



UNIVERSIDAD DE BELGRANO

# Las tesinas de Belgrano

**Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
Carrera de Abogacía**

**Información Complementaria vs. Derecho  
Indemnizatorio  
Incidencia del Abusivo ejercicio del derecho a  
requerir información complementaria en los  
contratos de seguros versus el derecho a  
percibir la indemnización estipulada.**

**Nº 107**

**Pablo Cos**

**Tutora: Raúl Grigoni**

**Departamento de Investigación  
Abril 2004**



## Prefacio

El presente trabajo posee como norte corroborar que el abusivo ejercicio del derecho de requisición de información complementaria por el asegurador, en los contratos de seguros, responde a insuficiencia y vetustez en la normativa dictada, que genera grandes lagunas jurídicas, sumado a su utilización por parte de las compañías de seguros con fines ajenos a su naturaleza, y a una falta de sanción de conductas ilícitas por parte del órgano Estatal de control, que al caso es la Superintendencia de Seguros de la Nación.

La presente obra se realiza sobre la base de un amplio estudio en el campo de la doctrina, como así también de los diversos pronunciamientos jurisprudenciales emanados del órgano de justicia. Motivado en la contrastación empírica de la utilización abusiva del requerimiento de información complementaria por el asegurador al asegurado participe de un siniestro o evento dañoso.



## Índice

INTRODUCCION .....	7
MARCO HISTORICO.	
1. Origen y evolución del seguro. Normativa aplicable a la materia. El asegurador. Función que representa. Finalidad. El contrato de seguro en nuestros días .....	8
MARCO TEORICO	
A. Consideraciones Previas .....	9
1.- Contrato de Seguro. Nociones Generales. Definición legal. Crítica .....	10
2.- Definiciones Doctrinarias .....	10
3.- Contrato por adhesión y la ley de defensa del consumidor .....	10
4.- Abuso del derecho. Ejercicio Abusivo. Sistemas. Abuso del derecho en la contratación y en el contrato de seguro .....	11
5.- Definición de cláusula abusiva en la ley de defensa del consumidor .....	13
6.- Necesidad de no confundir el contrato por adhesión con la cláusula abusiva, ni con la cláusula desconocida .....	14
7.- Inclusión de cláusulas abusivas en el contrato de seguro .....	14
8.- Características de la cláusula abusiva. El desequilibrio significativo .....	14
9.- Control administrativo previo en la Ley 24.240 .....	16
10.- Control administrativo específico. La Superintendencia de seguros de la Nación y su función de contralor .....	16
11.- Control Judicial. Nulidad Parcial .....	16
B.- Las cargas. Régimen Legal y Convencional .....	17
1.- Carga. Noción que suministra el derecho procesal .....	17
2.- Carga. Noción que suministra el derecho privado .....	17
3.- Carga. Noción que suministra el derecho de seguros .....	17
4.- Las cargas versus requerimientos irrazonables o irrelevantes del asegurador. Las cargas abusivas. Planteo de la cuestión .....	17
5.- Operatividad de la Ley de Defensa del Consumidor. Interés Tutelado .....	18
6.- Requerimientos irrelevantes e irrazonables. Consecuencias .....	18
7.- Pronunciamiento del asegurador acerca de los derechos del asegurado .....	19
C.- Aspecto Administrativo .....	19
1.- Función que desempeña la Superintendencia de Seguros de la Nación. Asegurado versus lentitud administrativa del órgano de control. Incidencia. Prescripción de la acción judicial .....	19
2.- Asegurado versus lentitud administrativa del órgano de control. Incidencia. Prescripción de la acción judicial. Responsabilidad del Estado .....	20
D.-Conclusiones .....	21
E.- Definición de términos .....	22
F.- Bibliografía .....	24



## Introducción

El contrato de seguro surge en la antigüedad como una institución con fundamentos sociales, con base en la mutualidad y destinado a la traslación de riesgos. La necesidad de adoptar técnicas preventivas que contribuyan a bloquear, total o parcialmente, las consecuencias de un daño eventual hacen que se de origen al contrato de seguro, que brinda un resguardo patrimonial al asegurado y bienestar o proteccionismo social frente a los terceros.

Nació como seguro marítimo en Italia, se desarrollo y tomo impulso en España, se difundió y adquirió forma jurídica en Francia, Países Bajos y en la ciudad Germana de Hansa; y maduro en Inglaterra, especialmente en la rama de incendio y vida, cuando comenzó el periodo de la empresa aseguradora. Sus antecedentes son la mutualidad y la transferencia de riesgos. Su realización se fundamentaba en el proteccionismo social, constituyéndose asociaciones, que ofrecían mediante la contribución de todos sus miembros, una nueva nave a quien la perdía en la tempestad o un nuevo animal de carga a quien lo había perdido por muerte, fuga o robo.

En nuestro país ello ocurrió en el año 1967, con la sanción de la ley 17.418, que entro en vigencia al año siguiente y que actualmente se encuentra regulando las relaciones de asegurado y asegurador. Lejos de los fundamentos mutuales de la antigüedad, el contrato de seguro paso a ser un emprendimiento societario de grandes dimensiones y dividendos, que en ese entonces vislumbraba un amplio espectro de desarrollo.

Por lo dicho podrá observarse que el seguro no elimina el daño sino que tolera que sus consecuencias resulten transferidas al asegurador que, a esos fines, ha constituido una mutualidad especialmente "preparada para absorber el riesgo de indemnización".<sup>1</sup> Dicha mutualidad esta constituida con el pago de una prima o cotización que abona el asegurado, que conforma una reserva legal, estatutaria o ambas, para afrontar los eventuales siniestros que puedan acaecer.

Una vez perfeccionado el contrato consensual sinalagmático, comienzan a aparecer un sin numero de cargas convencionales y estatuidas por ley. Dichas cargas constituyen la conveniencia que tiene una y otra parte de actuar de determinada manera para obtener el efecto jurídico deseado.

Afirma Goldschmidt que las cargas son imperativos del propio interés y que se distinguen de las obligaciones en razón de que estas siempre representan imperativos impuestos por el interés de un tercero. Dice que las condiciones de conservación de un derecho. Su contenido es una actuación y el hecho de no desembarazarse de una carga, constituye lo que se denomina rebeldía, contumacia o desobediencia, en la acepción de contravención de un deber que implica el desaprovechamiento de una posibilidad.<sup>2</sup> Dentro de las cargas legales que pueden ser impuestas dentro del contrato de seguro, enunciamos lo siguiente: Mantener el estado del riesgo (Art.37, L.S.); informar su agravamiento (Art. 40-2, L.S.); notificar la pluralidad de seguros (Art.67, L.S.); denunciar el siniestro (Art.46 L.S.); pronunciarse acerca de los derechos del asegurado (Art.56, L.S.); adoptar medidas que apunten a evitar o disminuir el daño (Art.72-2, L.S.); informar al asegurador que el tercero a demandado judicialmente (Art.115 L.S.); y las que nos interesan, objeto de este trabajo, las denominadas: cargas complementarias de prestar cooperación e informar al asegurador, a su pedido, la información necesaria para verificar el siniestro o la extensión de la prestación a su cargo y a permitirle las indagaciones necesarias a tal fin. (Art.46-2 y 3. L.S.), suspendiendo por ende los plazos legales para la liquidación del siniestro y consiguiente plazo para la expedición sobre los derechos del asegurado.

El marco de este trabajo tiene por objeto demostrar la razonabilidad de exigir las informaciones complementarias, demostrar el ejercicio irregular por parte de muchas aseguradoras, de este derecho de información, que por el mal uso, logran una coartada legal de protección, que utilizan para no afrontar los siniestros obrantes, obteniendo un plazo de dilación legal, mas allá de lo normal, vulnerando principios protectorios de indemnidad patrimonial y de propiedad privada. Consiguientemente, con la presente investigación propongo demostrar las deficiencias de la legislación y la carencia de control por parte de la autoridad Estatal, pero bajo ningún punto de vista pretendo se desconozca la utilidad y necesidad del instituto. Por ello aconsejo al lector, se introduzca en la lectura de las siguientes paginas, que serán de suma utilidad e importancia en el ejercicio y desarrollo de la profesión, tanto del jurista, como del productor asesor de seguros.

1. FRIEDMANN, W., El Derecho en una sociedad en Transformación, Fondo de Cultura Económica, México, 1966, Pág. 144, quien afirma que se trata de un traslado de la carga económica.

2. GOLDSCHMIDT, J., Principios Generales del Proceso, T.I, Ejea, Buenos Aires, 1961, N°37, Pág. 91 y N°42, Pág. 105.

## Marco histórico

### **1.- Origen y evolución del seguro. Normativa aplicable a la materia. El asegurador. Función que representa. Finalidad. El contrato de seguro en nuestros días.**

El contrato de seguro, como tal, no surge hasta principio del siglo XIV. En cambio, los gérmenes de sus elementos (mutualidad y transferencia del riesgo) se encuentran en épocas muy anteriores: ya en el Talmud y en el código de Hammurabi.

Por eso afirma Morandi que «la Asociación mutua de numerosas personas, debida al espíritu natural de recíproca asistencia, se pierde en la noche de los tiempos, y podemos afirmar que ella nace como un fenómeno normal de la humanidad».

En oriente, Grecia y Roma se encuentran asociaciones, que, mediante la contribución de sus miembros, enfrentaban las pérdidas originadas por la destrucción de naves, muerte de animales, gastos funerarios o derivados de actividades militares. En Roma la transferencia del riesgo era conocida como accesoria de otro contrato.

En el medioevo el fenómeno asociativo, con fines de asistencia, se generaliza en las guildas anglosajonas, las comunidades de ciudadanos y de miembros de la Iglesia. El agermanamento y la colonna italiana, eran manifestaciones de asistencia recíproca, no seguros.

Cuando la contratación sobre el riesgo, de accesoria de otros contratos (comanda, mutuo, compraventa) deviene autónoma (por otra parte, en el préstamo a la gruesa-foenus nauticum- la función de la transferencia del riesgo deviene absorbente), surge el contrato de seguro a prima: estamos ya a principios del siglo XIV.

La doctrina dominante se fue afirmando sobre la idea de considerar el contrato de seguro como un contrato innominado desde el punto de vista jurídico, si bien en la práctica había recibido el nombre de seguro (assecuramentum), desde el dictado de un decreto genoves del año 1309.

En Italia nació el seguro a prima en la primera mitad del siglo XIV. Fueron las ciudades de Florencia y genova, y más tarde Venecia, las que se dedicaron, principalmente, al comercio del seguro. De allí paso a ciudades de España y Francia y luego a las ciudades teutonicas y de los países bajos.

En poco más de un siglo el seguro marítimo adquirió su autonomía propia y estructura casi moderna, es decir que se le incorporaron las figuras del asegurador, asegurado, póliza, riesgo, prima e interés.

En la segunda mitad del siglo XVII, ya perfeccionado el seguro marítimo, se desarrolló el seguro terrestre y la Empresa a aseguradora. El período se extendió hasta fines del siglo XVIII.

En Londres nació por primera vez el seguro de incendios. Fue consecuencia de un celebre siniestro de este tipo producido en 1666 en Londres.

En un café abierto por Eduardo Lloyd, en 1686, se constituyó el hoy famoso Lloyd de Londres, Asociación de aseguradores individuales (mercantiles), que en el curso de pocos años desempeñaría grandes destinos en la industria aseguradora del mundo entero.

La gambling act de 1774 declaró lícito el seguro de vida, diferenciándolo de la apuesta. Allí surgió la Empresa aseguradora en sentido moderno.

El seguro de vida surgió en Inglaterra mediante la contribución de tres factores fundamentales: el organizativo, el técnico y el jurídico. En ese período se constituyeron las empresas de seguro con sentido moderno.

Se utilizó el nuevo instrumento de la sociedad por acciones. Surgieron factores técnicos: las primeras tablas de mortalidad y la adopción al seguro del cálculo de probabilidades, aplicado ya, para la renta vitalicia en Holanda. Sobre estas bases, se constituyó en Londres (año 1762) la equitable Society, que existe todavía y es la primera compañía de seguros de vida, en la acepción actual de la palabra, que descansa sobre base científica.

En el siglo XIX la codificación de los seguros marítimos y terrestres fue un hecho, pero lo mismo quedó rápidamente retrasada en relación con la nueva realidad de la Empresa.

El primero en tentar una disciplina sobre la materia fue el código holandés de 1838, que dedicó a los seguros terrestres los artículos 246 a 308 y a los seguros marítimos los artículos 592 a 622 pero una legislación orgánica sobre los seguros terrestres, se encuentra en la segunda mitad del siglo XIX, destacándose el código de comercio argentino de 1862 (adoptado con pocas modificaciones por Uruguay y Paraguay).

El código chileno (1865) dedica al contrato de seguro casi doscientos artículos.

En Europa apareció la ley belga de 1874 y el código de comercio húngaro de 1875 fueron los primeros en sentar principios generales para todos los seguros. Sobre esos modelos se confeccionaron casi todas las legislaciones de fines del siglo pasado: Italia (1882); Rumania (1887); Portugal (1888); España (1889); Argentina(1889); México (1889); Japón (1899); y la del Brasil (1916), entre otras.

En el siglo XX la codificación toma una base sistemática, con una parte general dedicada a normas comunes y con otra dedicada a los subtipos que la ley considera. El legislador introduce un conjunto de normas relativamente imperativas e inderogables a favor del asegurado.

Finalmente, leyes, a propósito del siglo XX, afrontan la realidad de la empresa, en su propio terreno, limitando el ejercicio de la actividad aseguradora a entidades de especial potencia, bajo determinadas formas sociales, subordinándolas a la autorización estatal, estableciendo rigurosas normas para su actuación e imponiendo el control del estado.

Se supera la dogmática individualista del siglo XIX y se actúa sobre la base de una economía mixta (iniciativa privada e intervenciones del estado): una dogmática social y programática fundada en el predominio de las directivas estatales.

El siglo XIX, su legislación y su doctrina, independientemente de los méritos apuntados, se caracterizó, en cuanto a los aspectos negativos, por lo siguiente:

a) indiferencia frente a la diversidad de fuerzas de los contratantes (partes muy disímiles); b) falta de elaboración científico-jurídica de las normas: en los códigos se limitaron a consagrar las condiciones ya dadas en los usos y costumbres; c) desconocimiento del principio de contrato de masa del seguro, de la importancia de la Empresa aseguradora y del control estatal: D) se ignoraron numerosos tipos de seguro y el seguro social.

En el siglo XX se inicia la reforma de fondo, a partir de la ley suiza, de abril de 1908 es sistemática, sus normas son imperativas (inderogables por voluntad de las partes) y tendientes a proteger al asegurado de buena fe frente al asegurador.

El mismo rumbo toman las leyes de Alemania (1908) y de Austria (1917).

Siguen sancionándose sucesivamente leyes modernas en casi todas las naciones.

Las legislaciones de este siglo XX se caracterizan por la adopción de formas sistemáticas definidas, que empiezan por sentar amplios principios generales sobre el contrato de seguro, cualquiera sea su tipo, dedicando partes especiales a regular los seguros de daños, con normas generales y particulares para sus distintas ramas, y los seguros de personas, en especial la rama vida.

También se encara la realidad de la empresa de seguro en su propio terreno: se autoriza solamente la posibilidad del ejercicio de la empresa de seguros a las sociedades anónimas, a las sociedades cooperativas y de seguros mutuos y se regulan sus condiciones de constitución y funcionamiento.

El siglo XX supera totalmente la dogmática liberal e individualista del siglo XIX, y en materia de seguros surge una programática donde predominan las directivas estatales, que tienden a normalizar la tutela de los asegurados, con la elasticidad necesaria para el desenvolvimiento de la industria y la evolución jurídica del contrato.

C) Ascarelli señala que la actividad aseguradora, también llamada industria de seguro, es el mecanismo para eliminar, o al menos reducir, las consecuencias dañosas de los acontecimientos, y que se traduce en «la ejecución profesional de los contratos de seguro».

De ello se desprende: a) que el negocio asegurativo se presenta como una actividad, es decir que, desde el punto de vista del asegurador, no se concibe el acto aislado del seguro; b) que, por consiguiente, la actividad aseguradora supone la organización profesional del asegurador, o sea, la empresa de seguros.

C) que tal actividad se traduce en la realización profesional de contratos de seguro.

## Marco teórico

### A.- Consideraciones Previas.-

#### 1. Contrato de Seguro. Definición legal. Crítica. La definición en el derecho comparado.

El seguro surge como respuesta a una necesidad del hombre, que es la defensa y manutención de su indemnidad patrimonial. Mediante su organización como empresa o persona aseguradora, se logra incorporar técnicas de capitalización de valores o primas, tendientes a concretar la defensa mutual. Dicha defensa o solidaridad mutual, consiste en que una vez acaecido el siniestro, se propicie al asegurado la indemnización previamente pactada.

El contrato corriente y característico de seguro privado es aquel en que una parte, el asegurador, contra el pago de una prima, se obliga a indemnizar al asegurado, dentro de los límites convenidos, del daño que experimente a consecuencia de un siniestro, o pagarle un capital o una renta, al verificarse un evento atinente a la vida humana.

El negocio jurídico se lleva a cabo sobre la base del alea, que implica para ambas partes la posibilidad o no de verificación o realización del evento.

El elemento esencial es el riesgo: acontecimiento futuro e incierto para ambos contratantes. A la existencia del riesgo va unido el interés en efectuar el seguro.

La prima que debe pagarse al asegurador, es la contrapartida del riesgo que asume. Ella es esencial al contrato de seguro, como el precio es esencial a la compraventa. En otras palabras, la prima es el precio del seguro.

### **Contrato de Seguro. Definición Legal. Crítica.- Para la legislación Argentina**

El Art. 1 de la ley Argentina de seguros dice con acierto: «hay contrato de seguro cuando el asegurador se obliga mediante una prima o cotización, a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto».<sup>3</sup>

La definición descripta precedentemente contribuye a despojar todo tipo de duda sobre operaciones que no lo constituyen. La doctrina ha puesto de manifiesto determinadas falencias que presenta la definición, pero que de ningún modo opacan la redacción legislativa.

A) Dentro de las críticas, se observa que no parece certero incorporar a la definición como obligación del asegurado, el pago de una “prima o cotización”, con fundamento en que en las Empresas Mutuales de seguro, a la prima se la denomina cotización, ya que tratándose el contrato de seguro como un acto jurídico típico y regulado, habrá que estarse a la denominación que le da la normativa específica que regula la materia. Por otro lado, la ley 17.418 es un cuerpo normativo que responde a un espíritu integral, empleando cuando legisla la obligación del asegurado, la expresión prima y no cotización. (Arts.27-32-34 y 35,etc.)

Sería conveniente entonces, que la reforma propicie la adopción de un término genérico, como pago de premio, que abarque tanto a las sociedades constituidas como mutuales y las que adoptan otro tipo social permitido. Amen de abarcar este término los tributos a rendir al fisco.

B) Por otro lado, hay quienes critican como tautológico o redundante la forma en que el legislador expresa que debe ser cumplida la prestación del asegurador, ya que cumplir la prestación convenida es precisamente resarcir el daño.<sup>4</sup>

C) Otro punto a tener en cuenta es que el límite del resarcimiento del daño, se encuentra dado convencionalmente, “el asegurador se obliga a resarcir, conforme al contrato, el daño patrimonial causado por el siniestro...”(Arts.61-1 y 2°,Ley 17.418)

## **2. Definiciones Doctrinarias**

Es abundante la doctrina que se encarga de otorgar definiciones al contrato de seguros. Para Sánchez Calero: “El contrato de seguros es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a satisfacer al asegurado, o a un tercero, las prestaciones convenidas”<sup>5</sup>.

Para Garrigues: “Seguro es un contrato sustantivo y oneroso por el cual una persona –el asegurador– asume el riesgo de que ocurra un acontecimiento incierto al menos en cuanto al tiempo, obligándose a realizar una prestación pecuniaria cuando el riesgo se haya convertido en siniestro”<sup>6</sup>.

En opinión de Fernández: “Contrato en virtud del cual el asegurador – que en el seguro mutuo es el conjunto de los mismos asegurados – se compromete a indemnizar un daño posible al asegurado o a abonar a un tercero (Beneficiario) determinada suma en caso de muerte de aquel, comprometiéndose el asegurado, en el seguro a prima, a abonar a esta, y en el seguro mutuo, a contribuir a su vez a integrar, por anticipado o con posterioridad, la indemnización que corresponda a los otros asegurados”<sup>7</sup>.

## **3.-Contrato por adhesión y la ley de defensa del consumidor. Participación del contrato de seguro dentro del de adhesión.-**

El contrato de adhesión puede ser definido como aquel acto jurídico bilateral de contenido patrimonial, en donde una de las partes impone unilateralmente cláusulas que han sido previamente aprobadas por la autoridad administrativa de rigor, sin que el consumidor o usuario pueda discutir, contraofertar o modificar sustancialmente su contenido.

3. Halperín señala que esta definición tiene la ventaja de comprender a todas las especies de seguros y no comprometer opinión acerca de la naturaleza del contrato.

4. El sentido que asigno el legislador se hallaba referido a la obligación del asegurador en los seguros de personas.

5. SÁNCHEZ CALERO, F. Ley de Contrato de seguro, op. Cit., Vol. I, Pas. 9.

6. GARRIGUEZ, J., Contrato op. Cit. Pág. 30.

7. FERNÁNDEZ, R.L., Código., op. Cit. T.II, pag397.

La ley 24.240 realiza una referencia a los contratos por adhesión. Ella se halla ubicada en el Capítulo IX referido a los “términos abusivos y cláusulas ineficaces”. En el Art. 37 la doctrina del derecho del consumidor manifiesta la conveniencia de practicar una división de la disposición. Asimismo, manifiesta que la primera parte se dirige a los efectos que deberá decretar el órgano judicial en su pronunciamiento correctivo de cualquier diferendo motivado en la utilización de cláusulas abusivas y sienta un principio *in dubio pro consumidor* que no puede ser otro que la máxima de dicha norma. La segunda parte, en forma diferente a lo precedente, tiende a la nulidad parcial o total del contrato, ante la conducta abusiva por parte del proveedor o prestador. En forma aun más clara el Dr. Rubén S. Stiglitz manifiesta que en la misma disposición están incluidas dos directivas de interpretación y se consagran sus efectos – nulidad parcial o total, según el caso – derivados de la infracción al principio de buena fe en etapa precontractual o propiamente en la formativa, así como los que se predicen de la trasgresión a los deberes de información o a la legislación de defensa de la competencia o de la lealtad comercial.

A renglón seguido en el Art. 38 se establece que la autoridad de aplicación, que para el caso es la Secretaría de Industria y Comercio, vigilara que los contratos de adhesión no contengan cláusulas abusivas.

En consecuencia y como efecto lógico, ya que los contratos de seguros se instrumentan por adhesión a condiciones generales, las cláusulas abusivas que contengan se hallan disciplinadas por la “Ley de Defensa del Consumidor”, sin perjuicio de la aplicación de las normas y principios del derecho común. (Arts. 18, 21, 953, 954, 1038, 1039, 1066, 1071 y 1198 del Cod. Civ.), la disposición genérica que resulta de la Ley de Seguros (Art. 11-2, Ley 17.418) y las específicas que se desprenden de la ley reguladora de la actividad aseguradora (arts. 24, inc. a y 25 de la ley 20.091).

#### **4.- Abuso del derecho. Ejercicio Abusivo. Sistemas. Abuso del derecho en la contratación y en el contrato de seguro.**

El auge de la teoría del abuso del derecho podemos remontarlo a los comienzos del siglo XX. Fue especialmente Josseland en Francia uno de los principales impulsores de esta doctrina, quien en diferentes obras supo demostrar que no hay ningún derecho absoluto, y que el ejercicio de las facultades que surgen de la ley debe efectuarse en función del espíritu que anima a la propia ley.

Se suma a este impulso otro gran jurista, Saleilles, y varios escritos que provocan una total renovación en el pensamiento jurídico contemporáneo y un crecimiento en la teoría a la cual nos referimos, que luego se proyectará en el texto de numerosos códigos en el mundo.

A la cabeza de los opositores se encuentra la figura de Planiol, que señala que la teoría contiene una verdadera contradicción diciendo que si hay «abuso», no hay «derecho»; afirma entonces que existe un absurdo en la teoría partiendo ya, del análisis de los dos términos que integran la denominación de la misma. Afirmaba por otro lado que jamás puede concebirse el «uso abusivo» de un derecho, ya que un mismo acto no puede ser simultáneamente «conforme» y «contrario» a derecho.

Lo que de alguna manera quiere explicar Planiol, es que la realidad jurídica, dada a partir de la implementación de sus normas legales, es suficiente como para delimitar las potestades que se adquieren a partir de un derecho propio y estas fórmulas legales de una u otra manera demarcan los límites entre lo lícito y lo ilícito. Después del límite de lo lícito no existe otra cosa más que la ilicitud.

Pero cabe aclarar, que como bien menciona Mosset Iturraspe, el mismo Planiol advierte que en estas nuevas fórmulas subyace un viejo problema: las variaciones que sufre la idea que los hombres tienen de los límites de sus propios derechos, cambios que no son meramente producto de modas, sino que tiene raíces más profundas y se vinculan con las transformaciones que se operan en la realidad social, que hacen indispensable regular de distinta forma las relaciones entre los individuos que integran el grupo.

Este choque entre distintas concepciones se refleja en el viejo Art. 1071 de nuestro Código Civil. Velez Sarfield, sostiene categóricamente que «el ejercicio de un derecho propio, o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto», dando lugar a que gran parte de la doctrina nacional sostuviese que el Código no podía tener cabida la teoría del «abuso del derecho», ya que no podía considerarse ilícito el «ejercicio de un derecho propio»

Hoy día, y después de haber sido receptada por la derogada constitución de 1949 y explícitamente incorporada al Código a través de la reforma operada por la ley 17.711, la teoría del abuso de derecho sigue generando divisiones entre nuestros juristas sobre la conveniencia o inconveniencia de su recepción.

En cuanto a los sistemas dos son, principalmente las concepciones que se han expuesto para caracterizar el ejercicio abusivo del derecho. Una de ellas da lugar a los sistemas que podemos denominar «subjetivos», que consideran que el acto es abusivo cuando existe un obrar doloso o culposo del sujeto; la otra, de tipo «objetivo», atiende a los fines de la norma jurídica, y estima que el acto es abusivo cuando se viola o exceden esos fines.

### Sistemas

Dentro de esas grandes corrientes de pensamiento podemos distinguir a su vez varios subgrupos los que consideraremos sistemas a la luz de que han sido implementados en diferentes ordenamientos jurídicos.

Con sólo afán ilustrativo, se pueden resumir brevemente:

- ❑ **Sistema de la Intencionalidad:** el ejercicio es abusivo cuando se actúa con la intención de perjudicar al prójimo. Esta teoría ha sido receptada por el Landrecht prusiano de 1794; el Código Civil Alemán ( párrafos 226 y 826); el Código Austríaco de 1916 (Art. 1295).-
- ❑ **Sistema de la Negligencia:** este sistema, expuesto por muchos autores franceses, requiere solamente que el actuar del sujeto, al ejercitar su derecho y ocasionar con ello un perjuicio a otro, sea de carácter culposo; no se exige la prueba de la intención de perjudicar, si no que basta con la conducta negligente.
- ❑ **Sistema de la Falta de Interés Legítimo:** parte de la fórmula de Von Ihering que caracterizó el derecho subjetivo como un interés legítimo jurídicamente protegido. En resumen la teoría expone que existe abuso en el ejercicio de un derecho cuando se configura una inexistencia de utilidad para el titular del derecho. Esta utilidad según diversos autores puede ser muy amplia, comprendiendo cualquier tipo de beneficio que pudiese obtener con el ejercicio de sus derechos (Mosset Iturraspe entre otros), o limitada a un interés económico (Josserand)
- ❑ **Sistema del Ejercicio Contrario a la Función Económica y Social:** se atiende a los fines de carácter económico y social que se habían tenido en mira al dictar las normas o regular ciertas instituciones, estimando que así como ningún derecho es absoluto, tampoco puede serlo su ejercicio, y que resultaría abusivo el comportamiento del titular si excediese los límites fijados por el legislador al reconocerle ese derecho. Este sistema ha sido receptado por el Código Civil helénico de 1941; el Código Civil boliviano de 1976 (Art. 107°); el Código Civil polaco de 1964 (Art. 5°); el código de Checoslovaquia de 1964 (Art. 7°) entre los más significativos.
- ❑ **Sistema del Ejercicio Contrario a la Moral o a las Buenas Costumbres:** el acto es abusivo cuando contraría la moral o las buenas costumbres. Esta concepción es recogida en varias fórmulas legislativas: Código Civil griego (Art. 281°).-

Finalizando con esta cuestión y a los fines de exponer el sistema que adopta nuestro ordenamiento jurídico diremos que con posterioridad a la sanción de la ley 17.711 el legislador a procedido a modificar el Art. 1071° agregándole un párrafo que condena el ejercicio abusivo de los derechos, y también a introducido cambios, en los Arts. 2513° y 2514°, para dar acogida a esta teoría.

Para caracterizar la conducta abusiva se ha adoptado un criterio finalista, con el agregado de pautas que hacen referencia a las nociones de buena fé, moral y buenas costumbres (Art 1071° 2do. párrafo), directivas general que sirven para interpretar la conducta del titular en todos los casos, incluso con relación al dominio, donde el Art. 2514° establece que el ejercicio de las facultades que emergen de ese derecho no puede ser restringido «en tanto no fuere abusivo».

### El abuso del derecho en la contratación

El hecho abusivo puede plantearse en la contratación misma, sea en el momento de celebrarse el contrato, al ejercitar las facultades o prerrogativas que concede el Código Civil al consagrar el principio de la autonomía de la voluntad (Art. 1197°), permitiendo que una de las partes aproveche esa circunstancia para someter a la otra a una serie de cláusulas contractuales de tipo abusivo; o puede aparecer el abuso en la etapa de ejecución del contrato, pretendiendo ejercitar algunos de los derechos que surgen de ese acuerdo de voluntades en contradicción con los fines que las partes tuvieron en mira al establecer la regulación contractual, actitud que vulnera simultáneamente la buena fe contractual y el abuso del derecho.

En relación a la finalidad de este trabajo, es menester detenerse en lo que respecta al primer supuesto de abuso del derecho en la contratación, es decir, en la hipótesis de que se someta a una de las partes a cláusulas abusivas.

Debe dejarse en claro que en este tipo de casos, la situación tiene matices muy diferentes a los casos de lesión subjetiva. La lesión subjetiva, se caracteriza por el aprovechamiento de la situación de inferioridad de uno de los contratantes (necesidad, inexperiencia o ligereza) y la obtención de una ventaja desmesurada.

La naturaleza misma de la lesión subjetiva –cuando se configura en la órbita de la contratación- hace que las cláusulas que la generan sean «algo más» que abusivas.

En los supuestos que tratamos, la situación -ya lo hemos dicho- tiene otros matices; se admite el hecho de que los contratantes han establecido libremente las cláusulas que regularan sus relaciones, y –además- no aparece a la luz la situación de inferioridad de uno de ellos, pese a lo cual se incluyen en el contrato cláusulas que, analizadas objetivamente, están en pugna con los fines que el derecho persigue al reconocer a las partes amplia libertad de contratación.

Afirmando entonces que existe la posibilidad de ejercer abusivamente un derecho en la contratación, debemos repetir que esta circunstancia, en relación a la aplicación de cláusulas contractuales, parte del exceso en el ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad y la buena fe contractual. Insistimos en resaltar ello, pues gran parte de la doctrina y diversos fallos jurisprudenciales han establecido la necesidad de expresar que el derecho se ejerce irregularmente a fin de defender los derechos del lesionado.

En ese sentido, se ha juzgado que «no basta invocar el abuso del derecho, sino que es menester que la parte explique cuál es el derecho, cuál el abuso que se comete con ese derecho y en qué se supera el límite impuesto por la buena fe, la moral y las buenas costumbres (CCC, Sala B, 21 de marzo de 1978: «González de Martí, Cirila C. c/ Masgoret, Ángel» JA 1978-II-552). Y en la misma sentencia el tribunal insistía en que «no es suficiente mencionar el Art. 1071° del Código Civil por su número, ni afirmar que existió un abuso del derecho, sino que debe efectuarse un análisis razonado de porque el ejercicio del derecho no es regular».

### **Abuso del derecho en el contrato de seguro**

Específicamente en el tema al que nos encontramos abocados, el abuso del derecho que se desprende del principio de la autonomía de la voluntad y la buena fe contractual, se confunde en diversas oportunidades con un obrar regular de los derechos, es decir, es mucho más complejo en este tipo de contratos, identificar cuando una cláusula está evidentemente en contraposición con los fines del contrato celebrado. Esto ocurre dada la complejidad de la relación contractual entre las partes del contrato de seguro y la relación de superioridad natural del asegurador frente al asegurado.

Pero se debe aclarar que en el contrato de seguro, así como en todo otro contrato regulado por la ley de Defensa al Consumidor, los jueces encuentran una definición legal de cláusulas abusivas, que será tratada oportunamente, lo que permite marcar un límite más preciso entre el ejercicio regular y el ejercicio abusivo de los derechos.

En rigor de verdad, y como le expresara anteriormente, existe una única referencia de la «Ley de Defensa del Consumidor» (24.240) a los contratos por adhesión de los que el contrato de seguro es una de sus especies. Se halla ubicada en el Capítulo IX referido a «los términos abusivos y cláusulas ineficaces». En efecto, en el artículo 37° se enuncian dos cláusulas abiertas y otras tantas que, por abusivas, se las declara no convenidas.

En la misma disposición se introducen las dos directivas de interpretación y se consagran los efectos derivados de la infracción al principio de buena fe en etapa precontractual o propiamente en la formativa, así como los que se predicán de la trasgresión a los deberes de información o a la legislación de defensa de la competencia o de la lealtad comercial.

### **5.- Definición de cláusula abusiva en la ley de defensa del consumidor.-**

Es conveniente poner de manifiesto, que la ley 24.240 de defensa del Consumidor, carece de una definición sobre que se debe entender por cláusula abusiva. En cambio, si lo hizo el decreto reglamentario 1798/94 del 13 de octubre de 1994 que en el Art. 37 parte pertinente dice "Se consideraran términos o cláusulas abusivas las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes".

En cuanto a las pautas a tener en cuenta para determinar si estamos frente a una cláusula abusiva es premisa madre la que fija la directiva 93.13 de la Comunidad Económica Europea a sus estados miembros, que a los efectos de valorar el desequilibrio en su parte pertinente dice "... *El carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciara teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas la circunstancias que concurran a ella...*".-

Por su parte la doctrina brinda una aproximación a los componentes que permiten delimitar una cláusula leonina, indicando entre otros los siguientes puntos a) que no haya sido negociada individualmente; b) que al consumidor le sea presentada dicha cláusula, redactada previamente por el proveedor de bienes o servicios; c) que el consumidor no haya podido participar (o influir en su contenido), particularmente en los contratos por adhesión; d) que de su contenido resulte una infracción a las exigencias de la buena fe; e) que cause, en detrimento del consumidor, un desequilibrio relevante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato; f) que debe considerarse el principio de la prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales.<sup>8</sup>

8. STIGLITZ, Rubén, Contratación privada y protección del consumidor, publicada en la obra colectiva Defensa de los Consumidores de productos y servicios, dirigida por Gabriel Stiglitz, Ediciones La Roca, 1994, p.199

Sobre lo dicho se puede cumplimentar con lo siguiente: a) que el consumidor no haya tenido la posibilidad de negociarla, redactarla o modificarla en forma independiente con el predisponente o responsable de su redacción; b) que aunque previsible o conocida por el consumidor al momento de la contratación, no deje de ser abusiva; c) que conlleve inequidad o afecte la buena fe del consumidor; d) que sea contraria a lo razonablemente suscrito y para el caso particular del contrato de seguro podemos enunciar lo siguiente: a) aquellas cláusulas que importan restricción o renuncia a los derechos del asegurado; b) limitan el poder de reacusación; c) renuncia a jueces naturales; d) prorrogan indefinidamente en el tiempo, el plazo para la liquidación del siniestro; e) asunción de compromisos de imposible cumplimiento por el asegurado frente al asegurador predisponente; f) liberación del asegurador por pérdidas e intereses para la eventualidad de tener que dirimir intereses controvertidos en sede judicial; g) caducidad de la cobertura del riesgo "ipso iure" por no contar con las reservas técnicas para la continuación del seguro, sin previa notificación, etc.

### **6.- Necesidad de no confundir el contrato por adhesión con la cláusula abusiva, ni con la cláusula desconocida**

La lucha contra las cláusulas abusivas no debe ser confundida con la contratación predispuesta, pues las primeras sólo exhiben el aspecto patológico de la segunda.

Por lo demás, constituye el carácter saliente de la cláusula abusiva la circunstancia de que integra el contenido contractual. Y esta afirmación viene a cuento de una práctica reiterada, consistente en que el asegurador/predisponente incluye una o más cláusulas de reenvío a otra u otras reglas de autonomía incluidas en anexos que no forman parte del texto contractual y que pretende aplicar. De lo expresado se predica el absoluto desconocimiento de su contenido por parte del asegurado/usuario aun cuando la cláusula de reenvío contenga alguna expresión tal como que el contenido de la cláusula a la que se remite es (o se tiene por) conocido o aceptado u otro conceptualmente análogo. Pues bien, de ser así, la cuestión queda instalada en el capítulo relativo a la invalidez de la misma por falta de consentimiento ya que sólo es factible adherir (consentir) sobre lo conocido y la falta de aceptación afecta la existencia misma del vínculo.

### **7.-Inclusión de cláusulas abusivas en el contrato de seguro**

El asegurador ante una circunstancia de hecho concreta ve consolidada su posición dominante en el contrato a través de la inclusión de cláusulas de: a) Contenido sustancial, o b) procesal que, a título de ejemplo, le permitan:

- a) Abreviar plazos de prescripción.
- b) Incluir cargas formales dirigidas al asegurador de observancia estricta (documental o a exigencias especiales de correspondencia), consistentes en denuncias o declaraciones dirigidas a ejecutar en plazos exiguos.
- c) Prever la extensión de la adhesión del asegurado a cláusulas que no ha tenido la posibilidad de conocer antes del perfeccionamiento del contrato.
- d) Dirimir sus conflictos ante una jurisdicción que no le sea incómoda, más onerosa, hostil, o que le sea favorable.
- e) Consagrar la inversión de la carga probatoria en perjuicio del cliente o usuario.

### **8.-Características de la cláusula abusiva. El desequilibrio significativo**

Es característica definitoria de la cláusula abusiva, que importe un desequilibrio significativo entre los derechos del asegurado/usuario y las obligaciones y cargas del asegurador/profesional derivadas del contrato en perjuicio del primero.

El desequilibrio significativo o manifiesto se explica en los hechos en el abuso del poder de negociación que ostenta el asegurador sustentado en su: a) Condición de predisponente; b) en su poder técnico que se traduce en la información y en el conocimiento de que dispone sobre el alcance, en ocasiones enigmático, del contenido contractual predispuesto al cliente. En suma, el asegurador que es quien porta información, aptitudes técnicas y conocimiento del contenido del contrato que ha creado de forma unilateral; concentra en sí propio y frente al asegurado un margen de autoridad o superioridad del que se halla sustraído el asegurado/usuario del servicio y que lo posiciona en el contrato en situación de predominio. Con ese poder de negociación supone hallarse habilitado para consolidar su posición dominante y lo estimula a incluir cláusulas que, al cabo, provocan un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones que derivan del contrato en perjuicio del cliente.

En efecto, es precisamente la desventaja exagerada lo que desnaturaliza la relación de equivalencia en perjuicio del usuario de servicios asegurativos, pues presupone inexistencia de contrapartida o de fundamento suficiente que justifique el desequilibrio en que desemboca. O dicho con otras palabras, la inequivalencia presupone ampliación de las ventajas o provechos del asegurador (profesional), o aligeramiento o

supresión de sus obligaciones y, consecuentemente, agravamiento de las cargas y obligaciones del asegurado sin que de la correlación de los polos provecho/sacrificio surja una contrapartida en beneficio del usuario, o sea un fundamento legítimo, con el que quedaría preservado el principio de la máxima reciprocidad de intereses.

Otros caracteres complementarios de la cláusula abusiva se fundamentan en:

- a) Que no haya sido negociada individualmente. Ello única y necesariamente acontece en los contratos por adhesión a condiciones generales dado que se hallan suprimidas las tratativas y, con ellas, la negociación individual de cada cláusula.
- b) Que la cláusula objetada le haya sido presentada al asegurado ya redactada. En ese caso, es indiferente que la redacción pertenezca al asegurador con el que opera el usuario o provenga de otra entidad y haya sido reproducida total o parcialmente.
- c) Que el usuario no haya podido participar (o influir) en su contenido. En ocasiones, el asegurado participa o influye en el contenido de condiciones particulares, pero esta circunstancia no altera la naturaleza predispuesta de las condiciones generales.
- d) Que su contenido constituya una infracción a las exigencias de la buena fe. La precedente caracterización surge de lo dispuesto por la directiva 93-13 de la CEE en tanto establece con carácter definitorio que: "Las cláusulas contractuales [...] se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato".

Como se advierte, la directiva define la cláusula abusiva mediante la inclusión de dos presupuestos o elementos escindibles y, sin embargo, errónea e innecesariamente articulados entre sí: (a) infracción a la buena fe a través de una cláusula que consagre un (b) desequilibrio significativo en detrimento del consumidor.

Tal como el texto ha quedado redactado, motivó que se lo interpretara en el sentido de que la cláusula es abusiva sólo cuando determina un desequilibrio significativo que se halle en contraste con el principio de buena fe, de suerte tal que una cláusula que consagre un desequilibrio como el referido pero que no infrinja la buena fe no podría constituirse en abusiva.

Según nuestro punto de vista, la cláusula que infringe la buena fe no requiere para ser considerada abusiva del auxilio que implica que, por añadidura, consagre un desequilibrio significativo.

Lo propio sucede a la inversa, ya que el abuso que por sí implica una cláusula que fractura significativamente el principio de onerosidad no requiere que, a su vez, importe una infracción al principio de buena fe.

De ser correcto el diagnóstico estimamos que, precisamente, la cláusula que importe en perjuicio del usuario un desequilibrio manifiesto entre los derechos y obligaciones que derivan del contrato de seguro, presupone irrefragablemente mala fe del asegurador.

Es lo que ha acontecido con la sanción del Code de la Consommation en Francia, el cual, apartándose de la directiva comunitaria, suprimió la infracción a la buena fe como carácter definitorio de la cláusula abusiva, argumentándose que si las cláusulas abusivas tienen por objeto o por efecto crear un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones, es superfluo preguntarse si fueron estipuladas contrariando las exigencias de buena fe.

En cambio, a mi entender, la infracción a las exigencias de la buena fe debe mantenerse como criterio esencial de caracterización de la cláusula abusiva pero autónomamente, y como contenido de una cláusula general abierta al estilo del parágrafo 9 de la Ley para la Regulación del Derecho de las Condiciones Negociales (AGB-Gesetz) del 1º de abril de 19778, o con el criterio del Código de Defensa del Consumidor, vigente en Brasil (ley 8078/90) por el que se declaran nulas de pleno derecho las cláusulas contractuales que sean "incompatibles con la buena fe o con la equidad" (art. 51, apartado IV).

El criterio sustentado en la ley alemana en el sentido de que la buena fe constituye por sí sola una cláusula abierta, tiene la ventaja de que permite al intérprete apreciar, fuera del marco de las cláusulas prohibidas (parágrafo 10), si las restantes son ineficaces por perjudicar al adherente en razón de su (a) incompatibilidad con el derecho dispositivo o porque (b) desnaturaliza la finalidad del contrato. En síntesis, la remisión al principio de buena fe se hace operativa, es útil y se halla al servicio del intérprete en punto a la realización de un test de confrontación entre: a) la cláusula de dudosa legitimidad (apreciable), y b) el derecho dispositivo y la finalidad jurídico económica del contrato.

e) Que el desequilibrio sea relevante o significativo. El desequilibrio significativo deberá apreciarse tomando como referencia la relación de fuerzas de negociación existente al tiempo en que se formalizó el contrato.

Ello significa que a los fines de la apreciación en concreto sobre si una cláusula es abusiva habrá de estarse: a) a la relación de equivalencia existente al tiempo de conclusión del contrato, y b) al efecto que la cláusula abusiva provocara sobre aquélla.

Y ese efecto no es otro que atribuir al asegurador (profesional) una ventaja significativa sobre el asegurado/usuario, sin contrapartida o fundamento que lo justifique y que comprometa el principio de la máxima reciprocidad de intereses.

### **9.-Control administrativo previo en la Ley 24.240**

En Argentina, el ejercicio del control administrativo sobre las cláusulas abusivas es realizado a través de la Secretaría de Industria y Comercio que es la autoridad nacional de aplicación de la ley 24.240. Los gobiernos provinciales y el gobierno de la Ciudad de Buenos Aires actuarán como autoridades locales de aplicación ejerciendo el control y vigilancia sobre el cumplimiento de la ley y sus normas reglamentarias.

La autoridad de aplicación vigilará que los contratos por adhesión no contengan cláusulas abusivas (Art. 38, ley 24.240).

La autoridad de aplicación notificará al proveedor que “haya incluido cláusulas de las previstas en el artículo 37 que las mismas se tienen por no convenidas y lo emplazará a notificar tal circunstancia al consumidor de manera fehaciente y en el término que dicha autoridad le fije” (Art. 38, decreto-ley 1798/94).

### **10.-Control administrativo específico. La Superintendencia de seguros de la Nación y su función de contralor**

En Argentina, la actividad aseguradora se halla controlada por la Superintendencia de Seguros de la Nación (Art. 64, ley 20.091).

El control debe ejercitarse con relación: a) a la redacción clara y fácilmente legible de la póliza (Art. 11-2, ley 17.418); b) al texto de la propuesta de seguro y de la póliza (Art. 24, inc. a, ley 20.091) (control de legitimidad), y c) a la equidad de las condiciones generales (Art. 25-2, ley 20.091).-

### **11.-Control Judicial. Nulidad Parcial.-**

El órgano de justicia, a instancia de parte interesada que dirime intereses contrapuestos con su asegurador, realiza a posteriori un control de legitimidad del acto, que es corrector y halla su fundamento en a) En la preservación del principio de onerosidad o restablecimiento del equilibrio; b) en la buena fe; c) en las reglas esenciales que gobiernan el derecho dispositivo; d) en la intangibilidad de los derechos de los consumidores, en tanto débiles jurídicos, y e) en la finalidad práctica que las partes han tenido en vista al concluir el contrato.

Asimismo, la cuestión se decide por la nulidad de la cláusula abusiva y la conservación del contrato “si es que éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”.

La Ley de Defensa del Consumidor de Argentina participa del criterio expuesto dado que el efecto que sigue a la declaración de abusiva de una cláusula, se halla constituido por la nulidad parcial del contrato, en razón de que se la tiene por no convenida. Precisamente el artículo 37 de la ley 24.240 comienza por aquél: “Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas...”

Con relación a las mencionadas taxativamente en el texto legal como “no convenidas”, la cláusula limitativa de responsabilidad por daños y la que consagre la inversión de la carga de la prueba, dado su carácter manifiesto, tornan inexorable la declaración de nulidad.

Cuando se halle cuestionada la eficacia de cláusulas que no sean las enunciadas precedentemente, el juez deberá realizar un test de confrontación entre las cláusulas cuya legitimidad se conteste y las normas constitucionales, legales y principios generales. Ello constituye un control de legitimidad y equidad. Se trata de las cláusulas objetadas por desnaturalizar las obligaciones o por importar renuncia o restricción a sus derechos, por lo que requieren de una investigación o apreciación judicial dado su carácter no manifiesto.

Como consecuencia de la declaración de nulidad parcial, el juez “simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario” (Art. 37, in fine).

En cuanto a la posibilidad material o efectiva de aplicación de la nulidad parcial el Código Civil suministra una pauta (nulidad completa o parcial) pero no un criterio apto a ese propósito (Art. 1039, Cód. Civ.).

Por lo que habrá que acudir a directivas de interpretación como la de: a) relevancia de la finalidad práctica perseguida por las partes; b) la de prevalencia del principio de conservación del acto y su correlato el de la incomunicabilidad de la nulidad, y c) la divisibilidad de la prestación. Cuando el negocio pueda subsistir – lógicamente y finalísticamente–, aun sin la cláusula viciada, habrá que atenerse al propósito práctico perseguido por las partes, afirmando la validez del resto del contenido contractual no afectado, en la medida en que constituya el mínimo contenido deseable en relación con todo el acto, tal como estaba proyectado.

## **B.- Las cargas. Régimen Legal y Convencional**

### **1.-Carga. Noción que suministra el derecho procesal**

Afirma Goldschmidt que las cargas son imperativos del propio interés y que se distinguen de las obligaciones en razón de que estas siempre representan imperativos impuestos por el interés de un tercero. Se trata, afirma, de las condiciones de conservación de un derecho. Su contenido es una actuación y el hecho de no desembarazarse de una carga constituye lo que se denomina rebeldía, contumacia o desobediencia, en la acepción de contravención de un deber que implica el desaprovechamiento de una posibilidad<sup>9</sup>.

La conducta requerida en la carga es de realización facultativa, establecida, como quedo expresado, en interés del sujeto gravado quien se halla conminado o en estado de compulsión a ejercer su derecho, dado que la falta de ejercicio del mismo conlleva el riesgo de consecuencias tales como la pérdida del referido derecho. De allí que sea su titular el interesado en observarla.<sup>10</sup>

En consecuencia, la carga constituye una conducta de realización facultativa, de cuya observancia resulta la obtención de un interés jurídico tutelado y para el caso de incumplimiento la pérdida de ese beneficio. El hecho de no verse cumplimentada la carga no constituye un obrar ilícito o antijurídico, sino que muy por el contrario el efecto que trae aparejado es la pérdida del efecto jurídico deseado, tolerando que el individuo adopte o no, según palabras de Gottheil, J. el "proyecto normativo".

### **2.- Carga. Noción que suministra el derecho privado**

Desde el punto de vista del derecho sustancial, la definición y la operatividad de la carga no varían. Como anteriormente se ha manifestado, la carga es la imposición de un comportamiento para conseguir un efecto útil, diferenciándose de la obligación en razón de que el sujeto pasivo se encuentra obligado frente a quien tiene el derecho correspondiente, y para el caso puede ser constreñido al cumplimiento o a sufrir la denominada ejecución forzada o la efectiva condena por el resarcimiento de los daños.

### **3.-Carga. Noción que suministra el derecho de seguros**

Para el derecho de seguros la carga podría ser denominada como aquellas condiciones de fuente legal o contractual que particularizan el contrato de seguros.

Dentro de la ley 17.418 que regula las relaciones que nacen del contrato de seguros, podemos observar una variada gama de cargas a cumplimentar por el asegurado y una a cargo del asegurador, que es la prescripta en el Art. 56. Por ello se podrá observar que de la lectura de la doctrina del instituto, se oirá hablar siempre de caducidad de los derechos del asegurado como principio y de incumplimiento en el deber de pronunciarse, como excepción que corresponde al asegurador.

En el ámbito de las cargas del contrato de seguros, nos encontramos frente al principio dispositivo de libertad contractual, pudiéndose pactar otras de las enunciadas en el texto expreso de la ley positiva. Amén de poder estipular sanciones para cuando el legislador omite establecer efectos jurídicos para el incumplimiento de una carga.

### **4.-Las cargas versus requerimientos irrazonables o irrelevantes del asegurador. Las cargas abusivas. Planteo de la cuestión**

El asegurado debe suministrar toda la información que permita determinar las características del siniestro y la extensión de la prestación a cargo del asegurador. Pero si la información complementaria requerida ó las indagaciones exigidas por el asegurador carecen de razonabilidad, pues no son conducentes a los fines de verificar el siniestro o la extensión de la prestación a su cargo y, por ello, exceden la finalidad prevista por el artículo 46-2 y 3 ley 17.418, debe tenerse por no efectuada, por lo que el plazo del artículo 56 de la ley, debe retrotraerse a la última información complementaria razonable, si es que hubo ó en su defecto, a la denuncia del siniestro.

La estipulación convencional predispuesta en el contrato de seguro de cláusulas de requisición de información diferente a la prescripta en el artículo 46, es abusiva y por ende debe ser rechazada por control judicial. Se tiene entendido como abusivo el hecho de "que si la aseguradora no examinó la unidad asegurada antes de prestar cobertura, debe entenderse que tal omisión constituyó una voluntaria aceptación de lo dicho por el asegurado y no podrá, una vez ocurrido el siniestro, invocar tal hecho como excusante, solicitándole a éste en calidad de información complementaria que acredite la reposición de elementos del vehículo sustraídos en un hurto anterior, cubierto por otra aseguradora"<sup>11</sup>.

9. GOLDSCHMIDT, J., Principios Generales del Proceso, T. I, Ejea, Buenos Aires, 1961, N°37, pag 91 y N°42, pag105.

10. COUTURE, E., Fundamentos..., op. Cit., N°133, pág 211.

11. CNCom., Sala D, 2-VI-1994, "Jones, C. C./La República Cía. De Seg."

La requisición de información por parte de las compañías aseguradoras debe ser observada desde ambas partes del contrato, ya que por un lado constituye un derecho de quien en el futuro indemnizara el riesgo realizado y por el otro constituye un mecanismo motivante sancionatorio que en su estructura lógico-jurídica enuncia como presupuesto de hecho la conducta requerida al asegurado y como consecuencia del incumplimiento la pérdida de sus derechos. Conocida en el ámbito jurídico como "Caducidad".

Dicho instituto que caracterizo como "polivante", es muchas veces desvirtuado por aseguradores inescrupulosos que ven como salida la posibilidad de ampararse en un derecho regular y ganar tiempo para solventar la indemnización debida. La motivación generalmente se da debido a la insuficiencia patrimonial y de índices que presentan por ante la SSN<sup>12</sup>, por otro lado en tiempos inflacionarios, el pago del siniestro a valores históricos difiere mucho de los constantes, razón por la cual, una pequeña dilación o postergación en el pago constituye una salida para incorporar activos a costa de los asegurados.

Si a esta posibilidad que brinda la ley de seguros, le sumamos la potestad que el mismo cuerpo otorga de incorporar unilateralmente cláusulas que impongan actividades a seguir para percibir el cobro del siniestro, con fines ajenos al mismo, denotamos la gran desigualdad formal en que se encuentra el asegurado. En ocasiones ello se logra a través del perfeccionamiento del contrato mediante una variada gama de cláusulas, cuya instrumentación constituida por condiciones generales, particulares o endosos que integran a su vez anexos, a los que se alude por remisión o reenvío. En efecto, cabe expresar que no siempre las cláusulas de un contrato por adhesión aparecen en el documento (Texto) del contrato. Existen ocasiones en que se formula al adherente una advertencia referida a la circunstancia de que ciertas cláusulas se hallan contenidas en otro documento al cual se lo reenvía, como puede serlo un instrumento anexo, que contiene su propia denominación.

Con la inserción contractual de este tipo de cláusulas, se vulnera el derecho del asegurado a la percepción de su indemnización, aunque muchas veces una vez cumplimentados todos y cada uno de los pasos previos para acceder al cobro e incluso percibiendo la indemnización, dicho derecho también se encuentra soslayado, ya que el factor externo inflacionario, influye en la posibilidad de mantener indemne al patrimonio del asegurado.

#### **5.- Operatividad de la Ley de Defensa del Consumidor. Interés Tutelado**

La ley 24.240, denominada como Ley de Defensa del Consumidor "LDC", sancionada el 22/09/93; promulgada parcialmente el 13/10/1993; publicada en el boletín oficial (B.O.), el 15/10/1993 y reglamentada por el decreto 1798/94, en su Capítulo IX "De los Términos Abusivos y Cláusulas Ineficaces" Art. 37, exhibe un régimen de interpretación de cláusulas, que presupone sendas definiciones de estipulaciones abusivas. Allí se manifiesta que sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños, b) las cláusulas que importen renuncia ó restricción de los derechos del consumidor ó amplíen los derechos de la otra parte b) las cláusulas que contengan cualquier proyecto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. Como se podrá observar el efecto previsto por el legislador en la norma es la declaración de nulidad de las mismas, sin perjuicio de la validez del contrato. En virtud de lo expuesto las manifestaciones abusivas que obren en el contrato de seguro quedarán por aplicación de dicha normativa sujetas a control judicial. En el caso particular de las requisiciones o informaciones complementarias impuestas al asegurado este deberá manifestar la imposibilidad de cumplimiento de las mismas ó la situación de que su realización no es productiva para la indagación de la producción del siniestro ó que constituye un ejercicio abusivo ó una imposición sorpresiva y que no contribuye a dilucidar la extensión de la responsabilidad del asegurador, siendo este último por imperativo procesal el encargo de manifestar y probar la utilidad de su realización.

Los parámetros que el órgano jurisdiccional tendrá en cuenta para su apartamiento serán los siguientes: a) la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor-asegurado. b) Específicamente, y en caso de duda sobre los alcances de la obligación se estará a la que sea menos gravosa para aquél. c) como consecuencia de la declaración de nulidad parcial, el juez deberá integrar el contrato, si ello fuere necesario, con la norma legal aplicable.

#### **6.- Requerimientos irrelevantes e irrazonables. Consecuencias**

La requisición de información complementaria irrazonable ó diferente a la indagación de la verificación en la producción del siniestro ó de la extensión de la prestación a su cargo, hacen que el asegurador entre en los efectos jurídicos de la mora, sin ningún tipo de constitución ó requisición previa, el solo transcurso del tiempo, hacen que la mora se produzca desde el momento de la última requisición válida suministrada. Sin embargo en algunos pronunciamientos judiciales, la retroacción alcanzó un momento anterior que el aludido

12. Abreviatura de Superintendencia de Seguros de la Nación.-

en el texto, como ser: a) el inmediato siguiente al siniestro o, en su defecto b) la fecha del siniestro. En el primer caso al haberse reconocido como accesorios, la actualización del capital e intereses, cuando se comprobaba la inutilidad de los tiempos consumidos injustamente por el asegurador. En ese sentido se decidió que los términos legales sucesivos de información y de reflexión que amparan al asegurador por treinta días y por otros quince ulteriores, “no son una prerrogativa de éste que derive de la estructura conmutativa del contrato, sino una dilación temporal imprescindible para liquidar la cobertura y pagarla. Más cuando esta aplicación del tiempo deviene inútil porque la aseguradora, al cabo de ese período no cubre el siniestro” a través de una decisión antijurídica, “la prestación queda depurada de la dilación necesaria” y debe ser juzgada “como requerible inmediatamente tras el acaecimiento del siniestro que la hizo exigible”. (CNCom., SalaD, 9-X-1991, “Montivero, O. C./ Amparo Cía. de Seguros). En el segundo caso, se resolvió que “las dilaciones legalmente autorizadas para que el asegurador indague, liquide y entregue la cobertura, no constituyen plazos que difieren la obligación de efectivizar el pago de la indemnización debida. Ese periodo sólo constituye una postergación del momento de la tradición del dinero objeto de la prestación de la aseguradora, que la ley hace soportar al asegurado ante la necesidad natural de practicar dichas operaciones. Por tanto, si el asegurador consume ese período de dilación sin llegar al resultado, carece de base normativa para resistir el reclamo de los accesorios que, desaparecido tal obstáculo material, retoman su devengamiento desde el siniestro que hizo exigible el principal” (CNCom., Sala A, 25-II-1993, “Carnevale, D. C./ Scovazzi, V.).-

### **7.- Pronunciamiento del asegurador acerca de los derechos del asegurado**

Al momento del acaecimiento de un evento siniestral, el asegurado debe anotar a su compañía aseguradora, ya sea cumplimentando la denuncia administrativa ó formulario que esta brinda ó a través de algún canal que estime conveniente y resulte fiel emisor de la verdad de los sucesos. Recibida que es la declaración, el asegurador dentro del plazo legal del Art. 56 debe emitir un pronunciamiento acerca de los derechos del asegurado. En la practica el asegurador omite todo tipo de pronunciamiento si, efectuada la denuncia de siniestro, no es menester requerir, información complementaria ni prueba instrumental. En cambio la experiencia nos indica que cuando el asegurador realiza un pronunciamiento es porque rechaza la garantía asegurativa. En este caso el decisorio debe ser claro, explicito y recepticio. Debiendo informar con toda precisión la causa por la que se pronuncia en contra de la garantía asegurativa ó derechos del asegurado. Sobre el particular, es de buena practica puntualizar que carecen de eficacia las expresiones genéricas como por ejemplo, “haber incurrido en culpa grave”, si no se explica en que consistió; ó que “el siniestro denunciado se halla excluido de cobertura” si no se concreta cuál es la hipótesis fáctica que se halla fuera de garantía, o que se declina la cobertura por haber incurrido en reticencia”, si no se precisan cuáles han sido las circunstancias silenciadas u ocultadas; ó cuando el rechazo se funda en “que se trata de un caso no indemnizable” si no se lo individualiza.<sup>13</sup>

Lo propio acontece cuando el asegurador rechaza el siniestro aduciendo genéricamente que el asegurado se hallaba en mora en el pago del premio, omitiendo consignar que el evento dañoso se produjo mientras existía suspensión de cobertura, que es la hipótesis que interesa.<sup>14</sup>

De allí se tiene resuelto que, “si el pronunciamiento del asegurador no es explicito respecto de las razones del rechazo del siniestro, dicha actitud debe ser asimilada a la omisión de pronunciarse, referida en el artículo 56, Ley de Seguros. La aseguradora debe brindar una explicación coherente y fundada de su actitud, lo que resulta compatible con el principio de la buena fe que debe imperar en las relaciones contractuales”.<sup>15</sup>

## **C.- Aspecto Administrativo**

### **1) Función que desempeña la Superintendencia de Seguros de la Nación**

El 11 de enero de 1973, se sancionó y promulgó la ley 20.091 conocida como Ley de Entidades de Seguros, se publicó en el boletín oficial del 07 de febrero de 1973. Dicha ley en el capítulo II, “De la Autoridad de Control” se encarga de definir y delimitar el ámbito de actuación de la “Superintendencia de la Nación”. En su Art. 65 manifiesta que la SSN es una entidad autarquía con autonomía funcional y financiera, por otro lado, en su Art. 64 expresa que el control de todos los entes aseguradores se ejerce por su intermedio y en el Art. 67 asigna sus funciones.

13. STIGLITZ, R. S., “Declaración emitida sin seriedad..” op. cit., L.L., 1981-A-8

14. CNCom., Sala A, 10-IX-1996, “Matos de De Marco, S. c./ Libertad Cía. de Seguros” LL., 1997-C-244.

15. C.Civ. y Com., Junín, 30-XI-1998, “Rodríguez, A. C./Sud. América Cía. de seguros”, J.A., 1985-II-587.

## **2.- Asegurado versus lentitud administrativa del órgano de control. Incidencia. Prescripción de la acción judicial. Responsabilidad del Estado.-**

Atento a que la SSN, posee facultades exclusivas y excluyentes sobre el contralor de las Cías. Aseguradoras, es lógico y corresponde que cuando se presenten situaciones disvaliosas en el ejercicio de la actividad, el asegurado u/o los asegurables, denuncian los actos contrarios a derecho por ante dicha reparación. Este control administrativo de ningún modo aparece como requisito previo de admisibilidad de la demanda o de acceso a la jurisdicción. Muy por el contrario, lo único que debería hacer es aplicar el contralor para el cual se creó y sancionar con las de ley los actos ilícitos en los que incurra el asegurador. La lentitud expeditiva del órgano y las grandes deficiencias en el control, hacen posible que día a día, las aseguradoras caigan en el estado de cesación en sus pagos, encontrándose imposibilitadas de cumplir en forma regular y normal con sus obligaciones. La falta de control, el caso omiso a las denuncias de los asegurados, hacen que en conjunto se contribuya a crear un estado de descontrol que de paso al inevitable principio del fin, que es la liquidación.

La incidencia de dicha lentitud provoca en el asegurado un estado de carencia de certeza e inseguridad jurídica, provocando si este decide esperar al órgano, que prescriba la acción judicial contra su aseguradora ó que al día en que deba efectivizarse el cobro de la indemnización esta se encuentre liquidada.

La doctrina en nuestro país ha revelado su constante preocupación por el análisis de la responsabilidad del estado en los supuestos de ejercicio irregular del poder de policía. En particular, en materia asegurativa, se ha señalado que constituye una exigencia de la realidad argentina el tratamiento de tal responsabilidad en razón de la actuación de la SSN en la liquidación de numerosas aseguradoras. Resulta de práctica común que ocurrido el siniestro y efectuado el reclamo de cumplimiento de la obligación del asegurador por el asegurado, o ejecutado por la víctima del pronunciamiento que hace extensiva la condena al asegurador, tales derechos se vean frustrados ante la falencia de la empresa aseguradora. Por ello, la temática fue abordada en numerosos congresos jurídicos<sup>16</sup> y ha merecido la publicación de varios estudios que han contribuido a delinear los presupuestos de tal responsabilidad.

Ante tal situación, la cuestión acerca de si el contenido que la legislación específica pone a cargo de la SSN era ejercido regularmente por esta no podía demorar en plantearse ante la autoridad jurisdiccional para reclamar un pronunciamiento que contribuyera a encontrar solución a la efectiva tutela de los derechos que tan frecuentemente se exhiben defraudados. En este marco se produce el primer precedente judicial: El caso Olimpia, por sentencia recaída el 02 de marzo de 2000, dictada en autos "Sorba, Luis E. y otros c./ Superintendencia de Seguros de la Nación y Estado Nacional s./ Daños y Perjuicios – sumario" por la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata. El fallo acoge la responsabilidad del Estado por el ejercicio irregular del poder de policía impuesto legalmente a cargo de la SSN, considerando que tal incumplimiento fue la causa de la frustración del crédito que los actores detentaban contra la aseguradora liquidada forzosamente. El mencionado tribunal funda su pronunciamiento condenatorio en una pluralidad de argumentos de los cuales, en punto a su trascendencia, rescato el relativo a la insuficiencia del capital mínimo.-

En efecto, el artículo 1112 del Cód. Civil, en tanto norma de derecho Público, prevé expresamente la falta de servicio en la función materialmente administrativa y establece para dicho supuesto un régimen de responsabilidad extracontractual directa y objetiva, que se independiza de la noción de culpa y que no requiere la individualización del autor del daño. En este sentido, nuestro mas alto Tribunal ha señalado que "quien contrae la obligación de prestar un servicio, lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin que el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución".<sup>17</sup> Asimismo, nuestra ley fundamental brinda el argumento ultimo de la responsabilidad del Estado, toda vez que, según las normas constitucionales que garantizan la inviolabilidad de la propiedad (arts. 14 y 17, Constitución Nacional), cuando un derecho patrimonial sufre un daño por razón de la actividad estatal, ese daño debe ser indemnizado tanto si la actividad que lo produce es ilícita o ilegítima, cuando si no lo es.<sup>18</sup>

Es por ello que de imputarse a la S.S.N. un ejercicio ineficiente de sus funciones de contralor, por la omisión en el cumplimiento de las facultades legalmente atribuidas para prevenir el estado falencial de los entes aseguradores y procurar una efectiva tutela del interés de los asegurados, terceros beneficiarios y demás acreedores de los citados entes, nos encontramos ante un pretendido accionar ilícito del Estado que hace necesaria la acreditación de la existencia de una omisión antijurídica, ya que, a los fines de la responsabilidad civil, la antijuridicidad constituye el principal presupuesto de la obligación de reparar. El Art. 1074

16. IV Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (Junin 1990), Comisión 6, tema b) II Congreso Internacional de Derecho de Daños, Bs. As. 1991.-

17. "VADELL, Jorge F. c./PROV. BS. AS. s./ INDEMNIZACIÓN" – 18-12-84, Fallos: 306/2:2030 – La Ley, 1985-B,3-).

18. "TEJEDURIAS, Magallanes S.A. c./ ADM. NACIONAL DE ADUANAS" – 19-09-1989, La Ley, 1990-C, 454-).

del Cod. Civ. prescribe que el autor de una omisión perjudicial “será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido”.

En el caso particular bajo examen, este deber existe y esta contenido en la ley nacional 20.091, a través de la cual el Estado se ha reservado el monopolio de la fiscalización del sistema asegurativo y ha diferido al ente descentralizado, específicamente creado para tal cometido, las atribuciones necesarias para ejercer un cuidadoso control sobre el estado económico financiero de las aseguradoras, de modo que puede impedir que las mismas lleguen al estado de quiebra y se vean imposibilitadas de cumplir los compromisos contraídos con los asegurados.-

En este marco de ideas, es oportuno recordar las palabras del Dr. Morandi cuando afirma que las especiales características que presenta el seguro, entre las cuales merece destacarse el comercio en masa, justifican la presencia de una autoridad de control que debe extremar su celo moderador en el análisis de las condiciones contractuales de aquel, para que no resulten vulnerados los legítimos intereses de los asegurados y el contrato de seguro cumpla con el objeto-fin social que debe satisfacer como acto jurídico.<sup>19</sup>

## D.- Conclusión

A través del desarrollo de la presente pieza jurídica se demostró la conveniencia de la realización de contratos de seguro, que más allá del sentido económico ó comercial con el que se puede vincular a la empresa asegurado, es bueno recordar su finalidad de recomposición patrimonial ó indemnidad, que desde antaño han mantenido. Propiciando de esta forma que la víctima de un evento siniestral vea en un plazo mediano y que sea previsible la reparación de los perjuicios sufridos.

Asimismo, se comprobó la diferencia en el poder de negociación de las partes, ya sea en la injerencia de cláusulas particulares como en las generales. Denotando que al momento de la contratación, el asegurado asume un sin número de cargas y obligaciones, que muchas de las veces desconocidas y en otras sin serle informadas, pero que en todos los casos lo llevan al mismo fin, que es incurrir en caducidades ó incumplimientos que no llevan más que a otro puerto que la irresponsabilidad de su asegurador.

Por otro lado, se comprobó que la instrumentación abusiva y por consiguiente la utilización de dichas cláusulas unilateralmente pactadas, deberían ser corregidas por la autoridad administrativa pertinente, quien previo control debería impedir su incorporación al plexo de la póliza y más aún, cuando un particular en forma posterior solicitará, por ante la SSN, que se expida sobre el pretense de aplicación de una de las cláusulas vistas, lo debería hacer antes de que prescriba la respectiva acción judicial.

Por lo expuesto y sobre la base de este trabajo podríamos decir que la ley 17418 necesita imperativamente una reforma, que tutele los intereses del asegurado, que modifique el sistema de las cargas propiciando sanciones por control estatal para el caso de utilización de cláusulas abusivas, con un régimen riguroso de saneamiento para el caso de insuficiencias patrimoniales y de control de liquidación. Cosa que al día de hoy todavía no se nos permite vislumbrar.

---

19. Cfr. Morandi, Juan Carlos Félix, “La Ley 20.091. De los aseguradores y su control”, Revista de Derecho Comercial y de las obligaciones, ejemplar N°65, p.1105, año 1978).

## E.- Definición de términos

A los efectos de una mejor practica expositiva, con la finalidad de delimitar el campo de acción y en la inteligencia de tratar de elucidar todos y cada uno de los términos empleados, se hace saber las siguientes definiciones:

### **Abuso**

Jurídicamente se entiende por tal el uso de un poder, de una facultad, de una situación, de un derecho, mas allá de lo que es razonablemente licito, o con fines distintos de los perseguidos por la ley. Ver Abuso del derecho.

### **Abuso del derecho**

Se dice del ejercicio de un derecho excediendo los límites fijados por la buena fe o por el fin en vista del cual ese derecho se ha conferido. En el derecho moderno ha terminado por imponerse la teoría del abuso del derecho no sólo en la doctrina, sino también en la jurisprudencia y en algunas leyes. En otras palabras, se ha impuesto definitivamente una concepción relativa de los derechos subjetivos (ya no son potestades absolutas, incausadas, de los particulares).

### **Asegurador**

Persona jurídica que, en virtud de un contrato de seguro, se obliga respecto de otra, a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida, en caso de que ocurra el evento cubierto en dicho contrato, recibiendo como contraprestación una prima o cotización que debe abonar el asegurado.

### **Contrato**

Es el acto jurídico bilateral de contenido patrimonial en donde dos o mas partes se ponen de acuerdo sobre una manifestación común y legal destinada a reglar sus derechos.

### **Indemnización**

La indemnización consiste en la reparación del daño; el prefijo «in» denota lo contrario en relación con el daño (damnum-damni).

A ella tiene derecho al acreedor de una obligación contractual como efecto anormal que lo satisface por equivalente.

### **Ilícito**

Los actos ilícitos son actos voluntarios, reprobados por la leyes, que causan un daño imputable al agente en razón de su dolo o culpa.

El análisis de la definición nos permite ver en ella la concurrencia de cuatro elementos esenciales, a saber: a) la voluntariedad del acto; b) la reprobación de la ley; c) la existencia de una daño, y D) la intención dolosa o culposa del agente. Basta que alguno de estos elementos falte para que la noción del acto ilícito quede entonces eliminada.

A) el primer elemento del acto ilícito consiste en la calidad voluntaria de la acción del sujeto. Siendo los actos ilícitos una subdivisión de los actos voluntarios, todos los elementos de éstos deben estar presentes en aquellos. No hay al respecto dificultad alguna.

B) el segundo elemento del acto ilícito esta provisto por la ley que veda al hombre la realización de ciertas acciones.

Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales, o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le puede aplicar pena o sanción si no hubiere una disposición legal que la hubiese impuesto.

Las acciones humanas son innumerables y quedan libradas en su realización a la espontánea decisión de los particulares.

Si el ámbito de desenvolvimiento de las acciones humanas, en general, es indefinido, no ocurre así con los actos ilícitos, que constituyen un campo delimitado, vedado explícitamente por el legislador a la libre actividad de los particulares. Por otra parte, la reprobación debe estar contenida en una norma legal, en sentido material, es decir en una disposición general proveniente de autoridad competente.

C) el tercer elemento del acto ilícito es el daño causado.

Por daño debe entenderse todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, y comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto

ilícito.

En el concepto de daño quedan englobadas, entonces, las nociones romanas de *damnum emergens* y *lucrum Cessans*.

### **Mutualidad**

Régimen de prestaciones mutuas, que sirve de base a determinadas asociaciones.

Su importancia proviene de la posibilidad de que varias personas, unidas por intereses comunes, atiendan a los mismos mediante las aportaciones que hacen para cubrir los riesgos o necesidades que afectan a todos ellos.

### **Patrimonio**

Se denomina patrimonio el conjunto de los derechos y obligaciones de una persona, susceptibles de apreciación pecuniaria.

Consiguientemente, el patrimonio es una masa de bienes que se considera como una entidad abstracta independientes de los elementos que la componen, los cuales pueden cambiar o disminuir sin que se altere el conjunto como tal.

El patrimonio es una universalidad de bienes, denominándose así toda pluralidad de bienes a los que es posible tratar unitariamente, como un todo.

### **Seguro**

El contrato corriente y característico de seguro privado es aquel en que una parte, el asegurador, contra el pago de una prima, se obliga a indemnizar al asegurado, dentro de los límites convenidos, del daño que experimente a consecuencia de un siniestro, o pagarle un capital o una renta, al verificarse un evento atinente a la vida humana.

El carácter destacable de este contrato es su aleatoriedad para ambas partes (verificación o no del evento).

Elemento esencial es el riesgo: acontecimiento futuro e incierto para ambos contratantes. A la existencia del riesgo va unido el interés en efectuar el seguro.

La prima que debe pagarse al asegurador, es la contrapartida del riesgo que asume. Ella es esencial al contrato de seguro, como el precio es esencial a la compraventa. En otras palabras, la prima es el precio del seguro.

El Art. 1 de la ley Argentina de seguros dice con acierto: «hay contrato de seguro cuando el asegurador se obliga mediante una prima o cotización, a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto».

Halperín señala que esta definición tiene la ventaja de comprender a todas las especies de seguros y no comprometer opinión acerca de la naturaleza del contrato.

### **Laguna Jurídica**

A la imprevisión o al silencio de la ley se lo designa laguna legal, existen situaciones de hecho que no pueden ser subsumidas en normas objetivas.

## F.- Bibliografía

- AMADEO, JOSÉ LUIS "Ley de Seguros" (Anotada con jurisprudencia), Norma Antuña Ediciones, Buenos Aires, 1979.-
- BARBATO, NICOLÁS HÉCTOR Y MEILIJ, GUSTAVO RAÚL, "Tratado de Derecho de Seguros" Zeus Editora, Rosario, 1975.-
- DE LAS RIVAS ALONSO DE CELADA, DOMINGO, "Los Agentes de Seguros", Editorial Lex Nova, Valladolid, 1991.-
- HALPERÍN, DAVID ANDRÉS, "Estudios de Derecho Publico del Seguro".-
- HALPERÍN, ISAAC, "Lecciones de Seguros", Ediciones Depalma, 1987.-
- MEILIJ, GUSTAVO RAUL, "Manual de Seguros", Editorial Depalma, 1992.-
- MEILIJ, GUSTAVO RAUL, "Seguro de Responsabilidad Civil", Editorial Depalma, 1998.-
- MORANDI, JUAN CARLOS FÉLIX, "Génesis, Formación y Conclusión del Contrato", en la revista Jurídica Argentina del Seguro (Páginas 55 y siguientes), Bs. As., Números 21/22.-
- STIGLITZ, RUBEN S., "Caracteres Jurídicos del Contrato de Seguro", Colección "Seguros y Responsabilidad Civil", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987.-
- STIGLITZ, RUBEN S., "Derecho de Seguros", Tomo I-II, Editorial Abeledo Perrot, 1998.-

### REVISTAS Y PUBLICACIONES CIENTÍFICAS

- "El Derecho"
- "Jurisprudencia Argentina"
- "Revista del Derecho de Seguros".
- "Revista Jurídica Argentina del Seguro, la Empresa y la Responsabilidad" (Colección Jurídica Especializada), Director Dr. Juan Carlos Felix Morandi, Editorial Imprelex S.A. A.29"
- "Revista Jurídica La Ley".
- "Revista de Responsabilidad Civil y Seguros" Director Dr. Atilio A. Alterini, Editorial La Ley, Enero Febrero de 20