



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

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

**MESA INTERNACIONAL. “ LA RETICENCIA A LA LUZ DE LOS
DIFERENTES MODELOS DE CONTRATO DE SEGUROS EN EL
DERECHO COMPARADO Y EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE
SEGUROS URUGUAYO.**

EXPOSITOR: DR. CARLOS SWHARZBERG (ARGENTINA)

Dra. Andrea Signorino Antes de comenzar, quería decirles que en las carpetas ustedes van a encontrar un cuestionario que nos gustaría mucho que lo respondan, porque estamos preguntando sobre los temas que a ustedes les interesaría tratar en futuras Jornadas y cuáles los que les interesaría tratar en tertulias que vamos a realizar este año, de unas dos horas de duración sobre temas que los socios o amigos de AIDA propongan. Ese es un nuevo proyecto para brindar más opciones a nuestros socios para que su afiliación les brinde mayores beneficios.

Tengo el gusto de tener acá a mi lado al Doctor Carlos Swharzberg, que es un amigo de la casa, y currículum es muy extenso, lo voy a resumir, es abogado de aseguradores y terceros, Doctor de Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires, Profesor de Derecho Civil en las Universidades de Buenos Aires y Belgrano, Profesor de Derecho Procesal en la carrera de post grado notarial de la Universidad de Buenos Aires, autor de más de cuarenta artículos y doctrina. Ha dictado y dirigido cursos de post grado en la Facultad de Derecho de Buenos Aires y en el Colegio de Abogados de la Capital Federal, integra la Comisión de Derecho de Seguros de la Unión de Abogados, representante del Colegio de Abogados de Buenos Aires ante la Federación Argentina de Colegios de Abogados, ha dictado conferencia y presentado ponencias en Congresos nacionales e internacionales. Sin más le doy la palabra:

Dr. Carlos Shwarzberg

Muchas gracias Andrea, buenos días, en primer lugar mi agradecimiento a AIDA URUGUAY por esta invitación que realmente es un momento en rosa y decirles que estamos en un lugar ideal, porque uno de nuestros más grandes juristas fue Nicolás Barbatto, quiere decir que estamos un poco bajo su auspicio. El escribió una de las mejores obras que tenemos en literatura del derecho, que se las recomiendo, “El Dolo y la Culpa”, uno de esos temas que tanto nos preocupan.

Nosotros sabemos que la instrumentación del contrato de seguros se construye con una exposición genérica del riesgo que se va a cubrir y a continuación todas las exclusiones y limitaciones que tiene ese riesgo. Yo lo dije en el orden que me parece lógico, no es el de la mayoría de las pólizas que empiezan por las exclusiones. Cinco páginas de exclusiones.

Naturalmente tiene que haber una correspondencia, un equilibrio entre ese riesgo asumido por el asegurador y el premio pagado. Cuando esto no se produce hay un desequilibrio. Otro de los desequilibrios groseros se produce cuando les pasa como les pasa en todos nuestros países que los jueces creen que siempre las compañías de seguros tienen que pagar, no importa cómo ni cuando ni porqué.

En realidad es un grosero error porque las compañías no pagan con sus bienes, pagan con el fondo de primas, de modo que si saco del fondo de primas para pagar lo que no corresponde, habrá otro que no va a cobrar.

Entonces para que esa correspondencia entre riesgo asumido y prima cobrada se pueda materializar, el asegurado está obligado a declarar al asegurador todos los detalles del riesgo que pretende asegurara. Sólo en conocimiento de esa información el asegurador, con los actuarios, podrá determinar la prima que corresponda, es un tema casi matemático.

Cuando esa información del asegurado no es completa, nace el problema de la reticencia que en definitiva es no haber informado todo lo que se sabía. Esto parece muy claro pero no lo es, en primer lugar, viene alguien y le agrega o debió saber, sobre todo si actúa sin culpa. Entonces el asegurado tiene que hacer una investigación para poder informar bien, y si no la hace, está incurriendo en reticencia. No le podemos pedir tanto. Ahora, el asegurado tiene que contarle al asegurador la historia o el asegurador le hace un interrogatorio? Son dos cosas diferentes. En Seguros de vida todos sabemos que se hace un interrogatorio y eventualmente la revisión médica. No se hace en los seguros colectivos, pero cuando es individual se hace y siempre se hace el interrogatorio. Esto quiere decir todo lo que al asegurador le importa para determinar la prima. Yo, como asegurado leo, y no tengo por qué saber lo que es importante para al asegurador, la información que lo doy no es científica porque no sé lo que le importa, si me lo pregunta es más simple, si ahí no contesto o miento, está clara la reticencia. Si no contesto una de las preguntas el operador igual celebra el contrato, estoy autorizado a pensar que este aspecto no le importa. Esto me hace recordar cuando un día hice una consulta con un médico del aparato digestivo, la secretaria me

dice, mire primero que nada vaya a la sala de espera y llene este formulario (5 hojas de preguntas) y para colmo tenía una información psicoanalítica y hacía cientos de preguntas relativas a esta faceta porque repercute en el aparato digestivo. En el fondo yo siempre le digo a la gente que es una típica mala praxis no preguntar bien, no podemos que el profano venga y nos cuente lo que él cree importante y esto va para un médico, un abogado, para cualquiera. Con un médico bueno va a decir por lo menos tengo la mitad del diagnóstico. El paciente, qué va a saber si es importante que le pique el talón izquierdo o no, para el médico puede serlo. Bueno, acá pasa lo mismo qué le importa al asegurador. Con todo la cosa se complica más según vamos a ver después. Entonces el concepto de reticencia sería ocultar algo que se sabe, porque lo que no se sabe no está obligado a decirlo o, falsear los datos, que esto es mucho más grave.

A esta altura me acuerdo de otro cuento: se encuentra un amigo con otro y le dice, mira yo le pedí a mi asesor de seguros que me cubra contra todo, yo no quiero tener sorpresas desagradables. Y, qué seguro contrataste. Incendio, robo granizo... pará, incendio y robo lo comprendo; pero granizo, ¿cómo lo provocas? Bueno... acá viene una historieta que tiene que ver con la legislación comparada que acabamos de escuchar. Cuando yo incurro en reticencia, el asegurador sufre un vicio en su voluntad, los vicios de la voluntad es un término inadecuado, pero no es un vicio, error dolo o violencia, por supuesto que también juegan en el seguro. Pero en el seguro las cosas son distintas, para mí no es un vicio de la voluntad sino una reglamentación específica de los seguros. Esto se debe a lo siguiente: si ustedes van pasando por todos los actos jurídicos desde el matrimonio hasta el mandato, van a ver que la parte de ese contrato no tiene obligación de investigar a la otra ni tampoco la otra tiene la obligación de informarle. El investiga lo que le gusta. Cada uno por su lado. Va a comprar una casa irá con un ingeniero, etc. Entonces fíjense qué interesante como el seguro es una excepción al régimen general de los contratos. Acá hay obligación de informar.

Ustedes se imaginan si en el matrimonio hubiera obligación de informar?

Yo acá tengo un manual de derecho mercantil, como dicen en España, y cuando habla de la declaración del riesgo dice: se encuentra entre las declaraciones de ciencia o conocimiento. No se trata de una declaración de voluntad, por lo tanto debemos diferenciar la declaración del tomador del riesgo que es una declaración de voluntad, y la que emiten las partes al contratar un seguro. Son dos conceptos diferentes. Por otra parte el régimen de nuestro Código Argentino, sobre vicio de la voluntad, tiene una serie de recaudos que deben cumplirse que no contiene la ley de seguros en absoluto. Son dos sistemas diferentes. La consecuencia de la reticencia es la nulidad del contrato, porque para que haya nulidad debe existir un problema en la celebración del acto jurídico. No después. Por eso tenemos que separar la reticencia en el momento de la contratación de la agravación del riesgo que es posterior. Un típico caso de reticencia en la jurisprudencia argentina es el seguro de automóvil que se declaró de uso particular y luego es utilizado como remise. Porque el uso como remise amplía los riesgos, son más horas en la calle,

más extraños transportados... entonces se produce el problema de la prueba. Yo puedo probar que este auto se usó como remise. Después de la celebración del contrato... entonces no importa, será agravación del riesgo y no reticencia.

Reticencia es cuando al celebrar el contrato, sabiendo que lo usaré como remise, declaro que es de uso particular porque la prima es menor.

Entonces como resultado de la nulidad del contrato empezamos a preguntarnos varias cosas:

¿Tiene que haber relación entre la reticencia y el siniestro? En nuestra ley esa vinculación no se puede probar aunque no falta autor que diga es necesaria. Estamos hablando de otra cosa, de cómo se tarifa el riesgo y como se acepta a cubrirlo.

Nuestra ley pide que además de reticencia se produzca otro elemento básico que es que el asegurador, de haber estado cerciorado del verdadero estado del vehículo, no hubiera contratado ese seguro o lo hubiera hecho de otra forma. Esta es una de las cláusulas hasta el monto de la prima. Muy bonito. ¿Qué asegurador? No sabemos si estamos hablando de un asegurador genérico prudente, buen padre de familia, o de un asegurador específico que actuó en el caso que nos ocupa. Las dos opciones son reconocidas pero son muy distintas. Son distintas también a la hora de la prueba, Qué debo probar, los hábitos, las costumbres, o la experiencia del asegurador en particular. Los ingleses que son muy prácticos dicen las dos. Hay que probar que el mercado no hubiera tomado ese riesgo y que este asegurador tampoco. Como lo nuestro no dice nada, es cuestión de interpretación y las dos opiniones se han sostenido. Creo que lo que importa es el asegurador específico. La ley dice el asegurador, no la plaza. Ahora cuando tengo que investigar qué hubiera hecho este asegurador frente al conocimiento completo del riesgo, necesitaría tener dotes de adivinación. Habría infinitas respuestas como personas y circunstancias. Entonces cómo se puede probar el futuro, creo que es una adivinanza. Pero a mí Juez, no me pueden pedir que adivine. Nuestra ley dice que esto es a juicio de peritos. Es decir que le tira la pelota a los peritos para que diga si el asegurador hubiera o no celebrado ese contrato. No aclara qué perito y es un problema dramático porque nosotros tenemos una ley de incumbencia profesional. Recorre cada una de las profesiones y dice para qué está capacitado cada uno. Esta investigación no esta en ninguno. Frecuentemente nuestros autores hablan de los actuarios, pero los actuarios hacen una estadística en base a la cual fijan la prima, esto no tiene nada que ver con si yo quiero o no asegurar ese tipo de riesgo, no importa la prima. Un actuario no puede imaginar que hubiera hecho el asegurador.

Un trabajo mío que esta en El Derecho, estudio cada una de las profesiones que se han propuesto y después de hacer este estudio yo concluyo que el contador es el que está más cerca. Podrá ver qué seguros se pueden cubrir. Aquellas compañías que tengan un manual técnico nos dirán una pista. No lo tienen todas ni todo está previsto allí. El Contador por lo menos puede estudiar que estuvo haciendo la compañía, pero como les comenté hay una cuestión de política o de gusto si quieren, cuanto cobro es otra historia. No es un problema de auditores que nos

digan como redacto las cláusulas, tiene que ver en la decisión empresaria si quiero cubrir ese tipo de riesgo. Sólo los Directores lo saben. Un Contador, investigando la contabilidad de la empresa puede determinar las líneas de cobertura habituales. Ahora viene el tema que se ha mencionado de la buena o mala fe. Otro drama. Drama técnico, teórico y de prueba. La buena fe consistiría en que yo todo lo que sé lo diga. Eso se da en condición con lo que dije antes. No puedo saber de todo lo que sé que le importa al asegurador.

La mala fe consiste en el ocultamiento o lo tergiversar. Esos son los casos fáciles. La zona gris es la complicada. Sin embargo las consecuencias de la nulidad del contrato son distintas si hubo buena o mala fe. Si hubo mala fe el asegurador puede retener la prima del período corrido y cuando hay mala fe, no se establece nulidad sino que hablamos de rescisión. El asegurador puede rescindir. Yo he visto como se usan ambos conceptos, rescisión y nulidad siendo tan diferentes. Nulidad es un problema que existía en el momento de contratar y rescisión es una decisión posterior del asegurador una vez enterado. Desde ya que la mayoría de las veces la reticencia se descubre con la producción de un siniestro donde se permite develar lo que estaba oculto; pero también el asegurador puede saberlo por otras vías. Si el asegurador lo sabía por otra vía e igualmente contrató, no puede pedir la nulidad porque él sabía.

Ahora qué podemos decir de la buena fe...el ignorar sin culpa, otra vez tengo que hacer dos investigaciones. Si aseguro un auto usado, tengo que ver qué grado de desgaste tuvo cada una de sus piezas? En realidad para no ocultar nada habría que saber todo eso... sí yo se algo y no lo digo... pero eso ni con un productor al lado no lo va a saber. En Estados Unidos el productor se sienta frente a una computadora y aparece un cuestionario con las preguntas más insidiosas que se les pueda ocurrir. Para que lo usa, dónde lo guarda, qué hace el fin de semana, dónde lo deja, quiénes lo manejan... cuando terminan las preguntas el asunto está tan aceitado que cuando termina aprieta un botón y le salen las cotizaciones como un traje de medida. El productor dirá esta prima es muy alta, la compañía es muy buena... este es muy barato, pero no te recomiendo la aseguradora... vamos a buscar por el medio, algo razonable y así elige la compañía que contratará. Nadie la hablará de reticencia si no ha mentido.

Dice nuestra Ley, que el asegurador una vez enterado de la reticencia tiene tres meses para impugnar el contrato. Si ustedes recorren la literatura jurídica van a ver que quiere decir esto de impugnar. La palabra impugnar aparece una sola vez en la impugnación de la paternidad ¡miren dónde hay que ir a buscarla! Los juristas difieren si impugnar será pedir la nulidad o bastará con un pronunciamiento del asegurado que diga que el contrato no vale.

Nada menos que Morandi considera que tiene que haber una demanda de nulidad, él tiene mucho peso en las opiniones, pero el resto cree que no es necesaria esta demanda sino que basta con una declaración. Supongamos que yo le digo al asegurado: mire me he enterado de tal cosa y por lo tanto este contrato no será válido, él me dice: bueno, está bien, fíjense haber desarrollado un juicio cuando el

asegurado está de acuerdo. Si además existe la posibilidad de reajustar el contrato. En alguna medida el asegurador y el asegurado pueden todavía revivir este contrato y hacerlo válido, porque la nulidad es susceptible de confirmación.

Vamos al tema de la palabra impugnación. Creemos haber encontrado la solución en una reforma del Código Civil que en un artículo agregó que la nulidad se puede hacer valer por vía de acción o de excepción y se terminó el problema. Esto quiere decir que frente a una demanda del asegurado pidiendo una indemnización el asegurador opondrá esta defensa y las excepciones no prescriben así que está claro que no hace falta la demanda de nulidad.

Veán este tema: son tres meses pero a su vez la ley de seguros dice que una vez producido el siniestro el asegurador tiene treinta días para pronunciarse aceptando o rechazando el siniestro y con la guillotina de que si calla quedó aceptada. Bueno... qué pasa si se superponen estos plazos, es decir durante los treinta días en la investigación del siniestro el asegurador se entera de la reticencia. ¿Qué plazo opera? Nuestra pregunta está planteada, la doctrina en general dice que como el plazo para rechazar es específico, mientras que la reticencia es genérico, para este caso corren los tres meses y los demás treinta días. Treinta días que pueden ser años... porque el asegurador puede callarse y pedir información complementaria y allí no hay plazo para que el asegurado la conteste. No va a poder por el plazo de prescripción. Recién cuando responda corren nuevamente los treinta días. Veán entonces el trato desigual que tienen ambos contratantes.

Yo pienso que los dos pasos son independientes y que una vez que vencieron los treinta días nada impide que el asegurador siga investigando y termine cumpliendo el plazo de tres meses.

Esta práctica de pedir información complementaria suele ser un poco viciada y he visto meter la pata a muchos liquidadores. Con toda razón el asegurado puede decirle que el plazo se venció, porque se justifica el pedido de información complementaria cuando del pedido anterior, yo dejé alguna duda razonable que usted deba aclarar, si no...esto es un jueguito de dilatar el cumplimiento de la obligación. De manera que hay que estar atento a esto porque si uno lo conciente no podrá discutirlo después, los abogados prudentes hacen las dos cosas: le dicen, mire usted no tiene derecho a preguntarme esto pero se lo voy a contestar igual, no sea cosa que... entonces hacen las dos y juegan con ambas.

Esta impugnación o declaración de invalidez del contrato debe ser notificada con las razones en que se funda. Tenemos 30 días, según un artículo alejado de la ley de seguros, las comunicaciones que deben hacerse entre las partes, dentro de determinado plazo, se cuentan desde que fue remitida, no recibida. Quiere decir que si el día anterior al cumplimiento de los tres meses el asegurador manda una comunicación de que el contrato no vale, ha cumplido. Algún autor dice que es una declaración recepticia, pero la ley no dice eso. Esto nos aclara un poco el asunto del plazo.

Con todo, el tema de la prueba de la reticencia es el drama mayor, aunque nuestra ley diga que a juicio de peritos, y aunque no diga qué perito es, por ejemplo les voy a contar un caso dramático, porque fíjense si nos pasa a nosotros como abogados.

En este juicio el asegurador alegó reticencia. Cuando presentó la prueba propuso un Contador y le preguntó exactamente lo que la ley de seguros dice que hay que preguntar: si yo hubiera celebrado el contrato de haber estado en conocimiento. Hay una audiencia después de la contestación de la demanda, en la cual se determinan qué pruebas se van a llevar a cabo. También nuestro Código dice que no se puede probar aquello que forme parte de la discusión. Teniendo en cuenta estas dos cosas el Juez va a decir qué pruebas se van a producir y cuales no. En el caso que les contaba dijo que estaba bien que fuera un perito Contador y lo nombró, el Contador hizo la pericia, finalmente llegamos a la sentencia, y el Juez dice que no era la prueba adecuada, por lo tanto no se cumplió el requisito legal: demanda rechazada. Esto es una típica celada, es una trampa, pero sucedió. Cómo el Juez haga lugar una prueba que no viene al caso y nombre a un experto. Además en ese caso la otra parte hizo impugnaciones, preguntas, participó... La otra parte no dijo nada, la dejó y participó. Esos son los riesgos que se corren.

Creo que les he dado un panorama, y responderé a sus preguntas al final de todas las exposiciones sobre este tema.

Muchas gracias.

Aplausos.