

“INOPONIBILIDAD DE LA FRANQUICIA EN EL SEGURO DE TRANSPORTE PÚBLICO DE PASAJEROS”

Por Sebastian Videla

Problema Jurídico

El problema jurídico que motiva la realización del presente trabajo radica en el potencial estado de indefensión en que puedan hallarse las víctimas de accidentes de tránsito de acaecer un siniestro amparado por la póliza en el que intervenga un automotor de transporte público de pasajeros, donde el asegurador sólo responderá frente al asegurado (empresa de transporte) y cuando el daño supere los cuarenta mil pesos. El tercero damnificado no tendrá acción contra la aseguradora, y ante un eventual estado de insolvencia de la empresa de transporte, su daño no encontrará una justa reparación.

La fuente generadora de este conflicto se encuentra en que, con fundamento en las facultades conferidas por el art. 67, inc. b), de la Ley 20.091, la Superintendencia de Seguros de la Nación dictó la Resolución 25.429/97 mediante la cual declaró abierto el Registro de Entidades Aseguradoras para aquellas sociedades de seguros mutuos que deseen operar en forma exclusiva en las coberturas derivadas del "Seguro de Responsabilidad Civil de Vehículos Automotores destinados al Transporte Público de Pasajeros" y estableció el modelo de póliza que deben emplear las entidades mencionadas, en el cual se prevé que el asegurado debe participar en cada acontecimiento cubierto que se tramite por la vía administrativa o judicial, con un importe obligatorio a su cargo de \$40.000.

Planteada esta situación resulta imperativa la formulación de los siguientes interrogantes: ante una eventual insolvencia del autor del daño (asegurado) y la oponibilidad de la franquicia al damnificado ¿No vería este último frustrado su legítimo derecho a una justa reparación por el daño

sufrido?, por otro lado, ¿Es posible que una norma que impone una franquicia sea compatible con otra de orden superior que dispone que el seguro debe cubrir los daños sufridos por la víctima?

Estos interrogantes serán el punto de partida de la presente obra, lo que necesariamente desencadenará en el abordaje de cuestiones tales como la constitucionalidad o no de dicha resolución, y consecuentemente si debe resultar inoponible la franquicia al damnificado, o por el contrario, debe resultar oponible, encontrándose en ese caso, en presencia del doctrinariamente denominado “no seguro”, prevaleciendo los derechos patrimoniales por ante derechos de primer orden como la salud y la vida digna de la víctima del accidente.

Este problema jurídico ha sido objeto de diversas posturas doctrinales y jurisprudenciales tanto del ámbito nacional como así también internacional, lo que indefectiblemente conllevará la necesidad de un análisis profundo de dichas posiciones a los fines de una vez expuestas, intentar arribar a la formulación de una propuesta personal que intente acercar una posible solución a este dilema de gran interés jurídico-social.

Introducción

El presente trabajo tiene por objeto el análisis pormenorizado de una problemática de considerable implicancia social, los accidentes viales en los que intervienen unidades de transporte regidas por la Ley Nacional de Tránsito nº 24.449 (B.O. 10/2/1995), donde los terceros damnificados pueden verse impedidos de acceder a coberturas resarcitorias provenientes de la responsabilidad civil frente a la insolvencia de alguno de los obligados a su reparación, ya sea por insolvencia de las compañías aseguradoras o de las empresas de transporte público automotor tomadoras del seguro.

Según las estadísticas de la Superintendencia de Seguros de la Nación, las compañías tienen registrados unos 130.000 juicios donde son citadas en garantía. La mayoría de estos reclamos indemnizatorios provienen de terceros

damnificados, sean estos conductores, pasajeros de transportes públicos o simplemente peatones. Sin embargo, lo que estas estadísticas no muestran, es el alto porcentaje en que esos reclamos se vuelven ineficaces pues se enfrentan a un deudor en estado de insolvencia (la empresa de transporte público) y a una aseguradora que, con la justificación de solo responder en la medida del seguro, conforme el art. 118 de la Ley 17.418, intenta oponerle una “franquicia” o un “descubierto obligatorio” nacido de un contrato en el que el damnificado no fue parte, pero le es impuesto por la ley y una resolución administrativa, la 25.429/97 de la S.S.N. (B.O. 11/11/1997) cuya constitucionalidad es objeto de debate jurisprudencial, según se podrá apreciar en el desarrollo de la presente obra.

Esta resolución estableció el modelo de póliza a emplearse en los seguros de responsabilidad civil de vehículos automotores destinados a transporte público de pasajeros, expresando en su Anexo II, cláusula 4, que “*El asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado y/o a la persona que con su autorización conduzca el vehículo objeto del seguro ... por cuanto deban a un tercero como consecuencia de daños causados por ese vehículo, por hechos acaecidos en el plazo convenido, en razón de la responsabilidad civil que pueda resultar a cargo de ellos...El Asegurador asume esta obligación únicamente en favor del asegurado y del conductor, hasta la suma máxima por acontecimiento...*”.

La norma también establece en su Anexo II, cláusula 4 que “*El asegurado participará en cada acontecimiento cubierto que se tramite por la vía administrativa o judicial con un importe obligatorio a su cargo de pesos cuarenta mil (\$ 40.000)...Dicho descubierto obligatorio a su cargo se computará sobre capital de sentencia o transacción, participando el asegurado a prorrata en los intereses y costas...*”

Esto implica que, de acaecer un siniestro amparado por la póliza en el que intervenga un automotor de transporte público de pasajeros, el asegurador sólo responderá frente al damnificado o sus derechohabientes cuando el daño supere los cuarenta mil pesos (\$ 40.000). En cualquier otro caso, se estaría en

presencia de un “no seguro”, por lo que el tercero damnificado solo tendría acción resarcitoria contra el causante de daño (asegurado), lo cual es contrario a la finalidad de las leyes 17.418 y 24.449¹ y violatorio de los derechos de propiedad, de defensa en juicio, de igualdad ante la ley, ya que al impedirse a la víctima del daño concretar la ejecución de la sentencia contra la aseguradora, se la obliga a quedar supeditada a la fortuna económica de la empresa de transporte y así lograr que ese resarcimiento se efectivice. Además, no sólo este aspecto de la resolución deviene en arbitrario, si no que a esto se suma el hecho de no poder contratarse seguros distintos a los basados en la póliza aprobada por la S.S.N., esto es, no poder contratar otro seguro por debajo del monto fijado o la prohibición de acceder a otro mecanismo de solidaridad en la asunción de deudas entre la Cía. Aseguradora y la empresa de transporte que resulte más equitativo, dejando sin cobertura una actividad de interés social.

Esta situación adquiere mayor relevancia si se considera el alto índice de siniestralidad que registra la República Argentina. Si se observa la expresión máxima del daño en materia de accidentes, la pérdida de la vida humana, la Argentina ostenta uno de los índices más altos de mortalidad producida por accidentes de tránsito, según informes del año 2011 de la Asociación Civil *Luchemos por la Vida*, veintidós personas mueren por día, unos 8.000 muertos por año, y más de 120.000 heridos anuales de distinto grado, además de cuantiosas pérdidas materiales, que se estiman en unos 10.000 millones de dólares anuales. Esta cifra es significativamente elevada si se la compara con los índices de otros países, en relación a su población y número de vehículos circulantes.

Ante este escenario, resulta imperiosa la adopción y desarrollo en el país de un seguro de responsabilidad civil que responda a su finalidad social y admita la acción de damnificado por el total de la suma resarcitoria, en caso de insolvencia del deudor primario, sin límites arbitrarios de franquicias

¹ FRICK, Pablo “Insolvencia patrimonial del Asegurado y Seguros de Responsabilidad Civil con franquicia: un problema sin solución”, publicado en “Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones”, Año 40, 2007-A, pág. 815

o bien, la creación de un fondo de garantía en el ámbito de la S.S.N., destinado a asegurar la efectiva e íntegra reparación del daño a la víctima del accidente.

Estas propuestas son las que se intentarán proporcionar como corolario del presente trabajo, luego del análisis de todas las implicancias e intereses de los actores que interactúan en esta problemática.

Capítulo I

Precisiones conceptuales:

Como previo a la introducción del tratamiento de la problemática, es fundamental realizar algunas precisiones de carácter técnico que facilitarán la comprensión del tema en cuestión.

Como primera medida se comenzará por el término de *seguro*. Como sucede en otras normativas nacionales, la ley 17.418 no proporciona una definición concreta de este concepto, ni mucho menos del seguro que tiene relevancia para este trabajo, el seguro de responsabilidad civil, si no que, en cierta forma se limita a hacer una suerte de enumeración de elementos que deben estar presentes para que pueda estarse en presencia de un contrato de seguro, así, el art. 1 expresa... “Hay contrato de seguro cuando el asegurador se obliga mediante una prima o cotización, a resarcir un desafío o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto”. De esta conceptualización se pueden distinguir como elementos característicos de todo seguro, la existencia de: una Cía. Aseguradora, un tomador de seguro o asegurado, el pago de una prima o precio del seguro y el riesgo asegurable. Como podrá apreciarse, en esta primera aproximación, no se encuentran los dos elementos que nos ocupan: la víctima o damnificado del siniestro y la limitación de responsabilidad que supone toda franquicia.

Continuando con la distinción de los elementos del contrato de seguro, en el art. 2 de la Ley de Seguros, se encuentra *el interés asegurable*, o sea la relación económica entre una persona o una cosa o bien amenazado por un

riesgo determinado. Como se determinó jurisprudencialmente, “Es preciso que, verificado el siniestro, la persona sufra un perjuicio económico mensurable: allí se ve claramente el carácter indemnizatorio del seguro de daños”²

De esta definición se desprende el segundo elemento, *el riesgo*. “El riesgo asegurado es la posibilidad de que se concrete un evento dañoso determinado en las condiciones previstas en la ley y en la póliza”.³ Este elemento es muy importante, ya que la responsabilidad del asegurador depende del acontecimiento del siniestro que cubre la póliza. “Otro requisito del riesgo es que deba estar determinado específica y concretamente, para el asegurador a los fines de medir exactamente su naturaleza y alcance en el preciso momento de la celebración del contrato”⁴ Como se sostendrá a lo largo del presente trabajo, el seguro debe tener un implicancia social, protectora de los intereses de los damnificados en los supuestos de siniestros, en tal sentido se ha dicho que “en caso de duda de la extensión del riesgo, debe estarse por la obligación del asegurador, no sólo porque él redacta las condiciones del contrato, sino porque está en mejores condiciones que el asegurado para fijar de manera precisa e indubitada la extensión clara de sus obligaciones, sin poder pretender crear en el espíritu del tomador la falsa creencia de una garantía inexistente.”⁵

La cobertura de este riesgo, es prestada por el asegurador como contraprestación por el pago de una cotización o *prima*, la cual, “equivale al precio del seguro y la remuneración que corresponde al asegurador por todos los riesgos que acepta a su cargo”... () “su pago es una de las obligaciones principales del asegurado para mantener vigente la garantía y su incumplimiento provoca de todo derecho”⁶

Por otro lado, son parte de contrato de seguro, *la responsabilidad civil del asegurador y asegurado*.

² Cciv. y Comercial Dolores, 20-5-76, 1977-I-361; CNCiv. Sala E, 24-9-74, LL. 1975-A-573

³ CNCiv. y Comercial Fed., sala II, 22-12-81, JA 1983-I-94

⁴ CNCom., Sala A, 23-10-79, LL 1980-C-60

⁵ CNCom. Sala C, 24-3-72, JA 1972-16-313

⁶ GHERSI, Carlos A., “Contratos civiles y comerciales, Partes general y especial, Figuras Contractuales modernas, Tomo II, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994.

Podría decirse que la ley de Seguros contempla a la figura del beneficiario en el texto del art. 109 de la Ley al disponer que en el seguro de responsabilidad civil *“El asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato, a consecuencia de un hecho acaecido en el plazo convenido”*. Como se verá más adelante, lo que la ley tiene en consideración es mantener sin afectación el patrimonio del asegurado, pero nada dice del supuesto de insolvencia de este y cuál sería el mecanismo de reparación al beneficiario en tal circunstancia.

Uno de los límites a ese deber resarcitorio lo constituye la inclusión contractual de una "franquicia", cuya validez constitucional y su posible afectación a la ley del Defensa del Consumidor son hasta la actualidad objeto de gran debate doctrinario y jurisprudencia. Si bien La ley de Seguros no define a la franquicia, doctrinariamente se la ha definido como una fracción del riesgo no cubierta, que puede ser fijada en un porcentaje del daño, o en una suma determinada (en el caso de interés \$ 40.000), o inclusive combinándose ambos sistemas, a través de una suma mínima que tenga procedencia cuando el importe que arroje el porcentaje sea inferior a esa suma.

De esta forma en el sistema argentino, en nuestro derecho existen dos clases: las "condicionales" y las "incondicionales":

- *Franquicias condicionales, relativas o simples*: el asegurador indemnizará al asegurado cuando el daño exceda la suma o el porcentaje establecido en la póliza como franquicia; cuando esto ocurra, el asegurador indemnizara el total del mismo, sin deducciones.

- *Franquicias incondicionales, múltiples, absolutas o deducibles*: el asegurador indemniza al asegurado como consecuencia del siniestro cuando el daño supera la franquicia establecida en la póliza; pero la indemnización a pagar alcanzará solamente el exceso de la franquicia. El deducible puede ser fijo o en un porcentaje del total.

Para algunos autores, la franquicia es comprable con el denominado "descubierto obligatorio", que existe cuando el asegurado conserva a su cargo cierta parte del daño, independientemente de su intensidad y extensión del total. Para la postura tomada en este trabajo, el "descubierto" se vincula al concepto de "infraseguro", es decir, al caso en que la suma asegurada es inferior al valor total del interés asegurable, en cambio en la franquicia, puede no existir "infraseguro", aunque el asegurado termina soportando una parte del daño sufrido en su interés asegurable. Según la postura de Carlos Gherzi, "la franquicia es una cláusula y una práctica destinada a acotar la transferencia económica, de allí la necesidad para las compañías de seguro de poder oponerlas a los terceros dañados o damnificados"⁷. Finalmente, se analizará el último concepto relevante a estos fines, *el seguro obligatorio*. La Ley Nacional de Tránsito, en su art. 68 establece... *"Todo automotor, acoplado o semiacoplado debe estar cubierto por seguro, de acuerdo a las condiciones que fije la autoridad en materia aseguradora, que cubra eventuales daños causados a terceros, transportados o no (...)".* Y en su artículo 70 establece que su aplicación es prioritaria sobre cualquier otra norma que regule el tránsito en la República. Sólo quien pretende circular con el vehículo en la vía pública necesita un seguro vigente que ampare a los terceros eventualmente dañados por aquélla. La ley no caracteriza al seguro, pero establece que:

- debe cubrir eventuales daños causados a terceros por el uso de un automotor, motocicleta, acoplado o semiacoplado (párr. 1 y 2);
- debe tener una vigencia anual (párr. 3);
- puede ser contratado con una entidad aseguradora autorizada (párr. 3);

Nada dice la ley respecto de la clase de seguro que debe emplearse; sólo se limita a fijar los lineamientos generales que debe contener. La Superintendencia de Seguros de la Nación podría establecer que estos

⁷ GHERSI, Carlos A., "Inoponibilidad de la franquicia al damnificado", La Ley, Suplemento del 28-11-2006, pág. 1 y sgtes. , LL 2006-E-679.

requisitos se cumpliesen mediante un seguro de responsabilidad civil, un seguro de daños por cuenta ajena o un seguro de accidentes personales. Así las cosas, la S.S.N. dictó la resolución que se someterá a análisis en el presente trabajo, estableciendo los limitantes del “seguro de responsabilidad civil”, concepto esto que a la luz de la postura de esta obra, se encuentra en crisis y debería ser replanteado a efectos de otorgarle la finalidad social que el legislador tuvo en cuenta en el espíritu de su creación y que claramente se vio afectado mediante el dictado de resoluciones de la S.S.N. como esta que se examina.

Evolución histórica del seguro

Previo a introducirse en el desarrollo de la problemática, corresponde efectuar una breve reseña histórica del desarrollo del seguro primeramente en el ámbito internacional para puntualizar luego en la evolución que ha tenido este instituto en la Argentina.

Desde la antigüedad se reflejan vestigios de lo que podrían ser los comienzos de la actividad aseguradora, o cuanto menos, de un cierto ambiente de solidaridad promovido por los “siniestros” que a menudo ocurrían a los componentes de las caravanas que cruzaban la antigua Babilonia, y que a menudo estaban sometidos a robos cuyos daños soportaban en forma solidaria.

Ya con las Leyes de Rhodas (Siglo IX A.C.) se comenzó a contemplar la obligación que tenían los cargadores respecto de contribuir a la reparación económica de los daños causados por tempestades, e incluso rescates de buques en poder de los enemigos. En la época de esplendor, y dominación romana se conoce que existieron asociaciones de artesanos, que por medio del pago de una cuota, aseguraban sus propios funerales. Existían además formas de aseguramiento de buques, generalmente relacionados con la práctica de préstamos a la gruesa, donde el armador a menudo, tomaba a préstamo una cantidad que se correspondía con el valor de la mercadería transportada en su buque. Sólo pagaba el capital, más un elevado tipo de interés, en el supuesto

de que arribara al puerto. En caso de naufragio, hacía suyo el citado préstamo. Esta actividad no puede considerarse exactamente un seguro, ya que el pago de la prima estaba condicionado a la existencia de un siniestro, y la indemnización, se entregaba anticipadamente.

El contrato de seguros en sus inicios se fue instrumentando como un contrato de préstamo, el cual al haber recibido posteriormente la prohibición canónica (Decreto promulgado en el año 1234 por el Papa Gregorio IX), por cuanto resultaba repugnante a la moral e ideas imperantes en ese momento, se terminó instrumentando como un contrato de compraventa en el cual el asegurador compraba la mercadería para el caso de que la misma no arribara a puerto.

Más tarde, en el siglo XIV, aparece en la península itálica la póliza o contrato de seguros donde la compraventa se efectúa sobre el riesgo en lugar de hacerlo sobre la mercadería, hasta que finalmente se lo termina considerando jurídicamente como un contrato innominado, adquiriendo el contrato autonomía y dando así nacimiento del contrato que en la actualidad conocemos con su correspondiente estructura, es decir asegurador, asegurado, póliza, riesgo, prima e interés.⁸

En la edad media el seguro continuó su evolución y así encontramos el dictado de las Leyes de Wisbuy (Antiguo puerto de la Isla de Gothlandia sobre el Mar Báltico) cuya hegemonía política y económica posibilitó que sus leyes se aplicaran desde Rusia hasta el Estrecho de Gibraltar, contando las mismas con numerosas disposiciones aplicables a los seguros. A finales del siglo XV, aparece en Rouen, Francia el Guidon de la Mer, presuntamente como consecuencia de haber establecido el Rey Enrique II un tribunal encargado de juzgar los asuntos comerciales incluyendo a los seguros.

Posteriormente se ubica la ordenanza de Felipe II de España, aparecida en Cleirac en 1593, hasta llegar finalmente a la ordenanza Marítima de 1681 de Luis XIV en Francia, bajo la influencia de su Ministro Colbert, que es la más

⁸ MORANDI, Juan Carlos Felix, *Estudios De Derecho de Seguros*, Buenos Aires, Pannedille, 1971, pp. 40 y ss.

completa legislación en lo concerniente al derecho marítimo y a los seguros con relación a su particular riesgo, a punto tal que fue la base del dictado del posterior Código de Comercio de Francia de 1808.⁹

Asimismo, cabe mencionar que el conocido Lloyd de Londres a pesar de su gran desarrollo y prestigio alcanzado con el correr de los años, fundamentalmente en la parte marítima, a pesar de lo que muchos sostienen y creen en cuanto a su origen, tuvo su inicio recién en el año 1652, es decir muy a posteriori que en numerosos lugares de Europa, si bien corresponde aclarar que no es una compañía de seguros, sino una agrupación de aseguradores. En cambio, fueron precursores de los seguros de incendio, quizás impulsados por el incendio de 1609 en Londres, habiendo dado origen al nacimiento de aseguradoras especializadas que terminaron siendo los fundadores del primer cuerpo especializado de bomberos, "Fire Brigade", la que perduró hasta el año 1866 en que fue tomada a su cargo por la Dirección Metropolitana de obras Públicas de Londres.¹⁰

El seguro en épocas de la colonia: el monopolio comercial de España

En España las más antiguas ordenanzas de seguros de remontan a los años 1458, 1461 y 1484, seguidas en importancia las ordenanzas formadas por el prior y cónsules de la Universidad de Mercaderes de Burgos en el año 1537 y las de la Universidad de Sevilla, principalmente con respecto estas últimas las concernientes a las Indias Occidentales de 1555. Del análisis del contenido de todas ellas se pueda afirmar que la institución del seguro marítimo se encontraba por aquel entonces perfectamente desarrollada, con todos sus derechos y obligaciones de partes establecidas, si bien aún faltaba generarse

⁹ *El seguro. Su origen y evolución- El Comercio Compañía de Seguros a Prima Fija –1889-1939*, Buenos Aires, Edición propia, 1939, p. 40.

¹⁰ WEDOVOY, Enrique, *La evolución económica rioplatense a fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX a la luz de la historia del seguro*, La Plata, UNLP, 1966, p. 25.

la empresa de seguros como sociedad comercial.¹¹ Así por ejemplo, en la ordenanza de la ciudad de Barcelona de 14356, que luego fuera recopilada, encontramos una limitación para el aseguramiento de los riesgos marítimos estableciéndolos en las tres cuartas partes de su valor. Hoy en día si contratamos una póliza de casco curiosamente veríamos que se mantiene en las condiciones de contratación la misma porción precitada.¹²

En las ordenanzas del Consulado de Sevilla de 1555, se puede leer textualmente *“Por quanto una de las cosas más necesarias para el trato de la mercadería y para la conservación della es la antigua costumbre, que en todos los cabos se guarda, de asegurarse unos mercaderes á otros las mercaderías que cargan, y los navíos en que las llevan, lo qual se cesase, disminuiría mucho los trattos: porque, no habiendo aseguradores, no habría quien osase cargar, y osase aventurar a perder todo lo que cargase....”*¹³

Con respecto al comercio con el Río de la Plata, desde España se transportaban a Portobelo (Panamá) atravesando luego el istmo, de donde se embarcaban a Callao y desde este en lomo de burro hasta el Alto Perú, donde debían concurrir los comerciantes de Buenos Aires para adquirirlas. Obviamente la exportación era la vía inversa. La extensión y peligros del viaje hacia impracticable el contrato de seguros, que si existía entre España y Panamá. La supresión del régimen precitado se efectuó mediante el establecimiento de un sistema de buques de registro, consistente en que los buques que obtenían una licencia del Rey podían comerciar entre puertos determinados, uno de la metrópoli y otro de las colonias, efectuando una rendición o liquidación de cuentas en el Registro de la Casa de Contratación del puerto español al finalizar el viaje. Esto posibilitó el comercio directo entre

¹¹ *El seguro. Su origen y evolución- El Comercio Compañía de Seguros a Prima Fija –1889-1939*, Buenos Aires, Edición propia, 1939, p. 51 y 52

¹² WEDOVOY, Enrique, *La evolución económica rioplatense a fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX a la luz de la historia del seguro*, La Plata, UNLP, 1966, p. 105

¹³ WEDOVOY, Enrique, *La evolución económica rioplatense a fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX a la luz de la historia del seguro*, La Plata, UNLP, 1966, p. 38

Buenos Aires y España, fundamentalmente a partir del 12 de octubre de 1778 cuando se dictó el Reglamento y Aranceles Reales para el Comercio Libre de España e Indias. Si bien cabe la aclaración que era solamente libre con España, es decir se continuaba excluyendo a los países extranjeros, la entrada en vigencia del mismo trajo una gran prosperidad económica al Plata.

En 1789, en un informe enviado por el Virrey Loreto a España sobre el estado del comercio, textualmente en relación a los seguros se manifestaba: *“No se conoce ninguna casa y todas en la remesa de sus caudales recurren a España; siendo difícil que según la actual constitución de este comercio, se establezca este giro, porque además de no haber casas suficientemente acaudaladas para ello, concurre la circunstancia de que en Europa se corren pólizas por un tanto por ciento mui proporcionado a los riesgos actuales”*.¹⁴ Este informe resulta de vital importancia histórica por cuanto además de ser el primero en el tema que se tiene conocimiento, del mismo se desprende que la actividad del seguro era perfectamente conocida en el Río de la Plata pero por sus requisitos y circunstancias especiales era imposible de desarrollar localmente, pudiéndose afirmar como síntesis que el seguro llegó a bordo de las naves sin llegar a desembarcar como institución local hasta finales del siglo XVIII, efectuándose contrataciones solamente con las aseguradoras que existían en España.

En 1794 se había creado el Consulado de Buenos Aires que tenía a su cargo la jurisdicción mercantil, encontrándose al frente de su secretaria en el año 1796 Manuel Belgrano, quien había realizado sus estudios de derecho en España. Al respecto se debe tener presente que Belgrano estudió desde 1786 hasta 1792 en la Universidad de Salamanca, en plena época de la evolución de las ideas económicas en Europa, habiendo tenido contacto personal con Jovellanos, Campomanes, Gardoqui y otros importantes economistas, que tuvieron injerencia en todos los temas relacionados a los seguros. Más

¹⁴ *Documentos referentes a la Guerra de la Independencia y emancipación política de la República Argentina y de otras Secciones de América a que cooperó desde 1810 a 1828*, t. 1, Buenos Aires, AGN, p. 339.

precisamente, con el primero de los mencionados, el cual el 20 de septiembre de 1789 pronunció su célebre discurso para el establecimiento de una Compañía Nacional de Seguros.¹⁵

En la memoria del Consulado del 15 de junio de 1796, titulada “Medios generales de fomentar la agricultura, animar la industria y proteger el comercio de un país agricultor”, Belgrano manifiesta su opinión sobre la necesidad de crear una escuela de comercio y establecer una compañía de seguros terrestres y marítimos. En el primer documento histórico de propuesta de seguros conocido y para el Virreynato del Río de la Plata, textualmente se sostenía: *“Otro de los medios de proteger el comercio es establecer una compañía de seguros, tanto para el comercio marítimo como el terrestre; sus utilidades son bien conocidas, tanto a los aseguradores como a los asegurados, y deberían empeñarse en semejante compañía al principio, todos aquellos hombres pudientes de esta Capital y demás ciudades del Virreynato, a fin que desde sus principios tuviese grandes fondos, dispensándole este cuerpo toda protección posible”*¹⁶. En su propuesta Belgrano se alejaba del viejo molde de otros países donde el seguro se inició sobre la parte marítima, para después expandirse a otros riesgos, por lo que la misma resultaba totalmente novedosa. A dos meses de leída la precitada memoria un importante comerciante local, Don Julián del Molino Torres tomaba la iniciativa de crear la primera compañía de seguros, dirigiendo a tal efecto a otros hacendados y comerciantes locales una propuesta para la conformación de la misma, fundamentándose en la necesidad de evitar la salida de capitales hacia España y la concreta posibilidad de percibir las indemnizaciones en forma rápida, al no tener que esperar su envío desde España. Teniendo en cuenta las invocaciones y fundamentos patrióticos de la propuesta realizada por Molino Torres, es correcto interpretar que la misma no se dirigía a las

¹⁵ PEDEMONTE, Gotardo C , *Ensayo histórico acerca del Seguro en la Argentina hasta el año 1898*, Buenos Aires, Edición Talleres Gráficos, 1930, p. 28.

¹⁶ *El seguro. Su origen y evolución- El Comercio Compañía de Seguros a Prima Fija –1889-1939*, Buenos Aires, Edición propia, 1939, p. 139

entidades o capitales españoles, sino a los locales que se veían afectados cuando no impedidos de contratarlos.

Ya en el artículo XVI de los Estatutos de la nueva aseguradora a crearse textualmente decía “...*deberá otorgar sus pólizas de los seguros que hiciera, en términos claros y significativos, sin dexar lugar, a interpretaciones cavilosas...*”¹⁷, requisito que perdura en la actualidad. La propuesta fue aceptada según nueva comunicación cursada a los que manifestaron interés con fecha 3 de noviembre de 1796 por Molino Torres, quedando el 7 de noviembre de 1796 constituida finalmente la primera empresa de seguros bajo el nombre de “La Confianza”, conformada bajo la estructura similar de aseguradoras europeas, con un capital de 400.000 pesos fuertes (400 acciones de 1.000 pesos fuertes cada una) y con una duración de cinco años, fecha esta última a partir de la cual se distribuirían las utilidades. La aseguradora operó con normalidad según se desprende de los documentos de las juntas de accionistas hasta el año 1802 sin poderse llegar a determinar su continuidad o finalización por cuanto no existe documento alguno que así lo acredite.

Posteriormente no se tiene conocimiento sobre la existencia de otros documentos o aseguradoras hasta que el 15 de diciembre de 1810 se publica en el periódico “El Correo del Comercio” un artículo titulado “De los Seguros”, cuya autoría se le reconoce a Manuel Belgrano a pesar de ya encontrarse en esa época al frente del ejército en el Paraguay. En su artículo Belgrano comienza definiendo el contrato de seguro, sus partes y condiciones, como así también su instrumentación por medio de la póliza y los distintos riesgos a los que se podía aplicar. Además efectuaba un análisis histórico social desde su origen hasta alcanzar el actual desarrollo de su época. Analizaba también su funcionamiento en general, incursionando también en el tema de los cálculos técnicos y el costo del seguro.¹⁸ Asimismo, hacía expresa referencia a la

¹⁷ PEDEMONTE, Gotardo C , *Ensayo histórico acerca del Seguro en la Argentina hasta el año 1898*, Buenos Aires, Edición Talleres Gráficos, 1930, p. 37.

¹⁸ PEDEMONTE, Gotardo C , *Ensayo histórico acerca del Seguro en la Argentina hasta el año 1898*, Buenos Aires, Edición Talleres Gráficos, 1930, p. 39.

buena fe como base contractual al sostener textualmente *“Muy pocos particulares están en estado de correr los riesgos de una empresa de comercio, y esta sola reflexión prueba cuan recomendable es la empresa de los aseguradores, que están expuesto a ser engañados sin engañar jamás...”*¹⁹

Posteriormente, tras la caída política de la Junta de Mayo y la asunción el 23 de septiembre de 1811 de un Triunvirato como poder ejecutivo, éste designó para integrar a una de sus tres secretarías a Bernardino Rivadavia, quien con fecha 21 de octubre de 1811 aconsejó por nota al consulado convocar a una junta de capitalistas nacionales y extranjeros, que traten los medios de crear una compañía de seguros y una caja o banco de descuento. De este documento que se tiene conocimiento de su existencia a través de su hallazgo por intermedio de Andrés Lamas, quien efectuó una copia de un documento original supuestamente inédito.²⁰

Al documento de Rivadavia se le ha otorgado vital importancia por cuanto aconsejaba la formación de aseguradoras con capitales extranjeros, es decir rompía con el lazo colonial que tanto daño le causó a la economía rioplatense.

La inexistencia de aseguradoras en el Río de la Plata, no implicó que por ejemplo los navíos partieran o llegaran sin seguro, por cuanto teniendo en cuenta la situación y el conocimiento imperante de los mismos, seguramente se hacían en el extranjero o a través de agentes locales.

Finalmente se puede señalar como la primera legislación amplia y completa sobre seguros la incluida en el dictado del Código de Comercio de la Provincia de Buenos Aires de 1859, que si bien la provincia se encontraba distanciada de la Confederación, su dictado generó la fundación de numerosas aseguradoras algunas de las cuales aún hoy existen en el mercado argentino.

¹⁹ PEDEMONTE, Gotardo C , *Ensayo histórico acerca del Seguro en la Argentina hasta el año 1898*, Buenos Aires, Edición Talleres Gráficos, 1930, p. 39.

²⁰ PEDEMONTE, Gotardo C , *Ensayo histórico acerca del Seguro en la Argentina hasta el año 1898*, Buenos Aires, Edición Talleres Gráficos, 1930, p. 48.

En el año 1860, aún no consumada la etapa de reorganización política por la secesión del Estado de Buenos Aires, se constituye la primera entidad aseguradora denominada "Compañía Argentina de Seguros Marítimos S.A." autorizada por el gobierno porteño. Posteriormente, se constituyeron compañías de origen nacional y se radicaron empresas extranjeras en nuestro país debido al florecimiento de la economía nacional con la implementación de un esquema agroexportador propulsado por la llamada "Generación del 80". Durante la presidencia del Dr. Miguel Juárez Celman se dicta el 21 de marzo de 1890 un decreto por el cual se da inicio a la supervisión administrativa de las empresas de seguros, creándose a tal efecto un Cuerpo de Inspectores de sociedades anónimas durante el año 1893. Este cuerpo cumplió con su cometido de contralor hasta 1897 en que se crea la Inspección General de Sociedades, que devino con posterioridad en la actual Inspección General de Justicia.

Recién en la primera mitad del siglo XX el Estado Nacional da los primeros pasos para ejercer el contralor y poder de policía a fin de supervisar a todas las compañías que se venían desarrollando en el país con la constitución y creación de los organismos correspondientes.

Así, fue creada la Superintendencia de Seguros de la Nación mediante el Decreto N° 108.295, del día 21 de junio de 1937, durante la gestión del presidente Agustín P. Justo. Sin embargo, la inauguración formal fue el 4 de agosto de 1938, siendo su primer superintendente el Dr. César Sáenz.

En la década del 50, la cantidad de entidades existentes en el mercado asegurador local era de 181 compañías, desagregadas según su naturaleza jurídica de la siguiente forma: 106 eran sociedades anónimas, 30 cooperativas y mutuales, 2 organismos oficiales y 43 extranjeras.

En esta década se encuentra una de las fuentes inspiradoras de este trabajo, la creación jurídica del Doctor Isaac Halperín, quien en 1959, redacta un anteproyecto de la Ley General de seguros, confeccionado por encargo del Poder Ejecutivo Nacional, y en cuya elaboración participaron personas de la mayor jerarquía científica en la materia en representación del Poder Judicial,

Superintendencia de Seguros de la Nación, Instituto Nacional de Reaseguros, Federación Argentina de Colegios de Abogados, Facultades de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y Córdoba, Facultad de Ciencias Económicas de Buenos Aires, Asociación Argentina de Compañías de Seguros, Asociación de Aseguradores Extranjeros en la Argentina y Asociación Argentina de Cooperativas y Mutualidades de Seguros. Este anteproyecto se nutrió de la legislación dictada en otros países, comenzando por Suiza, seguido por Alemania, ambas de 1908 y luego Austria en 1917, Suecia en 1927, China en 1929, Dinamarca, Noruega y Francia en 1930, México en 1935 e Italia en 1942. La importancia de este trabajo, y que es resaltada y seguida en esta obra, es que la protección buscada no se limitó a los asegurados sino que también se extendió a los *terceros y beneficiarios*. Son variadas las disposiciones en tal sentido, pero bastará recordar la creación de la acción directa del damnificado contra el asegurador de responsabilidad civil por la que siempre bregó, si bien la Comisión ya citada se inclinó por establecer la citación en garantía que hoy contiene nuestra ley vigente, pero totalmente inspirada en lo proyectado por el Dr. Halperín. Asimismo propuso el *seguro obligatorio de responsabilidad* por uso de automotores. Al respecto dijo que las normas proyectadas deberían completarse con modificaciones al Código Civil, para el cual redactó un artículo 1.113 bis en el que se establecían, casi exactamente, las reglas hoy incorporadas a dicho código. A lo expuesto se une el privilegio a favor del damnificado, con exclusión de los demás acreedores del asegurado, sobre la indemnización a satisfacer por el asegurador y el privilegio del conjunto de asegurados sobre el saldo de la cuenta del asegurador con el reasegurador, en caso de liquidación del primero. El Dr. Halperín sostuvo que el siniestro de responsabilidad civil se produce cuando sobreviene el reclamo del tercero contra el asegurado. También cabe citar como antecedente, el proyecto que preparara en 1967 la comisión integrada por los profesores doctores Rodolfo O. Fontanarrosa, Guillermo Michelson, Juan Carlos Félix Morandi y Gervasio R. Colombres, culminando en 1967 con la sanción de la Ley 17.418 sobre contrato de seguro.

Finalmente, como antecedente relevante relacionado con la problemática que se plantea, se debe mencionar la sanción de la Ley de Tránsito Nº 24.449 en diciembre de 1994, promulgada parcialmente, el 6 de febrero de 1995, siendo de jurisdicción federal y las provincias y municipios son libres de adherir a ella. De esta norma se destaca el art. 68 que introduce el instituto del seguro automotor obligatorio, que como se adelanto y se desarrollara en los capítulos futuros, dicho artículo se ve afecto por la la Resolución nro. 25.429/97 de la S.S.N.

Capítulo II

Introducción a la problemática:

Tal como se expuso en el abordaje histórico del contrato de seguro desarrollado en el capítulo que antecede, en 1994 se sancionó la Ley Nacional de Tránsito Nº 24.449, la cual tiene en su art. 68 un claro contenido de interés social al establecer en el primer párrafo que: *“Todo automotor, acoplado o semiacoplado debe estar cubierto por seguro, de acuerdo a las condiciones que fije la autoridad en materia aseguradora, que cubra eventuales daños causados a terceros, transportados o no”*...y en seguidamente, en el quinto párrafo, al expresar: *“Los gastos de sanatorio o velatorio de terceros, serán abonados de inmediato por el asegurador, sin perjuicio de los derechos que se pueden hacer valer luego. El acreedor por tales servicios puede subrogarse en el crédito del tercero o sus derechohabientes.”* Sin lugar a dudas, el propósito del legislador al establecer la obligatoriedad de contratación de un seguro, ha sido la protección de la víctima ante un eventual accidente vial, garantizándole el pleno resarcimiento del daño sufrido. Asimismo, la norma indica que tanto los gastos médico como los de velatorios de terceros, serán abonados de inmediato por el asegurador, con lo cual desde la norma misma ya se adelanta la obligación de resarcimiento que debe fijarse en cabeza del asegurador en ocasión del seguro obligatorio contratado por el asegurado. Tal sentido social que posee esta ley, ha sido sostenido en numerosos fallos que fueron dictados en materia de seguro obligatorio, reconociendo como fundamento que este seguro tiene una finalidad de tutela de un interés superior, que es la reparación de los daños a terceras personas, como una forma de atenuar las consecuencias del siniestro y preservar los derechos a la vida y a la salud de las personas.

Así planteada la obligación legal, se puede apreciar la existencia de intereses contrapuestos por parte de los actores intervinientes: por un lado el de la Cía. Aseguradora, y por el otro, el del asegurado. Hasta aquí las dos

partes del contrato de seguro, pero no debe olvidarse de un tercer actor, que si bien es ajeno a la celebración de ese contrato de seguro, pero no por ello deja de tener un interés en ese contrato, ya que precisamente es tenido en cuenta desde la celebración misma del contrato, y esto es así porque, este eventual tercero damnificado, será el beneficiario del final de seguro. Desde este punto de vista la doctrina jurídica y también jurisprudencialmente, se suele sostener que el seguro obligatorio permite garantizar la reparación de las víctimas. En este sentido, “se ha llegado a afirmar que la víctima es el único beneficiario del seguro obligatorio y, por lo tanto, se ha interpretado que debe considerársele consumidor final, y que como tal puede exigir todas las prerrogativas que la Ley de Defensa del Consumidor le otorga a los consumidores”.²¹ Por eso, al referirse al seguro obligatorio debe interpretarse que el beneficiario es la víctima y que se trata de una norma de orden público en interés de ella, es el sujeto pasivo del daño, a quien la ley ha tendido en mira al obligar la contratación del seguro. Teniendo en cuenta esto, es innegable la función social del seguro obligatorio, lo cual ya adelanta la postura de este trabajo: la inoponibilidad de la franquicia a la víctima debe ser la regla a fin de garantizar esa función social.

En definitiva, para dejar planteado el problema, suponiendo que el seguro obligatorio funciona adecuadamente, esto es, garantizando el resarcimiento de las víctimas, y suponiendo además, que el sistema funciona de manera tal que existe una mayor prontitud en el pago de esas indemnizaciones, en ese caso, si se pacta una franquicia que resulta oponible a la víctima, podría conspirarse contra el cumplimiento de ese objetivo social. Porque la aseguradora se eximiría de pagar a la víctima, refugiándose en el límite de cobertura pactado y la víctima debería dirigir su acción de cobro contra el asegurado. Ahora bien, que sucede si es asegurado deviene en insolvente, la víctima no obtendría indemnización alguna. Asimismo, en el caso de que el asegurado tenga patrimonio que le de solvencia para afrontar la

²¹ SOBRINO, W. “La franquicia y su inoponibilidad a la víctima de un accidente de tránsito”, cit., La Ley, 2008-D, p. 1078

indemnización, ese pago podría ser tardío, ya que podría generarse una discusión entre el asegurado y la aseguradora respecto del alcance de la franquicia. En ambos escenarios, no se cumpliría la rápida e integral reparación a la víctima que supone la ley. Más aún, según la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “el derecho de la víctima a la indemnización integral tiene status constitucional”.²²

Por el contrario, si la franquicia es inoponible a la víctima, esto no significa que no se cumpla la función prevista. La aseguradora pagará y luego repetirá contra el asegurado, si los asegurados son insolventes, entonces se sentirán amenazados por esta acción de repetición y dirigirán su conducta de manera tal que evite la producción de un accidente de tránsito, con lo cual, la supuesta función de prevención de la franquicia estaría cubierta de todos modos. Las aseguradoras están en mejores condiciones que las víctimas para prever el costo de una indemnización, primero porque pueden ajustar las primas para afrontar una eventual insolvencia del asegurado y por otro lado antes de la contratación del seguro pueden constatar la solvencia de estos. Entonces entre la opción de quien debe afrontar una posible insolvencia del asegurado, la víctima o la aseguradora, se impone la elección de esta última, primero porque es profesional en el ámbito del seguro y segundo, porque conoce al asegurado, tiene una relación contractual con él.

La posibilidad de insolvencia del asegurado no se presenta como una posibilidad remota si se tiene en consideración la grave situación económica que desde hace años vienen soportando las empresas de transporte público de pasajeros.

En síntesis, en un contexto de insolvencia de la empresa de transporte público, un seguro obligatorio con una franquicia de \$ 40.000 como la prevista

²² “Pérez, Fredy Fernando c. Empresa Ferrocarriles Argentinos s/ sumario”, de 24 de agosto de 1995, La Ley, 1995-E, p. 17.

por la Resolución 25.429 de la SSN, implica que no se cumpla la función preventiva y resarcitoria que supone el seguro obligatorio de la ley 24.449.

La franquicia debe ser válida entre las partes pero no oponible a la víctima. Es decir el asegurador debería responder ante un eventual reclamo de la víctima y podrá repetir luego contra su asegurado en la medida de la franquicia. De esta manera el seguro cubriría el daño sufrido como exige la Ley de Tránsito, o bien, como se desarrollará más adelante, debiera existir un fondo de garantía conformado con aportes provenientes de las primas que sea destinado a hacer frente a las potenciales indemnizaciones debidas a terceros ante casos de insolvencia del asegurado.

Los únicos beneficiarios con la franquicia son las aseguradoras, porque lucran cobrando una prima por un seguro, pero a la hora de las responsabilidades, afrontan un riesgo mínimo, siendo que la mayoría de los reclamos por estos accidentes terminan siendo reconocidos en sede judicial por montos inferiores a los de la franquicia.

Motivos del dictado de la Resolución 25.429/97 de la SSN

Para continuar con el análisis de la problemática que se plantea es preciso señalar su causa fuente, el dictado de la Resolución 25.429/97 de la SSN.

Si se observan los considerandos de la Resolución se alude a la sanción del decreto de necesidad y urgencia Nro. 260/97 publicado el 21 de marzo de 1997. Este DNU parte de la base del notable incremento en el inicio de demandas judiciales por resarcimiento de daños provocados por accidentes de tránsito vehicular de inicios de los años 90, el alto grado de siniestralidad y la poca solvencia de las aseguradoras para hacer frente a esos reclamos, haciendo que sólo unas pocas compañías de seguros operen en el sector. En consecuencia se pensó que por la drástica situación por la que atravesaban las empresas de seguros de autotransporte público de pasajeros, requerían la

declaración de la emergencia de ese sector y la consecuente instrumentación de un régimen de exigibilidad de las sentencias condenatorias que permita, por una parte respetar los derechos adquiridos de los damnificados y, por otra parte, evitar la crisis de la red de autotransporte público, en salvaguarda del interés público comprometido en la materia.

Sin embargo, la necesidad y urgencia de este decreto, no fue ratificada por el Congreso, y en consecuencia, en el año 2000, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Risolia” declaró la inconstitucionalidad del DNU y entre otros argumentos expreso: “que no se configura una urgencia tal que impidiera al Estado usar los recursos ordinarios para conjurar una crisis económica sectorial sin llegar a afectar los derechos individuales amparados por la CN; que traslada la situación de crisis en el servicio público de pasajeros sólo a las víctimas de accidentes de tránsito; que las víctimas terminarían por financiar una crisis que no causaron”.²³

Por esta razón se suele afirmar que “la Resolución de la SSN que crea la franquicia es hija del DNU 260/97 y huérfana de ley del Congreso. La vigencia de la franquicia viola el art. 68 de la Ley Nacional de Tránsito que el Congreso ordenó instrumentar a la SSN como seguro obligatorio automotor para cubrir la primera franja o el primer riesgo de los daños personales de \$ 1 a \$ 30.000 y este daño personal debía pagarlo la compañía de seguros y no el asegurado (para el legislador no tiene cabida la franquicia)”.²⁴

Por otro lado, en los considerandos de la Resolución se mencionan los problemas suscitados con la liquidación del INDER (reasegurador monopólico estatal). En el año 1991 se liquidó el INDER, y este organismo se convirtió en deudor de la empresa Belgrano CSL y de más de setenta millones de pesos de la aseguradora que concentraba el seguro de responsabilidad civil del transporte público de pasajeros. Así las cosas, desde 1991 hasta 1997 (año en el cual se dictó la Resolución), las empresas de transporte público circulaban

²³ “*Risolia de Ocampo, María José c/ Rojas, Julio César y otros s/ Ejecución de sentencia*”, SC R.94.XXXIV

²⁴ Huber Carlos Alberto, “El seguro y el orden público. Es inconstitucional la franquicia en el transporte público de pasajeros para Santa Fe y Ciudad de Buenos Aires”, L.L., pág. 286, 2010.

sin reaseguro por motivo de la liquidación de este organismo. El problema de esta situación es que las víctimas de la aseguradora Belgrano (empresa liquidada forzosamente) y de su reaseguro INDER (también liquidado), no tienen posibilidad de cobrarle a nadie.

La Resolución no dio solución a estas dos puntos que nombra en sus considerandos (DNU e INDER), las empresas de transporte público acumulan reclamos, quiebras, los colectivos pasan a otros dueños y las empresas que se forman para continuar el servicio muchas veces no pagan, y las Aseguradoras tampoco lo hacen respecto del saldo superior a los \$ 40.000.

La crítica al texto de la Resolución 25.429/97

Hasta aquí, se analizaron los hechos que llevaron al dictado de esta Resolución, pero ¿Qué es lo que realmente vulnera el derecho de las víctimas de accidentes de tránsito? ¿Cuál es la disposición reprochable a esta Resolución? La respuesta a estos interrogantes se encuentra en el texto de la De la cláusula 4ª de las Condiciones Generales del contrato la franquicia o descubierto obligatorio que sería de aplicación. “El Asegurado participará en cada acontecimiento cubierto que se tramite por la vía administrativa o judicial con un importe obligatorio a su cargo de pesos cuarenta mil (\$ 40.000). Dicho descubierto obligatorio a su cargo se computará sobre capital de sentencia o transacción, participando el Asegurado a prorrata en los intereses y costas. En tales supuestos y a efectos de un acuerdo transaccional con la víctima o tercero damnificado o sus representantes legales y/o apoderados:

a) La Aseguradora asumirá la representación del Asegurado.

b) En el caso que la Aseguradora intentara arribar a un acuerdo transaccional, solicitará previa conformidad del Asegurado, indicándole el monto respectivo, debiendo éste expedirse dentro de las 48 horas de notificado.

c) Ante el silencio o negativa del Asegurado, concluirá la representación procesal de la Aseguradora y ésta quedará liberada de su responsabilidad en el

siniestro mediante la realización del pertinente pago por consignación judicial de los montos que hubieran resultado a su cargo, en caso de haberse celebrado el acuerdo transaccional propuesto conforme el inciso b) anterior.” Si el acuerdo transaccional propuesto por la Aseguradora lo fuere por un importe igual o inferior al de la franquicia, y existiese silencio o negativa del Asegurado, la Aseguradora quedará liberada de toda obligación respecto del siniestro en cuestión. ”En caso de desacuerdo por parte del Asegurado con el monto de la transacción propuesto por la Aseguradora conforme los párrafos primero y segundo del presente inciso c), el Asegurado deberá manifestar tal desacuerdo mediante notificación fehaciente dentro de las cuarenta y ocho horas indicando el monto que estima adecuado bajo pena de caducidad para manifestar su disconformidad en el futuro. En tal caso la Aseguradora acreditará el monto de la transacción sumariamente mediante la presentación de la propuesta escrita elevada a tal fin por el tercero reclamante o la parte actora según el caso. ”En caso de existir tal desacuerdo del Asegurado con el monto transaccional propuesto, notificado a la Aseguradora conforme el párrafo tercero del presente inciso c), y de no existir propuesta del tercero reclamante o de la actora conforme el cuarto párrafo del presente inciso, el monto será fijado por un tribunal arbitral formado por tres árbitros designados uno a instancia del Asegurado, otro a instancia de la Aseguradora y el tercero por los dos árbitros anteriores; la designación deberá ser realizada por cada parte dentro de los tres días de requerida, en caso contrario la designación será efectuada por la otra parte.”

”Los árbitros deberán expedirse sobre el monto correspondiente dentro de los treinta días corridos a contar desde la notificación a las partes de la designación del tercer árbitro.”

”La decisión de los árbitros será irrecurrible y la diferencia entre el monto fijado por los árbitros y el de la franquicia será la que deba consignar judicialmente la Aseguradora si pretende liberarse en los términos del párrafo primero del presente inciso c), si el monto fijado por los árbitros resultara

inferior a la franquicia, la Aseguradora quedará liberada de su responsabilidad en el siniestro.”

“En la cobertura de la obligación legal autónoma prevista en la cláusula 3 de las Condiciones Generales la Aseguradora asumirá el pago de la indemnización y el Asegurado le reembolsará el importe del descubierto obligatorio a su cargo dentro de los diez días de efectuado el pago”.

En síntesis, las medidas adoptadas tuvieron por objeto evitar que se vea afectado el normal desenvolvimiento de la prestación del servicio de autotransporte, con los consecuentes perjuicios para la ciudadanía en general.

La situación planteada es la siguiente: Si el monto reclamado es inferior a los \$ 40.000 que establece la franquicia, ante el reclamo de la víctima la Aseguradora no responderá porque opondrá la franquicia, la víctima dirigirá su acción directamente contra el asegurado, pero si se tiene en cuenta la crisis patrimonial de las empresas de transporte que se viene sosteniendo, quien responderá ante un posible estado de insolvencia. Con esta franquicia o descubierto a cargo del asegurado se desvirtuaría lisa y llanamente la obligatoriedad del seguro de responsabilidad que exige la ley 24.449. No es dudoso afirmar que, dentro de los límites de tal descubierto, el asegurado carece de seguro. Así la víctima frente a una sentencia de condena contra el responsable asegurado en ella, sólo podría reclamar de la compañía de seguros, si el capital de la condena por los daños supera los \$ 40.000 y sólo en la medida del excedente. Por eso ¿Cómo se protege el legítimo derecho del damnificado a obtener una justa indemnización?, la discusión dista de ser filosófica y necesariamente obliga a repensar el sistema de seguros y diagramar mecanismos ágiles de reparación.

Capítulo III

Posturas doctrinales:

Tal como se esbozo en el capítulo anterior, el conflicto de la oponibilidad o no de la franquicia a la víctima del accidente de tránsito ha sido objeto de diferentes posturas doctrinales y jurisprudenciales, por lo que en este capítulo, se resumirán los fundamentos de estas posiciones contrapuestas, para analizar posteriormente las principales resoluciones, que en base a ellas, han adoptados los distintos tribunales que debieron pronunciarse en la materia.

Fundamentos por la inoponibilidad de la franquicia al tercero damnificado:

Como puede apreciarse ya desde el título de la presente obra, esta es la postura que se compartirá, en concordancia con los argumentos de autores como Stiglitz, Compiani, Sobrino, Gherzi, entre otros, que pueden sintetizarse de esta forma:

1. La Superintendencia de Seguros al invadir el ámbito legislativo cuando dictó la Resolución 25.429/1997 deviene inconstitucional por violar la norma contenida en el art. 75 inc. 12 CN ya que al imponer la franquicia modifica la existencia del seguro obligatorio de los automotores para poder circular;²⁵ esto es materia del Congreso, y la Superintendencia no puede “legislar” en esa materia.
2. Además del argumento que antecede, la Resolución 25.429/1997 es inconstitucional ya que, bajo el ropaje de una reglamentación, contradice

²⁵ *Superior Tribunal de Entre Ríos Miño, Rudencinda. c/Transporte Urquiza SRL y otros/Sumario 17/08/2005.*

el objetivo y la finalidad tenidos en mira por el art. 68 de la Ley de Tránsito;²⁶

3. Otro fundamento que ha dado la doctrina para sostener la inconstitucionalidad de la resolución *sub examine*, es que también se viola la Ley de Tránsito, en el sentido de que esta busca proteger el patrimonio del damnificado, en tanto que la resolución pareciera proteger el patrimonio del damnificador, en tanto al seguro como si fuese del tipo voluntario en los términos del art. 109 de la Ley de Seguros.
4. La res. 25.429/1997 desvirtúa el fin querido por la Ley de Tránsito 24.449 (de orden público), por lo que deviene ilegítimo que ante el derecho de la víctima se opongan cláusulas contractuales basadas en resoluciones administrativas.²⁷
5. Los contratos celebrados entre partes tienen efectos relativos respecto a terceros. La mayor parte de los daños sufridos por terceros quedan “sin seguro”, cuando la ley es clara en cuanto a que “*Todo automotor, acoplado o semiacoplado debe estar cubierto por seguro...que cubra eventuales daños causados a terceros, transportados o no*”.²⁸
6. El codificador ha establecido en el art. 1195 del Cód. Civil que los contratos entre particulares, en este caso el contrato de seguro, no pueden perjudicar a terceros.
7. Justificar la franquicia que reduce la protección de la víctima al álea de la solvencia económica del asegurado traduce una reducción del umbral

²⁶ Ghersi Carlos Alberto, “La inoponibilidad de la franquicia al damnificado”, L.L., pág. 7, Bs. As., 2006

²⁷ Superior Tribunal de Entre Ríos Miño, Rudencinda. c/Transporte Urquiza SRL y otros/Sumario 17/08/2005.

²⁸ Pablo D. Frick - Julio C. García Pablo D. Frick - Julio C. García “La Franquicia en el contrato de seguro...” 26/8/2005. LL, 2005-E, pág. 925;

ético que debe presidir una razonable interpretación judicial que se aproxime a la equidad.²⁹

8. El asegurador podrá a posteriori de cumplir la condena requerir del asegurado el reintegro de la suma abonada mediante una acción regresiva de manera que su pago sea ajustado a la “medida del seguro”.³⁰
9. La eventual insolvencia de la empresa aseguradora dejaría sin cobertura a la víctima que se encuentra por debajo del monto de la franquicia.
10. Los art. 116 y 118 de la Ley de Seguros 17.411 no ponen una barrera insuperable en esta cuestión, pasaron cuarenta años desde su dictado y muchas situaciones han cambiado, la ley dice que el asegurador no podrá ser ejecutado más allá del riesgo asegurado, pero esto no implica habilitar deliberadamente una cláusula que estipule la existencia de un descubierto a cargo del asegurado totalmente desmedida;
11. Siendo la Ley de Seguros de rango consumerista, debe interpretarse a favor y no en contra de los consumidores (los asegurados).
12. Prohibir que las aseguradoras y las empresas de transporte puedan, si lo desean, contratar seguros de responsabilidad civil por daños inferiores a los \$ 40.000 importa desnaturalizar la propia ley de seguros y el seguro obligatorio impuesto por la ley de tránsito (arts. 109 y 118 de la ley 17.418 y art. 68 de la ley 24.449) así como el criterio de reparación integral admitido por los arts. 1077, 1078, 1079 y conc. del Cód Civil que resulta concordante con la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 1, 2 y 11) y Declaración Americana de los Derechos Humanos (arts. 1, 3, 5, 25 y 30). Estas normativas de raigambre

²⁹ Pablo D. Frick - Julio C. García “La Franquicia en el contrato de seguro...” 26/8/2005. LL, 2005-E, pág. 925;

³⁰ “Terraza, Hugo Héctor R. c. Transportes Automotores Luján S.A.C.I. s/daños y perjuicios”, CNCiv., Sala B, del 24/10/2003 La Ley (RCyS), 2004-625;

constitucional obligan a la reparación a la víctima de modo integral, de los daños ilegítimamente producidos; el concepto es receptado por el código civil; y por tratarse de una actividad riesgosa, la ley de tránsito impone el seguro obligatorio que cubra daños a terceros transportados o no. Una norma que reglamente el ejercicio de ese derecho a la reparación integral de las víctimas no puede desnaturalizarlo al punto de impedir que la víctima pueda ir contra el/los deudores con mayor capacidad económica para solventarlos, sin perjuicio de las acciones o ajustes que posteriormente puedan darse entre asegurado y aseguradora en función del patrimonio e ingresos del primero, cuota mensual del premio, antigüedad en la contratación del seguro, antecedentes siniestrales, de la unidad, etc.³¹

13. La función del contrato de seguro queda desnaturalizada no sólo porque no se contemplan los derechos del asegurado, en procura de su indemnidad, sino que primordialmente se ven afectados los intereses de los damnificados por accidentes de tránsito, desvaneciéndose la garantía de una efectiva percepción de la indemnización por daños, constituyendo una violación implícita de la finalidad económico- jurídica de tal contratación.³²

14. Finalmente: Es posible sostener la inoponibilidad por diversos rumbos del razonamiento: sea por reputar que la cláusula de la póliza vulnera los límites impuestos por el art. 953 del cód. civil, o porque es abusiva en los términos del art. 1071 del mismo código e incluso, si se juzgan aplicables al caso las disposiciones que regulan la protección del consumidor (arg. arts. 1º, 2º y concs., ley 24.240), porque deben tenerse

³¹ Amadeo Eduardo Traverso "La maldita franquicia del contrato de seguro en el transporte público de pasajeros", El Derecho, Buenos Aires, miércoles 27 de junio de 2012, ISSN 1666-8987, Nº 13.025, AÑO L, ED 248

³² STIGLITZ, RUBÉN - COMPIANI, M. FABIANA, *La franquicia en el seguro para el transporte público de pasajeros. Su inconstitucionalidad por irrazonabilidad*, La Ley, T. 2005- E, sección doctrina, págs. 1322/1327; CNCiv., sala K, *in re* 'Pérez Villanueva, Mario c. Transporte Automotor Callao S.A. y otros s/daños y perjuicios' del 21-2-06

por no convenidas las estipulaciones que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños (art. 37, inc. 1º, ley citada).

Fundamentos por la oponibilidad de la franquicia al tercero damnificado:

Esta postura es desarrollada por doctrinarios como Schiavo, López Saavedra, Soto, entre otros, quienes sostienen los argumentos que acto seguido se enumerarán, no sin hacer la correspondiente crítica que cada supuesto amerite:

1. La Ley 20.091 tiene carácter federal según lo ha admitido la Corte Suprema de Justicia, por lo que las disposiciones de esta ley no pueden ser derogadas, neutralizadas ni suprimidas por normas de carácter local como la ley 24.449 por el solo hecho de ser posterior. La SSN como autoridad de contralor tiene una competencia exclusiva y excluyente en la materia.³³

Crítica: Se concuerda en que la SSN es el órgano de contralor en materia de seguros y tiene función de reglamentación de las leyes que sobre seguros dicte el Congreso Nación, pero su función es justamente esa, la de reglamentación y no la de legislación. La SSN no puede bajo la apariencia de una reglamentación contradecir el espíritu de una ley de orden superior, alterando la finalidad de protección que dicha ley tiene reservada para las víctimas de accidentes de tránsito.

2. El asegurador es condenado a pagar una suma de dinero que no adeuda, a solventar sin el auxilio del reaseguro erogaciones por un riesgo que no aseguró ni percibió prima alguna, no existiendo sustento

³³ Aguirre Felipe F “El descubierto Obligatorio de la R. 25.429 y las facultades de la Superintendencia de Seguros de la Nación” Lexis Nexis Revista de Derecho Comercial N°217, Marzo-Abril 2006;

legal para ello. No existe obligación civil sin fuente de la que emane. La pretensión de que la entidad aseguradora se haga cargo del pago de la indemnización -mas allá de las limitaciones cuantitativas establecidas en el contrato- carece de fuente jurídica que la justifique. No existe norma jurídica de orden público que prohíba establecer limitaciones cuantitativas (franquicias, topes indemnizatorios, descubiertos, etc.) a la cobertura brindada por un contrato de seguro. Nadie puede ser compelido a pagar una deuda que no debe, ni ser despojado de su propiedad sin causa; ninguna aseguradora puede ser obligada a brindar una cobertura que no fue contratada ni pagada. No se pueden imponer obligaciones que no ha asumido y que tiene prohibido asumir bajo pena de recibir sanciones.³⁴

Crítica: El derecho de la víctima a ser indemnizada por el asegurador sin que la franquicia de \$ 40.000 le sea oponible, no carece de causa, su causa es el contrato de seguro. Esto es así porque los contratos de seguros pueden ser fuentes de derechos y obligaciones siempre que resulten compatibles con las normas regulatorias a aplicar. La norma rectora en la materia es la Ley de Tránsito, y el objetivo del legislador en la redacción de seguro obligatorio ha sido la protección de las víctimas, por lo que bien también podría interpretarse que la causa fuente que obliga a la reparación es la ley misma.

3. El seguro de responsabilidad civil tiene como fin primordial proteger el patrimonio del asegurado y no el patrimonio del tercero damnificado.

Crítica: La finalidad es justamente la opuesta, el seguro de responsabilidad civil tiene un fin social que no sólo busca proteger el patrimonio del asegurado, sino que en su contratación, se tiene en mira

³⁴ Comentario al fallo “Brusa...” “Franquicia en el seguro de responsabilidad Civil. Su oponibilidad a los terceros titulares de la acción resarcitoria” Por Héctor M. Soto. Lexis Nexis Revista de Derecho Comercial N°217.

también los derechos de las posibles víctimas de accidentes de tránsito, sean terceros transportados o no.

4. En razón que los contratos no pueden ser invocados por terceros (art. 1199 CCiv.), todas las hipótesis de delimitación del riesgo les son oponibles. Ha decidido la CSJN que no hay razón legal para limitar los derechos del asegurador prescindiendo de los términos del contrato de seguro, que la ley reconoce como fuente de la obligación y al que se halla circunscrito el alcance de su responsabilidad.³⁵

Crítica: También es cierto que conforme lo normado por el art. 1.195 del Cód. Civil, última parte, “los contratos no pueden perjudicar a terceros”.

5. Las franquicias en materia de seguros cumplen una función salvamentista ya que manteniendo el asegurado un interés propio en que no ocurra el siniestro, tendrá un mayor incentivo en evitarlo, o en restringir sus consecuencias dañosas.³⁶ Más aún en el ramo de transporte público de pasajeros caracterizado por la alta siniestralidad. Por dichos fundamentos la resolución goza de razonabilidad.

Crítica: Este es el denominado riesgo moral o moral hazard, sostenido entre otros por Ricardo Lorenzetti. Según este principio, por la existencia de la franquicia, y la consiguiente posibilidad de que el asegurado responda por hasta \$ 40.000, se supone que tendría mayor diligencia en que no se produzca un accidente, por lo que se justifica la existencia de la franquicia por este supuesto beneficio. Sin embargo esto no es tan cierto, porque de hecho, si se permitirá que la víctima pueda accionar contra el asegurador y este tiene después acción de repetición contra el asegurado en la medida de la franquicia, los incentivos para que el

³⁵ “Tarante c/Eluplast SRL”, CS 21/12/1996, LL 19997-C-995;

³⁶ Comentario al fallo “Brusa...” “Franquicia en el seguro de responsabilidad Civil. Su oponibilidad a los terceros titulares de la acción resarcitoria” Por Héctor M. Soto. Lexis Nexis Revista de Derecho Comercial N°217;

asegurado sea precavido se mantienen intactos, deberá actuar con diligencia porque sabrá que el asegurador podrá indemnizar a la víctima pero luego podrá repetir lo pagado contra él. Así planteado, este argumento para sostener la oponibilidad a la víctima carece de sentido.

6. Debe existir una concordancia entre la prima percibida por la entidad aseguradora y el riesgo cubierto. Cuanto mayor es el riesgo asumido en cuanto a la probabilidad, extensión e intensidad, mayor debe ser la prima necesaria para cubrirlo. Las primas integran técnicamente, un fondo suficiente de acuerdo a cálculos actuariales para afrontar los siniestros que se producen.

Critica: *No está en discusión el monto de la franquicia, sino si debe ésta ser oponible a la víctima o no. Además, es dable recordar que la actividad de las aseguradoras necesariamente las vincula con un riesgo, esto es la posibilidad de un siniestro. Pretender despejar a la aseguradora de la toma de riesgo, es cambiar la naturaleza del negocio.*

7. Si se obligase a las aseguradoras a pagar siniestros no contemplados por el contrato de seguro el sistema colapsaría, introduciendo un estado de incertidumbre jurídica que tornaría casi imposible la práctica aseguradora, fundada en estadísticas y en afinados cálculos probabilísticos.³⁷

Critica: *Como se verá más adelante, y en especial en supuestos de imposibilidad de pago, existen mecanismos de indemnización que se podrían implementar sobre la base de fondos de garantías conformados con porcentajes de las primas, tendientes a hacer frente a los reclamos de terceros de manera de no afectar la economía de las aseguradoras e imposibilitar el normal desarrollo del sistema asegurador. Este fondo se*

³⁷ “*Mussa de Gomez María H. c/La Defensa Cñía de Seguros.*” Voto Juan Carlos Félix Morandi Cámara N. Civil en pleno (29/11/1978 LL1978-757/789);

podría administrar bajo la órbita de la Superintendencia de Seguros de la Nación, de manera de contar con el control estatal de esos fondos y asegurar así, que los mismos sean destinados para los fines por los que fue ideado.

8. El seguro obligatorio previsto en el art. 68, Ley de Tránsito "no ha sido regulado legislativamente como correspondía hacerlo, toda vez que su contenido normativo fue remitido "...a las condiciones que fije la autoridad en materia aseguradora..." delegando la función legislativa a la Superintendencia de Seguros de la Nación, en tanto legislaron sobre contratos y responsabilidad civil, infringieron la cimera disposición fundamental que trae el art. 75 inc. 12 CN, toda vez que lo reglado es temática reservada y propia del Congreso Nacional".³⁸

Crítica: Se considera que el mencionado art. 68 no sería el inconstitucional, ya que lo que hace es delegar en la Superintendencia de Seguros de la Nación, la acción de fijar las condiciones del seguro obligatorio pero dentro de los límites de la articulación normativa o regulación que consagrada por el art. 31 de la Constitución Nacional. Se estaría frente a una delegación expresa de la ley, por eso la ley dice... "las condiciones", claramente se entiende que se trata de la fijación de cuestiones de forma que tornen al seguro obligatorio aplicable. Lo que si es inconstitucional, en cambio, es que una resolución como la que se examina, contradice la finalidad de la ley, como así también lo sería toda resolución que fije cuestionen de fondo que están reservadas a la competencia del poder legislativo. Fijar una franquicia oponible a la víctima, persona protegida por la Ley que regula, evidencia una intromisión en cuestiones de fondo, que como se dijo, son ajenas a su entender.

³⁸ Stiglitz, Rubén S "Medidas autosatisfactivas, seguro obligatorio y acción directa de la víctima contra el asegurador del responsable civil" Lexis Nexis Depalma BRDCO 2003-951 2003.

9. No procede la imputación de inconstitucionalidad a la res. 25.429 SSN por dos razones: 1) El art. 68 de la ley de tránsito es inconstitucional por haber delegado en el Poder Ejecutivo la determinación del contenido normativo de ese seguro, por lo que es inválida, entonces no pueden violarse sus disposiciones. 2) en caso de considerárselo constitucional, éste no ha fijado las bases del seguro al que allí se hace referencia, otorgándole a la SSN amplísimas facultades, sin indicar la condición de cobertura ilimitada o libre de franquicias. 3) La Constitución Nacional no garantiza un seguro obligatorio en beneficio de víctimas de accidentes de tránsito, menos aún ilimitado.³⁹

Critica: El tercero damnificado (víctima del accidente) puede recurrir a la justicia para que el tribunal competente pueda declarar la inconstitucionalidad de la cláusula cuarta de la Resolución por haber sido dictada por un organismo oficial (la SSN) con fundamento en un Decreto de Necesidad y Urgencia (el 206/97 publicado el 21.03.97) que no fue ratificado por el Congreso en cuanto a la necesidad y urgencia, como tampoco el Congreso ha dictado una ley vinculada con el art. 68 de la Ley de Tránsito y con el sector de transporte público de pasajeros. Esto demuestra la ausencia de voluntad de dar fuerza legal a lo dispuesto por el poder ejecutivo vía decreto. Si el Congreso no realiza su labor, esta omisión afecta el derecho de propiedad, de defensa en juicio y a la jurisdicción, que puede remediarse mediante el planteo de inconstitucionalidad. Precisamente esto es lo que ha ocurrido, dicho DNU fue declarado inconstitucional en el año 2000 por la CSJN en los autos “Risolia de Ocampo, María José c/ Rojas, Julio César y otros s/ Ejecución de sentencia”.⁴⁰

³⁹ Comentario al fallo “Brusa...” “Franquicia en el seguro de responsabilidad Civil. Su oponibilidad a los terceros titulares de la acción resarcitoria” Por Héctor M. Soto. Lexis Nexis Revista de Derecho Comercial N°217.

⁴⁰ SC R.94.XXXIV

10. La razonabilidad de la franquicia debe juzgarse teniendo en cuenta la lógica interna del contrato que la contiene y el conjunto de las obligaciones asumidas en el mismo.

Crítica: *No puede hablarse de razonabilidad de la franquicia en el caso en cuestión porque la Resolución que la instaure viola la vigencia del Seguro Obligatorio Automotor (SOA).*

11. Si la resolución fuere irrazonable serían las entidades aseguradoras las que podrían accionar contra el organismo estatal a fin que se dejara sin efecto tal prohibición.⁴¹

Crítica: *Lógicamente los asegurados no tienen fundamento para accionar contra el estado porque justamente la Resolución emana de un organismo público, la Superintendencia de Seguros de la Nación, y claramente, dicha resolución parecía amparar los intereses de las aseguradoras en lugar de los asegurados y de los víctimas, siendo en este caso, estos últimos los legitimados para pedir ante el órgano judicial la no aplicación de dicha Resolución para el caso concreto por ser inconstitucional.*

⁴¹Pagés Lloveras, Roberto M., "Responsabilidad civil y seguros con relación a la tutela de las víctimas de accidentes de tránsito", La Ley 2004-E-1459

Capítulo IV

Posturas jurisprudenciales:

Al igual que curre en el ámbito doctrinario como se ha visto, la jurisprudencia no escapa al debate que se genera en torno al seguro obligatorio automotor y el establecimiento de la franquicia en el ámbito del transporte público de pasajeros. Por tal motivo suelen encontrarse voces muy variadas entre los tribunales de la Nación, alguno de ellos claramente contrapuestos como el criterio adoptado por la CSJN y los plenarios “Obarrio” y “Gauna” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, esto es la oponibilidad de la franquicia a la víctima vs. inoponibilidad de la franquicia, respectivamente.

Pero la cuestión no sólo se centraliza en determinar la oponibilidad o no de la franquicia, si no que el análisis parte de una cuestión mucho más interesante, y es la sostenida inconstitucionalidad de la Resolución 25.429 de la SSN, por lo que seleccionarán fragmentos de fallos que ayuden a visualizar el alcance de esta discusión.

Básicamente los argumentos rondan en torno a que la Resolución, detrás de una aparente reglamentación contradice el objetivo y finalidad de una ley de rango superior como la Ley 24.449 (art.48). La finalidad aludida es que la víctima tenga otra persona (jurídica, la aseguradora) para percibir una justa indemnización, sin embargo, la Resolución hace lo contrario, la víctima en todos los siniestros inferiores a \$ 40.000 y con asegurados incobrables, no va a tener ningún tipo de cobertura por el daño causado. Por otro lado, si se considera que “el 85% de los siniestros son inferiores a los \$40.000 y gran parte de las empresas de transporte público se encuentran concursadas (o en muy difícil situación de pagar indemnizaciones), podemos llegar a la conclusión que, en forma inconstitucional, la Resolución 25.429 contradice y deja sin contenido el art. 68 de la Ley 24.449”.⁴² Asimismo, otro fundamento para

⁴² Frick, Pablo “Insolvencia patrimonial del asegurado y seguro de Responsabilidad Civil con franquicia: un problema sin solución”, publicado en “Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones”, año 40, 2007-A, p. 815

establecer la inconstitucionalidad, es que la Resolución realiza una reglamentación violatoria, dado que la Ley 24.449 pretende proteger el patrimonio del damnificado, en cambio la Resolución, establece las pautas como si se tratara de un seguro de responsabilidad civil voluntario, conforme al art. 109 de la Ley de Seguros, donde se busca proteger el patrimonio del asegurador. De esta forma, como la Resolución se extiende en las facultades que le son propias a la Superintendencia de Seguros de la Nación, se impone la inconstitucionalidad.

En este sentido se pueden citar los siguientes fragmentos jurisprudenciales:

“La Resolución 25.429/97 (Anexo II, art. 4°) mediante la cual la Superintendencia de Seguros de la Nación dispuso para el seguro de responsabilidad civil de vehículos automotores destinados al transporte público de pasajeros, una franquicia o descubierto de \$ 40.000, no aprueba el test de constitucionalidad en el actual contexto socioeconómico y normativo porque prohíbe a las empresas de transporte contratar otro seguro por debajo de aquel monto o bien acceder a otro organismo de solidaridad en la asunción de las deudas entre empresa y aseguradora, con lo cual no mantiene indemne el patrimonio del asegurado o del conductor autorizado frente al reclamo de terceros”.⁴³

“Corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 4 del Anexo II de la Resolución 25.429 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, pues al establecer una franquicia del orden de los \$ 40.000, desnaturaliza la función del contrato de seguro, ya que en los supuestos de seguro obligatorio reglamente las condiciones y cláusulas de contratación que deben de existir entre los contratantes e impide la efectiva percepción de la indemnización otorgada al damnificado como consecuencia de las lesiones sufridas en ocasión de un

⁴³ CNCiv., Sala L, 28-5-2008, “Transportes Sudamericanos S.A. y otros c/ Empresa Ciudad de Gualeguaychú SRL”, La Ley, Online, AR/JUR/4623/2008

contrato de transporte, lo cual viola el art. 28 de la Constitución Nacional que asegura la razonabilidad en los actos del Estado”.⁴⁴

“Es inconstitucional la Resolución 25.429, Anexo II, cláusula 4° de la Superintendencia de Seguros de la Nación en cuanto fija la franquicia a cargo del asegurado en los seguros concernientes al autotransporte de pasajeros, pues, tal limitación desnaturaliza la obligación de contar con un seguro de responsabilidad civil obligatorio”⁴⁵

“Es inconstitucional el artículo 4°, Anexo II de la Resolución 25.429 de la Superintendencia de Seguros de la Nación ya que, mediante el arbitrio de una franquicia en el seguro obligatorio para los vehículos destinados al transporte público de pasajeros, desnaturaliza totalmente la finalidad tuitiva de la víctima e impide aún al asegurado y a la compañía de seguros, formalizar otro tipo de seguros distintos que el establecido por un organismo que ha desorbitado sus facultades reglamentarias”⁴⁶

“La Resolución 25.429 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, que establece una franquicia respecto del seguro contra la responsabilidad civil en el transporte público de pasajeros, es inconstitucional genéticamente y por sustancia ya que el organismo no puede legislar sobre una materia que es propia del Congreso Nacional”⁴⁷

“Corresponde declarar de oficio la inconstitucionalidad del artículo 4°, Anexo II de la Resolución 25.429 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, en tanto tratándose de un contrato de seguro obligatorio (art. 68 de la Ley 24.449) no puede aceptarse que mediante una franquicia se desnaturalice

⁴⁴ CNCiv. Sala C, 13-7-2008, “Fernández Lupa, Inés c/Línea 271. Empresa Tomás Guido S.A. y otros, La Ley, del 27-2-2009, p. 8

⁴⁵ CNCiv, Sala C, 10-11-2008, “Dicoco, Alicia Ester c/ Pérez, Raúl Alberto y otros”, L.L. Online, AR/JUR/26042/2008

⁴⁶ CNCiv, Sala C, 7-4-2008, “Cortes, Elva Adelina c/ Durán. Rubén Dario y otros”, L.L. Online, AR/JUR/6433/2008

⁴⁷ CNCiv, Sala L, 31-7-2008, “Farabello, Maria Catalina c/ Empresa Ttes. Santa Fe SACI”, L.L. Online, AR/JUR/1045/2008

el fin tuitivo de la víctima en abierta contradicción con el principio de división de poderes”⁴⁸

Hasta aquí se han enunciado distintos criterios jurisprudenciales por los cuales se considera que la Resolución debería ser tachada de inconstitucional, ya se por desnaturalizar la función de protección a la víctima que supone la Ley de Transito, por contradecir el espíritu de la ley que reglamenta, por alterar la división de poderes, etc., todos estos argumentos podrán resumirse en un punto: la irrazonabilidad del artículo 4º, Anexo II de la Resolución 25.429 de la Superintendencia de Seguros de la Nación

Si bien es cierto que la misión más delicada de la justicia es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes, ello no quiere significar que el poder judicial pueda abstenerse de ejercer el control de razonabilidad. Lo contrario, deja de lado garantías que hacen a la esencia de nuestro sistema republicano de gobierno, cuya integridad pretende resguardarse por medio, entre otros, de la subsistencia de dichas garantías. En este sentido, se ha pronunciado la CSJN, al sostener que "La restricción que impone el Estado al ejercicio normal de los derechos patrimoniales debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la sustancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato, y está sometida al control jurisdiccional de constitucionalidad"⁴⁹. En igual sentido se sostuvo que "... "Cuando un precepto frustra o desvirtúa los propósitos de la ley en que se encuentra inserto, de modo tal que llegue a ponerse en colisión con enunciados de jerarquía constitucional o su aplicación torne ilusorios derechos por ellos consagrados, le es lícito al juzgador apartarse de tal precepto y dejarlo de aplicar a fin de asegurar la primacía de la Ley Fundamental, como medio de afianzar la justicia que está encargado de administrar. Esa atribución moderadora constituye uno de los fines supremos

⁴⁸ CNCiv, Sala C, 19-2-2008, "Rotela, Juan Evelio c/ Empresa de Transportes Americana SACI y otro", L.L. Online, AR/JUR/3363/2008

⁴⁹ CS, Fallos: 243:467; 323:1566

del Poder Judicial y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos contra los abusos posibles de los poderes públicos"⁵⁰

La fijación de una franquicia de \$40.000 para el seguro contra la responsabilidad civil del Transporte Automotor de Pasajeros evidencia un ejercicio carente de razonabilidad de las facultades invocadas por la Superintendencia de Seguros de la Nación (art. 67, inc. b), de la Ley 20.091, al dictar la cláusula cuarta de la resolución 25.429, violando los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional, en tanto ignora el derecho del asegurado a la contratación de un seguro que lo ampare contra la mayor exposición patrimonial que deriva de la multiplicidad de daños a pasajeros y terceros por el hecho del transporte. Desconoce, innecesaria e injustificadamente, derechos fundamentales que el Poder Judicial debe amparar, porque de otro modo se tornarían ilusorias las garantías constitucionales que dicho Poder tutela. La Corte Suprema de la Nación ha señalado que "Queda claro, pues, que no es el Poder Judicial quien está facultado para delinear el derrotero de la legislación. Tampoco es el responsable de las consecuencias del error, exceso o irrazonabilidad en que puedan incurrir los poderes a quienes sí les incumbe tal tarea. Pero no puede permanecer inmutable ni convalidar tales desaciertos, so pena de transgredir el mandato constitucional que le ha sido conferido, cuando, como ha ocurrido en el caso, bajo la faz de la emergencia se ha transgredido el orden constitucional"⁵¹

La irrazonabilidad que se plantea deriva tanto de la desnaturalización del instituto del seguro, como de la oposición a los propios fines invocados por la autoridad de control de la actividad aseguradora al dictar la resolución 25.429/97, como también de la indirecta afectación de los derechos de los damnificados por los accidentes de tránsito, para quienes el seguro contra la

⁵⁰ CS, fallos 308:857; 311:1937.

⁵¹ CS, 05/03/2003, considerando 55, LA LEY, Sup. Especial, marzo/2003, p. 22; conc. consid. 23 y 24, p. 16; consid. 40 y 41, p. 19 (LA LEY, 2003-B, 537; 2003-C, 38; 228; 2003-E, 472).

responsabilidad civil cumple una función de garantía en la efectiva percepción de la indemnización del daño.

Además como ya se ha sostenido en esta obra, al fijarse en un monto tan alto, quedan comprendidos dentro de la exoneración del asegurador, la gran mayoría de los daños a cargo de las empresas de transporte: las que comprenden daños materiales y personales por debajo de \$40.000, que son los más importantes en número, y justamente por ello, en su importancia económica para esas empresas. El descubierto de esos perjuicios, impuesto obligatoriamente por la autoridad de control implica, en los hechos, la inasegurabilidad de los acontecimientos dañosos más asiduamente producidos con intervención de las empresas de autotransporte de pasajeros, con la consecuente carga económica para ellas que se ven en la imposibilidad de efectuar la adecuada previsión de esos daños a través de la técnica de su aseguramiento.

A ello se suma que en los considerandos de la resolución 25.429, la Superintendencia de Seguros de la Nación invocó el estado de emergencia económica del sector de autotransporte público de pasajeros declarada por la ley 23.696) y, justamente por lo desarrollado anteriormente, la cuantía de la franquicia viola la sostenida función de inclusión, porque agrava el pasivo de dichas empresas que cargan con la totalidad de los daños producidos hasta la suma de \$40.000, sin posibilidad material de asegurarse. La situación falencial de las empresas de autotransporte público de pasajeros, determina a su vez que las víctimas que sufren daños inferiores a \$40.000 causados por aquéllas, queden sin posibilidad material de acceder a la indemnización de sus perjuicios en razón que la cuantía de la franquicia determina que no pueden ejecutar a la citada en garantía, como tampoco a la empresa de autotransporte público de pasajeros, la mayoría de ellas, en endémico estado de cesación de pagos.

Postura de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil: La doctrina del fallo "Obarrio"

La Ley Nacional de Tránsito, sancionada el 23 de diciembre de 1994 estableció que todo vehículo automotor debe estar cubierto por seguro que cubra eventuales daños causados a terceros, transportados o no, "de acuerdo a las condiciones que fije la autoridad en materia aseguradora". En marzo de 1997 el Poder Ejecutivo dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260/97 estableciendo la emergencia del autotransporte público de pasajeros.

Con posterioridad, la Resolución 25.429/97 dictada por la Superintendencia de Seguros declaró "en emergencia" a las empresas del servicio de autotransporte público de pasajeros y sus aseguradoras, debido a una alta siniestralidad en ese ámbito, la liquidación del INDER, el incremento del tránsito vehicular, una elevada actividad litigiosa y el dictado de numerosas sentencias condenatorias contra las empresas.

En el Anexo III se estableció lo que se denomina "franquicia o descubierto a cargo del asegurado", disponiendo que "el asegurado participará en cada acontecimiento cubierto que se tramite por la vía administrativa o judicial con un importe obligatorio a su cargo de \$ 40.000". Y añade que "dicho descubierto a su cargo se computará sobre el capital de la sentencia o transacción, participando el asegurado a prorrata en los intereses y costas".

Esto generó innumerables planteos de inconstitucionalidad del Decreto de necesidad y urgencia y de la Resolución 24429/97 dictada en consecuencia, en todo accidente de tránsito que tuviera como protagonista a un colectivo. Las resoluciones de las distintas Salas de la Cámara Civil eran contradictorias, pues mientras la mayoría determinaba la oponibilidad de la franquicia a la víctima, una minoría cruzaba de vereda y establecía la inoponibilidad de esa franquicia a la víctima, tercero ajeno a la relación contractual entre transporte y aseguradora.

Pero la Cámara Civil ha sido modificada con la designación de nuevos miembros y esta anterior mayoría ha pasado a ser minoría, y así, reunidos en Acuerdo Plenario el 13 de diciembre de 2006 establecieron como doctrina obligatoria para el fuero civil la siguiente: **"En los contratos de seguro de responsabilidad civil de vehículos automotores destinados al transporte público de pasajeros, la franquicia como límite de cobertura -fijada en forma obligatoria por la autoridad de control de la actividad aseguradora conforme la Resolución N° 25.429/97 no es oponible al damnificado (sea transportado o no)".**

Analizando algunos de los aspectos salientes de los votos de mayoría y minoría se puede considerar lo siguiente:

Voto de la mayoría

"Como puede advertirse, la Superintendencia de Seguros de la Nación no halló mejor remedio, para paliar la mentada 'emergencia' del sector asegurador, que establecer un descubierto, a título de franquicia, con el propósito de impedir al damnificado, ejecutar la sentencia contra el asegurador citado en garantía por la empresa explotadora del transporte colectivo que causó los daños si la condena por el capital no supera la suma de \$ 40.000. De interpretarse con tales alcances esta franquicia o descubierto a cargo del asegurado, se desvirtuaría lisa y llanamente la obligatoriedad del seguro de responsabilidad que exige la ley 24.449. No es dudoso afirmar que, dentro de los límites de tal descubierto, el asegurado carece de seguro. Así la víctima frente a una sentencia de condena contra el responsable asegurado en ella, sólo podría reclamar de la compañía de seguros, si el capital de la condena por los daños supera los \$ 40.000 y sólo en la medida del excedente". Y se pregunta el fallo en el Considerando 5: "¿Cómo se compatibiliza el seguro obligatorio que debe cubrir a todo automotor para circular por la vía pública, y a la vez la posibilidad de circular asegurado pero sin cobertura hasta el monto de la franquicia?"

"Esta circunstancia pone de manifiesto una de las tantas paradojas que deja al descubierto este fárrago reglamentario. La franquicia a cargo del asegurado, en el seguro del transporte público, es superior al límite mínimo que debe cubrir el seguro obligatorio. Es incomprensible", concluye el voto de la mayoría. Y se vuelve a preguntar: "¿Cómo se entiende que todo seguro contra la responsabilidad civil que cubra eventuales daños causados a terceros, transportados o no, deba prever una cobertura mínima de \$ 30.000 para resarcir los casos de muerte o incapacidad total y permanente y, si se trata del seguro de responsabilidad civil contratado en el sector del autotransporte de pasajeros, se admita una franquicia de \$ 40.000?"

El interrogante carece de una respuesta convincente. Pero, además, revela a las claras que la opción política del Estado mediante la mentada franquicia, ha consistido en poner a cargo de los damnificados, las víctimas, la financiación del costo de la 'emergencia'...". Es que los accidentes con montos de condena inferiores a la franquicia establecida son la mayoría, creando una discriminación en favor del transporte automotor de pasajeros.

Al respecto señala el fallo: "Así, pues, la exigencia legal de contar con el seguro que dispone el art. 68 de la ley 24.449, según el cual todo automotor debe circular con una cobertura por los eventuales daños causados a terceros, transportados o no, resulta desvirtuada por la autoridad de aplicación, que impone a las aseguradoras del transporte automotor la previsión de un no seguro en las pólizas si el resarcimiento de daños causados al damnificado no supera el monto de \$ 40.000. Dichas pólizas deben contener la cláusula por la cual el asegurado participa en cada acontecimiento cubierto, que se tramite por la vía administrativa o judicial, con tal importe que queda exclusivamente a su cargo. Ni siquiera la empresa de autotransporte podría, por hipótesis, contratar otro seguro que cubriese ese riesgo no asegurado. Ello, por la sencilla razón de que, en la inteligencia de la Resolución de la Superintendencia de Seguros, se trata de un riesgo no asegurable. Y esto, lo señalamos además, agrava el pasivo de las propias empresas del transporte, muchas de las cuales en razón

de la cesación de pagos no atienden los siniestros comprendidos en el descubierto a su cargo. No es difícil colegir el resultado: una gran cantidad de siniestros cuyas víctimas sufren daños inferiores a \$ 40.000, quedan sin resarcimiento".

Existía en el seno de la Cámara Civil posiciones contrapuestas, ya que diversas Salas resolvieron tradicionalmente que la franquicia mediante la cual se excluye de la cobertura del seguro, y por lo tanto de la prestación del asegurador, una suma cierta predeterminada en la póliza es oponible al tercero damnificado en virtud de que la responsabilidad del asegurador opera "en la medida del seguro". Reseñan fallos en este sentido de las Salas A, D, E, F, G, H, I, y J.

En tanto se habían pronunciado por la nulidad o la inoponibilidad de tal franquicia respecto del damnificado las Salas B, C, K, y M. En este sentido se pueden enumerar los siguientes fallos: CNCiv., Sala B, in re "Arreguez, Adriana Mónica c/ Godoy, Daniel Gustavo s/ daños y perjuicios" del 9/5/06; CNCiv., Sala C, in re "Kapp, Raquel Leonor c/ Transportes Automotores Riachuelo SA Tarsa Línea 100 y otro s/ daños y perjuicios"; CNCiv., Sala K, in re "Pérez Villanueva, Mario c/ Transporte Automotor Callao SA y otros s/ daños y perjuicios" del 21/2/06; CNCiv., Sala M "Enríquez, Susana Evangelina c/ DOTA SA y otros s/ daños y perjuicios" del 6/4/06.

El voto de la mayoría fue suscripto por los Dres. Oscar José Ameal, O. Hilario Rebaudi Basavilbaso, Ana María Luaces, Hugo Molteni, Jorge Escuti Pizarro, Mauricio Luis Mizrahi (Con ampliación de fundamentos), Gerónimo Sansó, Claudio Ramos Feijóo, Luis Álvarez Juliá (Con ampliación de fundamentos), Beatriz L. Cortelezzi (Con ampliación de fundamentos), Omar L. Díaz Solimine (Con ampliación de fundamentos), Miguel Ángel Vilar, Osvaldo D. Mirás (Con ampliación de fundamentos), Eduardo A. Zannoni, Fernando Posse Saguier, Graciela Varela, Jorge A. Giardulli, Elsa H. Gatzke Reinoso de Gauna, Julio M. Ojea Quintana, Delfina Borda, Marta del Rosario Mattera, Silvia

Díaz, Cecilia Rejo, Emilio M. Pascual, Marcela Pérez Pardo, Mabel A. De Los Santos, Carlos R. Ponce, Elisa M. Diaz de Vivar, Carlos R. Sanz (Por su dictamen).

En tanto votaron en disidencia, sosteniendo la oponibilidad de la franquicia a los terceros damnificados los Camaristas Ana María Brilla de Serrat, Diego Sánchez, Juan C. Guillermo Dupuis, Mario Calatayud, José Luis Galmarini, Osvaldo Mirás y Carlos A. Bellucci.

El Dr. Leopoldo L. V. Montes de Oca no intervino por hallarse al momento de la votación en uso de licencia y los Dres. Claudio M. Kiper y Zulema Wilde no votaron por hallarse ausentes al momento de la votación. Es interesante destacar el aporte en favor de esta posición, ahora mayoritaria, que realizan en la ampliación de los fundamentos los Dres. Luis Álvarez Juliá, Omar Díaz Solimine y Beatriz Cortelezzi.

Dicen: ... "no hay seguros obligatorios que al mismo tiempo establezcan franquicias, que, en la práctica, burlan el espíritu y la finalidad que se tuvo en miras al establecerlos. De hecho, el instituto nació cuando se trataba de asegurar riesgos que el dueño o tomador del seguro contrataba con relación a cosas y parece lógico que, por ejemplo, en el seguro del automotor, existan seguros totales y seguros 'con franquicia'. Los contratantes conocen de antemano inconvenientes y beneficios y en base a su decisión, asumen el riesgo de pagar más o menos premio y a su vez asumir o no todos los daños que puedan sufrir. Pero la víctima o el damnificado indirecto no eligió a su dañador y mucho menos a la aseguradora del mismo.

Y si, como se afirma, el monto de la franquicia se estableció en el caso del transporte público, para lograr que las empresas tuvieran conductores responsables que evitaran la producción de siniestros, la crónica diaria y las estadísticas de esta Cámara, revelan que ello, lejos de ser alcanzado, tuvo como consecuencia un aumento de accidentes con daños cada día más severos. Con la solución que se propicia, las empresas aseguradoras, que

siempre conservan la posibilidad de exigir la 'participación' contratada porque a ello se ha obligado su co-contratante, tomarán los debidos recaudos respecto al comportamiento, trayectoria y patrimonio de los tomadores de seguros."

También el Dr. Mauricio Mizrahi, en la ampliación de sus fundamentos hizo un aporte reflexivo interesante. Dijo: "Me permito agregar que no se me escapa que el art. 118 de la ley 17.418 establece que la sentencia será ejecutable contra el asegurador en la medida del seguro. Sin embargo, deberá repararse que la mentada normativa ha sido dictada hace cuatro décadas, y es más que obvia la severa mutación que se ha producido desde entonces con el incremento de la circulación de automotores y la alta siniestralidad; lo que determinó entre otras razones, el dictado de la ley 24449. con la incorporación del seguro obligatorio en su art. 68 (Ver CNCiv., Sala B, "Terraza c/Transportes Automotores Luján S.A.I.C. y otro s/daños y perjuicios", del 30/04/2003). Es que una norma específica no debe ser interpretada de manera aislada, sino que corresponde armonizarla con las restantes disposiciones del ordenamiento jurídico; sobre todo cuando una lectura literal del precepto conduce a soluciones notoriamente injustas, no compatibles con la idea del bien común que está en la esencia del derecho. Por otro lado, me parece indudable que en la labor interpretativa hay que tener en cuenta la finalidad que persiguen las instituciones, priorizando el significado funcional antes que el lingüístico; desde luego teniendo en mira una solución más justa del caso que toca decidir. En tal inteligencia, estoy persuadido de que los jueces debemos realizar una interpretación dinámica de los dispositivos legales -permeable a las ideas y a las inquietudes del momento- y comprometidos por ende con los resultados que emergen tras la exégesis de una norma; y es precisamente este dinamismo lo que nos inhibirá de convalidar inequidades".⁵²

Voto de la minoría

⁵² Borda, Guillermo A., 'Reglas prácticas para la interpretación de la ley civil', LL 64-838;

Los fundamentos de la minoría, para sostener que el monto de la franquicia establecida en la reglamentación dictada a la luz de la emergencia de las empresas de autotransporte es oponible a las víctimas se sustenta en el criterio de apego irrestricto a la normativa vigente. Dice en forma impersonal el voto de la minoría: "Antes de producirse la autoconvocatoria, nos hemos pronunciado por la afirmativa, criterio éste que habremos de mantener, puesto que a nuestro juicio, y pese a las importantes razones esbozadas por la mayoría, seguimos convencidos de que es la única respuesta que interpreta al régimen legal vigente. Ello sin perjuicio de la aspiración que podamos tener los jueces a una futura modificación que contemple con más amplitud la posibilidad de que el tercero víctima de un siniestro pueda acceder al resarcimiento pleno, sin temor a que la eventual insolvencia del autor del daño pueda llevar a que se frustre, en mayor o menor medida, su legítimo derecho a él.

Pero como la tarea del Tribunal es fijar la doctrina legal obligatoria, se habrá de analizar el alcance del régimen jurídico vigente, tal como rige, no de sus posibles desaciertos, para intentar corregirlos por esta vía. Es bajo esta óptica que habremos de ceñir el análisis a los fines de establecer la interpretación de la ley, sin perjuicio de que en el caso concreto los involucrados introduzcan otro tipo de defensas, que estimen pertinentes. La que propiciamos era hasta hace poco tiempo la respuesta mayoritaria de esta Cámara..."

En defensa de las Compañías aseguradoras, que venían ejerciendo un fuerte lobby para que continuara la posición, hasta ahora mayoritaria, el voto de la minoría sostuvo que: "La relación obligacional legal que vincula a la víctima con la aseguradora es independiente de aquella que se entabla entre ésta y el asegurado, son entre si independientes, enlazadas únicamente por el sistema instituido por la ley 17.418 (art. 118). Ambas obligaciones poseen distintos sujetos -no son los mismos acreedores y los deudores en una y otra obligación- tienen distinta causa -en una la ley, en la otra el contrato- y, además, distinto objeto -en una la de reparar el daño, en la otra garantizar la indemnidad del asegurado".

Si bien el voto de la minoría hace una profusa enumeración de jurisprudencia y doctrina, pareciera que citan a Atilio Anibal Alterini como favorable a su posición. Nosotros no podemos olvidar que Alterini a pocos días de publicarse el Decreto 260/97, en un reportaje que le hiciéramos, titulado "Licencia para dañar" (en Fojas Cero N° 60 de abril de 1997) al interrogarlo sobre si con esta distinción no se vulnera el principio de igualdad ante la ley nos respondió: "Si, claro, porque las empresas de autotransporte de carga, las empresas de ferrocarriles, los conductores de vehículos particulares, serán puestos en situación de clara desigualdad".

El párrafo que patentiza la defensa de los intereses de las aseguradoras que hace el voto de la minoría, dice así: "De allí la importancia que los jueces, con la prudencia del caso, no extiendan remedios coyunturales que pueden llegar a provocar descalabros en el sistema. De no obrarse así se conculcarían principios claros del negocio asegurador ya que debería variarse el fondo de garantía preventivo con el que se cuenta para asumir los riesgos cubiertos.

Postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

A diferencia del criterio adoptado por los plenarios de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, La Corte Suprema de Justicia de la Nación dispuso que la franquicia en un contrato de seguro de responsabilidad civil de vehículos automotores destinados al transporte público de pasajeros es oponible al tercero damnificado, y no procede la acción directa contra la compañía de seguro, a los efectos de obtener de ésta el total de la indemnización, sino en los límites del contrato.

En los autos "Cuello Patricia Dorotea c/ Lucena Pedro Antonio s/ Daños y Perjuicios" el 7 de agosto de 2007 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sin efecto una sentencia de la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que había declarado inoponible al damnificado la

franquicia establecida en un seguro de responsabilidad civil de un vehículo de transporte público automotor.

La Corte resolvió en forma análoga a lo ya resuelto por ese tribunal en las causas “Nieto, Incolaza del Valle c/ La Cabaña S.A y otros s/ Daños y Perjuicios” y “Villareal, Daniel Alberto c/ Fernández, Andrés Alejandro y otros s/ Daños y Perjuicios”, falladas el 8 y 29 de agosto de 2006 respectivamente.

Para fallar de tal forma tuvo en cuenta que la franquicia se encontraba legalmente prevista y que no era incompatible con el principio de reparación integral de los daños ya que, al contrario, incentivaba la prevención de los mismos en tanto el asegurado debía evitarlos sino respondería con su patrimonio por una parte de ellos.

La Corte consideró que la libertad de contratar, de competir, y de configurar el contenido de un contrato constituyen una posición jurídica que la Corte debe proteger como tribunal de garantías constitucionales. Asimismo consideró que la libertad de ejercer una industria lícita, celebrar el contrato y fijar su contenido son garantías que se encuentran tuteladas constitucionalmente y que se viola dicho principio si se lo modifica judicialmente.

En el mismo sentido consideró que la Cámara había efectuado una interpretación parcial de la Ley N° 24.449 (Ley de Tránsito) pues el régimen jurídico vigente establece el seguro de responsabilidad automotor obligatorio, pero de acuerdo a las estipulaciones que fije la Superintendencia de Seguros de la Nación que es quien reglamentó la franquicia. Por lo que la franquicia es oponible al tercero damnificado y la sentencia no puede ser ejecutada contra la aseguradora sino en los límites del contrato.

De esta forma, la Corte adopta una postura contraria a lo dispuesto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil mediante el plenario “Obarrio, María Pía c/ Microómnibus s/ Daños y Perjuicios”.

Sin embargo, desde la postura que se sostiene en esta obra, con el dictado de la Ley 26.361, que modifica la Ley de Defensa del Consumidor, se abre la posibilidad de un nuevo fundamento superador del criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que está vinculado al efecto relativo de los contratos y a la legitimidad que tienen los terceros para plantear la inoponibilidad de la franquicia. Este elemento no fue considerado por la Corte, y posiblemente de haber sido considerado la tendencia hubiera sido el sendero de la inoponibilidad de la franquicia. Por eso, en el próximo capítulo se abordará esta cuestión como fundamento del replanteo del sistema por el cual se aboga.

Capítulo V

La franquicia en el seguro obligatorio y la Ley de Defensa del Consumidor

Como se desarrolló en el capítulo anterior, la CSSN se ha pronunciado en varias oportunidades a favor de la oponibilidad de la franquicia, aún luego del dictado del plenario “Obarrio”. Si bien es cierto que los tribunales nacionales deben acatar la doctrina de la Corte, también es cierto que “...los tribunales sólo pueden dejarla de lado si introducen nuevos argumentos que no hubieran sido tenidos en cuenta por el alto tribunal en su momento”⁵³. Y precisamente esto es lo que ha ocurrido, con posterioridad al dictado de los fallos de la Corte, se produjo la modificación de la Ley de Defensa del Consumidor en distintos aspectos que establecen una solución más acorde con los resultado en el plenario de la Cámara, y la Corte no se ha pronunciado en ese aspecto.

Así, la Ley 26.361 modificó el sustento sobre el cual decidió la Corte, ampliando, en su Art. 3°, el concepto de consumidor, extendiéndolo a quien sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, utiliza servicios como destinatario final y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo, en este caso, el asegurado, y claramente la ley dice “todas las relaciones de consumo” se rigen por la Ley de Defensa del Consumidor.

En este sentido la doctrina especializada entiende que, “Como consecuencia de ello resulta totalmente inaplicable a las relaciones de consumo el concepto de efecto relativo de los contratos (art. 1195 y 1199 de Cód. Civil), uno de los fundamentos de las decisiones de la Corte relativas a la oponibilidad, con relación a las personas que están expuestas a dichas relaciones de consumo”⁵⁴.

También así lo ha entendido la jurisprudencia, “Existiendo una modificación legal relevante que confirma la línea de razonamiento aplicada en

⁵³ Sagués, Néstor, “ La vinculatoriedad de la doctrina judicial de la Corte Suprema”, L.L., 14.08.2008

⁵⁴ Sobrino, W.A.R. “ La inoponibilidad de la franquicia de los seguros obligatorios”, L.L., 24.07.2008

el fallo plenario de esta Cámara y nuevos argumentos que no han sido tenidos en cuenta por el alto tribunal en su momento, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación invocadas por el recurrente no constituyen óbice para continuar aplicando el fallo plenario “Obarrio” y “Gauna”, que estableció la inoponibilidad de la franquicia al damnificado (sea transportado o no)”⁵⁵

⁵⁵ CNCiv, Sala M, 6.4.2009, “D. A., J. L. F. c/ Microómnibus Norte S.A.” L.L. del 14.5.2009, p.4

Capítulo VI

Hacia una posible solución del conflicto: El fondo de garantía

Sin perjuicio de que se sostiene que las víctimas de accidentes de tránsito deberían tener acción directa contra la aseguradora y por lo tanto la franquicia le debe resultar inoponible, yendo más allá y en busca de un sistema de seguros más perfectos, en lo que respecta al seguro obligatorio automotor necesariamente se debe pensar en mecanismos de reparación que garanticen la efectiva reparación de los daños sufridos por el asegurado y por los que eventualmente este provoque a terceros. El fondo de garantía surge como uno de estos sistemas de reparación ya que tiene una función social fundada en razones de justicia tendiente a reparar los daños vinculados a empresas de seguros liquidadas por insolvencia o por supuestos en los que el asegurado, en infracción de la Ley de Tránsito, circulando sin seguro ocasiona un accidente.

En este orden de ideas se ha sostenido que “Ante la necesidad de reparar los perjuicios sufridos por los integrantes de la sociedad, como consecuencia de la liquidación de una aseguradora, ya sea víctima o asegurado, y, a efectos que el Estado cumpla con su fines, proponemos: la constitución de un fondo de garantía destinado a afrontar las consecuencias de la responsabilidad por falta de servicio”...” Este se integrará con el cobro de un porcentaje sobre el valor de la prima. Si bien es cierto que encarecerá el monto del seguro, toda la población gozaría de seguridad y se consagraría el principio de la justicia distributiva”⁵⁶

⁵⁶ Fulgi, María Amelia y Pavón, Ester, “Responsabilidad del Estado en la liquidación de las aseguradoras”, ponencia presentada en las Jornadas de Seguros, Córdoba, 2000.

Capítulo VII

Seguro Obligatorio en el Derecho comparado

En el presente capítulo se desarrollará una breve reseña de la problemática en el derecho comparado, pudiendo observar las distintas alternativas que la creación jurídica de estos países ha proporcionado a efectos de proteger los derechos de la víctima. No es llamativo que en países denominados del primer mundo como Estados Unidos de Norteamérica y Japón, se obligue al autor del daño a indemnizar al damnificado para luego tramitar el reintegro al seguro, o bien permitan que el damnificado puede solicitar directamente el resarcimiento a la compañía de seguros. Sucintamente se podrían resumir los sistemas en el derecho comparado de la siguiente forma:

a) Perú: Por ley 27.181 (1999) y su reglamento 049-2000-MTC se instauró el SOAT, Seguro obligatorio para accidentes de tránsito, cuyas características son: que cubre a toda persona víctima de un accidente de tránsito, sin importar la causa o la responsabilidad, no pone límite al número de personas cubiertas, las sumas aseguradas permanecen constantes, no es necesario previo pronunciamiento de autoridad alguna.

Asimismo el SOAT sólo prevé coberturas mínimas obligatorias y se debe contratar un seguro de responsabilidad civil si se quiere resguardar el patrimonio. La aseguradora puede subrogarse por los daños pagados a aquel que resulte civilmente responsable del accidente.

El aumento de la siniestralidad y la amplia cobertura a las víctimas de los accidentes de tránsito ha provocado un aumento de las primas que generó la disconformidad y el aumento de los precios del transporte público de pasajeros.⁵⁷

⁵⁷ Univer. UTAICA 09/2005 <http://dynamicsistemas.utralca.cl/sisTEMAS/sisTEMAS3/sisTEMAS3.htm#reflexion>

La ley 28.839 modifica el régimen anterior al regionalizar el SOAT, el cual actúa en forma local autorizando a las asociaciones de fondos regionales, creadas por los mismos transportistas, a entregar certificados de seguros para el transporte público terrestre y mototaxis, urbano e interurbano. La principal crítica recibida fue por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios ya que los fondos serán administrados por quienes ocasionan la mayoría de los accidentes en el Perú y se desprotege a la víctima fuera del ámbito territorial en el que está establecido el seguro.⁵⁸

c) Chile: El seguro obligatorio de accidentes personales (SOAP), está vigente desde 1987 (Ley 18.490); garantiza al damnificado de un accidente de tránsito una indemnización con límites máximos prefijados en gastos médicos y hospitalarios y por cada día de permanencia en institución hospitalaria, sin importar si es conductor, pasajero o peatón, culpable o víctima del accidente. No se considera la culpabilidad para el pago sino solo la demostración del accidente sufrido y de las consecuencias de muerte o lesiones que éste originó a la víctima.

d) Brasil: El seguro obligatorio automotor se establece por ley y en ella se señalan las pautas básicas del mismo, sin perjuicio de que luego se debe articular con otras normas legales y reglamentarias que hacen a su funcionamiento. Cubre los daños personales de las víctimas de los accidentes de tránsito, sean transportadas o no, estableciendo sumas determinadas para el pago de siniestros de muerte, incapacidad y gastos de asistencia médica. El pago se realiza directamente a la víctima o a las personas que específicamente se establece en caso de muerte.

Se separa el seguro obligatorio automotor del establecimiento de responsabilidad civil. De manera que se paga en forma independiente de la responsabilidad subjetiva u objetiva. Se deja establecido que en esta clase de

⁵⁸ <http://www.indecopi.gob.pe/upload/clc/informes/2002/resol025CLC.PDF>

seguros no existe la posibilidad de establecimiento de franquicias o descubiertos obligatorios.

También contempla los supuestos de existencia de más de una aseguradora involucrada en el accidente, en cuyo caso cada una de ellas pagará a la persona que sea transportada en el automotor asegurado respectivamente. Si la persona dañada, es un tercero no transportado, el daño será abonado por todas las empresas de seguros involucradas en el accidente, en partes iguales, siempre manteniendo el derecho de repetir contra el responsable.

En caso de que el accidente sea causado por un automotor que no posee cobertura asegurativa, la indemnización a la víctima la abona un consorcio que integran todas las entidades aseguradoras que operan en la rama del seguro obligatorio automotor.

Este sistema persigue como finalidad la protección de las víctimas y no la indemnidad del asegurado, lo que deja en claro la separación de este sistema del clásico seguro de la responsabilidad civil.⁵⁹

e) Bolivia: Se implementó el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito por Ley 18.883 del 25/06/1998 y se reglamenta por el Decreto Supremo 25.785 del 25/05/2000. Las principales características de este sistema son: presta cobertura uniforme y única para los gastos médicos originados por accidentes y/o muerte. Los centros médicos de salud pública, seguridad social y privados obligatoriamente deben prestar asistencia médica a las víctimas. El damnificado tiene acción directa contra el asegurador. Se establecen límites por persona y por evento, sin límite a la cantidad de personas.⁶⁰

f) Estados Unidos de Norteamérica: se contemplan los seguros obligatorios no-fault (sin culpa); la víctima ha contratado un seguro (por oposición a los seguros de responsabilidad civil), donde no se evalúa quien ha

⁵⁹ Piedecabras, Miguel A., "Seguro obligatorio automotor", Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As. 2010, p. 464

⁶⁰ <http://www.spvs.gov.bo/NR/rdonlyres/D83987AD-192F-461796AE719BF6351322/1304/Leyseguros.pdf>

tenido la culpa o responsabilidad del accidente sino solo se tiene en cuenta a la víctima abonando los gastos médicos en que incurrió. La aseguradora no puede evitar el pago alegando motivo alguno y conserva la subrogación para reclamar lo pagado si corresponde a la otra compañía, por lo que los reclamos entre compañías se orientan hacia el arbitraje, evitando así la demanda judicial. También tiene la cobertura med-pey, que cubre los gastos una vez que se agota la cobertura médica no-fault, con un límite establecido.⁶¹

g) Unión Europea: El esquema de la UE es uno de los más complejos que existen en materia de seguro obligatorio y es uno de los sistemas que por sus opertividad podría aplicarse en la Argentina.

Desde el año 1972 hasta la actualidad se han dictado, entre otras normas, Directivas sobre el Seguro de Automóviles en las que, por ejemplo, se ha establecido: la obligatoriedad del aseguramiento en todos los Estados miembros; el importe de las indemnizaciones por daños materiales y personales; la inoponibilidad a las víctimas de las exclusiones por el incumplimiento por parte del asegurado de las condiciones de la póliza y la ampliación al ámbito internacional de la cobertura de las funciones de los fondos Nacionales de Garantía; una única prima de seguro para toda la Comunidad, los sistemas de reclamo en los diferentes Estados miembros. Se ha previsto también que las legislaciones nacionales deben establecer sanciones económicas además de exigir el pago de intereses de demora sobre el importe de indemnizaciones cuando la oferta no se haya realizado dentro del plazo de tres meses desde que le fuera presentada por el perjudicado la reclamación.⁶²

Las principales características de este sistema son las siguientes:

1. Debe ser normativamente claro;

⁶¹ Carlos Alberto Hubert en <http://www.mecom.gov.ar/sssf/legseg.htm>

⁶² "Recomendaciones a la Comisión sobre una Quinta Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de los vehículos automóviles, para mejorar la protección jurídica de las víctimas de los accidentes de tráfico" (2000/2126(INI) Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior Ponente: W. Rothley

2. Esta pensado sobre la idea de otorgar una legítima indemnización a las víctimas;
3. Existe obligatoriedad de asegurar todos los vehículos;
4. Cubre tanto los daños personales como materiales;
5. Establece indemnizaciones mínimas que pueden ser ampliadas por los Estados para garantizar el pago de estos mínimos;
6. Cubre a todos los dañados (familiares y terceros)
7. Establece un sistema de pago de prima única, que elimina el problema de cobertura por falta de pago actualizado;
8. **Establece la inoponibilidad de la franquicia a la víctima;**
9. Consagra la acción directa;
10. Establece un sistema de liquidación ágil de siniestros;

h) Francia: En 1985 se dicta la denominada *Loi Badinter*, que prevé un régimen de responsabilidad civil, cuya indemnización a la víctima, procede incluso cuando media culpa de su parte, salvo si es exclusiva. La compañía aseguradora está obligada a realizar una oferta de indemnización a la víctima que ha sufrido un atentado a su persona, dentro de un plazo máximo de ocho meses. La oferta debe comprender todos los elementos indemnizables que sean consecuencia del daño causado, caso contrario producirá un interés a una tasa computada al doble del interés legal. La publicación regular del importe de las indemnizaciones judiciales o transaccionales (AGIRA), la cual, sin ser vinculante, propicia tal finalidad. Además prevé una sanción a la víctima que no aceptó una oferta suficiente y oportuna, por entorpecer la justicia con su demanda judicial.

i) Japón: A fin de proteger a las víctimas o damnificados de los accidentes de tránsito, se obliga al propietario del vehículo a contratar un seguro obligatorio (Jibaiseki Hoken) que cubre exclusivamente daños y lesiones a las personas, con un límite máximo del monto indemnizatorio (para lesiones y heridas un millón doscientos mil yenes; por muerte hasta treinta millones y por secuelas graves hasta cuarenta millones de yenes). Cuando se

produce un accidente de tránsito, el autor debe indemnizar al damnificado para luego tramitar el reintegro al seguro, o el damnificado puede solicitar directamente el resarcimiento a la compañía de seguros.

El fondo común de garantía en Latinoamérica. El caso de Colombia y Costa Rica:

Como se ha venido sosteniendo, es inobjetable la importancia social del seguro obligatorio de responsabilidad por accidentes en tanto debe tender estar dirigido a solucionar el problema de la insolvencia o de la solvencia limitada de gran parte de los causantes potenciales de daños para compensar integralmente a las víctimas. En los países de América Latina, en casi todas las legislaciones, como la Argentina, existen seguros garantizan un mínimo de riesgos cubiertos, sin embargo, su funcionamiento no siempre es eficiente ni cubren todas las necesidades de las víctimas potenciales.

Así, como medida de subsanación de esta deficiencia legislativa, en países como Colombia y Costa Rica, se ha implementado un Fondo Solidario de Garantía, que otorga cobertura a las víctimas de accidentes provocados por vehículos no asegurados o con póliza vencida, o que se dieron a la fuga, proviene mayoritariamente de un porcentaje del valor de las primas de seguro obligatorias vendidas y que las aseguradoras deben obligatoriamente aportar.

Si bien este fondo de garantía en estas legislaciones sólo fue cogido para los supuestos de accidentes ocasionados por vehículos sin seguro o con seguro vencido, bien podría ser recepcionado por la legislación Argentina para estos supuestos y también para el caso que se plantea en esta obra: supuestos en los que la Cía. Aseguradora opone la franquicia como limitante de su responsabilidad ante reclamos de terceros damnificados.

Por ello, resulta oportuno hacer una breve reseña de este instituto en las legislaciones que se comentan a efectos de trazar una analogía con lo que podría aplicarse en el país.

Colombia: La Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) que se estructura sobre la base de dos regímenes de

aseguramiento, que coexisten articuladamente: un régimen contributivo (para la población con capacidad de pago) y un régimen subsidiado. La vinculación entre los dos regímenes se lleva a cabo a través de un fondo de recursos denominado Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga).

Dicho Fondo es una cuenta especial adscrita al Ministerio de Salud, la cual se maneja por encargo fiduciario y se integra de cuatro subcuentas:

- 1) Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo;
- 2) Subcuenta de solidaridad del Régimen Subsidiado;
- 3) Subcuenta de Promoción a la Salud; y
- 4) Subcuenta de Riesgos Catastróficos y Accidentes del Tránsito.

La función más importante del Fosyga es la de servir de caja de compensación para el régimen contributivo, y de fondo de solidaridad para el régimen subsidiado.⁶³ El financiamiento del Fosyga se realiza con fondos provenientes de:

a) Recibe el 50% del valor de la prima del Seguro Obligatorio de Accidentes del Tránsito(SOAT).

b) El artículo 223 de la Ley 100, incorporó a esta Subcuenta los recursos del Fondo del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (FONSAT), creado por Decreto Ley de 1991, para cubrir las indemnizaciones a las víctimas de accidentes de tránsito causados por vehículos no asegurados, no identificados, sin pólizas vigentes o con póliza falsa. Cubre los gastos médicos, quirúrgicos y hospitalarios, la incapacidad permanente, la muerte de la víctima, los gastos funerarios y el transporte del sitio del accidente a la entidad hospitalaria. Este Fondo recibe: de las entidades aseguradoras el 20% de las primas por pólizas SOAT vendidas que se gira bimestralmente a la Subcuenta; aportes y donaciones de personas naturales y jurídicas; rendimientos de sus inversiones; y los demás que reciba a cualquier título.

⁶³ COLOMBIA. MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL. *Información de las Subcuentas del Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) [En línea]*. Bogotá, Colombia, FOSYGA, 12 de Julio de 2005, 2 p.

c) Los aportes presupuestarios del Fondo de Solidaridad y Emergencia Social de la Presidencia de la República para las víctimas del terrorismo, cuando este fondo se extinga.⁶⁴

Las víctimas de accidentes del tránsito tendrán derecho a los siguientes beneficios con cargo a la subcuenta, sin perjuicio de las acciones civiles o penales y que adelante la Nación – fondo de solidaridad y garantía- contra los responsables directos:

a) Servicios médicos quirúrgicos. Se entienden por servicios médicos quirúrgicos todos aquellos servicios destinados a lograr estabilización del paciente, el tratamiento de las patologías resultantes de manera directa del evento terrorista, catastrófico o accidente del tránsito y la rehabilitación de las secuelas producidas.

En cuanto a la cobertura de servicios médico quirúrgicos en los accidentes de tránsito, el fondo de solidaridad y garantía reconocerá estos gastos en conformidad a las siguientes reglas: si el accidente es ocasionado por vehículo no identificado o no asegurado, el monto máximo será hasta de 500 salarios mínimos diarios legales vigentes en el momento de ocurrencia del accidente

b) Indemnización por incapacidad permanente. Se entiende por incapacidad permanente la pérdida no recuperable mediante actividades de rehabilitación, de la función de una parte del cuerpo que disminuya la potencialidad del individuo para desempeñarse laboralmente. El fondo de solidaridad y garantía reconocerá a título de indemnización hasta un máximo de 180 salarios mínimos legales diarios vigentes a la fecha del pago por este concepto de acuerdo con las tablas de invalidez que se adopten.

c) Indemnización por muerte. En el caso de muerte como consecuencia de un accidente del tránsito, el fondo de solidaridad y garantía reconocerá una indemnización equivalentes a seiscientos salarios mínimos legales diarios vigentes al momento del accidente, siempre que la muerte se presente en el

⁶⁴ COLOMBIA. MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL. *Información General del Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) [En línea]*. Bogotá, Colombia, FOSYGA, 12 de Julio de 2005, 2 p.

término no mayor de un año contado a partir de la fecha del accidente. Esta indemnización se pagará de conformidad con las normas legales, al cónyuge, compañero o compañera permanente de la víctima en la mitad de la indemnización y a sus herederos en la mitad restante. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, la totalidad de la indemnización se distribuirá entre los herederos.

d) Gastos funerarios. El fondo de solidaridad y garantía reconocerá como gastos funerarios hasta una cuantía máxima de ciento cincuenta salarios mínimos legales diarios vigentes al momento de la ocurrencia del accidente. Si la persona fallecida estuviera afiliada a un fondo de pensiones, los gastos funerarios correrán por cuenta de dicho fondo. En los casos en que el accidente de tránsito estuviera cubierto por la póliza SOAT, será la aseguradora la responsable del pago de los gastos funerarios.

e) Transporte al centro asistencial. El fondo de solidaridad y garantía financiará los gastos de transporte y movilización de víctimas desde los sitios de ocurrencia del accidente de tránsito al primer centro asistencial a donde sea llevada la víctima para efectos de su estabilización, hasta 10 salarios mínimos legales diarios vigentes al momento de su ocurrencia. Entre éste y el primer centro asistencial de referencia, en los casos en que la complejidad de la patología y el nivel de atención lo hagan necesario, se pagará con las tarifas de la institución que remite.⁶⁵

Costa Rica: El Seguro Obligatorio de Accidentes (SOA) es administrado por el Instituto Nacional de Seguros (INS) y está regulado por la Ley del Tránsito N° 7.331. El INS clasifica los vehículos según el tipo de riesgos y establece una prima diferenciada.

De acuerdo con el 48 de la Ley, el seguro cubre gastos con tope máximo por lesión y muerte de personas víctimas de un accidente de tránsito, exista o no responsabilidad subjetiva del conductor. Asimismo, cubre los accidentes

⁶⁵ COLOMBIA. MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL. *Marco Jurídico del Fondo de Solidaridad y Garantía: Ley 100 de 1993 (Libro Segundo Título Tercero Capítulo III) y Decreto 1283 de 23 de Julio de 1996 mediante el cual se regula el funcionamiento del FOSYGA [En línea].* Bogotá, Colombia, FOSYGA, 12 de Julio de 2005, 18 p.

producidos con responsabilidad civil, derivados de la posesión, uso o mantenimiento del vehículo. En este último caso, esta responsabilidad debe ser fijada mediante procedimientos establecidos y ante los tribunales competentes. No se tramitan solicitudes de inscripción o traspaso ni se emite tarjeta de circulación sin que el propietario del vehículo haya suscrito póliza de seguro. Según el artículo 51, dentro de los límites máximos que fija la ley, los lesionados o su

derechohabientes tienen derecho a: asistencia médica quirúrgica, hospitalaria, farmacéutica y de rehabilitación; prótesis y aparatos médicos que se requieran para corregir las deficiencias funcionales; prestaciones en dinero, que correspondan a la indemnización por incapacidad, temporal o permanente, o por la muerte; gastos de traslados, en los términos y condiciones establecidas en el Reglamento de esta Ley; pagos del hospedaje y de la alimentación, cuando el lesionado, con motivo del suministro de las prestaciones médico sanitarias de rehabilitación, deba trasladarse a un lugar distinto al de su residencia habitual y el Instituto Nacional de Seguros no pueda suministrarle este servicio. El monto por este concepto será fijado en el Reglamento de la Ley; costos incurridos por el funeral y el traslado del cuerpo, según los términos establecidos en el Reglamento.

De acuerdo con el artículo 53 de la Ley, en el caso que se causen lesiones o la muerte a personas, con un vehículo automotor para el cual no esté vigente el seguro obligatorio de vehículos, la víctima o los beneficiarios tendrán derecho a exigir solidariamente, al conductor y al propietario del vehículo causante, la prestación inmediata de los servicios médicos y las garantías económicas previstas en el artículo 51, hasta el monto máximo de la cobertura vigente. En estos casos, el Instituto Nacional de Seguros suministra las prestaciones económicas y los servicios médicos, subrogándose de pleno derecho respecto del monto pagado para recobrarlo por la vía ejecutiva al conductor y al propietario del vehículo causante de los daños.⁶⁶

⁶⁶ COSTA RICA. *Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestre No. 7.331 de Marzo de 1993*. San José, Costa Rica, Procuraduría General de la República de Costa Rica PRG – Sistema Costarricense de Información Jurídica SCIJ, 32 p.

Capítulo VIII

Considerados:

1. Que el art. 68 de la Ley de Tránsito Nro. 24.449 consagra la obligación legal de contratar un seguro automotor;
2. Que el legislador ha impuesto esa obligatoriedad para el pleno resarcimiento de la víctima, otorgándole a la norma un carácter social y de orden público;
3. Que si dicha reparación no es plena, se violaría además lo dispuesto por el art. 1.083 del Código Civil;
4. Que según la Corte Suprema de Justicia de la Nación el derecho de la víctima a la indemnización integral tiene status constitucional;
5. Que la Resolución de la Superintendencia de Seguros de la Nación Nro. 25.429/97 en su cláusula 4° establece que asegurado debe participar en cada acontecimiento cubierto que se tramite por la vía administrativa o judicial, con un importe obligatorio a su cargo de \$40.000 (franquicia);
6. Que la incorporación de la franquicia en los seguros obligatorios automotor debe adecuarse a los fines propios de los contratos, que son la protección de los derechos de las personas dañadas;
7. Que con dicha Resolución ante el eventual estado de insolvencia de la empresa de transporte y al ser inoponible la franquicia a la víctima, esa indemnización integral se ve frustrada y por consiguiente la función de protección que aboga la ley se denaturaliza;
8. Que la Resolución 25.429/1997 es inconstitucional, ya que, bajo el ropaje de una reglamentación, contradice el objetivo y la finalidad tenidos en mira por el art. 68 de la Ley de Tránsito;
9. Que en ese sentido de inconstitucionalidad se han pronunciado diversos tribunales del país;

10. Que la postura adoptada por la mayoría de las legislaciones del Mundo es la inoponibilidad de la franquicia a la víctima del accidente de tránsito;
11. Que se debería llegar a instaurar un sistema similar al de la Unión Europea (art. 17 directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo) o el del art. 6 de la ley española, donde la franquicia es inoponible a la persona dañada y sin perjuicio de que la aseguradora puede repetir contra la empresa de transporte de pasajeros;
12. Que con la Ley 26.361, que modifica la Ley de Defensa del Consumidor, se abre la posibilidad de un nuevo fundamento superador del criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que está vinculado al efecto relativo de los contratos y a la legitimidad que tienen los terceros para plantear la inoponibilidad de la franquicia;
13. Que dado el sistema actual y ante el problema que se plantea con la eventual insolvencia del asegurado o de la aseguradora es necesario la creación de un fondo de garantía en el ámbito de la Superintendencia de Seguros de la Nación;
14. Que esta es la alternativa que deberá contemplar cualquier reforma legislativa que se realice al sistema de seguros en la República Argentina;

Capítulo IX

Propuesta:

Por todo lo desarrollado en la presente obra y vistos los considerandos que anteceden. Se propone lo siguiente:

1. Que se abandone el criterio de la oponibilidad de la franquicia a la víctima en el transporte público de pasajeros por contradecir la finalidad de protección que tuvo el legislador con la sanción del Art. 68 de la Ley de Tránsito 24.449 y la Ley de Defensa del Consumidor 26.361;
2. Que en este orden de ideas, las víctimas de accidentes de tránsito tengan acción resarcitoria directa contra las empresas de transporte o contra la Aseguradora, sin perjuicio de la acción de repetición que esta última tenga para con su asegurado en la medida del contrato que hayan suscripto. De esta manera se traslada la imperfección del sistema a quien se encuentra en mejores condiciones de afrontarla, la Aseguradora o la empresa de transporte, y no la víctima;
3. Que en subsidio, se propone la creación de un Fondo de Garantía, al igual que el existente en la Unión Europea y en la mayoría de los países de Mundo, desarrollado en el ámbito de la Superintendencia de Seguros de la Nación, destinado a satisfacer el reclamo de terceros damnificados en caso de insolvencia de alguno de los sujetos involucrados (empresa de transporte y/o compañía asegurado), como así también en supuestos de accidentes donde el causante del daño, obrando por fuera de la normativa, no disponga de un seguro contratado. Este Fondo estaría financiado con ingresos provenientes de un recargo en el orden del 0,5 % de cada póliza de seguro que suscriban las empresas de transporte público de

pasajeros. La SSN sería el organismo de contralor y garante del eficaz funcionamiento operativo. De esta forma, se crearía un mecanismo de pago inmediato, guiado por el principio de la razonabilidad, cumpliendo con la indemnización integral del daño, la cual, como se dijo, según la CSSN tiene rango constitucional.

Capítulo X

Conclusión

Como se ha comentado en el desarrollo de esta obra, una situación fáctica fue como la crisis económica y el endeudamiento de las empresas de transporte público de pasajeros de mediados de la década de los 90', desembocó en el dictado de la Resolución 25.429/97 de la SSN. Se suele decir que el Derecho es un instrumento que regula las relaciones humanas que viene a dar respuestas a los conflictos de la actualidad dentro de un contexto determinada. Ahora bien, esta Resolución es un claro ejemplo de que sucede cuando ese Derecho es ajeno a las necesidades de la ciudadanía y adepto a los intereses de los sectores económicos que dominan la sociedad, es una muestra de cómo se han adoptado medidas que tuvieron por objeto evitar que se vea afectado el normal desenvolvimiento de la prestación del servicio de autotransporte, con los consecuentes perjuicios para la población en general, y esto es así, todas las personas pueden ser potenciales víctimas de accidentes de tránsito.

Dada esta Resolución y la franquicia de \$ 40.000 a cargo de la empresa de transporte que establece, hay claramente dos posturas contrapuestas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia: aquella que sostiene que la franquicia siempre es oponible a la víctima (postura de la CSJN) y aquella que admite la inoponibilidad de dicha clausula al damnificado (postura reiterada de la Cámara Nacional de la Apelaciones en lo Civil). Si bien en esta tesis se han abordado en profundidad los distintos fundamentos de cada posición, el argumento de la primera podría sintetizarse con la premisa de que la Aseguradora siempre responderá en la medida del contrato de seguro y que la víctima es ajena a ese contrato. En cambio, la segunda, aboga por argumentos que van desde el orden de prelación de las normas (ley sancionada por el Congreso de la Nación, la Ley de Tránsito, por sobre una Resolución de un órgano

dependiente del Poder Ejecutivo), hasta la aplicación de las disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor.

La adopción de una u otra postura dista de ser filosófica si se aborda el tema haciendo un análisis económico del Derecho. Esto es, si el generador del daño (empresa de transporte) es solvente, en el caso de ser condenado en sede judicial o por acuerdo extrajudicial a pago de una suma inferior a \$40.000 pagará lo adeudado a la víctima y la Aseguradora responderá por el saldo, de corresponder. Sin embargo, el panorama cambia radicalmente si la empresa de transporte no puede afrontar ese pago. La víctima accionará contra el sujeto solvente, la Aseguradora, pero si se toma la postura de la oponibilidad, ésta lógicamente utilizará esta defensa y la víctima verá frustrado su legítimo derecho a la indemnización. Podrá decirse que no en todos los casos de accidente ocurrirá esta situación pero basta con la potencialidad de determinados casos como para sentarse a repensar el sistema asegurador de la República Argentina. No es casual que casi todos los países de la región y más allá de ella, Japón, la Unión Europea etc., admitan la inoponibilidad de la franquicia y prevén mecanismos de compensación destinados al integro resarcimiento de los daños causados.

Considerando la modificación de la Ley de Defensa del Consumidor y el hecho de tener siempre como norte el principio constitucional de que una reglamentación no puede alterar el espíritu de la ley que reglamente, se debe concluir que la inoponibilidad de la franquicia y la instauración de un fondo de garantía que brinde algo más de equidad al sistema, es el camino que en este criterio debería seguir la legislación Argentina.

Bibliografía

- **Aguirre Felipe F.**, “El descubierto Obligatorio de la R. 25.429 y las facultades de la Superintendencia de Seguros de la Nación” Lexis Nexis Revista de Derecho Comercial N°217, Marzo-Abril 2006;
- **Amadeo Eduardo Traverso**, “La maldita franquicia del contrato de seguro en el transporte público de pasajeros”, El Derecho, Buenos Aires, miércoles 27 de junio de 2012, ISSN 1666-8987, N° 13.025, AÑO L, ED 248
- **BAZAN, V.**, "Recurso extraordinario federal y control de constitucionalidad de oficio", JA, 2003-A-1273, quien enumera las razones que sustentan la tesis proscriptiva autoimpuesta por la Corte de la Nación.
- **FRICK, Pablo**, “Insolvencia patrimonial del Asegurado y Seguros de Responsabilidad Civil con franquicia: un problema sin solución”, publicado en “Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones”, Año 40, 2007-A, pág. 815
- **GHERSI, Carlos A.**, “Contratos civiles y comerciales, Partes general y especial, Figuras Contractuales modernas, Tomo II, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994.
- **GHERSI, Carlos A.**, “Inoponibilidad de la franquicia al damnificado”, La Ley, Suplemento del 28-11-2006, pág. 1 y sgtes. , LL 2006-E-679.
- **GORDILLO, Agustín**, "La progresiva expansión del control de constitucionalidad de oficio", LA LEY, 2004-E, 1232.
- **GUASTAVINO, E.**, "Recurso extraordinario de inconstitucionalidad", La Roca, Buenos Aires, 1992, t. 1, N° 108, p. 156.
- **Huber Carlos Alberto**, “ El seguro y el orden público. Es inconstitucional la franquicia en el transporte público de pasajeros para Santa Fe y Ciudad de Buenos Aires”, L.L., pág. 286, 2010.
- **MORANDI, Juan Carlos Félix**, Estudios De Derecho de Seguros, Buenos Aires, Pannedille, 1971, pp. 40 y ss.

- **MORELLO, A. M.**, "La nueva etapa del recurso extraordinario. El "certiorari", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 3
- **MORELLO, A. M.** – **SOSA, G. L.** – **BERIZONCE, R. O.**, "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación", Platense-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, IV-B, p. 49.
- **Pagés Lloveras, Roberto M.**, "Responsabilidad civil y seguros con relación a la tutela de las víctimas de accidentes de tránsito", La Ley 2004-E-1459
- **PEDEMONTE, Gotardo C** , Ensayo histórico acerca del Seguro en la Argentina hasta el año 1898, Buenos Aires, Edición Talleres Gráficos, 1930, p. 28.
- **Piedecasas, Miguel A.**, "Seguro obligatorio automotor", Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As. 2010, p. 464
- **SAGÜES, N.**, "Derecho Procesal Constitucional", Astrea, Buenos Aires, 1989, ps. 308/309.
- **SAGÜES, N. P.**, "La desaparición de un supuesto de sentencia arbitraria", JA, 2003-I-1363.
- **STIGLITZ, R. S. - COMPIANI, M. Fabiana**, "La franquicia en el seguro para el transporte público de pasajeros (su inconstitucionalidad por irrazonabilidad)", LA LEY, 2005-E, 1322.
- **STIGLITZ R.S.** "Derecho de Seguros", 5ta. ed. Bs. As., La Ley t. I, Cap. XVII, ap.IV
- **STIGLITZ R.S.**, "Seguro automotor obligatorio contra la responsabilidad civil derivada del uso de automotores. Bases para la elaboración de un anteproyecto de ley", Juris, Rosario, 1992, Nº 119, pág. 481,
- **Stiglitz, Rubén S**, "Medidas autosatisfactivas, seguro obligatorio y acción directa de la víctima contra el asegurador del responsable civil" Lexis Nexis Depalma BRDCO 2003-951 2003.
- **SOBRINO, W.**, "La franquicia y su inoponibilidad a la víctima de un accidente de tránsito", cit., La Ley, 2008-D, p. 1078