PRESENTACIÓN LIBRO

EL DEBER DE PREVENCIÓN DE LOS DAÑOS Y SU VINCULACIÓN CON LA OBLIGACIÓN DE SALVAMENTO

GUSTAVO BOSCO
AIDA ARGENTINA – AIDA JOVEN
13/07/2020

RESEÑA HISTÓRICA DE LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE RIESGO

El elemento determinante para la noción de riesgo está íntimamente vinculado con el desarrollo de las sociedades que permitió la calificación y clasificación de las actividades humanas, el que se fue incrementando con mayor velocidad cuando el conocimiento, la tecnología y la cultura tienen mayor desarrollo.

El riesgo es una construcción social histórica

En la actualidad, esa evolución se verifica con una intensidad asombrosa debido al acceso a las nuevas tecnologías y de cómo las mismas impactan en nuestras vidas desde todo punto de vista, como un claro exponente de lo que llamamos “sociedad posindustrial”.

En las sociedades modernas avanzadas coexisten realidades que resultan indisociables dándose una expansión de las opciones de obrar disponibles para sus integrantes

1. La sociedad va asumiendo distintos riesgos en función del grado de evolución que en determinado momento histórico se pretende alcanzar.
2. Lo que las sociedades tradicionales atribuían a la fortuna, a una voluntad divina o al destino, las sociedades modernas lo atribuyen al riesgo.
3. El riesgo representó una secularización de la fortuna y resultó ser el término forjado para observar y afrontar la incertidumbre de un daño.
4. No existe ninguna conducta libre de riesgo, y el mismo (en cuanto constructo social histórico), fue surgiendo como resultado de lo que la sociedad consideró en cada momento como normal y seguro.

- Si no existe ninguna decisión libre de riesgo, la esperanza de más investigación y más conocimiento nos llevaría del riesgo a la seguridad, pero la experiencia práctica nos muestra lo contrario: **“cuanto más se sabe, más se sabe que no se sabe, y por tanto se forma una conciencia del riesgo**”.

- Así como el progreso cultural provoca la reducción de riesgos totales en ciertas áreas y modos de vida, en simultáneo va introduciendo nuevos parámetros de riesgo desconocidos parcial o totalmente en épocas anteriores. Estos parámetros incluyen riesgos de elevadas consecuencias; riesgos derivados del carácter globalizado de los sistemas sociales de la modernidad (catástrofe ecológica, derrumbe del sistema económico global, pérdida de la privacidad, pandemias, etc.)

- Por lo tanto la decisión siempre incluye al riesgo, que en definitiva representa la posibilidad de que no ocurra lo esperado, de que ocurra “lo otro de lo esperado” (la contingencia), es decir, de que lo improbable devenga probable.

- Mientras la sociedad industrial se centraba en la producción y distribución de la “riqueza” de los recursos, la sociedad del riesgo se estructura en torno a la producción, distribución y división de los riesgos que surgieron como consecuencia de la modernización industrial. Luhmann señala que cada vez que se procura la seguridad se asiste a una revancha del riesgo y así cuanta más prevención, más riesgo.

- El concepto de riesgo y su aseguramiento fueron forjados para minimizar el arrepentimiento, para propiciar la circulación de las mercancías, para poder repetir las acciones arriesgadas. En definitiva no se garantiza la seguridad, sino que se trata de contener a la inseguridad.

- De allí la importancia y el incremento de la actividad aseguradora en el presente y futuro, ya que siguiendo con el análisis que realiza Luhmann**, “los seguros no crean seguridad de que la desgracia no ocurrirá. Sólo garantizan que no se modificarán las circunstancias patrimoniales del afectado”. De tal forma “todos los peligros contra los que uno podría asegurarse se transforman en riesgos”** susceptibles de ser reparados.

- Esta tendencia a descargar todos los riesgos en la economía y dejarlos desaparecer detrás de las indemnizaciones que surjan como resultado de esa ampliación de la responsabilidad resulta, cuanto menos peligrosa por la simplificación que de ello se desprende.

EVOLUCIÓN DE LA RC – LEY DEL TALIÓN A LA PREVENCIÓN

“Ley del Talión” (ojo por ojo, diente por diente), en aquellos tiempos representó un verdadero límite a los excesos de los castigos motivados por la venganza.

La imputación de la responsabilidad surgió en principio como consecuencia de un acto antijurídico culpable que causaba el daño y dicho proceso fue objetivándose alentado por la simplificación del proceso que implica entender la responsabilidad civil como una institución meramente reparadora.

Esa “objetivación” acompañó la evolución del concepto de riesgo y en el auge de la sociedad industrial se advirtió la necesidad de adoptar un sistema que prescinda del requisito de la culpa como punto de partida.

Este nuevo sistema de responsabilidad civil objetiva implicaba la obligación de reparar los daños que se produjeran como concreción de los riesgos de determinadas actividades aunque resultaran lícitas.

Los sistemas de responsabilidad civil resultaron concebidos como mecanismos tendentes a garantizar la estabilidad y la integridad patrimoniales, más que a reforzar el cumplimiento de determinadas normas de conducta.

La protección de la salud o el ambiente, el honor o la intimidad, supone admitir la insuficiencia de la función clásica de la responsabilidad civil, exhibiendo la necesidad de un rol preventivo ante el daño ya que, es poco probable que a una persona le dé lo mismo ex ante quedar inválido o ser indemnizado, o decidir de antemano ser calumniado por un periódico a cambio de recibir una buena suma de dinero".

Con esto aparece la idea de la prevención debido a que e**se accionar dañoso se traduce en dinero por medio de la cobertura indemnizatoria y éste permite el reinicio de la actividad.**

Lejos de detener la circulación, el riesgo asegurado alimenta nuevas decisiones arriesgadas por lo que resulta necesario el surgimiento de la prevención como fundamento de la responsabilidad.

Existe el derecho a no ser víctimas y surge la obligación de apegarse al respeto del “iuris praecepta” de Ulpiano “alterum non laedere” (no dañar al otro).

Vale entender al concepto de Prevención como la Sustentabilidad en el Derecho.

Los sujetos que cargan con esta obligación son tanto los dañadores como los dañados, ya que además de evitar que el daño se produzca, también existe una obligación a la reducción de sus consecuencias.

La entrada en vigor del Código Civil y Comercial ha propiciado un régimen expreso para la prevención de los daños un estadio previo y necesario en la tutela efectiva de los derechos fundamentales.

LA ACCIÓN DE DAÑO CONTINGENTE EN CHILE, COLOMBIA Y ECUADOR

La acción por daño contingente en la codificación fue realizada por Andrés Bello

Código Civil Chileno (art. 2333)

"Por regla general, se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguien amenace a personas indeterminadas, pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, solo alguna de éstas podrá intentar la acción".

Colombia (art. 2359), Ecuador (art. 2236), El Salvador (art. 2084).

En los distintos ordenamientos, la acción a la que hace referencia el artículo se encuentra referida al daño contingente "que puede suceder o no suceder". Si se trata de daños ya producidos o daños futuros irreversibles no resulta procedente esta acción, sino que será de aplicación la acción reparatoria que corresponda.

LA PREVENCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO

El Código Civil velezano no contemplaba normas destinadas a impedir la causación y/o mitigación de los daños sino que su régimen establecía un sistema reparatorio de aquellos que se provocaban; los tribunales integraron el principio de no dañar a otro, echando mano del art. 19 de la Constitución Nacional, que refiere que "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados...".

Precisamente, cuando refiere "que no perjudiquen a un tercero", está dando cuenta, por antítesis, de que cuando se viola el deber de no dañar al otro, el mismo no está exento de la autoridad judicial, por otra parte la doctrina se refería al deber genérico de la buena fe en el cumplimiento de los contratos derivado de la interpretación del art. 1198 del código derogado

En realidad, una sanción resulta insuficiente para reparar los daños, por lo resulta necesario evitar que el perjuicio llegue y justifica a la prevención como un mecanismo de protección "ex ante".

JERARQUÍA CONSTITUCIONAL Y APLICACIÓN DE LA FUNCIÓN PREVENTIVA EN EL CCYC

Además de lo referido José Mario Galdós indica que la jerarquía constitucional del derecho a la prevención deriva de los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional, que expresamente prevén la tutela de la prevención de los consumidores y usuarios para la protección de la relación de consumo, el ambiente, la transparencia de mercado y la competencia.

La prevención anida en el deber general de diligencia que pesa sobre todo ciudadano como contrapartida de su derecho a la seguridad, de origen constitucional, que protege la vida y la salud de las personas muy especialmente en la relación de consumo, conforme la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Entre los artículos 1710 y 1713 del CCyC se establece la función preventiva de la responsabilidad civil. No se consagra sólo el deber general de prevenir los daños del artículo 1710, sino que los artículos 1711 a 1713 se instrumentaron para que la acción preventiva se constituya como eficaz.

El nuevo Código ha unificado los criterios de la responsabilidad contractual y extracontractual por lo que al regular la función preventiva sin salvedades se entiende que es operativa en ambas.

ATRIBUTOS DE LA NORMATIVA

Art. 1710.

1) Establece un deber para toda persona quien debe evitar un daño no justificado,

2) Exige de parte del agente en cuanto dependa de éste, una actuación de buena fe para evitar o mitigar los daños que debe ser valorado conforme la prudencia y la razonabilidad, sin necesidad de realizar actos heroicos.

El deber jurídico le es impuesto a terceros a terceros siempre y cuando esté a su alcance su realización, de ahí que puede advertirse que el artículo permita el reembolso de los gastos adoptados por parte del tercero hacia el responsable. Conforme las reglas del enriquecimiento sin causa arts. 1794, 1795 CCyC.

DEBER DE MITIGAR EL DAÑO: Origen en el derecho anglosajón *"The duty of mitigation"*, que está **referido al deber que tiene la víctima de no agravar el daño.**

Se entiende contrario a la buena fe reclamar daños que se podrían haber evitado. Si bien es cierto que el tercero es ajeno a la situación creada por el responsable, la buena fe impone actuar para que la situación no se agrave.

FUENTES DEL DERECHO COMPARADO

Art. 1227 del Código Civil Italiano:

El resarcimiento no es debido por los daños que el acreedor hubiera podido evitar usando la diligencia ordinaria.

Unidroit 7.4.8: (Atenuación del daño) determina que:

(1) La parte incumplidora no es responsable de los daños sufridos por la parte agraviada en la medida en que el daño podría haberse reducido si la otra parte hubiera tomado medidas razonables.

(2) La parte agraviada tiene derecho a recuperar los gastos razonablemente incurridos al tratar de reducir el daño.

Principios del derecho europeo de contratos, art. 9505:

(1) La parte incumplidora no es responsable de las pérdidas que hubiese sufrido la parte perjudicada en la medida en que esta última hubiera podido reducirla adoptando para ello las medidas razonables.

(2) La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualesquiera gastos en que razonablemente haya incurrido al intentar reducir las pérdidas.

EL SUJETO PASIVO GRAVADO CON EL DEBER JURÍDICO

La consagración del deber genérico de prevenir daños incluye a “toda persona”, razón por la que, además de quienes tengan el deber jurídico específico, se encuentran incluidas las eventuales víctimas, quienes también tienen el deber establecido en el artículo.

LA CONDICIÓN QUE GENERA EL DEBER JURÍDICO DE PREVENIR

Para identificar a las personas a quienes el deber les está impuesto hay que advertir de acuerdo con la causa eficiente (fenomenológica) quiénes tienen las posibilidades materiales y jurídicas de proceder, aún en el caso de que dicha causa les sea absolutamente extraña.

No se imponen aquí conductas heroicas o de abnegación debido a que la omisión de estas no genera responsabilidad civil. Por el contrario, la exigencia es la de actuar mediante la adopción de medidas razonables, conforme a la buena fe y a las circunstancias del caso, mediando la posibilidad de hacerlo.

En esa línea, si no se actúa con las previsiones del artículo la omisión resulta antijurídica y produce que la persona sea identificada como autora o coautora del perjuicio sobreviniente o intensificado.

LA ACCIÓN PREVENTIVA

El art. 1711 del CCyC : La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

Se concede una acción sustancial por un proceso autónomo cuyo único objeto es evitar la producción, agravación o continuación de un daño, donde la prevención resulta ser la única pretensión.

Para promover la acción es necesario que el planteo del actor sea lo suficientemente explícito en orden a todos estos requisitos y concurran las siguientes circunstancias:

1. Una acción u omisión que origina un peligro de daño;
2. Antijuridicidad de la conducta riesgosa;
3. Previsibilidad del resultado nocivo (conforme a las reglas de la causalidad adecuada);
4. Lesión a un interés razonable del actor;
5. La posibilidad de detener el emprendimiento nocivo.

AUSENCIA DEL FACTOR DE ATRIBUCIÓN

La norma no exige un factor de atribución por cuanto esta acción está direccionada a evitar la causación de un daño no justificado por parte de quien puede hacerlo, obrando de buena fe y en cuanto de él dependa, (no a resarcir). Por ello no es debido merituar la persona de quien provenga, si ha actuado o no con culpa y si ese obrar es o no riesgoso.

ACCIÓN U OMISIÓN ANTIJURÍDICAS

La antijuridicidad está definida por el efecto futuro previsible de la acción u omisión que se pretende neutralizar, lo cual importa el contraste de la conducta con el ordenamiento y deberá tener la potencialidad efectiva de causar un daño no justificado, razón por la cual, cuando el acto sea lícito y no tenga dicha potencialidad, la acción será inviable.

La antijuridicidad se predica de la conducta (violatoria del ordenamiento en general, incluidos los pactos contractuales) y ***no del resultado*** (el que muchas veces no llegará a concretarse). Es decir ante la amenaza de daño, la acción preventiva funciona sólo contra conductas formalmente antijurídicas.

La mera amenaza de daño no es por sí misma una conducta antijurídica. Si el daño injustificado ya se ha ocasionado, entonces dicha conducta de por sí es contraria a derecho". En igual sentido, la antijuridicidad requerida por el Código al ser calificativa de la conducta, deberá ser una antijuridicidad formal y no meramente material.

Según Vázquez Ferrreyra, "no sería a nuestro juicio admisible una acción preventiva contra una conducta lícita por la mera posibilidad de que pueda ser generadora de un daño, aun cuando ese eventual daño puede configurar una violación al deber general de no dañar (neminem laedere). Una conducta potencialmente dañosa pero lícita no viabiliza la acción preventiva.

Conducir un automotor, por más que pueda ser potencialmente causa de algún perjuicio, no justifica una acción preventiva".

Del mismo modo, Matilde Zavala de González señala que "se requiere una conducta antijurídica. Sólo ante la ilicitud del comportamiento del demandado cabe restringir su libertad, confiriendo primacía a la libertad del pretensor para no ser convertido en víctima. Las acciones u omisiones lícitas no pueden ser impedidas preventivamente aunque causen daños, porque su producción se encuentra justificada por el ordenamiento (…)".

LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA (Art. 1712 del CCyC)

La acción puede ser emprendida por quien tenga un interés razonable.

De no ser afectado por un daño (art.1737) dicho interés deberá ser acreditado por parte del actor o al menos invocado de la forma más precisa.

No será siempre exigible una prueba acabada y concluyente del mismo, teniéndose en cuenta la situación de emergencia que es propia de la acción; razón por la que se tendrá que evaluar dicho interés en función de las circunstancias del caso.

CONTENIDO DE LA SENTENCIA (El art. 1713 del CCyC)

La norma es amplia, permite adoptar las medidas necesarias para la situación planteada, las cuales pueden ser solicitadas a pedido de parte o también incoadas de oficio por parte del juez, adoptándose el principio de menor restricción posible que le impone al juzgador la adopción de los mayores recaudos para la obtención del resultado previsto propiciando una mínima restricción de derechos utilizando el medio “más idóneo” para lograr la prevención.

DIFERENCIAS ENTRE EL “MANDATO PREVENTIVO” Y LA ACCIÓN PREVENTIVA

Existen diferencias importantes entre el llamado “mandato preventivo” y las facultades del juez contempladas en el art. 1713 del CCyC, tal como lo ha receptado la jurisprudencia.

Por el llamado “mandato preventivo” el juzgador se encuentra autorizado a adoptar de oficio y excepcionalmente dirigidas a tutelar a terceros ajenos al proceso; así se condenó a la explotadora de un ferrocarril a instalar en los andenes baldosas especiales como prevención para las personas no videntes acerca del fin del andén y el comienzo de la trinchera por donde pasan las vías.

Estas medidas encuentran ahora mayor fundamento con las normas relativas a la prevención del daño incorporadas al CCyC y pueden basarse en la aplicación analógica del art. 1713.

El ámbito de aplicación del art. 1713 se encuentra restringido a los casos en que se ha promovido una acción preventiva, ya que el texto del artículo se refiere a la sentencia que se dicta en el marco de una causa donde la prevención del daño ha sido demandada; el juez en tales circunstancias tiene amplias facultades para apartarse de lo pedido por las partes y disponer las medidas que estime más idóneas.

En cambio, el artículo nada dice acerca de los casos en los que no se pidió la prevención, y de la posible intervención judicial de oficio para disponer medidas preventivas, razón por la que el mandato preventivo está en principio fuera del ámbito del artículo precitado.

En el mandato preventivo, el juzgador actúa previniendo un perjuicio en un proceso cuyo objeto no es la tutela inhibitoria de la víctima ya afectada, sino que el mismo se encuentra vinculado con la protección de terceros que previsiblemente sufrirán un daño.

En cambio en la acción preventiva la pretensión misma busca evitar que el daño suceda.

Lo precitado no importa que los jueces se encuentren impedidos de dictar ese tipo de mandatos preventivos con fundamento en el el art. 1710 CCyC que tiene raigambre constitucional. Desde ese punto de vista, si bien el art. 1713 del citado código no se refiere expresamente a la posibilidad de dictar un “mandato preventivo” nada impide que con sustento en el referido y en la función preventiva consagrado en el art. 1708 del mismo, aquel pueda ser analógicamente aplicado con carácter excepcional pero solo respecto de aquellas medidas que puede adoptar el juez dirigidas a tutelar a terceros ajenos al proceso, que podrían resultar dañados en caso de no adoptarse precauciones especiales.

En cambio, no ha sido aceptado que cuando los actores no hayan pedido la prevención del daño que están sufriendo, el juez pueda suplirla y disponga de oficio medidas tendientes a impedirlo ya que ello vulnera el principio de congruencia.

Principio de Congruencia: Exige que exista concordancia entre la demanda, la contestación y la sentencia en lo que hace a las personas, el objeto y la causa, de modo que las partes, al fijar el alcance y el contenido de la tutela jurídica requerida, delimitan la actividad jurisdiccional a las cuestiones incluidas en la pretensión del actor y la oposición de los emplazados.

En definitiva, la orden judicial de oficio fundada en una interpretación analógica del art. 1713 dirigida a evitar o hacer cesar un daño es excepcional y sólo procede cuando se trata de prevenir daños a terceros ajenos al proceso.

En cambio, es inadmisible acudir a ella para fallar más allá de lo pedido por la propia parte afectada por el hecho dañoso, so pena de lesión del principio de congruencia.

EL DEBER DE SALVAMENTO - Introducción

El objeto del contrato de seguros es proteger económicamente al titular del interés de un determinado riesgo económico de la amenaza que resulta de la posibilidad de que se produzca un acontecimiento incierto, desfavorable en términos económicos capaz de provocar un daño.

Para Emerigon, el seguro es un contrato de previsión, por lo que el asegurador no responde de ordinario sino de los siniestros derivados de fuerza mayor, debiendo el asegurado evitar los otros con su propia diligencia.

Es por ello que la prevención resulta indispensable para asegurados y aseguradores, tanto para el mantenimiento del estado del riesgo, como para evitar la destrucción de riquezas productivas y el encarecimiento del seguro. Prevenir consiste tanto en evitar que se produzca un suceso incierto perjudicial, a personas y bienes, cuanto en atenuar sus consecuencias y preservar la integridad de los mismos afectados.

Se fue avizorando la necesidad de incluir, primero como deber contractual y luego ya como un deber legal, el llamado deber de salvamento que exige y presupone una conducta activa en aras de disminuir los daños, extendiéndose este deber de conducta en algunas legislaciones para evitar la materialización del riesgo previsto en el contrato.

NATURALEZA JURÍDICA DEL DEBER DE SALVAMENTO

Carga u Obligación – Visión de Derecho Comparado

Alemania

A favor de la naturaleza de carga se han manifestado, en concreto, autores como Bruck, Kühborth, o Stange y la doctrina se volvió pacífica desde la adición en 1939 del párrafo 2.0 del § 62 VVG, y no una obligación o un deber jurídico verdadero; y prevé además, en el § 62.2 VVG, la consecuencia jurídica típica de una infracción de carga, esto es, la liberación de la prestación.

Italia

Artículo 1914 del Codice civile indica que *"El asegurado debe hacer cuanto le sea posible para evitar o disminuir el daño".*

Artículo 1915 → Incumplimiento doloso pérdida del derecho a ser indemnizado,

→ Omisión Culposa el asegurador tiene derecho a reducir la indemnización en razón del perjuicio ocasionado por el incumplimiento

Las consecuencias resultan las adecuadas al incumplimiento de las cargas.

España

Garrigues indica que se trata del deber de observar una conducta leal; aunque lo sitúa entre los deberes secundarios del tomador del seguro; precisando que no pueden calificarse de contraprestaciones del tomador del seguro (al contrario que el pago de la prima), y que se trata de prestaciones accesorias en las que falta el nexo sinalagmático con las obligaciones del asegurador y en las que es imposible la ejecución forzosa (al contrario que respecto al pago de las primas vencidas) y la indemnización por incumplimiento.

Sánchez Calero suscribe que se trata de un deber y refiere la imprecisión del art 17 de la Ley de Contrato de Seguro: "La Ley establece, como se ha dicho, el deber del tomador del seguro o el asegurado de aminorar las consecuencias del siniestro. En el párrafo 1 del artículo 17 se habla de *este deber*, mientras que el párrafo 3 del propio artículo se refiere a la *citada obligación*, por lo que razonablemente puede dudarse si estamos ante un deber, en sentido técnico, o una verdadera obligación".

En la línea de calificar el salvamento como carga se sitúan también Broseta Pont y Angulo Rodríguez, entre otros.

Parte de la doctrina española entiende el deber de salvamento como una carga con características distintivas

Abel Veiga Copo indica que es un deber genuino, no una mera carga, Un *onere* que debe desplegarse por el tomador / asegurado con la diligencia debida del *pater familias* actuando *in rem propiam* sobre una cosa o bien cuyo daño asume en su esfera personal y patrimonial aún a expensas de la cobertura aseguraticia.

La libertad de actuación así como de los medios empleados quedan a su elección pero sobre todo según la propia disponibilidad del mismo. Su diligencia en el hacer dependerá en buena medida de la magnitud del siniestro, la fuerza destructiva o no del mismo y la posición y disposición de medios necesarios para minorar el mismo.

Autores que lo califican como obligación: Botana Agra; Martí Sánchez, María Luisa Muño Paredes o Vargas Vasserot, quienes se inclinan a favor de la tesis de la obligación con carácter general para los deberes que se le imponen al tomador o asegurado.

OBSERVACIONES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DEBERES DE CONDUCTA

Nicolás Héctor Barbato “Las Cargas y el Seguro ”

En la obligación, hay una pérdida de derechos en el deudor que se refleja en el aumento de derechos en el haber del acreedor. Para el caso de incumplimiento se le concede al acreedor una acción para obtener su ejecución forzada.

No existe en la carga un acto libre, sino un acto amenazado. Y esa amenaza y, en su caso, la efectivización del perjuicio “sanción” proviene de la propia norma, por lo que **resulta una sanción jurídica y no meramente económica**.

Sólo quienes ven en la carga la realización de un acto libre pueden invocar su carácter indirecto.

En la carga la coacción actúa de manera inmediata y automática. Y su consecuencia es la sanción por su incumplimiento.

La obligación exige que intermedie el acreedor ejercitando las correspondientes acciones para su cumplimiento.

Para Fontanarrosa la caducidad se manifiesta en el seguro con un carácter punitorio y persigue una doble finalidad. En primer término tiene una *función preventiva*, en razón de que estimula al tomador / asegurado a obrar con diligencia y buena fe, por la potencial pérdida de su derecho a la indemnización si no cumple los deberes que le incumben.

También ejerce una *función punitiva*, ya que la pérdida del derecho del asegurado importa una sanción.

Agrega que el asegurado mantiene su derecho a ser indemnizado por otros siniestros, inclusive posteriores, si para ellos cumple las cargas que le corresponden.

Morandi señala que las cargas son deberes impuestos al asegurado, que si bien no suponen la existencia de un derecho en la contraparte a exigir su cumplimiento, dan lugar, en caso de inobservancia de la conducta requerida, a la aplicación de una sanción: la caducidad.

EL DEBER DE SALVAMENTO EN ARGENTINA

Obligación de salvamento.

Art. 72. El asegurado está obligado a proveer lo necesario, en la medida de las posibilidades, para evitar o disminuir el daño y a observar las instrucciones del asegurador. Si existe más de un asegurador y median instrucciones contradictorias, el asegurado actuará según las instrucciones que aparezcan más razonables en las circunstancias del caso.

Violación

Si el asegurado viola esta obligación dolosamente o por culpa grave, el asegurador queda liberado de su obligación de indemnizar en la medida que el daño habría resultado menor sin esa violación.

El siniestro no es presupuesto necesario para que la carga se vuelva operativa. El deber evitar el daño ocurre en una etapa anterior a la ocurrencia del siniestro (ex ante), razón por la que la actividad que se le exige al asegurado es de naturaleza preventiva.

Pese a que la ley utiliza expresamente la palabra obligación nos encontramos prima facie ante una carga del asegurado ya que su incumplimiento en los términos del artículo implica la pérdida del derecho a ser indemnizado.

La diligencia requerida es la de un asegurado ordinario colocado en esas circunstancias, y no es necesario que vaya más allá de lo corriente.

El salvamento se inscribe en el deber recíproco de colaboración o cooperación de las partes de la relación sustancial ya que la evitación y mitigación de los daños **"constituyen deberes a ser realizados en tiempo oportuno, en el plazo establecido en la póliza o en el plazo legal. La impuntualidad o mora es un efectivo quiebre de la confianza, sujeta a las consecuencias legales…"**.

No son aptos de ser interpretados como reconocimiento de los derechos del asegurado en los términos del artículo 56 LS; aunque si el asegurador participó del salvamento se da por cumplimentada la carga de denuncia de siniestro (Stiglitz).

Sobre la prevención, Halperín y Barbato escriben que el asegurado debe evitar los daños aplicando diversas medidas de prevención. Las pólizas fijan a veces precauciones que deben ser adoptadas y *que si bien las pólizas sancionan la violación con la caducidad de los derechos nacidos del contrato, dicha sanción no es de aplicación por imperio del art. 72, en cuyo segundo párrafo se prevé que la violación dolosa o por culpa grave sólo autoriza a reducir la indemnización.*

Señalan que dicha sanción no puede ser variada, porque el art. 36 sólo lo autoriza cuando no exista sanción en la ley, razón por la que para los autores, el incumplimiento de estas medidas de prevención no puede producir un efecto distinto del estipulado en el art. 72.2.

Condiciones de admisibilidad

La carga del art. 72 LS contiene el deber de adoptar medidas para cuando éste se concrete o amenace concretarse; por ello tiene por objeto: evitar total o parcialmente el daño y se inicia desde que el siniestro es inmediatamente inminente y subsiste hasta que son posibles los daños.

SUJETO PASIVO DE LA CARGA

Literalmente el texto del artículo 72 de la Ley de Seguros, la carga recae sobre el asegurado, debiendo ser cumplida por todos ellos si son varios, hasta por sus sucesores o dependientes e inclusive por un tercero, ello no signifique que pueda serles exigibles.

Las medidas deben ser adoptadas por el titular del interés asegurable (tomador, asegurado o beneficiario, en su caso), y de ellos el que se halle en mejores condiciones para llevar a cabo la medida y concluye en que la carga recae sobre el tomador, y en el seguro por cuenta ajena, sobre el tomador o el asegurado, según el caso (Stiglitz).

MODALIDADES DE LA CARGA

- Acto positivo (facere),
- Una omisión (non facere),
- debida diligencia “límite de lo posible”
- criterio de razonabilidad que se presume en las instrucciones del asegurador,
- cuando ello no ocurre se deberá actuar conforme las medidas que haya tomado hombre prudente o diligente.

TRATAMIENTO DE LOS GASTOS

Los gastos de salvamento son por cuenta del asegurador en la medida en que *"sean consecuencia de un siniestro amparado por la póliza"*, ya que si nos referimos a salvamento, el mismo sólo podría acontecer frente a un riesgo cubierto ya que de lo contrario no existiría riesgo que salvar.

Aunque es válido indicar también, conforme enseña Stiglitz que el costo del salvamento afrontado por el asegurador, no implica la asunción de un riesgo independiente o autónomo sino que se condice con una carga complementaria que opera sólo en tanto y en cuanto se produzca la transformación del riesgo cubierto en siniestro indemnizable.

LAS INSTRUCCIONES DEL ASEGURADOR

Resultan una prerrogativa que la ley le otorga por cuanto este deber de conducta está en cabeza del asegurado, por lo que no podría existir una obligación a que las efectúe. De tal forma, la carga de salvamento debe ser observada por el asegurado aun cuando no haya ningún tipo de instrucciones por parte del asegurador.

Pueden emanar del asegurador, de su representante, o agente institorio con facultades (art. 54, L.S.), y están excluidos los productores (art. 53 de la L.S.)

Pluralidad de aseguradores: Quien dirige la operación es preminente;
Si median instrucciones contradictorias, las instrucciones más razonables del caso).

Coaseguro: El asegurador líder (piloto) es a quien el asegurado deberá respetar.
El asegurado debe seguir las instrucciones del asegurador en la medida de lo posible y pueden existir límites a su acatamiento. Exigencias injustas pueden no ser observadas, lo cual se resolverá considerando todas las circunstancias del caso. (AP y RC)

Seguro de AP las instrucciones deben ser cumplidas en tanto sean razonables (art. 150).

Seguro de RC acatará las instrucciones con las consecuencias para el asegurador fijadas en el art. 111, 3er. párrafo, aun cuando el asegurado soporte formalmente el daño.

Puede ser pactada anticipadamente en el contrato

Fuente Legal: art. 104 L.S. "…, el asegurado dará inmediata intervención a un veterinario, o donde éste no exista, a un práctico".

SANCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA. DOLO O CULPA GRAVE

Dolosa: La omisión total o parcial del deber con miras a la obtención de la indemnización.

Culposa: La omisión consiste en el incumplimiento de la diligencia necesaria exigible al buen padre de familia.

Art. 72 2: "Si el asegurado viola esta obligación dolosamente o por culpa grave, el asegurador queda liberado de su obligación de indemnizar en la medida que el daño habría resultado menor sin esa violación".

El artículo fija la sanción por el incumplimiento por lo que el contrato no puede fijar otra más grave para el asegurado (art. 36) estipulación inmodificable por su letra o naturaleza.

Para Stiglitz el art. 72-2 importa una caducidad pérdida del derecho por inejecución de la carga, sin distinciones, ya sea proveniente del dolo o de la culpa grave del asegurado; dejando el mínimo establecido en el artículo para el supuesto de inejecución por culpa leve.

Dice que cuando el asegurado pudo eliminar la posibilidad misma del siniestro y no lo hace el asegurador se libera totalmente, dando el ejemplo de la tempestad que amenaza con un naufragio. *Si el asegurado omite deliberadamente alejarse, ha inejecutado la carga de salvamento, pues ha omitido proveer lo necesario, en este caso, para evitar el siniestro.*

El ejemplo dado no está referido a la inejecución de la carga de salvamento, sino que da cuenta de un acto que debe ser calificado como con culpa grave por cuanto el mismo altera la probabilidad siniestral y la sanción de caducidad del derecho estará fundada en el art. 70 L.S.

No se encuentra en el texto del art. 72. 2 la interpretación que Stiglitz brinda ya que el párrafo legal es claro al respecto, por lo que la sanción contemplada en el artículo debe entenderse con exclusividad para el incumplimiento de la carga por dolo o culpa grave.

REEMBOLSO DE LOS GASTOS DE SALVAMENTO

Art. 73 de la L.S., "El asegurador está obligado areembolsar al asegurado los gastos no manifiestamente desacertados realizados en cumplimiento de los deberes del artículo 72, aun cuando hayan resultado infructuosos o excedan de la suma asegurada. En el supuesto de infraseguro, se reembolsará en la proporción indicada en el artículo 65, párrafo segundo"

Principio General: Los gastos efectuados para evitar o disminuir el siniestro son reembolsables al asegurado. Alguna doctrina señala que se funda en que se hacen en interés del asegurador.

El reembolso se justifica por cuanto direccionar la actividad a la evitación o disminución de los daños tiene una connotación valiosa con fundamento en ***el principio de transparencia, economía y sustentabilidad que se persigue***.

Prueba de ello es que la obligación del reembolso por parte del asegurador se extiende a los gastos de salvamento aun cuando, sumados al monto del daño, excedan la suma asegurada, y cuando pese a la adopción de medidas la finalidad de evitación o aminoración no se haya alcanzado.

La obligación alcanza por el art. 70, a la reparación de los daños materiales provocados a las cosas aseguradas por parte del asegurado que hayan sido utilizados para el salvataje ya que los mismos no pueden ser invocados por el asegurador para sostener la provocación del siniestro respecto de ellos.

Hasta qué punto los gastos que se realicen se encuentran relacionados con la carga enunciada por el art. 72.

Son exigibles desde que el siniestro es inmediatamente inminente, subsistiendo hasta que son posibles los daños y hasta dicho momento serán reembolsables. (si no, son gastos de conservación)

Importancia de determinar el momento de finalización del siniestro, debiéndose estar atento a las consecuencias que el mismo produce o produciría en función de la teoría causalidad adecuada la que variará de acuerdo con el tipo de siniestro y cobertura de que se trate.

EL LÍMITE DE LA FRANQUICIA

Halperin, indica que "… la circunstancia de que el daño no exceda de la franquicia pactada, no libera al asegurador por los gastos, ni tampoco porque éstos no alcancen a exceder de esa franquicia".

Entendemos que salvo en lo concerniente a la proporción de reembolso indicada en el art. 73.2 LS para el caso del infraseguro, existe una total independencia entre los gastos de salvamento y la suma asegurada. El sustento de tal afirmación se encuentra en el primer párrafo del mencionado artículo que establece que la Compañía de Seguros tiene la obligación de reembolsar los gastos aunque "… excedan de la suma asegurada".

Entendemos que si la responsabilidad de la aseguradora en el reembolso de los gastos de salvamento, "excede" la suma asegurada, ello significa que esa responsabilidad es más "… grande". (Diccionario de la Real Academia Española), Por esta razón el asegurador debe reembolsar la totalidad de los gastos de salvamento, ya que la referencia de la ley se encuentra dada tanto para el máximo de la suma asegurada como para su mínimo representado por el monto de la franquicia. W. Sobrino

La CSJN en autos “Cuello, Patricia Dorotea c/ Lucena, Pedro Antonio y otros” y parte de la doctrina entiende a la franquicia como modalidad tendiente a estimular en el asegurado la prevención del siniestro. En nuestro criterio esa postura reitera un error habitual.

En efecto, la franquicia llamada también “seguro a segundo riesgo”, resulta ser una delimitación objetiva de la cobertura, de naturaleza contractual, que pone en cabeza del asegurado la asunción de ciertas consecuencias dañosas pero que de ningún modo está enfocada a la prevención.

Está relacionada con la frecuencia de la siniestralidad, tiene por finalidad liberar al asegurador de indemnizar los daños menores, debiendo sólo responder cuando la misma supere dicha base mínima. De esta forma el asegurador evita participar en los denominados “pequeños siniestros” inferiores a una cifra predeterminada, facilitando la gestión empresarial y elimina costos administrativos de mayor cuantía que el siniestro mismo.

No obstante ello y coincidiendo con su apreciación López Saavedra indica que a veces el establecimiento de las franquicias surge de los asegurados quienes buscan la reducción de la prima contratando el seguro con importantes franquicias, merced a su capacidad económica.

En ninguna de sus modalidades “simple o **absoluta**” su fundamento se encuentra en el principio de la prevención, sino por el contrario resulta para excluir los siniestros más frecuentes. Lo señalado tiene sustento en el hecho de que el asegurado puede contratar otro seguro a los efectos de encontrarse cubierto por dicho importe y/o eliminar la franquicia del contrato mediante el pago de una extraprima.

Por el contrario, el Descubierto Obligatorio, frecuentemente utilizado en las pólizas de Responsabilidad Civil, Seguro Técnico y Robo de Valores; también resulta ser una delimitación objetiva de la cobertura que opera sobre el daño y no sobre la suma asegurada por medio del que se establece una participación porcentual a cargo del asegurado “que no puede ser cubierta por otro seguro”.

De tal forma, el asegurado participa del daño en todos los siniestros, por lo que es éste y “no la franquicia” el recurso con el cual cuentan los aseguradores para establecer un limite para que los daños causados les sean trasladados integramente. Efectivamente en estos supuestos, al recaer una parte de la indemnización en el patrimonio del asegurado mantendrá el efecto disuasivo al que se refirió el supremo tribunal y que la doctrina quiere rescatar.

IMPUGNACIÓN DE LOS GASTOS DE SALVAMENTO

1. Contrato celebrado con un asegurador que haya emitido instrucciones: ejecución incorrecta no ateniéndose a su solicitud. Si no emitió instrucciones: si realizó gastos manifiestamente desacertados;

2. Contrato celebrado con más de un asegurador, pero con uniformidad de instrucciones, su inobservancia. Contratos celebrados con más de un asegurador, pero mediando instrucciones contradictorias, la realización de las diligencias que no aparezcan como las más razonables conforme las circunstancias del caso.

Se deberá acreditar:

(a) la existencia de instrucciones

(b) su inobservancia

(c) desacierto en la selección de medidas de salvamento en cuanto no se adaptan a las circunstancias del caso, cuando provienen de instrucciones contradictorias

(d) gastos manifiestamente desacertados. Aquellos que excedan su costo más allá de lo prudente pero para ello deben analizarse las características del caso en concreto.

Si los gastos fueron efectuados por un tercero tiene derecho al reembolso, pero sólo le sería exigible al asegurado y este a su vez tendría que repetir contra el asegurador, lo que prueba que la actuación del asegurado no resulta ser la de un mandatario del asegurador.

No obstante, por las normas del CCyC referidas a la función y acción preventiva, entendemos que los gastos realizados por un tercero también pueden serles exigidos al asegurador.

Las pautas de la ley de seguros argentina referidas al Salvamento, determinan que:

- ***se puede superar la suma asegurada,***
- ***no se aplica la franquicia,***
- ***no se reembolsa cuando existe dolo o culpa grave y el daño se haya incrementado.***
- ***dicho dolo o culpa grave debe ser personal del propio asegurado,***
- ***se debe reintegrar aunque resultaren infructuosos,***
- ***se reembolsan todos los gastos de salvamento salvo que fueran manifiestamente desacertados.***

CONDICIONADOS ABUSIVOS

Existen algunos condicionados de pólizas que pretenden vulnerar estas disposiciones legales excluyendo o limitando la cobertura de estos gastos lo que resulta ilegal.

Solo por enumerar alguna de las coberturas a las que hacemos referencia,

RC Producto: Límite Retirada de Productos.

Todo Riesgo Operativo - Sublímites:

Gastos de Aceleración o Costos Extras, Gastos Extraordinarios.

Gastos de Extinción de incendios

Estos gastos que tienen por finalidad evitar o disminuir el daño de un riesgo cubierto, deben ser considerados como “Gastos de Salvamento” y de los “Deberes de Prevención”.

Toda “exclusión de cobertura” de estos, aunque pretendan ser establecidas como caducidades convencionales, sea que se desprendan del contrato o que surjan de una reglamentación de la SSN, no le va a quitar la “nulidad genética intrínseca” de las mismas, dado que como bien enseña el art. 989 del Código Civil y Comercial “ … la aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial”.

En los considerandos de la RES. SSN 39327 relativa a Seguro Obligatorio automotor, de RC Automotor y de RC se incorporó como exclusión la responsabilidad del asegurado que pueda provenir del deber de prevención establecido en el artículo 1710 del CCyC.

El órgano de control indica que la finalidad principal del seguro responsabilidad civil es el resarcimiento de un daño, dejando de lado cualquier otra obligación no contemplada en el mismo ya que puede conducir a conductas disvaliosas.

La SSN refiere que la recepción del deber preventivo está en la excepción reglada en el art. 70, pero desconoce la existencia de los arts. 72 y 73 LS que casualmente son los que fundamentan la inclusión de tal excepción.

Por ello la Resolución de la SSN resulta violatoria de los artículos 72 y 73 LS normas inmodificables total y parcialmente por su letra o naturaleza conforme la categorización del art. 158 LS. Debido a que los mismos se encuentran expresados en términos imperativos y que el deber de salvamento resulta esencial en el contrato de seguro.

Se trata de una Cláusula “ilegal” que además aporta “confusión” en torno a los alcances del seguro, por cuanto una Cláusula de una Póliza no puede dejar sin efecto normas sustanciales del Código Civil y Comercial y de ningún modo podría pretender tornar inaplicables las disposiciones referidas al deber de salvamento, derivadas de los deberes establecidos en los arts. 72 y 73 de la Ley de Seguros.

Teniendo en cuenta que la evolución de la responsabilidad ha ampliado su horizonte amparando la prevención y su estrecha vinculación con el deber de salvamento es que las normas de los artículos 72 y 73 de la L.S. deben considerarse aun más como de naturaleza inmodificable.

CONSIDERACIONES FINALES Y CONCLUSIONES

Existe una interrelación entre el art. 1710 y el deber de salvamento del art. 72 y 73 de la LS pudiéndose establecer similitudes y diferencias y también resultan influencias de uno sobre otro.

En primer término el Deber de Prevención resulta ser una obligación cuyo cumplimiento puede ser exigido mediante la Acción Preventiva.

El Deber de Salvamento de la LS es una carga.

En la prevención, si un tercero evita o disminuye el daño podrá ser resarcido de los gastos incurridos de acuerdo con las normas del enriquecimiento sin causa.

En el salvamento, en cambio, el asegurador deberá resarcirlo siempre que las medidas no sean manifiestamente desacertadas, y ante el incumplimiento debe responder a menos que se acredite que el asegurado haya actuado con dolo o culpa grave en el incumplimiento de la carga y aun cuando ello pueda ser acreditado, sólo se podrá no resarcir el mayor daño producido por el incumplimiento, lo que equivale a decir que tiene que existir relación causal entre el incumplimiento y el daño originado por la inobservancia.

La prevención está direccionada de forma genérica a la idea de evitar los daños, y si los mismos fueron producidos, contribuir a su minoración.

La evolución social requiere para este momento histórico como respuesta al tratamiento de los de daños, que los mismos no se produzcan debido a que las indemnizaciones ex post resultan ser incompletas y tardías; siendo sujetos pasivos de la norma toda persona con lo que resultan obligados el dañador, la propia víctima y hasta los terceros.

El deber de salvamento de la LS se encuentra dispuesto como un deber de conducta para el asegurado que tiene una finalidad más específica ya que se encuentra direccionado a la evitación (y minoración) de los daños pero de un siniestro que resulte inminente.

De igual forma Meilij y Barbato indican que “El deber de ejecución de los actos de salvamento nace con la inminencia del siniestro, sin necesidad de requerimiento alguno del asegurador”.

De ello se concluye que para que dicho deber sea exigible, el asegurado tiene que estar enfrentando una “crisis” donde se manifieste la alta probabilidad de la ocurrencia del siniestro o el mismo ya esté ocurriendo.

No se deben confundir los gastos de salvamento con aquellos realizados tendientes a evitar su eventual producción, ya que éstos forman parte de los deberes de conducta de una persona razonable debiéndose considerar dentro de las acciones que todo buen hombre de negocios debe adoptar, razón por la que si no son causados por la inminencia de un siniestro, no deben ser considerados como gastos de Salvamento.

Soler Aleu señala que por el contrario el asegurador deberá reintegrar los gastos efectuados por el asegurado, si como consecuencia de un incendio en un lindero se adoptan medidas para evitar la comunicación del fuego hostil a su local, como pueden ser la contratación de peones llevar los efectos asegurados a otro local, o la realización de cortafuegos, aun cuando las medidas adoptadas no hubieran impedido el siniestro o disminuido los daños".

El "Deber de Prevención" es la aplicación específica del principio del alterum non laedere del art. 19 de la CN; no sólo respecto a que no existe un derecho a dañar, sino que del mismo modo hay que evitar que el daño se produzca.

El Deber de Prevención incluye situaciones que no se encuentran comprendidas dentro del Deber de Salvamento como serían todas las cuestiones que **“no son inminentes”**.

El asegurador se encuentra obligado al reintegro de los gastos que tengan como causa un deber de salvamento que son aquellos incurridos cuando se advierta la inminencia del siniestro o cuando el mismo comenzó a ocurrir.

La acción preventiva podrá ser direccionada contra el asegurado y su asegurador.

El art. 1712 CCC. establece la legitimación activa para quienes “acrediten un interés razonable”,

Las aseguradoras ante la inmediatez de la ocurrencia del siniestro pueden recurrir a la interposición de la acción preventiva a los efectos de “obligar” a sus asegurados e inclusive a los terceros víctimas de un hecho por causa de un riesgo asegurado, a la implementación de las medidas de salvamento ya sea para evitar o disminuir el mismo, de modo tal de que por medio de esta acción se puede verificar que en la relación asegurativa, esta carga del deber de evitar o disminuir los daños se ha convertido en una verdadera obligación exigible por parte del asegurador.

Muchas Gracias por su atención