales por tratarse de *cláusulas abusivas* en los términos del Art. 1.743 del Código Civil y Comercial.

.5.23) Art. 1.746: pautas legales de Indemnización

Más allá de la crítica que se pueden llegar a realizar respecto a las *fórmulas matemáticas* utilizadas en el Art. 1.746 del Código Civil y Comercial, es que se debe resaltar que dicha norma se ha convertido en un *cartabón* para establecer el *piso mínimo* de *indemnización* de las *víctimas*.

Por ello, por una básica y sencilla cuestión de coherencia del sistema legal, es que jamás -bajo ningún punto de vista-, las *sumas aseguradas* de los *seguros obligatorios* de automotores, pueden ser *inferiores* a lo establecido por el Art. 1.746

Hace un tiempo, propusimos la *Teoría de la “Transpolación funcional analógica”* para establecer los *montos mínimos* de las *sumas asegurada (actualizadas)* que deberían tener los seguros.

Así, teniendo a la vista los Arts. 1.745 y 1.746, decíamos que “...a los efectos que las *Compañías de Seguros* puedan tener una *pauta objetiva del monto mínimo de la suma asegurada*, se puede hacer una ***transpolación*** de las *pautas establecidas en el Código Civil y Comercial (Arts. 1.745 y 1.746)* (¹⁹⁴), de manera que resulte ***funcional*** para aplicarlo a los *seguros obligatorios*, en forma ***analógica***, de acuerdo a los expresamente previsto en el Art. 2 del Código Civil y Comercial...”

(¹⁹³) JORDAN, Leo J.; en *Property Insurance Litigator’s Handbook*, bajo la Coordinación de Leonard E. Murphy; Andrew B. Downs and Jay M. Levin; Capítulo 11.05 ‘*Policy Interpretation*’, página 324, donde se sostiene que cuando se aplica la *doctrina de las expectativas razonables del asegurado*, los Tribunales deben honrar y seguir las pautas del objetivo que tuvo el asegurado, de acuerdo a sus expectativas razonables, más allá de los términos del contrato de seguro, no obstante que un cuidadoso estudio de las presiones de la póliza negaran dichas expectativas; American Bar Association, Chicago, Estados Unidos, 2007.

(¹⁹⁴) ACCIARI, Hugo; “*La cuantificación de indemnizaciones por incapacidad en el Nuevo Código. Su lógica jurídico-económica*”, publicado en la *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, página 291, del mes de Julio de 2015

Concretamente, las Compañías de Seguros (los *Profesionales*) deben establecer *sumas aseguradas* que estén en consonancia con las pautas normativas que establece el Código Civil y Comercial (Arts. 1.745, 1.746 y concordantes)

De esta manera proponemos que exista *seguridad jurídica*, en nuestra opinión *no es certeza sin valores*, sino que implica *previsibilidad con contenido axiológico*

O, para decirlo con palabras de **Atilio Anibal Alterini** “...*la seguridad jurídica depende de la vigencia plena del derecho...*” ⁽¹⁹⁵⁾

Así resulta evidente que el monto de cobertura del seguro que se aplica en el fallo *sub examine*, no tiene absolutamente ninguna relación con las pautas de indemnización, que expresamente determina el Código Civil y Comercial ⁽¹⁹⁶⁾

⁽¹⁹⁵⁾ ALTERINI, Atilio Anibal; “*Previsibilidad de la Responsabilidad Civil de la Empresa*”, en la ‘*Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*’, publicado en el mes de Febrero de 2017

⁽¹⁹⁶⁾ LOPEZ HERRERA, Edgardo, en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Directores: Julio César Rivera y Graciela Medina; **Art. 1.745**, Tomo IV, página 1.230, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2014, donde siguiendo a Acciari e Yrigoyen Testa, explica la manera de realizar la indemnización:

“...2. *Forma de cálculo*

La fórmula a utilizar es la siguiente (Acciari - Yrigoyen Testa):

C = capital a determinar

A = ganancia afectada, para cada período. Los períodos considerados pueden variar (pueden ser, por ejemplo, mensuales o anuales).

i = tasa de interés a devengarse durante el período de extracción considerado, decimalizada.

Se tomaba habitualmente una tasa del 6 % anual.

n: períodos restantes hasta el límite de la edad productiva o expectativa de vida presunta de la víctima (es una determinación judicial y no tiene por que coincidir con la edad jubilatoria).

I = 1

Ejemplo de Acciari - Yrigoyen Testa:

Trabajador en relación de dependencia, de 30 años de edad, a quien el hecho le produce una incapacidad del 100%, y cuyas ganancias eran de \$ 1.300 mensuales. Para el cómputo se utiliza una tasa de interés de 6% anual y se estima la edad límite de sus posibilidades productivas en 65 años.

C = \$ 245.020,36 (doscientos cuarenta y cinco mil cincuenta pesos con treinta y seis centavos)...”

Como consecuencia de lo antes expuesto, es que la Sentencia “*Flores*” de Máximo Tribunal Federal no puede aplicarse con la vigencia del Código Civil y Comercial, por implicaría una abierta violación de las pautas establecidas en el Art. 1.746.

.6) El Código Civil y Comercial modifica la Ley de Seguros

.6.1) Si bien a primera vista el título del presente Capítulo que determina que *el Código Civil y Comercial modifica a la Ley de Seguros*, puede generar cierta sorpresa, es que señalamos que nuestra postura se sustenta en las pautas del mismo Código Civil y Comercial ⁽¹⁹⁷⁾

Atento la profundidad del tema y los límites del presente trabajo, es que no podemos desarrollarlo de manera específica, remitiéndonos *brevitatis causae* a lo que ya hemos escrito al respecto en nuestra obra *Seguros y el Código Civil y Comercial* (Tomo I, Capítulo IV ‘Los nuevos Principios y el Código Civil y Comercial’, subcapítulo IV.3 “*Tercer Principio: La Ley General puede tener preeminencia sobre la Ley Especial. El Código Civil y Comercial -Ley General- modifica a la Ley de Seguros -Ley Especial-*”) ⁽¹⁹⁸⁾

Así, en forma asaz sintética, en primer lugar estudiaremos la cuestión que *la Ley de Defensa del Consumidor modifica a la Ley de Seguros* y luego -brevemente- veremos que *el Código Civil y Comercial modifica a la Ley de Seguros* ⁽¹⁹⁹⁾

.6.2) La Ley de Defensa del Consumidor modifica a la Ley de Seguros:

La necesidad de tratar este tema, deriva del hecho que en la Sentencia “*Flores*” la Corte Suprema de Justicia de la Nación señala “...*ha decidido esta Corte que no obsta a ello la modificación*

⁽¹⁹⁷⁾ SOBRINO, Waldo; “*La ‘Ley General (Código Civil y Comercial)’ puede modificar una ‘Ley Especial (Ley de Seguros)’: Nuevos Principios Legales*”, publicado en S.A.I.J. (Sistema Argentina de Información Jurídica); www.saij.gov.ar, de fecha Junio de 2017

⁽¹⁹⁸⁾ SOBRINO, Waldo; *Seguro y el Código Civil y Comercial*, Tomo I, Capítulo IV, ‘Los nuevos Principios y el Código Civil y Comercial’, subcapítulo IV.3 “*Tercer Principio: La Ley General puede tener preeminencia sobre la Ley Especial. El Código Civil y Comercial (Ley General) modifica a la Ley de Seguros (Ley Especial)*”, página 247 y siguientes, Editorial La Ley, Buenos Aires, Julio de 2016

⁽¹⁹⁹⁾ SOBRINO, Waldo; “*La Ley General puede modificar a la Ley Especial. El Código Civil y Comercial cambia a la Ley de Seguros*”, publicado en *Diario DPI, Diario Civil N° 60*, de fecha 15 de Febrero de 2016

introducida por la ley 26.361 a la Ley de Defensa del Consumidor, puesto que una ley general posterior no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la ley especial anterior, tal como ocurre en la singularidad de los contratos de seguro...”⁽²⁰⁰⁾

En primer lugar volvemos a insistir que el fallo “*Flores*” fue dictado aplicando las pautas del Código Civil de Vélez Sarsfield (Ley 340) y no utilizó las mandas del Código Civil y Comercial de la Nación.

En segundo término, señalamos que si bien se suele sostener que la *Ley de Seguros* es una *ley especial*, es que deviene pertinente recordar que cuando el maestro **Isaac Halperín**, envía la nota de elevación de su obra al Ministro de Educación y Justicia Dr. Luis Mac Kay, con fecha 9 de Junio de 1959, señala que le presenta “...*el proyecto de Ley General de Seguros...*”.

Es decir, que el propio hacedor de la Ley de Seguros se refiere a la misma como la *Ley General de Seguros*.

Asimismo, también adherimos a las profundas explicaciones de **Ricardo Luis Lorenzetti**, cuando enseña que “...*en el caso de Argentina, la Ley 26.361* (es decir, La Ley de Defensa del Consumidor) *es una Ley Especial de orden público, que cambia muchos aspectos del Código Civil...*”⁽²⁰¹⁾

En efecto, la *Ley de Defensa del Consumidor* es una *Ley Especial*, dado que trata específicamente la cuestión de los *Consumidores* y -además- porque es la derivación directa, concreta y puntual del Art. 42 de la Constitución Nacional, dado que como bien enseña la *Corte Suprema de Justicia de la Nación* (in re: “**Banco de la Provincia de Buenos Aires vs. Dirección Nacional de Comercio Interior**”) “...*la ley 24.240 tiene una explícita base constitucional en el Art. 42 de la Constitución Nacional...*”⁽²⁰²⁾

⁽²⁰⁰⁾ Ver: *Considerando 5°* (Fs. 3) del voto de los Dres Ricardo Luis Lorenzetti y Elena Highton de Nolasco, en la Sentencia *Flores vs. Gimenez*

⁽²⁰¹⁾ **LORENZETTI, Ricardo Luis; Consumidores**, Segunda Edición Actualizada, página 60 (el subrayado y la letra en negrita, es nuestro), Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2009.

⁽²⁰²⁾ Ver: *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, in re: “**Banco de la Provincia de Buenos Aires vs. Dirección Nacional de Comercio Interior**” (B. 721, XLIV), de fecha 19 de Marzo de 2014

Es más, como correctamente enseña **Ricardo Luis Lorenzetti**, cuando la *Ley de Defensa del Consumidor* tiene “...*Conflictos con otras Leyes Especiales...*” (como es la *Ley de Seguros*, agregamos nosotros), existe una evidente y clara “...*Prioridad frente a Leyes Especiales que regulan la actividad del proveedor...*”⁽²⁰³⁾

Y, con la profundidad que lo caracteriza **Lorenzetti** explica que con dicha orden normativa de *Prioridad* de la *Ley de Defensa del Consumidor* sobre las *Leyes Especiales* “...*el legislador soluciona un problema que no es de interpretación sino de jerarquía de normas...*”, poniendo como ejemplos específicos -justamente- “...*las leyes referidas a la actividad bancaria, seguros...*”⁽²⁰⁴⁾

Concretamente: *la Ley de Defensa del Consumidor (ley 24.240, ley 26.361, Art. 42 de la Constitución Nacional) tienen preeminencia sobre las Leyes Especiales (como la Ley de Seguros)*⁽²⁰⁵⁾

Ello es así, dado que como muy bien enseña el Tribunal Cimero “...*en los casos que presentan colisión de normas, no es la ley, sino la Constitución Nacional, la fuente principal de los derechos de los consumidores...*”⁽²⁰⁶⁾

.6.3) El Código Civil y Comercial modifica a la Ley de Seguros:

En consonancia directa con lo antes expuesto, es que al analizar el *Código Civil y Comercial*, en toda la normativa específica que ampara a los *Consumidores* (Arts. 1.093 al 1.122 del Código Civil

⁽²⁰³⁾ **LORENZETTI, Ricardo Luis; *Consumidores***, Segunda Edición Actualizada, página 52 (el subrayado y la letra en negrita, es nuestro), Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2009.

⁽²⁰⁴⁾ **LORENZETTI, Ricardo Luis; *Consumidores***, Segunda Edición Actualizada, página 53 (el subrayado y la letra en negrita, es nuestro), Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2009.

⁽²⁰⁵⁾ **SOBRINO, Waldo; *Consumidores de Seguros***, Acápito II.3.2.3. “*Tiene prelación jerárquica dentro de a Carta Magna*”, página 67, Editorial La Ley, Buenos Aires. 2009

⁽²⁰⁶⁾ Ver: *Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re: “Banco de la Provincia de Buenos Aires vs. Dirección Nacional de Comercio Interior”* (B. 721, XLIV), de fecha 19 de Marzo de 2014

y Comercial), se lo debe estudiar sistemáticamente como una derivación del Art. 42 de la Carta Magna y de los Tratados Internacionales (Art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional) ⁽²⁰⁷⁾

Como consecuencia de ello es que cuando exista una tensión o contradicción entre la protección de los *Consumidores* (regulado en el Código Civil y Comercial), con una Ley (como puede ser la Ley de Seguros), es que la normativa de *Derecho de Consumo* (tanto en la Ley 24.240, como en la Ley 26.994) va a tener una *Prelación Jerárquica Normativa Constitucional* ⁽²⁰⁸⁾

Para analizar dicha cuestión, se debe tener muy presente lo determinado en los *Fundamentos* y en el Art. 1.094 del Código Civil y Comercial, cuando se establece que:

“...en el *Código Civil* una serie de **principios generales de protección del consumidor** que actúan como una “**protección mínima**”...”

“...ninguna ley especial en aspectos similares pueda derogar esos mínimos sin afectar el sistema...”

“...no hay obstáculos para que una ley especial establezca condiciones superiores...”

los principios “...‘mínimos’ actúan como un núcleo duro de tutela...”

“...se establece un “diálogo de fuentes” de manera que el Código recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes...”

“...el intérprete de una ley especial recurrirá al Código...para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor...”

“...se produce una integración del sistema legal en una escala de graduación compuesta por:
a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional;

⁽²⁰⁷⁾ SOBRINO, Waldo; “La ‘Ley General (Código Civil y Comercial)’ puede modificar una ‘Ley Especial (Ley de Seguros)’: Nuevos Principios Legales”, publicado en S.A.I.J. (Sistema Argentina de Información Jurídica); www.saij.gob.ar, de fecha Junio de 2017

⁽²⁰⁸⁾ SOBRINO, Waldo; “La Ley General puede modificar a la Ley Especial. El Código Civil y Comercial cambia a la Ley de Seguros”, publicado en Diario DPI, Diario Civil N° 60, de fecha 15 de Febrero de 2016

- b) los **principios y reglas generales de protección mínima** y el lenguaje común del **Código**;
- c) la **reglamentación detallada existente en la legislación especial...**”

Nótese que la precisión de lo antes transcripto es de una claridad meridiana ⁽²⁰⁹⁾ al ordenar que:

el **Código Civil y Comercial** es el “**Piso Mínimo**” de protección de los **Consumidores**

las **Leyes Especiales** deben respetar a ultranza los “**Pisos Mínimos**” del **Código Civil y Comercial**

las **Leyes Especiales** pueden establecer “**condiciones superiores**” que mejoren dicho “**Piso Mínimo**”

se determina una **escala de graduación legal**:

la **Constitución Nacional**

los “**Pisos Mínimo**” del **Código Civil y Comercial**

las **Leyes especiales**

Sobre estas cuestiones, entendemos muy importante recordar lo enseñado por destacados autores, como **Rubén Stiglitz** y **Fabiana Compiani** ⁽²¹⁰⁾, cuando explican que: “...cuando el contrato de seguro resulte un **contrato de consumo**, el **Código Civil y Comercial** crea un **núcleo de tutela fuerte** con vocación de **aplicación preeminente** sobre la **normativa especial** (art. 1094 CCyC)...”

En nuestras palabras, justamente en las cuestiones de **seguros** cuando existe un **contrato de consumo**, es que el **núcleo de tutela** implica que la **aplicación preeminente** del **Código Civil y Comercial** modifica a la **Ley de Seguros**.

Así pues, en el ámbito de los **Consumidores**, todo ello generó todo un nuevo concepto concéntrico del **Derecho**, que nosotros hemos denominado un “**Bloque Legal de Derecho de Consumo**” (que

⁽²⁰⁹⁾ **SOBRINO, Waldo**; “**La ‘Ley General (Código Civil y Comercial)’ puede modificar una ‘Ley Especial (Ley de Seguros)’: Nuevos Principios Legales**”, publicado en S.A.I.J. (Sistema Argentina de Información Jurídica); www.saij.gob.ar, de fecha Junio de 2017

⁽²¹⁰⁾ **STIGLITZ, Rubén - COMPIANI, Fabiana**; “**El Orden Público en el Contrato de Seguros**”, (la letra en negrita, es nuestra), publicado en el Diario La Ley, de fecha 4 de Noviembre de 2015

hemos desarrollado en nuestra obra *Seguros y el Código Civil y Comercial* -donde nos remitimos *brevitatis causae*-) ⁽²¹¹⁾, que consta de tres (3) partes:

- (i) **Piso Mínimo** (del Código Civil y Comercial);
- (ii) **Doble Piso Mínimo** (del Código Civil y Comercial y la Ley de Defensa del Consumidor)
y
- (iii) **Piso Superior** de la Ley de Defensa del Consumidor, la Ley de Tránsito y la Ley de Seguros

Así entonces, la pregunta que debemos hacernos es:

¿ en caso de contradicción entre el Código Civil y Comercial y una Ley Especial, respecto a los derechos de los consumidores, cual debe tener preeminencia ?

La única respuesta legal (según ordena el Código Civil y Comercial) es:

Tiene preeminencia el Código Civil y Comercial.

De manera tal que -como sugeríamos en el título del presente Capítulo-: *el Código Civil y Comercial modifica a la Ley de Seguros* ⁽²¹²⁾

Por ello, es provechoso recordar las enseñanzas de la profunda doctrinaria **Fabiana Compiani** cuando enseña que: “...a riesgo de ser reiterativa, no cabe duda de la **preeminencia** de las disposiciones del **Código** en materia de consumo sobre las de la ley especial (incluida la del seguro)... ” ⁽²¹³⁾

⁽²¹¹⁾ **SOBRINO, Waldo**; *Seguro y el Código Civil y Comercial*, Tomo I, Capítulo I, ‘Consumidores y el Código Civil y Comercial’, subcapítulo I.1) “Bloque Legal de Derecho de Consumo”, páginas 1 a 156, Editorial La Ley, Buenos Aires, Julio de 2016

⁽²¹²⁾ **SOBRINO, Waldo**; “La ‘Ley General (Código Civil y Comercial)’ puede modificar una ‘Ley Especial (Ley de Seguros)’: Nuevos Principios Legales”, publicado en S.A.I.J. (Sistema Argentina de Información Jurídica); www.saij.gob.ar, de fecha Junio de 2017

⁽²¹³⁾ **COMPIANI, Fabiana**; “La Prescripción en el contrato de Seguro”, publicado en el Diario ‘La Ley’, página 4 (la letra en negrita, es nuestra), de fecha 23 de Diciembre de 2015.

.7) El verdadero nudo gordiano que se debe analizar: la actualización monetaria de las sumas aseguradas

.7.1) Hasta ahora hemos venido analizando y criticando el fallo “Flores” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, explicando los distintos fundamentos de nuestra postura.

Pero, debemos hacer un alto, para señalar que en nuestra humilde opinión, uno de los yerros del Máximo Tribunal y de varias posiciones que analizan la sentencia, es que *no se ha estudiado un tema previo, que deviene imprescindible desarrollar: la actualización de la suma asegurada.*

En efecto, por el sencillo mecanismo de actualizar las *sumas aseguradas* de acuerdo a las pautas del *índice de inflación*, se hubieran solucionado la gran parte de las cuestiones en debate.

Ello es así, porque *la condena en exceso de la suma asegurada* tiene que ser un análisis posterior a *la actualización de la suma asegurada.*

.7.2) Para ir a cuestiones concretas, analicemos el caso “Flores” donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el año 2017, determina que la condena no puede exceder el límite de la suma asegurada de \$ 50.000, fijado en el año 1992

La inequidad de la resolución es harto evidente, dado que dicha *suma asegurada (nominal)* no cumple la función social prevista en el seguro obligatorio de automotores.

Pero, si en lugar de debatir si se debía pagar *en exceso de la suma asegurada*, se hubiera utilizado el sencillo proceso de la *actualización monetaria*, dicha suma de \$ 50.000 tendría un valor (aproximado) de \$ 1.000.000

Nótese que la perspectiva y el paradigma ha cambiado diametralmente.

Ello es así, dado que una gran parte de las condenas que se deben abonar por las Compañías de Seguros pueden quedar *dentro de las sumas aseguradas actualizadas.*

Y, después de realizar esta operación matemática, en los casos en que la suma asegurada no fuera suficiente, recién allí se comenzaría a estudiar, si a pesar de la actualización monetaria, además, se debería condenar en exceso de la suma asegurada.

Es una solución sencilla, práctica y justa.

Si bien más adelante desarrollaremos esta temática de la *actualización monetaria*, es que *ab initio* resaltamos que: *ni la doctrina ni la jurisprudencia señalaron que la actualización monetaria violara la pauta de “la medida del seguro” (Art. 118, de la Ley de Seguros)*

Es decir, se trata de un mecanismo que en el pasado, fue pacíficamente aceptado en nuestro Tribunales, según analizaremos a continuación

.8) La actualización monetaria en los Seguros. Doctrina. Jurisprudencia. Superintendencia de Seguros de la Nación. Fallo Plenario:

.8.1) A continuación analizaremos el tema de la *actualización monetaria*, recordando que la misma fue pacíficamente aceptada por nuestra Doctrina, por la Jurisprudencia de los Tribunales, incluyendo un Fallo Plenario y Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y hasta la Superintendencia de Seguros de la Nación estableció mecanismos para actualizar las sumas aseguradas.

.8.2) El retorno del análisis de la Actualización Monetaria:

.8.2.1) A los jóvenes abogados les comentamos que la *actualización monetaria de las montos adeudados* -en general- y la *actualización de las sumas aseguradas, en particular*, fue aceptado en forma unánime y pacífica por la Jurisprudencia y la doctrina de nuestro país.

Luego ello fue modificado por la Ley 23.928 del mes de Marzo de 1991 (llamada “*Ley de Convertibilidad*”), donde se *prohibía la indexación*, dado que el valor de Dólar era 1 a 1 con el peso.

Más allá de la opinión que se puede tener del sistema económico instaurado por Domingo Cavallo (durante la presidencia de Carlos Menem), es que hay que señalar que en aquella época, donde se cortó de raíz la inflación y donde la paridad del Dólar con el Peso era de 1 a 1, tenía lógica que no se aceptara la actualización monetaria.

.8.2.2) Pero, al momento de escribir estas líneas la relación del Dólar con el Peso de es de: 18 a 1

Resulta insostenible pretender que no se aplique la *actualización monetaria*, con los absurdos índices de inflación que padece nuestro país y -además- por la gran cantidad de años que duran los procesos judiciales.

Por ello, resulta muy claro que como ya hemos adelantado la Ley 23.928, la Ley 25.561 y demás normativa que prohíbe la actualización monetaria no soportan el *Control de Constitucionalidad* y el *Control de Convencionalidad*, de manera tal que resultan absolutamente inaplicables

Y, como consecuencia de ello, es que se debe volver a la tradicional jurisprudencia que aceptada la actualización monetaria, en especial en el caso de las sumas aseguradas.

.8.2.3) Por favor, no se diga contra nuestra posición que la actualización por depreciación monetaria rompería las ecuaciones actuariales de las Compañías de Seguros, dado que -reiteramos- dicho procedimiento se utilizó en el pasado y no hubo problemas.

.8.3) Superintendencia de Seguros la Nación:

.8.3.1) La *actualización monetaria* de la *suma asegurada* no es un tema novedoso en el ámbito de los Seguros, dado que -por ejemplo- fue la misma *Superintendencia de Seguros de la Nación*, quien en épocas de inflación creó la “*Unidad de Cuenta de Seguros*” (U.C.S.).

En efecto, se trataba de una típica *deuda de valor* (Art. 772 del Código Civil y Comercial), dado que la ‘Unidad de Cuenta de Seguros’ se iba actualizando de acuerdo al índice de inflación que sufría nuestro país.

De esta forma si un asegurado contrataba un seguro de responsabilidad civil con una suma asegurada de \$ 1.000.000 (que fuera equivalente -por ejemplo- a 1.000.000 de Unidades de Cuentas de Seguros), es que si el proceso judicial duraba varios años y al momento de la sentencia, las Unidades de Cuentas de Seguros valían el equivalente a cinco (5), es que la Compañía de Seguros no pagaba \$ 1.000.000 sino \$ 5.000.000.

Y, una de las cuestiones más importantes para resaltar, es que no hubo ningún problema con la tan reiterada frase “...*en la medida del seguro*...”, dado que la Aseguradora pagaba la suma asegurada de \$ 1.000.000 actualizada (es decir: \$ 5.000.000, en el ejemplo antes dado), sin que existiera perjuicios económicos para la Compañía de Seguros

Dicho sistema es un claro ejemplo que la suma asegurada se puede actualizar, como proponemos nosotros, sin que se produzcan problemas financieros ni económicos en el mercado de seguros.

.8.3.2) La explicación es tan sencilla como evidente: *la actualización monetaria no agrava el monto de la deuda, sino que -únicamente- mantiene el 'valor' original (solamente actualizando los guarismos, debido al proceso inflacionario)*

De manera tal, que la suma asegurada de \$ 1.000.000 (que equivalían en el ejemplo dado a 1.000.000 de Unidad de Cuentas de Seguro), cuando son actualizadas a \$ 5.000.000, *siguen manteniendo el mismo valor adquisitivo que los \$ 1.000.000 originales.*

.8.4) Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la nación:

.8.4.1) Respecto a la *actualización monetaria* es importante recordar la tradicional jurisprudencia de la *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, como por ejemplo en los autos caratulados “*Oks Hnos. y Cía. S.A. c. Yacimientos Mineros de Agua de Dionisio*” de fecha 29 de diciembre de 1987, cuando enseñaba que: “...*el reajuste del capital en función de la desvalorización monetaria, tiende a otorgar al acreedor el mismo valor que tenía derecho a percibir si la mora del deudor no hubiera ocurrido, sin que se le agregue ningún valor adicional...*” ⁽²¹⁴⁾

Nótese la precisión y claridad de nuestro Máximo Tribunal cuando enseña que la mera actualización monetaria no implica que se agregue ningún valor adicional a la deuda original.

.8.4.2) Pues bien, exactamente lo mismo acontece con las *sumas aseguradas* que se *actualizan* por la *depreciación monetaria*, donde *no se aumenta la deuda*, sino que se *mantienen constantes los valores de la obligación*.

.8.5) Doctrina Nacional:

.8.5.1) Para empezar, entendemos oportuno abreviar en el hacedor de la Ley de Seguros, citando así al maestro **Isaac Halperín**, cuando con la precisión y profundidad de los sabios pontificaba que:

“...*el asegurador también debe pagar intereses*”

⁽²¹⁴⁾ Publicado en: LA LEY 1988-C , 21 • DJ 1988-2 , 749; Cita online: AR/JUR/1440/1987

y el incremento de la indemnización por desvalorización monetaria
(porque él retuvo hasta el momento el capital que debía desde el hecho dañoso)...” (215)

.8.5.2) Esta postura es avalada por la doctrina nacional, como por ejemplo **Domingo Lopez Saavedra** (216), quien manifiesta que adhiere a los autores que están de acuerdo con la *actualización por depreciación monetaria de la suma asegurada*

En la misma senda, también se expresa **Rubén Stiglitz** (217), señalando que la *actualización monetaria de la suma asegurada*, implica “...la restitución de la proporcionalidad en la relación de equivalencia obligacional...destinado a corregir la alteración de equilibrio en las prestaciones...”

Para no realizar demasiadas citas en el mismo sentido, es que finalizamos esta parte, recordando la magnífica obra de **Gustavo Meilij y Nicolás Barbato** (218), que ya en el año 1975, enseñaban que “...la procedencia del incremento por la depreciación de la moneda en las denominadas deudas de valor, es de pacífica aceptación por la doctrina y jurisprudencia nacional...”

.8.5.3) No hay mucho más que agregar, sino solamente a guisa de mención de la doctrina extranjera que tiene la misma posición (por todos: **Hansgeorg Der Osten**) (219) enseñando que “...los aseguradores de riesgos elementales han de hacer frente a las alteraciones monetarias, al tener que indemnizar atendiendo los valores vigentes en el momento del siniestro...”

(215) **HALPERIN, Isaac**; *Lecciones de Seguros*, Capítulo X “Seguro de la Responsabilidad Civil”, acápite 10 “Indemnización”, página 92 (la letra en negrita y el subrayado, es nuestro), Edit. Depalma, Buenos Aires, 1983

(216) **LOPEZ SAAVEDRA, Domingo**; *Ley de Seguros (Comentada y Anotada)*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2007

(217) **STIGLITZ, Rubén**; *Derecho de Seguros*, Tomo III, párrafo n° 1.196, página 269, Quinta Edición actualizada y ampliada, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2008

(218) **MEILIJ, Gustavo Raúl - BARBATO, Nicolás Héctor**; *Tratado de Derecho de Seguros*, Capítulo XII “Seguros de Daños”, acápite n° 379 “Depreciación Monetaria”, página 305, Editorial Zeus, Rosario, 1975.

(219) **DER OSTEN, Hansgeorg**; *Manual de Seguros*; página 50, Ediciones Anaya, Madrid, España, 1971.

.8.6) Fallo Plenario “Mussa de Gomez de la Vega vs. La Defensa Compañía de Seguros Generales”

.8.6.1) Es importante recordar el **Fallo Plenario “Mussa de Gomez de la Vega vs. La Defensa Compañía de Seguros Generales S.A.”**, de la **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (en Pleno)**, de fecha 29 de Noviembre de 1978, donde se determinó que:

**“...en caso de mora del asegurador
corresponde computar los efectos de la depreciación monetaria
al determinar la indemnización proveniente de un contrato de seguro...”**

Al respecto el Fallo Plenario “**Mussa de Gomez de la Vega vs. La Defensa**” determina que la obligación de la Compañía de Seguros de hacerse cargo de abonar la *desvalorización monetaria*, señalando que:

“...aquí ocupa nuevamente un papel trascendente la desvalorización de la moneda, porque cuando la litis con el tercero se prolonga debido a una causa imputable a culpa o negligencia del asegurador, el asegurado que se vea obligado a pagar por ese motivo un "plus", deberá ser reparado por el asegurador, haciéndose éste cargo de la diferencia, sin tener en cuenta el "límite" de la suma asegurada establecida en la póliza...”

Por ello es que en el *Fallo Plenario* antes mencionado se ordena que:

“...es procedente el ajuste por desvalorización monetaria en las reclamaciones hechas a los aseguradores en los juicios en que éstos han sido citados en garantía (art. 118, ley de seguros)...”

.8.6.2) Por todo lo antes expuesto, es que la *actualización monetaria* de la *suma asegurada* como consecuencia de la *inflación* siempre fue pacíficamente aceptada por la Doctrina, la Jurisprudencia (e, incluso el *Fallo Plenario “Mussa de Gomez”*), sin que hubiera existido perjuicios para las Compañías de Seguros, ni tampoco nadie alegó que no se respetaba “*la medida del seguro*” (Art. 118 de la Ley de Seguros)

.9) La actualización monetaria en los Reaseguros:

.9.1) También es muy importante aclarar que las *actualizaciones por depreciación monetaria* son válidas desde la perspectiva técnica en el ámbito de los **Reaseguros**

Así, siguiendo las enseñanzas de uno de los mayores expertos de Reaseguros de latinoamérica, como es el Profesor **Ariel Fernandez Dirube**, se puede recordar que “...*en muchos países afectados por inflación crónica, se recurrió al arbitrio de establecer el **ajuste de los valores monetarios de la suma asegurada** y de las primas, sobre la base de algún índice económico, como el Nivel de Precios Mayoristas o Minoristas...*” ⁽²²⁰⁾

También en la tradicional obra de **Carter “El Reaseguro”** ⁽²²¹⁾, se explican los distintos métodos que utilizan las *Reaseguradoras* y las *Compañías de Seguros* a través de las “**Cláusulas de Estabilidad o de Indización**” explicando que se utilizan diversos índices para actualizar las sumas reaseguradas

Y, así una de las tantas **Cláusulas de Estabilización** determina que “...*al pagar cualquier siniestro, la retención del Reasegurado y la responsabilidad del Reasegurador aumentará o disminuirá, en proporción al aumento o disminución en el índice anterior, a partir de la fecha en que entre en vigor el Contrato hasta el momento en que haya sido pagado el siniestro...*” ⁽²²²⁾

.9.2) Nótese que en todos los casos en que hemos señalado, jamás a nadie, se le ocurrió plantear que *se estaría violando la pauta del Art. 118 de la Ley de Seguros, cuando determina que la Compañía de Seguros pagará “en la medida del seguro”*

Es que *no ha variado la ‘medida del seguro’, sino que solamente se actualizan los guarismos representativos de la suma asegurada original, de acuerdo a las pautas de la depreciación de la moneda. Nada más.*

⁽²²⁰⁾ **FERNANDEZ DIRUBE, Ariel; Manual de Reaseguros**, página 141, debiendo señalar que evidentemente los profesos inflacionarios, siempre generar gran cantidad de inconvenientes de todo tipo; por ello, es que Fernandez Dirube también explica que muchas veces las actualizaciones monetarias crearon muchos problemas, Editorial FIDES, Buenos Aires, 1992.

⁽²²¹⁾ **CARTER, R. L.; El Reaseguro**, Capítulo V ‘*Formas de Reaseguro*’, acápite III “**Cláusulas de Estabilidad o de Indización**”, página 298, Editorial Mapfre, Madrid, 1980

⁽²²²⁾ **CARTER, R. L.; El Reaseguro**, Capítulo V ‘*Formas de Reaseguro*’, acápite III “**Cláusulas de Estabilidad o de Indización**”, Apéndice 5.1 “**Cláusula de Estabilidad**”, página 315, Editorial Mapfre, Madrid, 1980

.10) Ley 25.561: Su Inconstitucionalidad. Su Inconvencionalidad:

.10.1) El único pseudo obstáculo legal que podría presentarse a la *actualización monetaria* de la *suma asegurada* es la Ley 25.561 que prohíbe la *indexación* ⁽²²³⁾

Mas, nos adelantamos a señalar que realmente no es un problema, dado que la *inconstitucionalidad* y la *inconvencionalidad* de dicha norma en la actualidad es tan evidente, que no creo que sea necesario explicarlo mucho.

.10.2) Volvamos al caso “*Flores*” y preguntémosnos si las remuneraciones de los Abogados, los Jueces, los Diputados, etc. y los precios del año 1992 son los mismos que en el año 2017.

Obvio que no !

Atento la evidente respuesta negativa, es que resultaría absurdo que el único lugar de Argentina donde se siga aplicando el “1 a 1” después de un cuarto de siglo, sea en las *sumas aseguradas*...

.10.3) Debemos reconocer que no somos originales en el planteo de *actualizar* las *sumas aseguradas*, dado que ello ya fue resaltado con anterioridad por nuestro maestro y amigo **Carlos Gherzi**, cuando explicando casos donde los procesos se extienden por muchos años, enseña que “...sin duda *beneficia a las empresas deudoras, especialmente a las Compañías de Seguros...que obtienen...una ganancia superior a la tasa de inflación...*” ⁽²²⁴⁾

.10.4) Asimismo, también debemos recordar que el *Control de Constitucionalidad* y el *Control de Convencionalidad*, no solo es *a pedido de parte*, sino que también *debe ser declarado de oficio*, de acuerdo a la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁽²²³⁾ SACRISTAN, Estela; “*El nuevo Código Civil y Comercial y la realidad: ¿ nominalismo o valorismo ?*”, publicado en ElDial.com - DC1FB1, de fecha 27 de Agosto de 2015.

⁽²²⁴⁾ GHERSI, Carlos; “*Análisis Económico del Acceso a la Jurisdicción. Actualización Monetaria. Acciones Colectiva. Daño Punitivo*”, publicado en la *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 2014-VIII, página 5

Por ello, la *actualización monetaria* de las *sumas aseguradas* es una herramienta que se encuentra en manos de los Jueces para poder establecer el *monto* de la cobertura, de acuerdo a las pautas inflacionarias de nuestro país.

O, parafraseando nuevamente a **Carlos Gherzi** ⁽²²⁵⁾, podemos recordar cuando ya enseñaba en el año 2014 que “...los Magistrados deberán empezar a reconocer la **depreciación monetaria** pues es parte de la reparación integral y de que los **montos actualizados** representen el valor de compra en el mercado y no el nominalismo del importe...”, agregando que “...la Ley de Convertibilidad - 1991- es hoy inconstitucional ya que se sancionó en relación al valor dólar (1a 1) y hoy no existe tal relación...”

.10.5) Es más, con toda profundidad y sapiencia **Rubén Stiglitz** ⁽²²⁶⁾, en su obra del año 2008, explica que en caso que en el futuro se incrementara la inflación en forma sustancial, “...la ley 25.561 deberá ser decretada inconstitucional...”

.10.6) Ello es de toda lógica, en especial con la aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación, donde existe todo un *Bloque Legal de Derecho de Consumo* ⁽²²⁷⁾ y -en especial- el Art. 1.094, bajo el imperativo título de “*Prelación Normativa*” ordena que *las normas deben ser aplicadas conforme con el principio de protección al consumidor*

De forma tal que siendo el *asegurado* un *consumidor* (en los términos del Art.1.092) según sostiene la doctrina y la jurisprudencia (y, también, la *víctima del siniestro* es un *consumidor*, según nuestra opinión) ⁽²²⁸⁾, es que *no hay duda que la no actualización por depreciación monetaria de la suma*

⁽²²⁵⁾ **GHERSI, Carlos**; “*Análisis Económico del acceso a la jurisdicción. Actualización monetaria. Acciones colectivas. Daño Punitivo*”, publicado en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 2014-VIII, página 5

⁽²²⁶⁾ **STIGLITZ, Rubén**; *Derecho de Seguros*, Tomo III, parágrafo n° 1.185 “*Consecuencias de la mora (continuación). La repotenciación del capital. La emergencia económica*”, páginas 253 y siguientes, Quinta Edición actualizada y ampliada, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2008

⁽²²⁷⁾ **SOBRINO, Waldo**; *Seguro y el Código Civil y Comercial*, Tomo I, Capítulo I “*Consumidores y el Código Civil y Comercial*”, apartado 1.1) “*Bloque Legal de Derecho de Consumo*”, páginas 1 a 156, Editorial La Ley, Buenos Aires, Julio de 2016

⁽²²⁸⁾ **SOBRINO, Waldo**; “*Las ‘Víctimas de Accidentes de Tránsito’ siguen siendo ‘Consumidores’ en el Código Civil y Comercial*”, publicado en SAIJ (Sistema Argentino de Información Jurídica), www.saij.gob.ar, del mes de Junio de 2017

asegurada viola clara y puntualmente los derechos de los consumidores (amparados, entre otros, por el Código Civil y Comercial de la Nación; la Ley de Defensa del Consumidor; el Art. 25 de la Ley 20.091 -que ordena que las cláusulas de los contratos de seguros sean 'equitativas'-; etc.), debiendo también declararse 'Ex Officio' la "Inconstitucionalidad" de la Ley 25.561 y complementarias (por violar los Arts. 42 y 17 de la Constitución Nacional) y la "Inconvencionalidad" (por conculcar el Art. 75, inciso 22 de la Carta Magna y los Tratados de Derechos Humanos)

.11) Deuda de Valor (Art. 772 del Código Civil y Comercial):

.11.1) Como principio general sobre esta cuestión, es importante recordar que grandes doctrinarios (por todos: **Eduardo Zanoni**) ⁽²²⁹⁾, enseñan que *"...la obligación resarcitoria es una deuda de valor..."*

Ello es así, explica **Zanoni** dado que *"...la liquidación del 'quantum' indemnizatorio en dinero tiende a restablecer el 'equilibrio patrimonial' roto en razón del perjuicio..."*

Agregando luego que dicho restablecimiento *"...debe hacerse siempre en presente..."* ya que *"...no es un 'restablecimiento histórico'..."*

Obvio es señalar que la misma postura es seguida por la doctrina internacional (por todos: **Jaime Santos Briz**) ⁽²³⁰⁾, cuando expone que *"...una indemnización por resarcimiento de daños tiene el carácter de deuda de valor..."*

.11.2) Continuando dicha senda legal, es que para analizar la cuestión de las *sumas aseguradas* debemos abreviar en el **Art. 772** del Código Civil y Comercial, que regula las *Obligaciones de*

⁽²²⁹⁾ **ZANONI, Eduardo; El Daño en la responsabilidad civil**, Capítulo V *Reparación del Daño*, apartado .B) *Indemnización dineraria de daños*, subpunto .a) *"La obligación resarcitoria como deuda de valor"*, acápite n° 62 *Premisa*, páginas 203 y siguientes (la letra en negrita, es nuestra), Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982

⁽²³⁰⁾ **SANTOS BRIZ, Jaime; La Responsabilidad Civil - Derecho Sustantivo y Derecho Procesal**, Tomo I, Capítulo VIII *'La Reparación de Daños'*, acápite II) *"Problemas que plantea la reparación de daños"*, punto .a) *"Momento de la valoración del daño"*, página 321, Editorial Montecorvo, Sexta Edición nuevamente revisada y actualizada, Madrid, España, 1991.

Valor, debiendo recordarse lo explicado con toda precisión por **Federico Ossola** en el sentido que “...*el distingo entre obligaciones de dinero y de valor adquiere relevancia en contextos inflacionarios...*” ⁽²³¹⁾

Si bien es un tema que excede los límites del presente trabajo, es que queremos dejar sentada nuestra opinión, en el sentido que: **las sumas aseguradas son obligaciones de valor**

Así, salvo casos excepcionales ⁽²³²⁾, en principio, el *quantum* de la *suma asegurada* se encuentra *relacionado con un bien* (seguros *patrimoniales*) o con un *responsabilidad* (seguros de *responsabilidad civil*).

Ello implica -con toda claridad- que el monto en dinero de la *suma asegurada* no está determinada ‘*in obligatione*’ sino ‘*in solutione*’, según desarrollaremos a continuación

.11.3) **Seguros Patrimoniales:** por ejemplo, en un seguro de *incendio* de una casa, el *quantum* de la *suma asegurada*, se **encuentra relacionado con el “valor” del inmueble**.

Tan ello es así, que si el *valor a riesgo* de la casa es de \$ 1.000.000 y la *suma asegurada* es de \$ 400.000, es que si se produce un siniestro donde se queman \$ 200.000, no le van a pagar al asegurado \$ 200.000, sino \$ 80.000, por aplicación de la ‘*prorrata*’ (Art. 65, segundo párrafo, de la Ley de Seguros).

Ello demuestra que el monto de la suma asegurada (v.gr. \$ 400.000) no está ‘*in obligatione*’ sino ‘*in solutione*’, dado que se trata de una “*deuda de valor*” que son “...*aquellas en que el objeto es un bien medido por el dinero...*”, de forma tal que “...*el dinero no es el objeto, sino el modo de pagar...*” ⁽²³³⁾

⁽²³¹⁾ OSSOLA, Federico; en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Director: Ricardo Luis Lorenzetti, Tomo V, Art. 772, página 157, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015

⁽²³²⁾ Como quizás podría ser una suma asegurada referida a valores en caja fuerte (donde el propio monto específico en dinero, es el objeto mismo de la cobertura *in obligatione*)

⁽²³³⁾ OSSOLA, Federico; en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Director: Ricardo Luis Lorenzetti, Tomo V, Art. 772, página 156, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015

Reiteramos que en los seguros *patrimoniales*, se desprende que se trata de una *deuda de valor* ya que la *suma asegurada* no es el objeto mismo del seguro, sino una manera de pagar el *valor del bien asegurado*.

Y, tan ello es así, que en caso de existir una *prorrata*, es que *no se va a pagar la suma asegurada 'in obligacione'* sino que se va a abonar una suma menor, dado que el dinero es *'in solutione'*, de forma tal que como se expresa en el ejemplo antes dado, se puede pagar mucho menos dinero que el efectivamente asegurado.

Por tanto, al no tratarse la *suma asegurada* de una *obligación de dar dinero* (Art. 765), sino de una *obligación de valor* (Art. 772), es que las *sumas aseguradas* se tienen que pagar al momento de siniestro “...*al valor real que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda...*” al momento del pago del siniestro.

.11.4) **Seguros de Responsabilidad Civil:** en los casos de *responsabilidad civil* la cuestión *sub examine* es mucho más evidente -todavía-, dado que la *suma asegurada* con toda claridad no es el *objeto* del seguro.

En efecto, el asegurado no solo jamás va a tener la propiedad del dinero de la suma asegurada, sino que el *monto de la suma asegurada* es *'in solutione'* para responder por *los daños y perjuicios que le puede llegar a producir a un tercero*.

Así pues el *objeto* del seguro y de la suma asegurada es la *indemnización de la víctima* (Art. 68 de la Ley 24.449) y la *protección del patrimonio del asegurado* (Art. 109 de la Ley de Seguros)

Y, dicha íntima vinculación con el *objeto* del seguro para cubrir “...*la indemnización de daños y perjuicios...*”, que como bien explica **Federico Ossola** “...*son obligaciones de valor...*” ⁽²³⁴⁾

De forma tal que si el seguro de responsabilidad tiene por objeto *la indemnización de daños y perjuicios* que son *'obligaciones de valor'*, es que resulta de su propia esencia que la *suma asegurada* no es *'in obligacione'* sino -claramente- *'in solutione'*.

⁽²³⁴⁾ **OSSOLA, Federico**; en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Director: Ricardo Luis Lorenzetti, Tomo V, Art. 772, página 156, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015

Como lógica consecuencia de ello, es que si los *seguros de responsabilidad civil* son *obligaciones de valor*, es que el *quantum* del seguro se debe *actualizar* de la misma manera que el objeto del seguro (v.gr. el pago de la indemnización)

Por ello, debe si el dañador (v.gr. asegurado) debe pagar la sentencia como una *obligación de valor* (Art. 772), es que las *sumas aseguradas* se tienen que pagar la Compañía de Seguros al momento de siniestro debe ser “...*al valor real que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda...*” ⁽²³⁵⁾

.11.5) En esta senda se encuentra la moderna jurisprudencia que aplicando el Art. 772 del Código Civil y Comercial, ha establecido la *actualización de las sumas aseguradas*, dado que se tratan de *deudas de valor* ⁽²³⁶⁾

Entre otros fallos podemos mencionar los autos “**DI TOMASO, Graciela vs. SAN CRISTOBAL Sociedad Mutual de Seguros s/Daños y perjuicios – Incumplimiento contractual**” ⁽²³⁷⁾, dictado por la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Azul, Sala II, dictada con fecha 10 de Mayo de 2016, donde se condenó a pagar a la Compañía de Seguros el monto de la suma asegurada a valores actualizados .

En dicho importante precedente se enseña que:

⁽²³⁵⁾ Señalamos que excepto en los casos en que la Compañía de Seguros deba ser condenada a pagar *en exceso de la suma asegurada* (por ejemplo por tratarse de una cláusula abusiva, etc.), es que para establecer si la *suma asegurada original* es suficiente para pagar el siniestro, se debe utilizar el procedimiento que nosotros hemos denominado la *Teoría de la “Desindexación Retroactiva”* (Ver: **SOBRINO, Waldo; Seguros y el Código Civil y Comercial**, Tomo I, Capítulo IX, Subcapítulo IX.9) “*Suma Asegurada: Límites y las Excepciones aplicables*”, acápite .6.4) “*Depreciación de la suma asegurada en pesos durante la tramitación del juicio (Teoría de la ‘Desindexación Retroactiva’)*”, página 615 y siguientes, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2016.

⁽²³⁶⁾ **GOSSIS, Norberto; “El contrato de seguros y la visión integradora del derecho aplicable”**, donde se realiza un meduloso análisis de la Sentencia “**Di Tomaso vs. San Cristobal**”, publicado en La Ley Buenos Aires, página 9, de fecha Marzo de 2017 Publicado: LLBA 2017 (Febrero) *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* 2017 III,205; Cita On Line: AR/JUR/94668/2016 (la letra en negrita, es nuestra)

⁽²³⁷⁾ Publicado: LLBA 2017 (Febrero) *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* 2017 III,205; Cita On Line: AR/JUR/94668/2016 (la letra en negrita, es nuestra)

“...en el marco de lo expuesto, destaco que el pago de la indemnización correspondiente a valores actuales, encuentra asidero jurídico en la circunstancia de que la obligación asumida por la aseguradora tiene por objeto una deuda calificable como **deuda de valor**...”

“... Al respecto, el art. 772 del nuevo Cód. Civil y Comercial (aplicable en forma inmediata conforme el art. 7 de dicho código), determina que “si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. Puede ser expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico. Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta Sección...”

Agregando posteriormente que “...La **deuda de valor** es aquella que tiene por objeto un valor abstracto o una utilidad, constituido por bienes, que habrá de medirse necesariamente en dinero en el momento del pago [Moisset de Espanes, Pizarro, Vallespinos]...”

Asimismo, también se estableció que “...**lo adeudado no es una suma de dinero sino un valor**, que necesariamente habrá de medirse en dinero, en el momento del pago (...). Como ejemplos de obligaciones de valor se mencionan la indemnización de daños y perjuicios, tanto en la responsabilidad por incumplimiento obligacional (contractual) como en la derivada de hechos ilícitos en sentido estricto (extracontractual)...”

Finalmente, también se resalta que: “...Repárese en las proyecciones que tiene la mentada distinción: dentro de un contexto nominalista (...) la deuda dineraria está alcanzada por el principio nominalista y es insusceptible de reajuste alguno. En cambio, siempre dentro de ese contexto, **la obligación de valor permanece al margen del nominalismo**...”

.11.6) En la doctrina específica de seguros, podemos abreviar con mucho provecho en las enseñanzas de **Rubén Stiglitz** ⁽²³⁸⁾, quien con la finalidad de mantener actualizadas las sumas aseguradas, explica que “...igual solución hacia la repotenciación se logra por vía de la consideración de la **obligación a cargo del asegurador** como una **obligación de valor**, no alcanzada por el nominalismo previsto en la ley para las obligaciones de dar dinero...”

⁽²³⁸⁾ STIGLITZ, Rubén; *Derecho de Seguros*, Tomo III, parágrafo n° 1.185 “**Consecuencias de la mora (continuación). La repotenciación del capital. La emergencia económica**”, páginas 253 y siguientes (la letra en negrita y cursiva, es nuestra), Quinta Edición actualizada y ampliada, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2008

Así, con relación a las *obligaciones de valor* **Carlos Gherzi** ⁽²³⁹⁾ explica que “...debe calcularse ‘como deuda’ conforme al valor real de mercado del bien o servicio al momento del efectivo pago...”

.12) Las posibles condenas en exceso de la suma asegurada

.12.1) Primer paso: actualización de las sumas aseguradas: estimamos que una gran parte de los conflictos que las víctimas y los asegurados tienen con las *sumas aseguradas* quedarían solucionados con la sencilla aplicación de la *actualización monetaria*.

Así, la mentada *actualización monetaria*, en nuestra opinión es el *primer paso* que deben dar los Tribunales con la finalidad de recomponer el equilibrio y la razonabilidad, en el ámbito de los *seguros*, en especial, respecto a las *sumas aseguradas*.

.12.2) Segundo paso: análisis legal para condenar en exceso de la suma asegurada: luego, como *segundo paso*, en el caso que la *suma asegurada* sea *insuficiente*, hay analizar si existe o no la posibilidad de condenar a la Compañía de Seguros *en exceso de la suma asegurada*.

Se trata de un tema muy interesante y profundo que excede el marco del presente capítulo, de manera que nos remitimos *brevitatis causae* a lo que ya escribimos al respecto en nuestra obra *Seguros y el Código Civil y Comercial* ⁽²⁴⁰⁾ y a lo desarrollado *ut supra*.

Tan solo a guisa de recordatorio, señalamos que existen muchas cuestiones que se deben estudiar para el análisis en el sentido si la Compañía de Seguros puede llegar a ser condenada a pagar *en exceso de la suma asegurada*.

Así, entre otras cuestiones, se debe tener presente:

⁽²³⁹⁾ **GHERSI, Carlos - WEINGARTEN, Celia (Directores)**, en *Código Civil y Comercial (Análisis jurisprudencial. Comentario, Concordado y Anotado)*, comentario realizado por **Carlos Gherzi**, Tomo III, Art. 772, página 124, Editorial Nova Tesis, Rosario, 2015

⁽²⁴⁰⁾ **SOBRINO, Waldo**; *Seguro y el Código Civil y Comercial*, Tomo I, Capítulo IX “Seguros y el Nuevo Código Civil y Comercial”, acápite IX.9) “Suma Asegurada: Límites y las Excepciones aplicables”, en especial, Punto .6) “Casos donde la Compañía de Seguros tiene que pagar en exceso de la suma asegurada”, páginas 585 a 639, Editorial La Ley, Buenos Aires, Julio de 2016

- (i) si se trata de un seguro *obligatorio* o *voluntario*;
- (ii) si la Compañía de Seguros y/o el Productor de Seguros cumplieron con el “*Deber de Información, el Deber de Consejo, el Deber de Advertencia*” (en los términos del Art.1.100 del Código Civil y Comercial) ⁽²⁴¹⁾;
- (iii) la “*Teoría de los Actos Propios*” (de la Compañía de Seguros y/o el Broker de Seguros) ⁽²⁴²⁾;
- (iv) la aplicación de la teoría de la “*Desindexación Retroactiva*” ⁽²⁴³⁾;
- (v) la utilización de la teoría de la “*Transpolación Funcional analógica*” ⁽²⁴⁴⁾;
- (vi) la existencia de “*Prácticas Abusivas*” ⁽²⁴⁵⁾;
- (vii) la violación del Art. 1.743 del Código Civil y Comercial;
- (viii) la *razonabilidad* de la suma asegurada
- (ix) etc.

De esta forma, es que resulta claro que existen varios *fundamentos legales* por los cuales una Compañía de Seguros puede ser condenada a pagar en exceso de la *suma asegurada*, como lo ha ido determinado la moderna Jurisprudencia de nuestro país, en diversos casos, como por ejemplo: “*San Juan vs. Romero, Miguel Angel y Otros s/Daños y Perjuicios*”, dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala “H”, con fecha 3 de Abril de 2014 ⁽²⁴⁶⁾; “*Bautista, Mamani Sabina*

⁽²⁴¹⁾ SOBRINO, Waldo; *Seguro y el Código Civil y Comercial*, Tomo I, “*Deber de Información; Deber de Consejo, Deber de Advertencia*”, páginas 607 y siguientes, Editorial La Ley, Buenos Aires, Julio de 2016

⁽²⁴²⁾ SOBRINO, Waldo; *Seguro y el Código Civil y Comercial*, Tomo I, “*Teoría de los Actos Propios*”, páginas 605 y siguientes, Editorial La Ley, Buenos Aires, Julio de 2016

⁽²⁴³⁾ SOBRINO, Waldo; *Seguro y el Código Civil y Comercial*, Tomo I, “*Teoría de la Desindexación Retroactiva*”, páginas 615 y siguientes, Editorial La Ley, Buenos Aires, Julio de 2016

⁽²⁴⁴⁾ SOBRINO, Waldo; *Seguro y el Código Civil y Comercial*, Tomo I, “*Teoría de las Transpolación funcional analógica*”, páginas 624 y siguientes, Editorial La Ley, Buenos Aires, Julio de 2016

⁽²⁴⁵⁾ SOBRINO, Waldo; *Seguro y el Código Civil y Comercial*, Tomo I, “*Prácticas Abusivas de las Compañías de Seguros: incumplimiento de la obligación de llegar a un acuerdo con el tercero reclamante (en perjuicio del asegurado)*”, páginas 628 y siguientes, Editorial La Ley, Buenos Aires, Julio de 2016

⁽²⁴⁶⁾ Cita: AR/JUR/11260/2014; publicado: LA LEY 03/07/2014 , 6 con nota de Osmar S. Domínguez • LA LEY 2014-D , 95 • RCyS 2014-IX , 245 • RCyS 2014-X , 3031

vs. Rey, Maximiliano s/Daños y Perjuicios”, dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala “B”, con fecha 9 de Septiembre de 2015; *“Puga, Carlos Norberto vs. Busico, María s/daños y perjuicios”*, dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, Sala III, con fecha 11 de Agosto de 2015 ⁽²⁴⁷⁾ etc.

Y, todo ello se ve potenciado en los casos de *seguros de responsabilidad civil* de carácter *obligatorio*, donde en muchísimas situaciones la regulación realizada por la *Superintendencia de Seguros de la Nación*, *estableciendo montos absurdos e irrazonables, derechamente, vacía de contenido a la Ley 24.449 (Art. 68)*.

En efecto, resulta una verdad de a puño que una *Resolución Administrativa* (v.gr. dictada por la Superintendencia de Seguros de la Nación) no puede vaciar de contenido las pautas protectorias y tuitivas de una Ley Nacional (Art. 68, de la Ley 24.449), donde se prevé el seguro obligatorio para proteger a las víctimas.

Y, en el caso que ello sucediera, entre muchísimas normas, el Juez puede aplicar el Art. 989 (y concordantes) del Código Civil y Comercial, que en forma expresa, precisa y concreta, le otorga la potestad legal de decretar la *abusividad* de los montos aplicables.

Como consecuencia de ello, es que resulta evidente que en ciertos casos, las Compañías de Seguros pueden ser condenadas a a pagar aún en exceso de la suma asegurada (como explicamos en nuestra obra *Seguros y el Código Civil y Comercial*) ⁽²⁴⁸⁾

⁽²⁴⁷⁾ Cita online: AR/JUR/36022/2015

⁽²⁴⁸⁾ **SOBRINO, Waldo**; *Seguro y el Código Civil y Comercial*, Tomo I, Capítulo IX “*Seguros y el Nuevo Código Civil y Comercial*”, acápite IX.9) “*Suma Asegurada: Límites y las Excepciones aplicables*”, en especial, Punto .6) “*Casos donde la Compañía de Seguros tiene que pagar en exceso de la suma asegurada*”, páginas 585 a 639, Editorial La Ley, Buenos Aires, Julio de 2016

.13) La contradicción de intereses del Abogado de la Compañía de Seguros y el asegurado (en la Dirección del Proceso)

.13.1) Otro tema que no ha sido muy desarrollado en la doctrina y que se está empezando a analizar en ciertas sentencias, es el referido a la *contradicción de intereses del abogado de la Aseguradora con los intereses del propio asegurado*.

En efecto, siempre hay que recordar que en todo juicio de responsabilidad civil, *hay dos (2) acciones legales en un mismo proceso judicial:*

- (i) por un lado, existe una *acción de la víctima contra el asegurado* (con la pretensión de obtener una *indemnización*); y
- (ii) por otro lado, otra *acción del propio asegurado contra la Compañía de Seguros* (para que cumpla con la *obligación de indemnidad*)

O, para decirlo con las palabras de nuestra *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en los autos caratulados “*Arcadia vs. Hesslegrave*” ⁽²⁴⁹⁾, dictado con fecha 22 de Mayo de 1986, “...*la citación en garantía a instancia del asegurado no se reduce a una mera llamada a la causa al asegurador, sino que implica el ejercicio de una acción contra este último....*”

Agregando nuestro Tribunal Cintero que: “...*en otras palabras, ante el mismo juez se esgrimen dos pretensiones. Una, la del damnificado contra el presunto responsable civil. Otra, la de éste contra su asegurador...*”

En efecto, ya hace muchos años el Profesor **Juan Carlos Félix Morandi** ⁽²⁵⁰⁾, explicaba que “...*un mismo hecho dañoso cubierto por un seguro de responsabilidad civil da lugar al nacimiento de dos obligaciones: una, del asegurado responsable frente al damnificado; otra, del asegurador respecto del asegurado...*”

⁽²⁴⁹⁾ Ver: *Corte Suprema de Justicia de la Nación: in re: “ARCADIA, Compañía Argentina de Seguros vs. HESSLEGRAVE, Carlos*”, cita on line: AR/JUR/2060/1986

⁽²⁵⁰⁾ **MORANDI, Juan Carlos Félix**; *Estudios de Derecho de Seguros*, Capítulo IX “*El Seguro de Responsabilidad Civil y la acción directa de la víctima*”, acápite VI “*Relación entre la deuda de responsabilidad del asegurado y la obligación del asegurador. El siniestro*”, punto .16) “*La obligación del asegurado frente al damnificado y del asegurador respecto del asegurado*”, página 404, Editorial Pannedille, Buenos Aires, 1971.

.10.2) Siempre nos pareció que la situación del abogado de la Compañía de Seguros que -a la vez- era apoderado del asegurado en un juicio de responsabilidad civil, era de un *difícil equilibrio precario*, dado que -cual Dios Jano- tenía dos caras e intereses que defender simultáneamente (y que podrían estar en conflicto)

Y, en el caso de *límites de cobertura* de la *suma asegurada*, cuando es *irrazonable*, o cuando se tiene que pedir la *actualización monetaria*, etc., *no hay ningún tipo de dudas: existe un evidente conflicto de intereses entre la Compañía de Seguros y el propio asegurado.*

En estos casos, merced a la aplicación del Art. 9 (*Buena Fe*); Art. 10 (*Abuso de Derecho*); Art. 11 (*Abuso de Posición Dominante*); Art. 1.092 (*Relación de Consumo*); Art. 1.093 (*Contrato de Consumo*); Art. 1.094 (*Prelación Normativa*); Art. 988 (*Cláusulas Abusivas*) y -de manera fundamental- el Art. 1.743 (*Limitación de Responsabilidad*), es que en nuestra opinión *los Jueces, Ex Officio deben determinar la invalidez de las cláusulas que limiten irrazonablemente la responsabilidad de la Compañía de Seguros.*

En efecto, si los Jueces tienen la *obligación legal* de analizar *ex officio* y realizar el *Control de Convencionalidad* y el *Control de Constitucionalidad*, con mayor razón tiene la obligación de determinar de oficio si el Límite de cobertura de una cláusula de un contrato es abusiva.

Al respecto recordamos que el *Control de Convencionalidad* debe ser realizado por el Juez *de oficio* ⁽²⁵¹⁾, de acuerdo a lo ordenado por la *Corte Internacional de Derechos Humanos*, en los autos caratulados “*Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*” de fecha 24 de Noviembre de 2006, donde se determinó que: “...los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de Convencionalidad *ex officio*, entre las normas internas y la Convención Americana...” ⁽²⁵²⁾

⁽²⁵¹⁾ BAZAN, Victor; “*Inconstitucionalidad e Inconvencionalidad por Omisión*”, publicado en el Diario ‘La Ley’, página 1, de fecha 20 de Diciembre de 2016

⁽²⁵²⁾ JULIANO, Mario Alberto; “*Control de Convencionalidad*”, Capítulo 5 *Control de Convencionalidad*, publicado en: derecho-a-replica.blogspot.com.ar/2009/08/el-control-de-convencionalidad.html

Y dichas posturas fueron expresamente convalidadas por la la *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, in re “*Videla, Jorge y Massera, Emilio Eduardo s/Recurso de Casación*”, de fecha 31 de Agosto de 2010 ⁽²⁵³⁾, en el caso “*Mill de Pereyra*”, etc.

.10.3) No se diga contra nuestra postura, que en realidad en el juicio de responsabilidad civil se debe respetar dicho *límite* de cobertura, a pesar de la *evidente contradicción de intereses*, y que - luego- en otro proceso judicial se debe iniciar otra demanda reclamando el asegurado a la Compañía de Seguros, porque no sólo sería beneficiar al dañador doloso, sino que -en la práctica-sabemos que esos *juicios posteriores* casi nunca se inician.

Seamos realistas. Sin un asegurado tiene que padecer un juicio de alrededor de cinco años, donde cuando llega la Sentencia *descubre* que su apoderado tenía un *conflicto de intereses* (y como consecuencia de ello, seguramente tendrá que pagar la Sentencia -y en algunos casos quedar en cesación de pagos-), es que deviene casi imposible, que después vaya contratar otro abogado, para hacer otra juicio de cinco o más años, para reclamarle los *daños y perjuicios a la Compañía de Seguros...*

Sería casi un *Sísifo del siglo XXI...*

Todo ello nos hace rememorar con poco humor y mucha tristeza al *Señor “K”* (de *El Proceso de Franz Kafka*) ⁽²⁵⁴⁾ que “...*sucedía, sencillamente, que nada se sabía del proceso y que nunca se sabría nada de él...*” ⁽²⁵⁵⁾

Es por ello, que por otro tema análogo, hace varios años escribimos un artículo titulado: “*El Proceso de Liquidación de Siniestros de Seguros y ‘El Proceso’ de Franz Kafka: ¿ dos almas gemelas ?*” (que fuera publicado en el Diario ‘*La Ley*’, de fecha 13 de Octubre de 2009)

⁽²⁵³⁾ MARANIELLO, Patricio Alejandro; “*Inconstitucionalidad de oficio, actualidad y límites*”, Diario La Ley, página 1, de fecha 10 de Septiembre de 2014.

⁽²⁵⁴⁾ Recordamos que **Franz Kafka**, era **abogado**, y que -paradojalmente- su *especialidad* era ‘*derecho de seguros*’.

⁽²⁵⁵⁾ KAFKA, Franz; *El Proceso*, página 83, Bureau Editor, Buenos Aires, 2001

.10.4) Nuestro planteo de declaración de oficio de las ilegalidades, arbitrariedades y abusividades que se pueden cometer en esta clase de procesos, no solo tiene un *fundamento legal*, sino que nos hace acordar al gran pensador español **José Ortega y Gasset**, cuando hace alrededor de ochenta años, nos ordenaba e imploraba: “...*Argentinos, a las cosas, a las cosas...*”

Así entonces, cuando fallamos los Abogados (y todo el sistema de protección a los asegurados), nuestra petición es: “...*Jueces, a las cosas...*” y la declaración de arbitrariedad de oficio.

.10.5) Respecto a estas cuestiones, debemos recordar la profundas enseñanzas de **Rubén Stiglitz**, cuando explica que es la Compañía de Seguros quien debe alegar y probar -entre otras cosas- *el tope del límite de la suma asegurada*.

Ello bajo apercibimiento que se considerará que la *suma asegurada* es *sin límite*, dado que “...*si no lo hace, responde por la cantidad que declare o que se condene por sentencia...*” ⁽²⁵⁶⁾

Y, resulta absolutamente claro que si el Abogado, que simultáneamente era apoderado de la Compañía de Seguros y del asegurado, tenía un claro *conflicto de intereses*, es que se debe otorgar *preeminencia* a la *protección del consumidor* (Art. 1.094 del Código Civil y Comercial), de forma tal, que *no serán válidas las alegaciones que el abogado hubiera realizado a favor de la Compañía de Seguros, que simultáneamente perjudicaban los intereses del asegurado / consumidor*.

De manera tal, que al resultar inválida la alegación que el abogado podría haber hecho a favor de la Compañía de Seguros, señalando el *tope de la suma asegurada*, es que la Aseguradora deberá ser condenada a pagar la totalidad de la sentencia que obligue al asegurado (consumidor) frente a la víctima.

.10.5.1) Y, no solo eso. Al ser el *asegurado* un *consumidor* es que el Juez también puede aplicar *de oficio* los “*Daños Punitivos*” ⁽²⁵⁷⁾, para evitar que no siga rindiendo frutos -mal habidos- el *análisis*

⁽²⁵⁶⁾ **STIGLITZ, Rubén; Derecho de Seguros**, Tomo III, Capítulo XL “*Obligaciones del Asegurador*”, parágrafo n° 1.105 “*La prueba de los límites de la cobertura*”, páginas 166 y 167, Quinta Edición actualizada y ampliada, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2008

⁽²⁵⁷⁾ **SOBRINO, Waldo; Seguros y el Código Civil y Comercial**, Tomo I, Capítulo XX “*Daños Punitivos: en el Código Civil y en los Seguros*”, páginas 1.461 a 1.503, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2016

económico del derecho que realizan las Compañías de Seguros que no actúan de acuerdo a la ley y la justicia ⁽²⁵⁸⁾

De esta forma, con la aplicación de los *Daños Punitivos* ⁽²⁵⁹⁾, se va a tratar de evitar lo que **Carlos Gherzi** llama “...*los efectos perversos de incumplimiento eficiente...*” ⁽²⁶⁰⁾ y que la doctrina norteamericana especialista en *derecho de seguros* (por todos: **Anderson, Eugene - Stanzler, Jordan - Masters, Lorelie**) denominan “...*opportunistic breach...*” ⁽²⁶¹⁾

Asimismo, respecto a esta cuestión recordamos que en nuestra opinión los “*Daños Punitivos*” pueden ser aplicados: (i) a pedido de parte; o (ii) de oficio.

.10.5.2) Para los *Daños Punitivos* que se aplican *a pedido de parte* nos remitimos a las muchas y buenas obras escritas al respecto, como por ejemplo: **Fernando Shina** ⁽²⁶²⁾, **Alejandro Chamatrópulos** ⁽²⁶³⁾; etc.

⁽²⁵⁸⁾ **FACAL, Carlos**; “*Daños Punitivos: para que el incumplimiento adrede del Asegurador no sea negocio*”, publicado en Diario DPI, de fecha 29 de Septiembre de 2015.

⁽²⁵⁹⁾ **SOBRINO, Waldo**; “*Los ‘Daños Punitivos’: una herramienta para la protección de los Consumidores de Seguros*”, publicado en S.A.I.J. (Sistema Argentina de Información Jurídica), www.saij.gob.ar, de fecha 16 de Noviembre de 2010

⁽²⁶⁰⁾ **GHERSI, Carlos**; “*Análisis Económico del Derecho de Daños: crisis e impactos en el sistema judicial*”, publicado en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, del mes de Septiembre de 2013

⁽²⁶¹⁾ **ANDERSON, Eugene - STANZLER, Jordan - MASTERS, Lorelie**; *Insurance Coverage Litigation*, Capítulo 1 “*An Introduction to standard-form General Liability Insurance*”, acápite 1.01 (B) *Insurance Economics*, apartado .1) *How Insurers Benefits from “Opportunistic Breach”*, página 1-10; Editorial Wolters Kluwer Law and Business, 2nd edition, New York, 2015

⁽²⁶²⁾ **SHINA, Fernando**; *Sistema Legal para la defensa del consumidor*, Capítulo V “*Comercialización masiva de bienes y servicios*”, Subcapítulo .D) “*Los Daños Punitivos*”, páginas 192 a 210, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2016

⁽²⁶³⁾ **CHAMATROPULOS, Alejandro**; “*Soluciones posibles para la escasa aplicación de los Daños Punitivos en Argentina*”, publicado en el Diario La Ley, de fecha 6 de Agosto de 2013

.10.5.3) Y, con relación a la más atípica situación de los *Daños Punitivos Ex Officio*, atento que excede los límites del presente trabajo, es que *brevitatis causae* nos remitimos a lo que ya hemos escrito al respecto ⁽²⁶⁴⁾

Ahora, tan solo señalamos que la idea original de la aplicación *de oficio* de los *daños punitivos*, la obtuvimos de la Profesora **Graciela Lovece** ⁽²⁶⁵⁾, donde realiza una interesante aplicación del *Deber de Prevención* (dentro del cual se encuentran los *daños punitivos*) y el Art. 1.713 que ordena que dicha *función de prevención* debe ser realizada “...a pedido de parte o de oficio...”.

.14) Las próximas Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

.14.1) Según expresáramos al comienzo del presente trabajo, la Sentencia “*Flores*” fue dictada por la Corte Suprema basándose normativamente en el *viejo* Código Civil del hijo de Amboy.

También se debe resaltar que no fue un fallo unánime, sino que fueron tres votos (Lorenzetti, Highton de Nolasco y Rosenkrantz) contra dos votos (Maqueda y Rosatti).

Incluso, el voto de los Jueces Maqueda y Rosatti, a través del Art. 280 del Código Civil y Comercial, indicaría que *no consideraron arbitraria la Sentencia dictada por la Sala “K” de la Cámara Nacional de Apelaciones*.

Además, que no es poca cosa desde nuestro punto de vista, se debe tener presente que los *fundamentos* de Lorenzetti y Highton de Nolasco, fueron análogos a lo expuestos en el fallo “*Buffoni*”, donde Maqueda había votado con la mayoría.

Y, en el fallo “*Flores*” en circunstancias semejantes, nos parecería entrever que habría un cambio de criterio del Dr. Maqueda.

⁽²⁶⁴⁾ **SOBRINO, Waldo**; *Seguro y el Código Civil y Comercial*, Tomo II, Capítulo XX “*Daños Punitivos en el Código Civil y en los Seguros*”, Acápite XX.1) “*Los ‘Daños Punitivos’: una herramienta para la protección de los ‘Consumidores de Seguros’*”, Subacápite .4) “*El Nuevo Código Civil y Comercial*”, páginas 1.468 y siguientes, Editorial La Ley, Buenos Aires, Julio de 2016

⁽²⁶⁵⁾ Disertación brindada en las tradicionales y prestigiosas *Jornadas Rioplatenses de Derecho de Consumo*, celebradas en la Ciudad de Mar del Plata, en *Homenaje a Carlos Ghersi*, realizadas los días 13 y 14 de Noviembre de 2015.

Pero, reiteramos, el fallo “*Flores*” fue dictado sustentándose en el derogado Código de Dalmacio Vélez Sarsfield.

.14.2) *¿ Cómo fallará en el futuro la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un caso análogo a “Flores” aplicando el Nuevo Código Civil y Comercial ?*

Nosotros no tenemos la respuesta...

Pero, legalmente, podemos vislumbrar algunas cuestiones.

Así, con anterioridad en el Capítulo de “*Los Veintitrés (23) fundamentos del Código Civil y Comercial que tornan inaplicable la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*”, entre otros, mencionábamos los siguientes:

.1) Art. 1°: Inconstitucionalidad; .2) Art. 1°: Inconvencionalidad; .3) Art. 2°: Equidad ; .4) Art. 3°: Razonabilidad; .5) Art. 51: Dignidad de la persona; .6) Art. 984: Contrato de Adhesión; .7) Art. 988, inciso .a) Cláusulas Abusivas: Desnaturalización; .8) Art. 988, inciso .b) Cláusulas Abusivas: restricción de los derechos del adherente; .9) Art. 988 inciso .c) Cláusulas Abusivas: irrazonabilidad; .10) Art. 989: Control judicial de las cláusulas abusivas; .11) Art.1.092: Relación de Consumo; .12) Art. 1.093: Contrato de Consumo; .13) Art. 1.094: Prelación Normativa del Derecho de Consumo; .14) Art. 1.100: Deber de Información; Deber de Consejo y Deber de Advertencia; .15) Art. 1.118: Cláusulas Abusivas: negociadas individualmente y aprobadas expresamente; .16) Art. 1.119: Cláusulas Abusivas: Desequilibrio significativo; .17) Art. 1.122: Control Judicial de las Cláusulas Abusivas con Aprobación Administrativa; .18) Art. 1.743: Nulidad del límite de indemnización: conculcar Derechos Indisponibles; .19) Art. 1.743: Nulidad del límite de indemnización: violación de la Buena Fe; .20) Art. 1.743: Nulidad del límite de indemnización: contrariar las Buenas Costumbres; .21) Art. 1.743: Nulidad del límite de indemnización: no respetar Leyes Imperativas; .22) Art. 1.743: Nulidad del límite de indemnización: aplicación de Cláusulas Abusivas; .23) Art. 1.746: Violación de las pautas normativas de Indemnización por Lesiones

Ya habíamos señalado que la mera *violación individual de cualquiera de los veintitrés (23) artículos* antes mencionados del Código Civil y Comercial, era suficiente para que no se pudiera dictar otra Sentencia “*Flores*” con las mismas pautas criticadas por nosotros.

Pero, hay que resaltar que en las circunstancias fácticas y legales del caso “*Flores*”, en forma puntual y específica: *se violan todos y cada uno de los veintitrés (23) fundamentos normativos del Código Civil y Comercial de la Nación*

.14.3) Somos de los abogados de la *vieja guardia* que a pesar de los vaivenes que pueda tener la vida profesional, siempre creemos y tenemos fe en nuestros jueces.

Y, algunos de los miembros de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, fueron los hacedores del *Código Civil y Comercial de la Nación*, que más allá de las críticas que podemos hacerle, en el balance final implica un avance para la protección de los derechos de los más vulnerables.

Por ello, somos optimistas de las futuras sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando vuelquen por escrito en los fallos, todos los valores y principios establecidos en el nuevo Código Civil y Comercial (y siempre teniendo a la vista el *leading case* “*Santa Coloma*” del Tribunal Cimero, que es un orgullo para la Justicia de nuestro país), es que se va a modificar dicha doctrina judicial aplicando las pautas protectorias de los consumidores ⁽²⁶⁶⁾

.15) Las futuras Sentencias de los Jueces de nuestra Patria:

.15.1) Otra pregunta que podemos hacernos es : *¿ Cómo dictarán en el futuro sus Sentencias los diversos Jueces de nuestro país ?*

Aquí tampoco tenemos una respuesta...

.15.2) Sin perjuicio de ello, es que creo que ya sea a pedido de parte o *ex officio*, en las *futuras Sentencias* ⁽²⁶⁷⁾, se puede tener en cuenta ciertas cuestiones:

⁽²⁶⁶⁾ **SOBRINO, Waldo**; *Seguro y el Código Civil y Comercial*, Tomo I, Capítulo I “*Consumidores y el Código Civil y Comercial*”, apartado 1.1) “*Bloque Legal de Derecho de Consumo*”, páginas 1 a 156, Editorial La Ley, Buenos Aires, Julio de 2016

⁽²⁶⁷⁾ **HOLMES, Oliver Wendell**; *La Senda del Derecho*, página 21, donde enseñaba que “...yo entiendo por Derecho las profecías acerca de los que los tribunales harán en concreto; nada más ni nada menos...”, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975.

.15.2.1) Las Sentencias de la Corte Suprema de Justicia *no son obligatorias para los Jueces de nuestra patria.*

.15.2.2) Incluso, más importante que el punto anterior, se debe recordar que la Sentencia “Flores” *fue dictada con las pautas del Código Civil de Vélez Sarsfield.*

.15.2.3) Como consecuencia de ello el fallo “Flores”, *no marca absolutamente ninguna pauta o doctrina judicial para los Jueces, dado que se fundamentó en un Código derogado.*

.15.2.4) Entendemos que la primera aproximación al tema de las *sumas aseguradas* es la aplicación de la *desvalorización monetaria.*

.15.2.5) En los casos en que corresponda, habría que analizar la declaración de oficio de *inconstitucionalidad e inconvencionalidad* de la Ley 25.561

.15.2.6) Se debería analizar la aplicación del Art. 772 del Código Civil y Comercial de la Nación, considerando a las *sumas aseguradas* como *obligaciones de valor.*

.15.2.7) Debemos recordar que durante muchos años (y avalado por *Jurisprudencia* de la *Corte Suprema de Justicia de la Nación*), se realizó la *actualización monetaria* de las *sumas aseguradas* de los seguros

.15.2.8) Se debe tener presente que cuando se realizaba la *actualización monetaria* de las *sumas aseguradas*, ninguna Compañía de Seguros alegaba que se violaba “...*la medida del seguro...*” del Art. 118 de la Ley de Seguros, dado que *dicha actualización monetaria, no es un incremento de la deuda o responsabilidad de la Compañía de Seguros, sino -solamente- un mera adecuación de guarismos, para que la suma asegurada mantenga su capacidad de cobertura que el asegurado había contratado originalmente.*

.15.2.9) En los casos en que existe *conflicto de intereses* del abogado que es apoderado en forma simultánea del asegurado y la Compañía de Seguros, se debería declarar *ex officio la nulidad o abusividad de las Cláusulas que el asegurado no pudo plantear oportunamente en el pleito* (entre ellas, las que corresponden a *límites de la suma asegurada*, o el *pedido de actualización de la suma asegurada*, etc.)

.15.2.10) En los Expedientes que corresponda, también se debería aplicar *a pedido de parte o de oficio* los *Daños Punitivos* para sancionar a las Compañías de Seguros que no actuaron de acuerdo a Derecho

.15.2.11) En los casos en que se hubieran violado alguno de los veintitrés (23) fundamentos del Nuevo Código Civil y Comercial (Art. 1º; Art. 2º; Art. 3º; Art. 51; Art. 984; Art. 988; Art. 989; Art.1.092; Art. 1.093; Art. 1.094; Art. 1.100; Art. 1.118; Art. 1.119; Art. 1.122; Art. 1.743; Art. 1.743; Art. 1.746; etc.), se podrá declarar la *inoponibilidad* o la *nulidad del tope de la suma asegurada*

.15.2.12) Finalmente, somos optimistas *iure et de iure* en el sistema de justicia, que es el último bastión de libertad y justicia para los ciudadanos comunes y -además- porque siguiendo a **Daniel Herrendorf**, confiamos en *El Poder de los Jueces* ⁽²⁶⁸⁾

.16) A modo de epílogo:

.16.1) Por un lado, debemos señalar que nos encontramos en una época de mucho descreimiento y desconfianza de la población frente a los Poderes del Estado ⁽²⁶⁹⁾

.16.2) Por otro lado, debemos hacer un *mea culpa* y tener muy presente que la situación actual de nuestro país en general y de la Justicia en particular, se resume en el título de un artículo escrito por el gran periodista **Martín Caparrós** (*“La culpa es de nuestra generación”*) ⁽²⁷⁰⁾

.16.3) También debemos señalar que otra particularidad del Siglo XXI, es que se caracteriza por el desigual conflicto: *Corporaciones vs. Consumidores*

⁽²⁶⁸⁾ **HERRENDORF, Daniel**; *El Poder de los Jueces (como piensan los Jueces que piensan)*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994

⁽²⁶⁹⁾ Una de las tantas pruebas del descreimiento de nuestra sociedad en el Poder Judicial, es la multitudinaria marcha realizada con fecha 3 de Agosto de 2017 frente a Tribunales

⁽²⁷⁰⁾ **Diario “Clarín”**, Sección ‘Cultura’, página 10, de fecha 22 de Julio de 2017

.16.4) Asimismo, es pertinente recordar las enseñanzas de Bobbio cuando explicaba que el Siglo XIX, fue el siglo del los *Parlamentos*; el Siglo XX correspondió al *Poder Ejecutivo* y que el siglo XXI es “...*el siglo de los Jueces*...”⁽²⁷¹⁾

.16.4) En definitiva, como en todos los órdenes de la vida y muy especialmente en las Sentencias, *siempre hay una opción de hierro: Justicia o Injusticia*

Autor: **Waldo Sobrino**

waldo.sobrino@wsya.com.ar / (15) 6693 0011 / www.wsya.com.ar

Publicado: # Una versión resumida de este trabajo fue publicada en:

Diario “*La Ley*”, de fecha 30 de Agosto de 2017

La versión completa será publicada en la próxima edición del Libro

“*Seguros y el Código Civil y Comercial*” (Waldo Sobrino; Editorial La Ley, 2018)

también se puede encontrar la versión completa en: www.wsya.com.ar

⁽²⁷¹⁾ CATALANO, Mariana y CARNOTA, Walter; “*La Corte Suprema reafirma su rol de Tribunal final de las causas*”, donde enseñan que “...*hoy advertimos una notoria expansión del rol del juez. Bobbio auguraba que el siglo XXI sería ‘el siglo de los jueces’, luego del siglo de los Parlamentos (el siglo XIX) y del predominio ejecutivo (siglo XX)*...”, publicado en el Diario ‘La Ley’, página 6, de fecha 28 de marzo de 2017