UCA
Pontificia Universidad Católica Argentina
Biblioteca digital
de la Universidad Catolica Argentina

Schiavo, Carlos Alberto

Tesis doctoral
Facultad de Derecho

Principios generales de los contratos comerciales aleatorios el contrato de seguro y el instituto de la reticencia

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la institución.
La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Schiavo, C. A. (2003). *Principios generales de los contratos comerciales aleatorios el contrato de seguro y el instituto de la reticencia*. Tesis doctoral, Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, Argentina. Recuperado el .....de
http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/tesis/principios-generales-de-los-contratos-comerciales-aleatorios.pdf

(Se recomienda indicar fecha de consulta. Ej: Recuperado el 19 de agosto de 2010).

Tesis Doctoral

PRINCIPIOS GENERALES

DE LOS

CONTRATOS COMERCIALES ALEATORIOS

EL CONTRATO DE SEGURO

Y EL INSTITUTO DE LA RETICENCIA

Por Carlos Alberto Schiavo

I.-PRELUSIONES

Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi, Juris praecepta sun haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere. Jurisprudentia est divinarum adque hamanarum rerum notitia, justi adque injusti scientia

Assecuratio est contratus nominatus quia sua natura est propus qualitatibus constant sicut reliqui usu et necesítate exigente nomen invenit

1.- A título de proemio de este trabajo y con el fin de iniciar la exposición del plan efectuado, exhibir las hipótesis sobre las que se desarrollará la obra, explicar los diversos temas tratados en la misma, y finalmente realizar el planteo de la tesis, su *disputatio* y defensa, me permito, emulando respetuosamente añosas obras doctrinales, señalar que tal vez otrora hubiera podido titular ésta como: ***De Reticenti In Segurus Contractu Aut Quo Modo Tento Ab Hac Tema Proclivitatem Mercatorii Iurisin Ritualem Disciplinam Formulariam Coaguire***.

2.- De tal manera denotaríase, con inicial evidencia, cual habrá de ser la principal hipótesis de trabajo vinculada a la que considero una tendencia del Derecho Comercial contraria a un tratamiento general adecuado y sistemático de los contratos comerciales que permitiera enunciar y regular principios generales rectores de toda la rica y variada gama de negocios jurídicos propios del vertiginoso interactuar del comercio.

3.- Existe entonces una inflación legislativa([1]) por la cual se corre tras cada uno de los nuevos y variados negocios mercantiles, que concluye así estableciendo leyes especiales para cada uno de ellos([2]). Estos complejos normativos se elaboran con criterios particulares, diversos, dispersos y muchas veces contradictorios. Alampando dar certeza y garantía a las nuevas instituciones que se crean, se concluye en una inadecuada casuista, sustentando

[1] **Risolía, Marco Aurelio**, Grandeza y Desprestigio de la Ley, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961, p.15

[2] Normativas que intentan exhibir una identidad especifica e independencia de las disposiciones generales. Se comienza entonces abusando de una especialización terminológica (muchas veces producto de malas traducciones de términos ajenos a nuestro lenguaje, o simplemente generando neologismos innecesarios), para intentar erigir luego una nueva rama del derecho (Derecho de Seguros, Derecho Bancario, Derecho Bursátil, Derecho Societario, Derecho Concursal, etc).

formulismos rituales ([3]) a la vez que se ve frustrada la expectativa de seguridad y respeto a la ley, se comienza a "penalizar" ([4])el derecho civil ([5]).

4.- En esta tendencia adversa a la formulación de un tratamiento sistemático y particular de los contrarios comerciales en general también cabe mencionar cuanto se refiere al concepto de los negocios mercantiles aleatorios. Máxime cuanto se tiene en cuenta todo el desarrollo técnico y dogmático jurídico, del concepto y teoría del riesgo([6]).

5.- Por otra parte toda investigación de Derecho debe necesariamente sustentarse y exponer preliminarmente claros principios iusfilsóficos, no se puede soslayar su enunciado en orden a la aplicación que éstos han de tener en los temas específicos que se tratan. Por tal motivo y exhibiendo una adscripción iusnaturalista y reconociendo la dialecticidad del derecho, no se puede aceptar falsas aporías, ni el llamado agnosticismo del derecho comercial que propone teleológicamente acompañar eficientemente al mercado.

6.- También es dable destacar que, así como las sucesivas generaciones de estudiosos de toda la materia y temática del derecho en general, y en especial en el que llamasen Derecho del Seguro, se ha realizado en dos sentidos: el uno, que tiende a

---

[3] Objetivo que, la mayoría de las veces no se logra, obligando entonces sean los Jueces quienes en definitiva deban salir presurosos a dar soluciones particulares, prácticas, coyunturales, en el estrecho marco del contencioso comercial. Además, que por cierto, el contencioso, no compone el mayor número de las cuestiones que a diario se resuelven en el mundo negocial.

[4] No es nuestra pretensión realizar un análisis pleno de todas las complejas relaciones interindividuales que genera la actividad económica a través de los tiempos, lo cual ha de merecer un trabajo particular al respecto. Pero que al exponer algunos hechos y teorías comprobados mediante la particular experiencia empírica, reconozcamos la falta de aprehensión metodologica del conocimiento, no quita sustento a la hipótesis, ya que como dice Pavarini, confesar públicamente la propia ignorancia..es siempre algo en extremo liberador (**Massimo Pavarin**i, *Dentro y fuera de la justicia penal, Apuntes y reflexiones sobre las estrategias emergentes en las políticas criminales*, Rev. Doctrina Penal 1985, p. 642).

[5] *....Una especie de euforia reglamentaria preside la acción de los poderes públicos. El legislador no se halla cohibido por la necesidad de consolidar los precedentes o derogarlos en forma expresa, y por tanto, es un problema hasta para el profesional del derecho determinar la norma aplicable y establecer qué vive y qué ha muerto en los distintos estatutos sancionados para regir un mismo orden de materias. A fin de lograr la efectividad de sus disposiciones, el legislador ha robustecido la sanción que acompa a al incumplimiento. El derecho común se carga de imperatvidad se penaliza ...* **Risolia, Marco Aurelio,** Grandeza...ob. cit., p. 17

[6] Situación que ha permitido también un criticable desarrollo de ese ritualismo formulario que muchas veces sirvió y contribuyó, cual cómoda elusión del problema, a resolver y dar solución a casos en que justamente la desarrollada teoría de los contratos sinalagmáticos conmutativos no les podía suministrar.

complacerse con la herencia receptada y, el otro, que porfía por revisarla con acucioso afán([7]) aquellas vivencias de Halperin y Morandi([8]) colmadas de inquietudes criticas y de denuedo renovador que se manifestasen a partir de la década del 50.

7.- Reconociéndome epígono de Morandi, y agradecido respecto a los demás grandes maestros comercialistas, no creo incurrir en ingratitud o en irreverencia ([9]), si expongo en concreto la tesis sobre lo erróneo y confuso del actual régimen específico de la reticencia para el contrato de seguro descoordinado de un sistema general de los contratos mercantiles aleatorios y que por ello reitera en la gran mayoría de sus disposiciones normas y regulaciones que deberían verificarse en aquellos principios generales.

[7] En este devenir de períodos de insurgencia y de apaciguamiento doctrinario, según prevalezcan o declinen las ortodoxias magistrales o los bríos y la lucidez crítica de los heterodoxos, debo reconocerme, heredero de dos grandes Maestros argentinos, como también supersticioso contemplador de todo el panorama descubierto y descripto magistralmente por estos antecesores, frente a los cuales pareciera en algunos existir un respetuoso temor de trasegar los bienes relictos.

[8] También debo rendir igual y respetuoso recuerdo a los miembros de la Comisión Asesora Consultiva y Revisora de la ley General de Seguros (creada por decreto 5495/59) y a los Dres. Colombres, Fontanarrosa, y Michelson que junto a Morandi integraron la comisión designada por la Secretaría de Estado de Justicia en el año 1967.

[9] Sin dejar de aceptar por ello los cambios y variaciones de los inmediatos antecedentes evolutivos del derecho comercial en general y del de seguros en

II.- LA DIALECTICIDAD DEL DERECHO PRINCIPALES APORIAS

8.- Ciertamente todo estudio y trabajo jurídico de investigación (inclusive aquellas obras hermenéuticas y las de comunicación y explicación exegéticas) no podrían, ni deberían soslayar una breve presentación de los fundamentos iusfilosóficos del autor.

9.- De esta manera hase de intentar una presentación coherente, con elaboración científica y suficiente exposición de las razones de Justicia que se desean lograr con los novedosos aportes y propuestas.

10.- Por las razones que fuera ([10]) la reducción de una obra de Derecho, a un manual instructivo de mera técnica de solución forense de conflictos, confeccionarle como una guía de actuación en las negociaciones cotidianas o bien tal como si fuera una exposición periodística de una determinada área del quehacer negocial, sume a tales trabajos y esfuerzos, en las profundas causas de la actual crisis del Derecho.

11.- Crisis de validez que se verifica en la desvalorización expuesta, fundamentalmente por el positivismo jurídico contemporáneo([11]) y también, crisis de vigencia ([12]), por la cual el Derecho ya no es lo Justo([13]), sino que se predica de él ser sólo una fuerza organizada

---

particular. Debiendo recordar y rendir también un homenaje con ello a Nicolás Héctor Barbato quien me honro con su amistad.

[10] Debiéndose lamentar que muchas veces el argumento esté vinculado a cuestiones de estrategia comercial de las empresas editoriales, mucho más resulta que sean los propios autores quienes estimen que no corresponden tales prelusiones por resultar una excesiva teorización filosófica ajena al plan y tema de la obra en cuestión. Se desconoce así que el Derecho está ordenado a la acción para dirigir las conductas humanas y en este sentido es un orden racional y a la vez un pensamiento práctico.

[11] **D´Ors, Alvaro**, Los Romanistas ante la actual crisis de la ley, Ed. Ateneo Madrid 1952, p. 15

[12] **Lamas, F lix Adolfo,** ver Editorial de Rev. Humana Philosophia, Bueos Aires, 1998, año II, nro. 3

[13] **Aristóteles**, Retórica, Trad. Antonio Tovar, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 46, quien señalaba :

.Εστι δε δικαιοσυνη μεν ασετη δι ην τα αυτων εκαστοι εχουσι ως ο νομοζ αδικια δε δι ηω τ α αλλοτρια ουχ ως ο νομοζ..... .

En tanto los romanos entendían : Constans er perpetua voluntas jus summ cuiqu triuendi.. **Ortolan M,** Instituciones de Justiniano, Ed. Biling e, traducción de Francisco Pérez Anaya y Melguiades Pérez Rivas, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964, p.27. O también Est autem a iustitia appellantum , nam ut eleganter Celsus definit ius est ars boni et aequi El Digesto del Emperador Justiniano, traducido y publicado en el siglo anterior por el Licenciado Don Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca, Ed. Enrique Vicente, Madrid, 1878, 1.1.1.

([14]). En nuestro temario particular se exige subordinar el Derecho a una supuesta e inevitable necesidad de imponer conjeturales leyes naturales de las ciencias económicas([15]) al ámbito de la regulación mercantil.

12.- Pero qué significa manifestarse adscrito a una concepción iusnaturalista, al trialismo y reconocer la dialecticidad del derecho, para tratar y desarrollar un temario propio de un ámbito eminentemente práctico cual es el derecho mercantil.

13.- Representa inicialmente apoyar un principio o axioma verdaderamente ontológico del Derecho, fundado en el concepto "libertad" del ser humano([16]). Reconociendo axiológicamente al concepto "libertad", también cabe aceptarlo como un sintético apriorístico que se enuncia en un principio. Según entendemos no ha sido considerado por el positivismo: " todo lo que no está prohibido o impuesto, está jurídicamente permitido"([17]).

14.- Se entiende entonces que, justamente, en el ámbito del genéticamente histórico derecho comercial, se afirme el principio de la "libertad" como un concepto jurídico, con independencia de la existencia de su expresa formulación o reconocimiento normativo([18]).

15.- Pero además recordando al maestro italiano Vivante([19]), podemos reafirmar que sería equivoco ver en una pureza metodológica del conocimiento, una creación del objeto dado en si en la realidad.

---

[14] **Ripert, Georges**, Evolución y Progreso del Derecho, en Crisis del Derecho,(traducción de La crisis del diritto, Padova 1953) Ed. Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1961, p. 14

[15] Se propugnan nuevo pseudovalores, idealizando etéreos entes de discutible ontologica existencia, tales como el mercado.

[16] **D´Ors, Alvaro**, Los Romanistas.....ob. cit. p. 17, ...La reacción antiabsolutista de hoy, en cambio se explica mucho mejor si tenemos en cuenta que acompaña, como fenómeno espiritual-del que depende, una nueva vivencia del derecho natural..

[17] **Cossio Carlos,** Cómo ve Kelsen a la Teoría Egológica del Derecho?, Rev. L.L. 31/12/1946

[18] **Tau Anzo tegui, Victor**, El poder de la costumbre, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 200. p.22

[19] **Vivante, Cesare**, Tratado de Derecho Mercantil, Ed. Reus, S.A. Madrid, 1932, 5ta. Ed. V.1, p. 5, quien en el prologo a la quinta edición de su tratado, sugiere a los estudiosos de la materia comercial, que no se enfrasquen en laboriosas especulaciones de gabinete o laboratorio, que no deben encerrarse en extensas consultas bibliográficas, para conocer la materia mercantil, para sistematizarla académicamente, para exponerla (escribiendo o enseñando sobre ella), o para proponer aquella legislación necesaria y útil para regular el fenómeno. El comercio y los negocios mercantiles, están, se encuentran y desarrollan en la diaria actividad de los comerciantes, en las bolsas y mercados, en el quehacer cotidiano de los factores y auxiliares autónomos del comercio, y es en tales lugares donde el estudioso deberá abrevar los conocimientos que requiere para llevar a cabo su labor científica.

No hay en esa condicionalidad del objeto por el sujeto dentro de la esfera del conocimiento un hecho de creación.

16.- Así como el naturalista no "crea" la naturaleza, pero la hace posible como objeto del conocimiento científico, el jurista tampoco crea el Derecho([20]).

17.- El punto de partida de todo análisis jurídico no puede prescindir del "hombre". Este encuentra en los demás hombres su imagen, reconoce los rasgos esencialmente comunes. Su propia vida social, en la que interactúa demuestra que posee sindéresis y conciencia ([21]).

18.- La sindéresis como el conocimiento y hábitos de los primeros principios prácticos de la razón que nos permite distinguir lo bueno de lo malo ([22]) y la conciencia, como la facultad de apreciar nuestra propia conducta juzgándola como acto de la razón práctica y según la norma, que son los principios de la ley natural manifestada por la sindéresis([23]).

19.- Ha sido fundamentalmente en el ámbito del comercio donde se acuñó aquel principio jurídico, por el cual los pares resolvían las cuestiones que se presentaban en las "*logias mercantil*". Aquellos magistrados *ad hoc* fallaban "a verdad sabida y a buena fe guardada", (S*ine strepitu et figura iudicci. Ex bono et aequo, solo veritate rei inspecta)* ([24]). Luego, cuando se realizaron compilaciones "jurisprudenciales" de aquellas reiteradas y contestes resoluciones, fueron naciendo las primeras normativas mercantiles basadas en el precedente, para facilitar la solución de los futuros conflictos([25]).

---

[20] **Legaz y Lacambra, Luis**, Kelsen, Estudio Crítico de la Teoría pura del Derecho y del Estado de la Escuela de Viena, Ed. Bosch, Barcelona, 1933, p. 230

[21] **San Juan Damasceno** (de Fid. Orth. I.4.c.23) conforme dice Santo Tomás de Aquino, en la cuestión XCIV, Suma Teológica,, ED. Club de Lectores, Buenos Aires, t.VIII, p. 49

[22] Epístola de San Pablo a los Romano 2.14: ...En efecto, cuando los gentiles no tienen ley, cumplen naturalmente las prescripciones de la ley... . En Suma Teológica del Santo Aquinate, ob. Cit. t. VIII, p. 21 cuestión XCI art. 2: ...no tienen ley escrita, tienen no obstante la ley natural, por la que cada uno conoce se da cuenta de los que es bueno y lo que es malo..

[23] **Montejano(h), Bernardino**, Curso de Derecho Natural, Ed. Abeledo Perrot, 5ta. Ed. Buenos Aires, 1994 p. 250

[24] **Acevedo, Carlos Alberto**, Ensayo Histórico Sobre la Legislación Comercial Argentina, Ed. Alsina, Buenos Aires, 1914, p.60 ....*se desecha todo lo que huela a sutilezas y formalidades de derecho como transgresión de la norma estricta de* proceder a estilo llano, verdad sabida y buena fe guardada... Asimismo el autor recuerda el decreto del 12 de Abril de 1936 por el que Rozas instituye los jueces de mercado (en los de Plaza Lorea y Monserrat)

[25] **Zavala Rodríguez, Carlos Juan**, Código de Comercio y Leyes Complementarias, Comentados y Concordados, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1971, t. 1 p. 8

20.- De tal manera queda demostrado, que históricamente, los comerciantes al desenvolverse en libertad y sabiendo distinguir lo bueno de lo malo, supieron actuar a conciencia, resolviendo jurídicamente las cuestiones mercantiles, que se planteaban entre ellos conforme *aequitas* y costumbre([26]) sin necesidad de un imperativo orden normativo. Éste surge con posterioridad, sobre la base del trabajo de inducción de principios generales, que tenían por origen la compilación de un gran número de resoluciones concordantes sobre casos similares.

21.- En esencia este orden de actuación mercantil no se ha visto modificado con el tiempo. Y así esta rama de lo jurídico participa también en su ámbito especial de la tensión entre los contrarios. Esta cualidad general del Derecho por el cual hemos predicado la dialecticidad de éste y que surge de la experiencia misma se manifiesta tanto por ser su constitutivo formal, un cualitativo (una cualidad que se da en la contrariedad), como desde el punto de vista metodológico tal como método silogístico de argumentación y cuya conclusión es meramente probable([27]). Probabilidad conjeturable que no obstante impedir se pueda predicar una verdad apodíctica en materia práctico-concreta([28]) no impide arribar a una verdad ([29]).

22.- La particular comprobación de la experiencia jurídica en el desenvolvimiento del cotidiano devenir del comercio nos permite comprobar, como excepción el conflicto o el enfrentamiento de intereses ([30]) salvo aquellas situaciones que verifican tensiones y

---

[26] *...Quedaron algunos sectores del Derecho fuera de esta magna y pujante empresa codificadora, como las prácticas administrativas, o incluso otros más reacios a adquirir forma codificada, como los usos mercantiles....* **Tau Anzo tegui, Victor,** El Poder de la ....ob. cit.., p.22

[27] **Lamas, F lix Adolfo,** La experiencia Jurídica, Ed. Inst. de Est. Filosóficos Sto. Tomas de Aquino, Buenos Aires, 1991, p.381

[28] Debiendo, por cierto, disentir con la concepción que siguiendo a **Oliver Wendell Holmes,** reduce Derecho al conjunto de las profecías respecto de aquello que los tribunales harán en concreto (La Senda del Derecho, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, p 21), y al trabajo del jurista en obra de predicciones sobre la incidencia de la fuerza pública por mediación de los tribunales de justicia.

[29] **Perelman, Ch,** Lógica Jurídica y Nueva Retórica, Traducción de Diez Picazo, Ed. Civitas, Madrid 1988. p.201 y ss

[30] La propia actividad mercantil supera el concepto aislado de un acto jurídico o de un contrato determinado. La acción profesional y organizada como empresa, implica necesariamente coordinación, colaboración y solidaridad. Conductas todas estas ajenas al concepto de conflicto y enfrentamiento de intereses. Ver **Etcheverry Ra l Aníbal**, Derecho Comercial y Económico, Obligaciones y contratos comerciales, Parte General, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1988, p.114 y ss. Sin por ello dejar de desconocer las tensiones propias de la actuación transnacional de grandes empresas, Ver **Sauret, H ctor C.** La desnacionalización del control de la economía Argentina y la legislación antimonopolio en Rev. Dcho Com. y las Oblig. Ed. Depalma, BuenosAires, 1970 p. 349; **Dunning**

divergencias de intereses que genera la actuación económica de los diversos tipos y magnitudes empresarias. Cuando el conflicto se exterioriza supone siempre dos partes enfrentadas, y estas tensiones de opuestos, también denota la dialecticidad del Derecho.

23.- La actuación económica de las grandes empresas (organizadas profesionalmente como sociedades) con una dinámica creativa, muy particular y vertiginosa en los últimos tiempos([31]), como así también la modesta gestión de las pequeñas y medianas empresas (con rudimentarios sistemas asociativos o unipersonales y familiares) muestran también la constante tensión entre las habituales y necesarias situaciones jurídicas de hecho que producen y las reglamentaristas exigencias normativas. Y así finalmente queda demostrado también que el Derecho es dialéctico por el contraste entre las formas fácticas y la formalidad normativa. No obstante que sendos opuestos busquen igualmente la realización de lo justo.

24.- Son bien conocidas las consecuencias de la hipertrofia de la ley en el moderno mecanismo del derecho, tanto que aquí no se pueden resumir en pocas y esquemáticas proposiciones. La multiplicación de los reglamentarismos comerciales ([32]), semejante a la multiplicación de las leyes naturales, debe necesariamente presuponer que el comerciante para observarlas deberá conocerlas, no obstante que ya no está en condiciones de hacerlo([33]). La publicación de las mismas, como condición de su

---

John H, La empresa multinacional, en Rev. Dcho. Com. y las Oblig. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1971 p. 165, **Alemann Juan A. y Sauret H ctor C.**Cartas enviadas por sendos autores al Director de la Rev. Dcho. Com. y las Oblig. Sobre el problema de la desnacionalización de empresas, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1972 p. 437

[31] **Romero Jos Ignacio**, Apuntes sobre la idea de empresa, en Rev. Dcho. Com y las Obliga, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1974, p. 601: *..es menester una regulación específica de la actividad empresaria, en consecuencia, distinta de aquella meramente laboral o aquella referida al sujeto capitalista, para articular una estructura propia y orgánica que posibilite la solución de los problemas nuevos que la empresa como tal implica e impone* , **Carranza Jorge A.** Notas sobre desarrollo, empresa y cambio social, en Rev. Dcho. Com y las Obliga.Ed. Depalma, Buenos Aires, 1972, p. 165 *...cabe computar que a la vera de un derecho de la sociedad de masas, que adormece las funciones de la responsabilidad social, sin reabsorber el sentimiento de trato injusto que alimenta el instinto de agresión, debe el jurista impulsar a surgir el derecho de la sociedad en desarrollo, donde los partícipes del todo social lo sean por derecho propio..*

[32] A guisa de mero ejemplo, podemos señalar críticamente que la Ley de Sociedades haya dedicado trece artículos para reglamentar la contabilidad de estos entes. Sometiéndose no sólo a la critica falta de dinamismo reglamentario, su vetustez, sino a las que provienen de las propias Ciencias Económicas, tanto por las omisiones, como por el excesivo casuismo.

[33] **Goldschmidt Werner,** Introducción Filosófica al Derecho, Ed. Depalma, Buenos Aires, 6ta ed. 1978 Cap. III. Se hace necesario aclarar que coincidimos con el autor en que muchas veces la multiplicidad legislativa esconde un autoritarismo proclive a la tiranización del ciudadano común al

imperatividad ha cambiado de carácter de presunción, convirtiéndose en ficción ([34]).

25.- Aceptar entonces esta dialecticidad del Derecho, nos ha permitido reconocer las principales aporías([35])empíricas ([36]) que se verifican en la realidad jurídica. Así, teniendo por meta Lo Justo, podremos hacer una propuesta teniendo en cuenta las aporías que se dan entre generalidad, singularidad([37]), entre totalidad, particularidad([38]), y entre estabilidad mutabilidad([39]) y otras aporías vinculadas a las anteriores ([40]).

---

que se coloca en una artificial situación de sospechar que esta violando alguna ley. Por ende más le convendrá guardar silencio sobre los abusos de la autoridad, que ser perseguido y condenado por su segura desobediencia a alguna ignota normativa. Muchas veces se ha utilizado el concepto de legalidad para tales fines (dentro de la ley todo, fuera de ella nada). Pero también dejamos establecido que disentimos con su vacuo humanismo agnóstico sobre el cual y siguiendo a **Reale Migue**l (Filosofía do Direito Ed. Saraiva, San Pablo, 1962) expone como propia su teoría trialista.

[34] **Carnelutti, Francesco,** La Muerte del Derecho, en Crisis del Derecho, Ed. Jur. Europa América, Buenos Aires, 1961

[35] Término que en castellano significa problemática , al igual que aporía como problema, son de origen griego απορια falta de camino o salida, imposibilidad, perplejidad, duda, carencia, dificultad. En tanto ποροζ= paso, pasaje, estrecho, vado, puente, mar, río, camino, senda, calle, por derivación medio o lugar por donde llegar a un lugar, para conseguir un fin, recuso.

[36] Para aporías del conocimiento jurídico ver **Legaz y Lacambra, Luis**, op cit. p. 311

[37] Tensión entre generalidad propia del orden normativo y la singularidad de la vida humana y que denota que las leyes humanas no puedan gozar de la infalibilidad que tienen las conclusiones de las ciencias. Cuando se parte de los principios generales hacia lo concreto singular mayor es la falibilidad. Por eso el Juez debe acomodar la ley general al caso concreto, interpretándola prudentemente de acuerdo con su entender y con la finalidad general del orden jurídico y del orden político: el bien común. Así por una parte se reclama un tratamiento igualitario general, en función de leyes que rijan para todos y por otra se exige el reconocimiento de lo singular de cada situación y ambos reclamos se formulan en nombre del Derecho y la Justicia (**Lamas, F lix Adolfo**, La Experiencia. Ob. Cit. p. 387). Además ver **Platon** El Político Ed. Porrua, México, 199,libro II, p. 46, **Santo Tom s de Aquino,** Suma Teológica, cuestión 46, art. I y II, ob. cit. p.; 71 **Francisco Su rez P.** Tratado de las Leyes y de Dios Legislador, Ed. Hijos de Reus, Madrid, 1918, tomo VI, p. 89

[38] La dialéctica del todo y la parte se inscribe dentro del tema más amplio de la tensión entre lo uno y lo múltiple. (ver en **Wener Jaege**, Paideia, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, duodécima reimpesión 1996, p. 172 y ss. desarrollo de las ideas de Parménides sobre la identificación del ser, uno y todo, quedando lo múltiple reducido a un plano metafísico. Parece claro que la tensión entre totalidad y particularidad no se corresponde con la antinomia totalitarismo y antitotalitarismo, sino más bien es un aspecto de la tensión entre abstraco y concreto. Se ha visto ya cómo, a partir del individualismo y del pactismo, puede llegarse a soluciones o tesis propiamente totalitarias (casos Hobes y Rousseau). El problema del todo y de la parte y la dialecticidad de sus recíprocas relaciones, no son fruto exclusivo de doctrinas determinadas, ni de planteos ideológicos. Por el contrario, emerge en el plano de la misma experiencia aunque, claro está, exige una respuesta del entendimiento. Pero la relación entre la respuesta y el problema no implica que deba confundirse éste, ensu planteo originario, con aquélla.. (**Lamas, F lix Adolfo**, La Experiencia....ob. cit. 415)

[39] La tensión problemática entre lo permanente y lo mutable lleva a que Perelman aluda a cierta inercia psíquica y social en virtud de la cual toda situación existente, toda opinión admitida, o bien todo estado de desarrollo continuo y regular, tiende a sostenerse. De ahí que cualquier cambio que los afecte deba ser justificado. Tal imagen de rancio origen positivista, sin embargo, no es feliz. Porque, más allá de la inadecuación de las categorías o conceptos de la física clásica a la materia ético-jurídica, la tendencia a la estabilidad no se presenta en la experiencia como un mero factum, sino

III.- EXPOSICION CRITICA AL REGIMEN DE LOS CONTRATOS COMERCIALES

Introducción

26.- Como bien señalan algunos autores([41]) es conveniente efectuar una clasificación de las contrataciones mercantiles, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de las partes intervinientes, pues de tal manera se podrá comprender la vastedad de las relaciones jurídicas que abarca el derecho comercial moderno.

27.- En efecto una es la contratación entre comerciantes (o empresas mercantiles ([42])) que se hallan en una posibilidad igualitaria de negociación y otra situación distinta aquella que se verifica en las relaciones de consumo que relaciona usuarios y consumidores con empresas predisponentes de condiciones generales de contratación y sistemas de distribución masivos([43]).

28.- Tampoco resultan similares y equilibradas las relaciones entre comerciantes cuando uno de ellos es una pequeña o mediana empresa (PYME) que se interrelacionan con un complejo jurídico económico de mayor envergadura, como son las grandes sociedades mercantiles o compañías internacionales (o empresas multinacionales) o bien las relaciones de los comerciantes individuales con PYMES de distribución y las relaciones de profesionales y de locación de servicios no laborales con los locatarios comerciantes y empresas.

---

como exigencia de la propia vida social en una de sus condiciones de posibilidad. El mero factum observable es que hay cosas que cambian y otras que no, y que algunas lo hacen más velozmente que otras. El problema surge cuando se comprenden la estabilidad y el cambio, ambos como exigencias del Derecho en su realidad, tal como ésta se aparece en la experiencia (**Lamas, F lix Adolfo**, La Experiencia, ob. Cit. p 422).

[40] Existen otras tensiones de la vida jurídica vinculadas con las principales aporías que se señalan: a) seguridad y justicia, libertad y autoridad y bien común y bienes particulares. Ver **Lamas, F lix Adolfo**, La Experiencia, ob. Cit. p. 438 y ss

[40] Respecto de la aporía normalidad y excepción jurídicas ver el resumen del trabajo monográfico de **Schiavo Carlos Alberto** publicado en la Revista La Ley Actualidad, nros. 162, p. 3 y 165, p. 3

[41] **Farina Juan M.** Contratos comerciales modernos, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 34

[42] **Mosset Iturraspe, Jorge,** Contratos Conexos, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1998, p. 78 menciona la opinión de Zavala Rodríguez (en Técnica, Derecho y empresa comercial, en Revista . Jurisprudencia Argentina doctrina 1970-452) respecto a que ..El contrato mercantil es hoy un acto de empresa, caracterizado por la contratación en serie por un lado y así mismo, por los negocios que tienden a relacionar a las empresas para el logro de sus objetivos.

[43] **Le Pera Sergio,** Cuestiones de Derecho Comercial Moderno, Ed. Astrea Buenos Aires, 1979, p.281

29.- Por otro lado como señala Caumont([44]) las nuevas figuras negociales convocaron la atención de los operadores académicos y pragmáticos con la misma rapidez que se produjo su irrupción y con el factor sorpresa a su favor, en tanto esas formulaciones contractuales que no respondían *ab origine* al comportamiento convencional del cuerpo social sino a la conducta de sectores posicionados empresarialmente en determinados estratos económicos y financieros, instalaron sus estructuras preordenadas al funcionamiento de conformidad con los designios y diseños adecuados a sus propios intereses y sistemas jurídicos de origen.

30.- La doctrina se debió polidimensionar y encargarse no solamente de continuar con la tarea de dilucidar los problemas clásicos, sino asimismo de la nueva problemática que las figuras en advenimiento plantearon en el plano básico de su conceptualización dentro de la teoría general del negocio jurídico.

31.- Esta apresurada y forzosa adaptación produjo no solamente la incorporación de vocablos y conceptos ajenos al lenguaje jurídico clásico ([45]), sino también formalidades, cláusulas y sistemas de difícil aprehensión por nuestra tradición e históricos principios contractuales.

32.- Por eso, como ya señalásemos, esta vertiginosa realidad produjo una disgregación del sistema de principios generales armónicamente estructurados en un código y que para algunos autores significa el umbral que indicaría el fin de las

[44] **Caumont Arturo** La denominada contratación moderna, en Instituciones de Derecho Privado Moderno, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001p. 643

[45] No pretendemos erigirnos en defensa inoportuna y conservadora de nuestro idioma, ni desconocer las reglas denominadas Inconterm, pero lo cierto es que hay tradiciones y conceptos historicos en los que irrupieron estos vocables de franchising, factoring, leasing, know how, engineering, underwriting, catering,shopping, cut off, cut through, claim made y muchos más que aún bien traducidos y adaptados no pueden discimular el camuflage que encubre todo un vagaje cultural y jurídico extraño, ajeno y hasta contradictorio a nuestro sistema y tradición normativo. Es que no se puede soterrar que esta tendencia tiene, a nuestro criterio, la oculta y sagaz intención de introducir no sólo anglicismos sino también los principios jurídicos de aquellos sistemas que los prohijaron. Tampoco adjuramos de la natural tendencia a la uniformidad normativa del comercio internacional y a la adapatación del domésticos a estos nuevos principios universales que se van gestando, mas la cuestión a la cual nos referimos es a la ruptura de nuestro sistema al que pretenden erigir en pieza de museo (a sabiendas que una ley requiere validez y vigencia para continuar siendo tal) para lograr una anomia propia del laisser faire, laisser passer (ver **Mosset Iturraspe Jorge**, Contratos Conexos.... p. 13)

codificaciones, para dar paso a una era de leyes especiales y particulares ([46])

33.- Por nuestra parte coincidiendo con quienes defienden la codificación como necesaria([47]), auguramos una importante misión futura ante la proliferación legislativa, pues se deberá conservar los grupos de reglas y principios generales contractuales que permitirán mantener una estructura coordinada, coherente y lógica para servir de guía reunificadora del derecho mercantil y sistemática de las normas especiales ([48]).

34.- Cabe reconocer que tampoco el código de comercio estableció un sistemático orden de principios generales de los contratos mercantiles([49]) y que mientras se abandonaba la tarea dogmática y legislativa necesaria hacia tal objetivo, se producían constantes reformas mediante la sanción de leyes especiales de sociedades, de títulos de crédito, de concursos y quiebras, de seguros y otros tantos más.

35.- A los fines del desarrollo de capítulo se impone entonces verificar y establecer:

.- Si resulta cierto y oportuno que la legislación mercantil deba unificarse con las normas comunes del código civil ([50]).

---

[46] **Anaya, Isaac L**. Código de Comercio y leyes complementarias, comentados y concodados, Ed. Omeba Buenos Aires, 965, p. 46

[47] Al respecto es interesante destacar el proceso de unificación nacional legislativa mercantil que acaba de ocurrir en los Estados Unidos de Norteamérica, quienes con sus propias características de codificación han dictado el Código Unificado de Comercio.

[48] **Etcherverry Ra l Aníbal** Manual de Derecho Comercial, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1983 p. 112

[49] **Etcherverry Ra l Aníbal**, Derecho Comercial y Económico, Obligaciones y contratos comerciales, Parte General, Ed. Astrea, Buenos Aires 1988 p. 71

[50] El planteo del tema y su discusión general no pretende profundizar ni introducirse en la polemica que bien ha expuesto y desarrollado entre otros **C mara H ctor** Una aproximación al proyecto de unificación Legislativa Civil y Comercial, en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Ed. Depalma, 1987 p. 379, por su parte **Martorell Ernesto Eduardo** Tratado de los contratos de empresa, Ed. Depalma Buenos Aires, 1993, p 12 dice que aceptando el concepto de derecho mercantil como derecho privado especial, aparece impuesto admitir como consecuencia- las nociones generales de las obligaciones que se estudian en el Derecho Civil por lo que no existiría un concepto comercial de la obligación diferente del aprendido en aquel, y agrega el autor glosado que también la teoría del contrato tal como ocurre en materia de obligaciones pertenece al Derecho Civil. Igualmente **Ascarelli Tullio** Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil, Ed. Bosch, Barcelona, 1964 p.136 nos expone que la nueva autonomía del derecho mercantil a partir de la internacionalización del comercio y la implementación de la Unión Europea, también habrá de requerir la necesaria unificación del derecho de las obligaciones, en tanto el mismo autor Ascarelli Tullio Introducción al Derecho Comercial y Parte General de las Obligaciones Comerciales, Ed. Ediar S.A. Buenos Aires, 1947, señalaba que el derecho comercial se constituyó como un derecho autónomo y especial en

.- Si es necesario sistematizar principios generales de los contratos mercantiles, tanto en lo que respecta a su celebración, como a la ejecución e interpretación de los mismos.

.- Si se deben establecer normas imperativas inmodificables por las partes contratantes, sobre la base de la aplicación de un concepto de orden público mercantil

.- Si es conveniente establecer solamente principios generales o también normas tipificantes especiales supletorias.

.- Si se debe regular dentro de un código o ley general de los contratos, disposiciones reglamentarias más propias de entes de control, fueran estos estatales o personas para-estatales o asociaciones particulares([51]).

36.- Por otra parte en el otro extremo de estas complejas relaciones comerciales se ha instalado un nuevo paradigma que, cual místico septentrión, ha erigido todo un sistema que alamparía la protección de un nuevo "ser" llamado " el consumidor" que cual novedoso incapaz de hecho en la contratación mercantil ([52]) se presenta como víctima pasiva del sistema de producción y distribución. Luego de reconocer por cierto esa innegable realidad que exhibe diferencias sustanciales entre las partes contratantes, estas nuevas conductas de venta que agreden al individuo con las más refinadas y sutiles técnicas de inducción, que ausculta en los instintos humanos para concluir haciéndole creer que en el consumo satisface una imperiosa necesidad esencial para su subsistencia social, también es dable reconocer que esta tendencia "paternalista" ha omitido un análisis críticamente moral, prescindiendo afianzar el precepto fundamental de la "libertad individual" la cual nunca debe ser

contraposición al derecho romano-canónico común, entonces vigente y por lo que elaboró sus institutos y sus principios en relación a materias perculiares.

[51] **Anaya, Jaime Luis**, La Unificación del derecho privado un replanteo necesrio, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anales año XXXV, segunda época nro. 28, p. 42

[52] Cabe observar en este sentido que mientras el artículo 42 de la Constitución Nacional, impone a las autoridades proveer a la protección de los derechos de los consumidores y usuarios a la vez que dictar la legislación para establecer procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, el artículo 14 bis de la Carta Magna no establece en la protección del trabajo que las autoridades deban proveer a la protección de tales derechos, tan solo indica que las leyes protegerán asegurando al trabajador una serie de derechos, sin establecer procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos.

graciosamente paternizada o absorbida por el Estado([53]). Igualmente pareciérase abjurar del principio en virtud al cual la confianza, expectativa y lealtad y fundamentalmente diligencia, resultan exigible a ambos contratantes.

37.- Entendemos que también en esta materia ha llegado el tiempo de revisar críticamente las presumidas certezas de algunas afirmaciones absolutistas que soslayan con prejuicio paternalista la imperativa diligencia que se debe también exigir a esta nueva criatura del consumidor, en torno de la cual se ha ido erigiendo un enmarañado arañil de normas y regulaciones reglamentarias entre las cuales queda más bien atrapado que protegido ([54]).

---

[53] Cuando en el preámbulo de nuestra Constitución Nacional se efectúa una clara invocación a Dios como fuente de toda razón y juticia se está expresamente imponiendo a todo el orden jurídico argentino un mentor y una finalidad: establecer lo mejor posible un orden encaminado a la realización del orden moral que sin negar la individual espiritualidad del hombre y su libre albedrío le establece las cargas y obligaciones propio de su naturaleza gregaria para la realización del bien común. Asimismo como menciona Mosset Iturraspe Jorge, Contratos Conexos, ob. cit. encabezado: *Un Estado sin concepción ética, no pasa de ser una banda de asaltantes Obistpos argertinos recordando a San Agustín* y un mercado sin pautas o criterios morales se vuelve una selva descarnada y cruel, agresiva e injusta J.C. Scanone y otros Etica y Economía, Bonum Buenos Aires 1998. Es por eso que en esta materia no se puede dejar de recordar las palabras del Sumo Pontífice en Centesimus annus: *No es malo el deseo de vivir mejor, pero es equivocado el estilo de vida que se presume como mejor, cuando está orientado a tener y no a ser, y que quiere tener más no para ser más, sino para consumir la existencia en un goce que se propone como fin en sí mismo. Por esto, es necesario esforzarse por implantar estilos de vida, a tenor de los cuales la búsqueda de la verdad, de la belleza y del bien, así como la comunión con los demás hombres para un crecimiento común sean los elementos que determinen las opciones del consumo, de los ahorros y de las inversiones. A este respecto, no puedo limitarme a recordar el deber de la caridad, esto es, el deber de ayudar con lo propio superfluo y, a veces, incluso con lo propio necesario , para dar al pobre lo indispensable para vivir. Me refiero al hecho de que también la opción de invertir en un lugar y no en otro, en un sector productivo en vez de otro, es siempre una opción moral y cultural.* , y continua diciendo Juan Pablo II: *Estas críticas van dirigidas no tanto contra un sistema económico, cuanto contra un sistema ético-cultural. En efecto, la economía es sólo un aspecto y una dimensión de la compleja actividad humana. Si es absolutizada, si la producción y el consumo de las mercancías ocupan el centro de la vida social y se convierten en el único valor de la sociedad, no subordinado a ningún otro, la causa hay que buscarla no sólo y no tanto en el sistema económico mismo, cuanto en el hecho de que todo el sistema sociocultural, al ignorar la dimensión ética y religiosa, se ha debilitado, limitándose únicamente a la producción de bienes y servicios. Todo esto se puede resumir afirmando una vez más que la libertad económica es solamente un elemento de la libertad humana. Cuando aquella se vuelve autónoma, es decir, cuando el hombre es considerado más como un productor o un consumidor de bienes que como un sujeto que produce y consume para vivir, entonces pierde su necesaria relación con la persona humana y termina por alienarla y oprimirla.*

[54] En esta nueva relación económica y de protección de los derechos de los consumidores se ha puesto necesariamente al Estado como garante, lo que ha redundado en una sobre estimación de la confianza del consumidor en los controles y garantías estatales. Así en materia de seguros el consumidor trata de celebrar el contrato con aquel asegurdor que le brinde el menor precio en la confianza que la contratación y su situación de consumo está protegida y garantizada por el Estado, todo lo cual no resulta acertado en los términos previstos en la ley 20091 y la incontrastable realidad que muestra las consecuencias de la liquidación forzosa en curso de 160 aseguradores.

38.- Por último, la actual tendencia hacia la internacionalización mercantil([55]) a partir de nuevos sistemas de comercialización de bienes y servicios por medio de la comunicación radio-telefónica entre terminales cibernéticas, el establecimiento legal de la firma digital, la contratación virtual entre los más destacados avances también han conmocionado el régimen de los contratos mercantiles([56]).

La contratación civil y la mercantil

39.- El derecho contemporáneo viene elaborando técnicas para enfrentar las nuevas condiciones que plantea la multiplicación masiva de las relaciones económicas, donde mantener el concepto contractual enmascara la realidad en vez de expresarla, debiéndose admitir estas nuevas fuentes excepcionales de obligaciones *ex- contractus*([57]).

40.- Esta realidad también exhibe claramente que hay contratantes que tienen una actuación profesional([58]) y que como tales se han organizado para emprender una actividad en procura de un objetivo interesado([59]). Para la realización de esta finalidad necesitan fundamentalmente vincularse con quienes necesiten (o sean inducidos a necesitar) y soliciten los productos y servicios que genera esa organización.

41.- Esta profesionalidad esta determinada por:

.- Habitualidad: La organización es un medio para realizar una actividad que genéticamente se estima constante y permanente.

[55] **Anaya, Jaime Luis** La Unificación ob. cit. p. 50
[56] Ver Principios sobre los contratos comerciales internacionales, Unidroit, Roma 2001, directiva 1999/93 CE del Parlamento Europeo por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica, Draft uniform rules on electronic signatures, United Nations Comisión on internacional trade law, 1998 y legislacion argentina ley
[57] **Masnatta H ctor**, El Contrato Necesario, Ed. Abeledo Perrot, Monografías Jurídicas n 91, Buenos Aires, 1964, p. 76
[58] ver **Turrin Daniel Mariano,** Un ilustrativo fallo sobre las consecuencias del status de contratante profesional del Tribunal de Nimes Francia, Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Ed. Depalma año 1990-B p. 799
[59] **Anaya, Jaime Luis**, Notas sobre la empresa, en revista Derecho Comercial, notas, fallos y doctrina, Editorial Educa, Buenos Aires, 1997, Tomo I notas, p. 21

.- Organización administrada: Es una característica de toda múltiple interrelación humana que cuando existe coincidencia en el conjunto hacia determinados objetivos se coordinen con determinado orden, estableciendo una organización de todos esos medios humanos y técnicos con sub-agrupaciones funcionales dirigidas y subordinadas mediante una forma de administrar todo ese complejo([60]).

[60] Esta dinámica de la interrelación puesta en acción en forma cordinada y con un orden de subordinación ha sido siempre aborada por las ciencias económica y de la administración, pocas veces se ha visto trabajos multidisciplinarios en los que intervinieran las ciencias jurídicas. Estas organizaciones en algunos casos han llegado a tener tal importancia que debieron establecer ordenes normativos internos, manuales de administración y sistemas, formas de interrelación que han sido estudiados muy circunstancialmente por el Derecho Laboral.
La palabra "Administración", se forma del prefijo "ad", hacia, y de "ministratio". Esta última palabra tiene su raiz en "minister", vocablo compuesto de "minus", comparativo de inferioridad, y del sufijo "ter", que sirve como término de comparación. Así "magister" (magistrado), indica una función de preeminencia o autoridad -el que ordena o dirige a otros en una función-, "minister" expresa precisamente lo contrario: subordinación u obediencia; el que realiza una función bajo el mando de otro; el que presta un servicio a otro. Por lo que podemos concluir que administración brinda la idea de que nos estamos refiriendo a una función que se desarrolla bajo el mando de otros, de servicios que se prestan y por tanto servicios y subordinación son los elementos principales con los que funciona una organización. Desde el punto de vista dogmático se han dado diferentes conceptos de administración alguna de las cuales nos son dadas por **Chiavenato Idalberto** en Introducción a la Teoría General de la Administración Editorial Mc Graw Hill, México 1985 y así menciona que para Clushkov administración es un dispositivo que organiza y realiza la trasformación ordenada de la información, recibe la información del objeto de dirección, la procesa y la transmite bajo la forma necesaria para la gestión, realizando este proceso continuamente, en tanto para Guzmán Valdivia sería la dirección eficaz de las actividades y la colaboración de otras personas para obtener determinados resultados, en tanto que para Brech es un proceso social que lleva consigo la responsabilidad de planear y regular en forma eficiente las operaciones de una empresa, para lograr un propósito dado. Ssiguiendo al autor glosado este menciona a J. D. Mooney para quien administración es el arte o técnica de dirigir e inspirar a los demás, con base en un profundo y claro conocimiento de la naturaleza humana al tiempo que contrapone esta definición con la que da sobre la organización como la técnica de relacionar los deberes o funciones específicas en un todo coordinado. Por su parte Peterson and Plowman entienden que es una técnica por medio de la cual se determinan, clarifican y realizan los propósitos y objetivos de un grupo humano particular y Koontz and O'Donnell: consideran la administración como la dirección de un organismo social, y su efectividad en alcanzar sus objetivos, fundada en la habilidad de conducir a sus integrantes, en tanto que para F. Tannenbaum es el empleo de la autoridad para organizar, dirigir, y controlara a subordinados responsables (y consiguientemente, a los grupos que ellos comandan), con el fin de que todos los servicios que se prestan sean debidamente coordinados en el logro de fin de la empresa , por último uno de los autores considerados inclusive como el padre de la moderna administración **Henry Fayol** dice que "administrar es prever, organizar, mandar, coordinar y controlar Cada una de las anteriores definiciones , si las analizamos con detalle,nos llevará a penetrar en la verdadera naturaleza de la administración y a sus propiedades distintivas.
Estas definiciones son validas para toda clase de administración (Privada, Publica, Mixta, etc.), y para toda especie de organismo (industriales, comerciales o de servicios). Se puede concluir que la administración es la suma de funciones en un proceso integral para planear ejecutar con un orden e integrar una actividad o relación de trabajo, la que se fundamenta en la utilización de recursos para alcanzar un fin determinado.

.- Orden normativo interno: mediante el cual se establecen las disposiciones y ordenes con la finalidad de lograr aquello que se presupone el mejor funcionamiento de la administración de la organización empresaria([61]).

.- Factor de producción: en el concepto de producto nacional se incluyen diversos factores que *latu sensu* podemos decir que son generadores de riqueza, tales como tierra, capital, trabajo, gerenciamiento, riesgo empresario ([62]) y esta actividad colectiva y organizada, tanto individual como sectorialmente (conjunto de unidades organizadas con similares objetivos interesados) se caracteriza también por ser uno de esos factores productivos.

.- Retribución: el emprendimiento procura la obtención de un resultado general retributivo ([63]).

.- Permanente capacitación, económica y financiera: En la etapa genética de la actividad profesional la capacidad económico financiera se constituye en un presupuesto esencial([64]) y se manifiesta inicialmente en el aporte mínimo que se requiere para comenzar la acción, pero luego en la etapa funcional no sólo es una cualidad de la actividad sino que fundamentalmente se constituye en

---

Respecto de la evolución histórica del concepto de organización administrada, y conceptos de organización formal, organización humana en general y organización como coordinación interna de la empresa, ver **Jimenez Castro Wilburg**, Introducción al Estudio de la Teoría Administrativa, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1968 y **Fernandez Escalante Fernando M**, Dirección y Organización de Empresas Públicas y Privadas, Ed. Macchi, Buenos Aires, 1973, **Perel Vicente L.** Administración de Empresas en la Argentina, Ed. Macchi, Buenos Aires, 1969.En cuanto a los más actuales conceptos de empresa, organización y administración ver **Hammer Michel, y Campy James,** Reingeniería, Ed. Norma, Bogota, 1994 y **Schmitt Guillermo R,** Turn Around, Ed. Atlántida, Buenos Aires, 1994

Esta busqueda del concepto de administración estrechamente vinculado al de organización no se puede desentender del valor espiritual trascendente del hombre y que Juan Pablo II expusiera en Laborem exercens

[61] Este ordenamiento en algunos casos ha llegado a tener tanta amplitud que se extendió a regular los comportamientos privados de los agentes de la empresa, determinando el tipo de vestimenta, lugares donde no es recomendable que concurra, etc.

[62] **Gonzalez, Norberto y Tomasini Roberto**, Introducción al Estudio del Ingreso Nacional, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1986

[63] Lo que justamente conforma la contracara del concepto de factor de producción y cuya sumatoria nacional conformaría el concepto de renta nacional (latu sensu)

[64] Tal requisito se puede ver entre otras disposiciones en aquellas reglamentaciones societarias que exigen una suma mínima de capital suscripto y realizado que pueda ser suficiente para la consecución del objeto social

un deber y que no está determinada por una mera acumulación de activos, sino también por una racional previsión, ahorro y máxima disminución (tendiente a la eliminación) de los riesgos que afectan o se sabe afectarán la actividad.

.- Permanente capacitación técnica: Durante el devenir de la actividad profesional se constituye no sólo como una característica de la misma sino también en una carga que impone contar con medios técnicos actualizados, personal en número y con conocimientos suficientes y asistencia de personas expertas. Esta característica que erigimos además en carga, se manifiesta a favor de una estricta exigencia e interpretación del "saber" del profesional mercantil.

42.- Aquella vinculación a la que hicimos referencia, entre la organización, los usuarios y consumidores de servicios y productos se efectiviza concretamente mediante actos jurídicos. La mayoría de estos actos se conformarán mediante el mecanismo típicamente contractual, otras veces aquellos actos tendrán sólo una estructura contractual sin llegar a ser estricta y jurídicamente contratos([65]). Puede ocurrir que en algunos casos estos negocios jurídicos se desarrollen en el ámbito común de libertad y voluntad convencional([66]), pero no se puede continuar insistiéndose solamente por tal circunstancia formal y natural que existe en esencia una única y común contratación civil y comercial([67]).

---

[65] Ver **Masnatta, H ctor**, El contrato necesario... ob. cit, en la cual el autor expresa. ...*Se asiste a una seudomórfosis del contrato. Este no existe, se ha instalado una relación jurídica forzosamente constituda por el Estado dando cauce a un interés privado pero con el fin de interés público que hunde sus raíces en la justicia social, le emegencia o la economía dirigida...*

[66] Tal como señala el punto 159 de los Fundamentos del PD685/95, ..*El denominado dogma de la autonomiía de la voluntad o de la autonomía privada es considerado en Argentina un principio general del Derecho, de fuente constitucional (XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1997) Coincidentemente la doctrina fracesa moderna se le atribuye ser uno de los fundamentos del orden civil (Cornú), con valor de principio (Carbonnier), y se afirma que el consentimiento sigue siendo el elemento primordial creador de obligación (Mazeadu-Chabas). Aun admitiendo la existencia de un flujo y reflujo en la autonomía de la voluntad (Malaurie-Ayn s), y que no es absoluta, se sostiene sin embargo que sigue siendo la regla (Flour.Auberto) y que su titulada crisis no se manifestará, sin dudas, por una desaparición definitiva de este principio (Larroumet). Se advierte también que en los últimos a os resulta evidementemente un rebrote de eficacia de ella (Bénabent)...Los principios de UNIDROIT establecen claramente que las partestiene libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido..*

[67] Ver **Alsina Atienza, Dalmiro,** El Proyecto de Unificación de Normas Civles y Comerciales Agunas de sus muy graves falencias, en Rev. E.D. nro 6844 del 19 de Octubre de 1987 p. 1

43.- Cuando se describen las características y se analizan los diversos, múltiples tipos y formas de contratos comerciales se soslaya destacar la falta de un tratamiento sistemático normativo y particular de los principios generales rectores de los contratos mercantiles([68]), es por ello que necesariamente (en virtud a lo establecido en el artículo 207 del Código de Comercio) se recurre a la normativa civil a la cual se quiere comercializar so pretexto de unificarles.

44.- Por otro lado se encuentran aquellas relaciones negociales no profesionales en las cuales ninguno de los contratantes posee las características antes expuestas para los contratos mercantiles. Estas tienen aquellos presupuestos y efectos distintivos y propios de las llamadas convenciones paritarias y sin que esencialmente se requiera que en todos los casos exista un contenido económico retributivo.

45.- Nuestra legislación civil, con muy buen tino ha establecido una teoría general de los actos jurídicos y de las obligaciones, pero a nuestro criterio, no ha establecido una teoría general de los contratos.

46.- Ciertamente y luego de la innecesaria y deficiente ([69]) definición de contrato que obra en el artículo 1137 el legislador dedica seis artículos del Código Civil para un muy criticado enunciado de la clasificación de los contratos, pasando luego directamente a tratar el consentimiento en los contratos. Capítulo que justamente resulta aquel en que más se puede observar las fundamentales diferencias entre los contratos mercantiles de los civiles.

47.- Los capítulos II a IV del Título I del Código Civil referidos a los contratos en general, omiten considerar las esenciales diferencias entre la contratación mercantil y civil, solo pasa a referirse a los principios referidos a estos últimos. En cuanto al capítulo VI el mismo merece un particular análisis por la importancia de los principios establecidos en sus artículos que

[68] **Etcheverry Ra l Aníbal,** Derecho Comercial ob. cit. p.11, el autor establece que en nuestro derecho existen importantes autores que sostienen la existencia o la necesidad de contar con un régimen de obligaciones y contratos comerciales, al punto de proponer reformas a la legislación, ampliando en este sentido la esfera mercantil, autores con quienes a la sazón resultan coincidentes las hipótesis sobre la base de las cuales hemos elaborado el presente trabajo.

[69] **Fontanarrosa Rodolfo O.** Derecho Comercial Argentino, Doctrina General de los Contratos Comerciales Ed. Victor P. Zavalia, Buenos Aires, 1979, t.II p. 19 y ss.

se proyectan a toda la amplia gama de los negocios jurídicos en general.

48.- El proyecto de Código Civil (del PLN orden del día 1064/87) a partir del artículo 1143 propone una confusa mixtura de normas civiles y comerciales que concluye con un dudoso precepto limitativo de la fuerza obligatoria de los contratos. El artículo 1197 del proyecto intenta perseguir el justo equilibrio entre dos valores jurídicos que suelen verse contrapuestos, en los problemas cotidianos, el valor seguridad y el valor equidad. Tal como lo hemos dicho([70]), la excepcionalidad de la aplicación del principio de epiqueya por muy respetable que sea, jamás podrá prescindirse del otro valor, porque la falta de seguridad, desemboca en pura arbitrariedad que es también injusticia([71]).

49.- Por su parte el proyecto (Comisión decreto 468/92), si bien enuncia en la nota de elevación de la comisión que circunscribió su labor al propósito de proyectar la puesta al día y la unificación del régimen de obligaciones y contratos civiles y comerciales, en el Libro Segundo, Sección Tercera, Parte Primera, entendemos que sólo logró cumplir en gran medida el primer objetivo, mas respecto de los contratos mercantiles directamente obvió todo tratamiento especial.

50.- Un breve análisis del título XI sobre la interpretación de los contratos nos exhibe inicialmente un artículo 930 de muy infortunada condensación del principio de la buena fe, para continuar en los siguientes seis artículos explicando lo que actualmente enuncia el artículo 218 del Código de Comercio, pero por cierto esto no significa que en este proyecto de reforma se haya establecido un sistemático tratamiento de los contratos mercantiles.

51.- Por último está el PD685/95 que con mayor precisión ha intentado un tratamiento general y sistemático de los principios generales de los contratos civiles y comerciales. En el mismo los contratos que nosotros hemos denominados paritarios (o negociados) son llamados discrecionales, a los que se contraponen los contratos predispuestos.

---

[70] **Schiavo, Carlos Alberto**, El concepto Aristotélico de la Equidad. Op. cit

[71] **Alsina Atienza Dalmiro,** El respeto a la ley en el pensamiento Jurídico de Héctor Lafaille (Reflexiones sobre la función del juez, la ley y la sentencia como fuentes del derecho) rev. L.L. 124-1221

52.- No obstante la mejor elaboración respecto de los anteriores proyectos de reforma y unificación cabe analicemos brevemente algunas de las consecuencias que, entendemos, produce una forzosa yuxtaposición de principios bajo la deseada finalidad de unificación([72]):

.- En el artículo 899 se efectúa la incorporación de una técnica legislativa extraña a nuestro sistema, estableciendo un breve listado de definición de contrato y de los diversos tipos de contratos según la forma en que se manifiesta el consentimiento contractual.

.- Como parte del siempre criticado sistema normativo casuístico o de definiciones cabe inquirir exegéticamente cual sería el principio general aplicable a la posible existencia de un contrato parcialmente discrecional cuando existen algunas estipulaciones determinadas de común acuerdo y parcialmente predispuestas cuando otras estipulaciones fueron determinadas unilateralmente por alguna de las partes

.- También no se atina a encontrar un principio general rector de los contratos discrecionales que contengan estipulaciones con tipicidad social.

.- Por otro lado, cual ha de ser el principio general de interpretación que se deberá usar respecto de los contratos predispuestos cuando ambas partes actúan profesionalmente, pero además la parte no predisponente detenta una posición dominante en el mercado, o monopólica de hecho u oligopólica, o bien simplemente una posición preeminente en la negociación contractual.

.- En el inciso a) del cuestionado artículo 899 se define al contrato como el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales, dejando fuera del sistema contractual todos los acuerdos de naturaleza civil que no establecen relaciones jurídicas patrimoniales. Tampoco se especifica cual es el sentido de "relación jurídica patrimonial" máxime a la luz de lo prescripto en los artículos 214 y

[72] Sin por eso sentirnos aludidos por el galeato que efectúa **Alterini, Anibal Atilio** en Instituciones de Derecho Privado Moderno Problemas y Propuestas, Ed.Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001 recordando la fabula de La Fontaine en El Molinero, su hijo y su asno.

231 del proyecto, pues mientras en el primero bajo el Título III Del Patrimonio, Capítulo I Activo del Patrimonio, Sección Primera dice que bienes son los objetos susceptibles de valor económico y en el Capítulo II al conjunto de bienes les atribuye el carácter de garantía común de los acreedores, considerándole así implícitamente como patrimonio conforme la segunda frase de ese mismo artículo 231.

53.- En definitiva al distinguir ámbitos de negociación contractual y tipos de contratos entre "profesionales" y " no profesionales" "discrecionales" y "predispuestos" en lugar de civiles y mercantiles o "paritarios (o negociados)" y de "consumo" dentro de los mercantiles y estructurar un sistema unificado para luego dentro de este nuevo y único sistema ir discriminando uno de otros no parece pueda significar unificar([73]) y entonces nos permitimos insistir en la conveniencia de mantener distinguidos los ámbitos de contratación mercantil y civil([74]).

---

[73] Cuando se unen un átomo de oxigeno y dos hidrógeno el resultado es una unificación pues ahora hay una nueva cosa: una molecula de agua y similar ejemplo se pueda en el ciclo biológico reproductivo. Unificar (de *unus,* y *facere* hacer uno) es justamente hacer de muchas cosas una o un todo, uniéndolas mezclándolas o reduciéndolas a una misma especie, de manera que ya no se puedan distinguir ni discriminar aquellos elementos que dieron origen a esta nueva y única cosa.

[74] Exponemos nuestra posición a sabiendas de lo atrevido de la misma frente a la tendencia generalizada en contrario y que inicialmente defendiera en favor de la unificación el maestro Vivante, ver **Garrigues Joaquin,** Temas de Derecho Vivo, Ed. Tecnos, Madrid 1978, p. 117 (sobre Derecho merantil y Derecho Civil conferencia pronunciada en el ilustre Colegio Notarial de Madrid el 27 de Marzo de 1962), y que igualmente en nuestro medio expusiera entre otros **Gastaldi Jos Maria**, Contratos, Ed.Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, p.87, pero aún así guardo muchas dudas sobre las proclamadas ventajas y bondades de unificar las regulaciones contractuales mercantiles y civiles, cuando los ámbitos de actuación profesional organizada de las empresas y los consumidores y los civiles siguen siendo diversos y distintos. Es que además entre los distintos autores que sostienen la conveniencia de la unificación he observado una generalizada expresión común: de acuerdo, pero . En cada pero expuesto por los diversos autores se va denotando que cada uno con sus propios postulados se esta indirectamente oponiendo a la unificación, ver **Illescas Ortiz Rafael**, La unificación del derecho de obligaciones una visión española, en Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones, Ed. Depalma año 1987 p. 773; **Palmero Juan Carlos**, Estado de la Unificación Civil y Comercial en la República Argentina, en Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones Ed. Depalma, Buenos Aires, nro. 22 1989, p.815, **Le Pera Sergio** Estatuto del Comerciante, persona jurídica y sociedad en la ley de unificación, en Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones, Ed. Depalma año 1987, p 799, trabajo donde el autor al referirse que la proyectada unificación excluye de su seno a las leyes comerciales especiales, concluye : *separado del sistema de derecho privado y encerrado en una cápsula propia, el derecho de sociedades corre el riesgo de ser lentamente penetrado por el derecho público y convertirse en derecho aministrativo, un una colección de reglas sobre el ejercicio del poder de policía y en derecho fundamentalmente represivo, la reinserción le ayudará a mantener o recuperar las notas de libertad y creación* Por su parte **Rivera Julio C sar,** La doctrina de las bases en el proyecto de unificación legislativa en Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones, Ed. Depalma año 1987, p 867 también colige que la reforma proyectada no es feliz y que está en peligro todo el sistema del derecho privado patrimonial También es interesante relevar las opiniones de algunos juristas brasileños, quienes frente a la inminente entrada en vigencia de un

El orden público mercantil

54.- Desde el caso de los saladeros de Barracas de 1887 (CSNJ t. 31. p. 274) quedó establecido que no se pueden invocar derechos adquiridos toda vez que el reconocimiento de tales por el ordenamiento constitucional lleva implícita la condición de que su ejercicio no resulte nocivo a los intereses generales de la comunidad, especialmente cuando resulta de la actividad profesional del comercio o la industria.

55.- Con posterioridad en el caso A.Ercolano v. G. Lanteri de Rensahaw (CSJN t. 136 ps. 161) de noviembre de 1921, y todos los que siguieron y confirmaron estos principios, hasta el caso resuelto en los autos Peralta Luis Arcenio y otro v. Estado Nacional (Ministerio de Economía BCRA) s/amparo del 27 de Diciembre de 1990 (CSJN causa P. 137 XXIII) nuestro máximo Tribunal ha establecido los límites justos a los principios de la total libertad negocial y al respeto a la propiedad privada y derecho patrimonial.

56.- Es que ciertamente el bien particular se ordena al bien común, pues el ser de la parte es para el ser del todo, por eso el bien de la Nación es más divino que el bien de un solo hombre ([75]) y por tanto el orden normativo como ordenamiento racional tiene por

nuevo código civil, luego de 26 años de trabajos proyectando su actualización pareciera que no habrían logrado la tan anciada meta alampada. **Ecio Perin Junior** A teoria da vontade na forma o dos contratos e a autonomia do Direito Comercial em rela o ao Direito Civil face ao projecto do novo Código Civil, Ed. Jus Naviganti, dominio www1.jus.com.ar/dourtina: *Nossa crítica inicial, por isso, se dirige estrutura básica do Projecto. A unifica o de que se trata, como bem esclareceu o Coordenador da Comiss o Revisora, Profesor Miguel Reale, n o é a do direito privado. Muita materia privatista, com efeito, escpa de seu plano. Critica-se a forma de unifica o consistente na justaposi o formal da materia civl ao lado da materia comercial regulada num mesmo diploma. Ratifica-se que se constitui em simples unifica o formal. Isso, na verdade, nada diz de científico e de lógico, pois como se disse anteriormente, o Direito Comercial, como disciplina autónoma, n o desaparecerá como a codifica o, pois nela apenas se integra formalmente.* Por su parte **Requi o, Rubens,** Aspextos Modernos de Direito Comercial Ed. Saraiva S o Paulo, 1977 p. 207 expresa que *o artificialismo do criterio de unifica o formal adotado, criou no Projecto a preocupa o de prescrever o adjetivo comercial ou mercantil. Essas express es s o tabus* . En tanto que **Gumieri Val rio Marco Aurelio**, Anida sobre a unifica o do direito privado no Brasil, Ed. Jus Naviganti, dominio www1.jus.com.br/doutrina, coincidiendo con los otros autores críticos a esta supuesta unificación refiriéndose a Freitas expresa: *Para tanto, planejava a produ o de dos códigos, un geral, contendo defini es e principios, e o outro, civil, abrangendo toda materia civil e comercial.*
y agrega el autor glosado: *O próprio mentor da unifica o, Cesare Vivante, em 1919 abdicou do unionismo que tanto defendera em anos anteriores, e se retratou, convertendo-se a tese doctómica. Declara o jurista italiano que por minha frequente participa o nas reformas legislativas e especialmente na do Código de comércio, durante os numerosos anos transcorridos desde a iniciativa a que me venho referindo, me convencerma que a fus o dos dois códigos em una acrretaria prejuizo para o direito mercantil.*

[75] **Santo Tomas de Aquino,** Suma contra los Gentiles III , XVII, 5, Ed. Porrúa, México, 1991, p 309

causa el bien común y en ese sentido ha quedado establecida y aceptada la existencia de un orden público, mínimo inderogable por acuerdo de partes.

57.- Ese orden público mercantil([76]) en nuestro sistema normativo se ve fragmentado y disperso, contiene un complejo de leyes basadas y estructuradas con principios y soluciones diversas y algunas veces contradictorias, con un alto contenido reglamentarista y sin estructuración general de principios rectores comunes a todo el ámbito económico mercantil.

58.- Así se presentan regulando esta actividad entre otras las leyes 20.680 de abastecimiento, 22.262 de defensa de la competencia, 22.802 de lealtad comercial, 24.240 de defensa del consumidor, 24.467 de fomento y desarrollo de las PyMes, a lo que se deben agregar algunas especiales para determinados tipo de actividad específica, tales como las leyes que regulan la actividad aseguradora, la actividad financiera, la transferencia de tecnología recibida del exterior, la de inversiones extranjeras y la de promoción de exportaciones y las leyes fiscales y parafiscales (tales como la 24760 de factura de crédito) que imponen determinadas formas instrumentales contractuales o que plantean la nulidad del cumplimiento de las prestaciones pactadas por las partes como es el caso que se hubiera establecido que la entrega de dinero fuera en monetario efectivo, en tanto una ley establece que no debe hacerse sino mediante cheque.

Carácter imperativo o supletorio

59.- Otra de las cuestiones que entendemos sin resolución, hasta ahora, se refiere al carácter de las disposiciones que regulan la contratación mercantil, debiendo verificarse si éstas son meramente supletorias o por el contrario son imperativas y conforman el orden público inmodificable por acuerdo de partes. Debiendo destacar preliminarmente que no se podría predicar de los contratos paritarios (o negociados) o discrecionales el necesario establecimiento de disposiciones supletorias, pues la profesionalidad de las partes les impone, en el marco de su muy amplia libertad, el negociar y acordar todos los puntos y cuestiones que conformarán el acuerdo de voluntades.

[76] **Barbieri, Pablo C.** Contratos de Empresa, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1998, p.25

60.- Son estos contratos paritarios (o negociados), discrecionales y que Farina([77]) siguiendo a Paillusseau ([78]) llama Contratos de Negocios los que tienen características muy particulares tales como una creación permanente de nuevos contratos, la acentuación de la complejidad en buen número de ellos, la resistencia de las partes a someterse a normas legales imperativas sobre el contenido y forma del contrato, una dificultad del interprete externo a la calificación, una habitual internacionalización y por último una tendencia a la vía arbitral.

61.- Toda regulación legal supletoria que pretenda efectuarse respecto de estos tipos contractuales paritarios (o negociados), discrecionales o de negocios, se torna innecesaria y denota entre otras cuestiones:

.- Un dudoso respeto por el principio de reserva establecido en el artículo 19 de la Constitución Nacional, ya que el legislador estaría partiendo de un principio inverso en virtud al cual si la ley no lo permite, las partes estarían impedidas de acordar determinada condición contractual ([79]).

.- Denota la estéril y peligrosa tendencia al reglamentarismo legislativo([80]), pues señalemos a guisa de ejemplo que no obstante la contundente disposición del artículo 902 del

[77] **Farina Juan M**. Contratos...ob. cit. p. 36

[78] **Paillusseau Jean,** Los contratos de negocios, Revista de Derecho Comercial y las Obligaciones, Ed. Depalma, Buenos Aires 1988, p. 731

[79] En el caso de la ley 17418 del contrato de seguros cuando el mismo se celebra entre partes profesionalmente organizadas como empresas en posición de paridad , nos cabe señalar algunos artículo que demuestran nuestra afirmación: a) en el 16 se prohibe la consitución de domicilio especial, pero la ley admite la prórroga de jurisdicción dentro del país (no existiría esa posibilidad si la ley no lo hubiera admitido?), b) el 18 tercer párrafo que veda la posibilidad para los seguros de vida, establece que las partes podrán convenir la rescisión del contrato sin expresar causa (igualmente cabe preguntarse si la ley no hubiera permitido a las partes efectuar esta convención estaría entonces prohibido por falta de autorización pactar la rescisión anticipada?), c) el artículo 29 indica que el lugar de pago es el domicilio del asegurador o el lugar convenido por las partes, de manera que la ley establece supletoriamente, barruntando la posible omisión de los contratantes, un domicilio de pago distinto al establecido en el Código Civil, pero es posible estimar que dos contratantes profesionalmente organizados como empresa pudieran omitir establecer el lugar de pago de la prima?, y si aún así lo hubieran omitido es obligación del legislador suplir las omisiones de estas complejas organizaciones que cuentan con un importante número y calidad de profesionales asesores?, d) Concluyendo el artículo 158 establece el orden de supletoriedad de toda la ley cuando indica en forma específica cinco artículos inmoficables, genéricamente las normas que por su letra o naturaleza son total o parcialmente inmoficiables y los veintidós artículos sólo moficiables a favor del asegurado.

[80] En el cual sin duda habré incurrido en mis propias propuestas de modificación de la regulación de los contratos mercantiles aleatorios y del régimen de la reticencia en el contrato de seguro.

Proyecto de Código Civil (decreto 685/95 – PD685)([81]), el artículo 909 del mismo se ocupa de regular la forma de contribuir a los gastos generados por la celebración del contrato, aclarando por supuesto: "salvo estipulación en contrario".

.- Existe también una tendencia "facilista y prácticista" que lejos de aquella elogiada practicidad de los jurisconsultos romanos, reniega de la más compleja elaboración de principios generales y encuentra con mayor facilidad ir verificando una serie de casos antecedentes o hipotéticamente elaborados en el laboratorio y así entonces establecer lo que se entiende seria una solución justa para los mismos.

.- No resulta cierto ni está sociológicamente comprobado que sea función del legislador hacer docencia a través de las normas mercantiles para enseñar a los profesionales del comercio lo que les conviene establecer, acordar y regular en sus contratos. No se ha verificado que si estos profesionales mercantiles no toman en cuenta estas enseñanzas del legislador y omiten prever, considerar y acordar términos contractuales respecto de aquellas situaciones que el previsor legislador previó, se verán asistidos por esa supletoria actividad reguladora.

.- Por último hay una vedada crítica a la actividad jurisprudencial como formadora de Derecho, a la que se pretende restringir al extremo de reglamentar meras cuestiones instrumentales, imponer términos y caducidades objetivas que resuelvan casi matemáticamente las cuestiones que se les someta a resolución a los jueces.

62.- En definitiva en la elaboración de las normas generales referidas a los contratos mercantiles, luego de distinguir los tipos de celebración contractual entre aquellos paritarios (o negociados) o discrecionales y los de consumo, ha de prescindirse de establecer normas supletorias para los primeros, debiéndose limitar la ordenación general a disponer exclusivamente las regulaciones de las cuestiones que por razones de orden público

[81] *...Las normas relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible..*

y procurando el bien común se entiende conveniente sustraer a la negociación y acuerdo de las partes.

63.- En cuanto a los contratos de consumo, el establecimiento de un ordenamiento general de prohibición a determinadas cláusulas y condiciones contractuales, como el específico a cada tipo especial de contrato típicamente regulado, impone que también se deba prescindir de las normativas supletorias.

Reglamentación mercantil

64.- La actividad mercantil tiene tal multifaseticidad que de consuno existe un complejo de normas de diversa índole y origen que se encuentran comprendiendo cada uno de los distintos actos jurídicos comerciales, así por ejemplo en un contrato de consumo de compraventa de alimentos envasados, se aplicarán normas sobre pesas y medidas, fiscales nacionales, provinciales y municipales, de bromatología, sanidad animal, código alimentario, etiquetamiento, contaminación, medios de pago, tarjetas de crédito, cheque, factura de crédito.

65.- El reconocimiento de esta complejidad no implica aceptar que se omita distinguir el orden normativo en que se debe verificar cada regulación. Debe discriminarse claramente cual es el nivel propio de un código y normativa general, de una ley especial como ejercicio del poder de policía, del ejercicio de la policía, función reglamentaria de control y supervisión administrativa por imposición legal de competencia.

66.- Esa inicial y cómoda posición en que estimamos se colocó al derecho comercial a través del artículo I del título preliminar y el artículo 207 del Código de Comercio le impidió intentar la elaboración de principios generales de los contratos comerciales y así concluyó autolimitándose y se subordinó a un destino inferior como reglamentación especial del derecho civil y asumiendo tal basto carácter de especial y reglamentario fue progresando hasta estallar fragmentándose en una multiplicidad de leyes mucho más reglamentaristas aún y que se referían a contratos y situaciones originalmente incluidas en el plan general del código.

67.- Pero en tal materia se ha llegado a situaciones reglamentarias tan extremas como las que señalamos respecto del contrato de seguros que reitera disposiciones ya establecidas con carácter

general en el código civil, como también el caso de la ley de sociedades, la cual establece en trece artículos principios contables de las sociedades, más propio de reglamentaciones de las autoridades de control([82]). Por lo tanto insistimos que para la elaboración de los principios generales de los contratos mercantiles se debe aceptar y dejar así establecido la identidad propia de la actividad económica comercial y de la legislación que la regula. Partiendo entonces de ese reconocimiento también se debe afirmar la facultad de construir principios generales propios para los contratos mercantiles y a partir de ello eludir todo reglamentarismo([83]).

Del consentimiento y de la contractual mercantil

68.- Mientras por un lado en el ámbito del comercio en las actividades de consumo se han presentado las más importantes innovaciones y vertiginosos cambios en las formas de transmitir onerosamente la propiedad de determinados productos o en la manera de prestar y recibir algunos servicios([84]), poniendo en crisis los tradicionales conceptos del consentimiento contractual([85]), por el otro lado, como ya lo señalamos, en las convenciones paritarias se acrecienta el concepto de negociación entre pares, desarrollándose también novedosos instrumentos ([86]).

---

[82] Toda vez que no existe un sistema nacional unificado de control y reglamentación societario, no se pude prohijar una engañifa al régimen federal y establecer normas procesales en leyes de fondo con la finalidad de uniformar a nivel nacional las disposiciones sobre contablidad de las sociedades.

[83] Ver **Gutierrez Falla, Laureano,** El Código de Comercio del Futuro y el Futuro del Derecho Mercantil, en Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones, Ed. Depalma, año 1992, p. 663 y ss quien transcibiendo la ponencia Hondureña ante el Instituto Centroamericano de Derecho de la Integración dice: *Es innegable para la ponencia que resulta labor herculiana tratar de encerrar dentro del estrecho marco de leyes especiales, las nuevas formas de contratación que constantemente están surgiendo en el tráfico, o tratar de legislar sobre el fenómeno producido por los avances de la tecnología, ya que la nueva ley, por avanzada que sea, probablemente resultaría anacrónica en el momento de su promulgación. De ahí la necesidad de retornar a la fuente básica del derecho mercantil, los usos y constumbres de los comerciantes, para poder regular e interpretr estas nuevas situaciones...*

[84] Es el caso de la utilización de aparatos automáticos para el expendio de productos o utilización de un servicio, mediante la introducción de dinero efectivo, tarjeta de crédito, u otro medio de pago habilitado (cospel, vales, ticket, etc.), el contrato de ventanilla o mostrador o por medio de ordenadores, ver Farina Juan M. Contratos comerciales.. ob. cit. p102 y ss.

[85] **Ariza, Ariel Carlos**, La Oferta en la Ley del Consumidor, en Revista Jurisprudencia Argentina nro. 5962 del 6/12/1995, p. 12

[86] En los contratos entre profesionales (empresas) la convención es producto de largas y medulosas tratativas, proyectos, propuestas y contrapropuestas. Existen además en este sentarse a la mesa de negociación la concreción de acuerdos (cartas de intención) de cómo se va a negociar (pactos de confidencialidad, descipción del objeto a negociar, inhabilitación temporaria de negociar el mismo

69.- Es por tal motivo que estas cuestiones ha llevado que muchos autores vieran una tendencia a la "comercialización" del derecho civil que entre otras razones justificaría aquella defensa, no tan sólo de una unificación sino también, de la desaparición del código de comercio mediante un piadoso acto legislativo de eutanasia([87]).

70.- En tanto otros defendiendo en extremo la obra de Vélez, entienden que producto del mismo artículo 207 del Código de Comercio las normas especiales de éste no lograron nunca conmover el sistema del Código Civil y así se debería concluir que no existen diferencias entre sendos regímenes, aplicándose uniformemente sea por vía de remisión expresa o tácita, recurriendo al principio general del artículo 16 del Código Civil, sea porque existen disposiciones iguales (artículo 216 del Código de Comercio y 1204 del Código Civil referidos a la cláusula comisoria), o casi iguales (artículo 208 a 210 del primero y 1190 a 1193 del segundo, referido a las pruebas de los contratos)([88]).

71.- Pareciera entonces que también en materia de consentimiento contractual no existirían diferencias entre la civil y aquella que se produce en el ámbito de la contratación comercial, no habría necesidad de discriminar los procesos volitivos de los complejos sistemas administrativos empresariales que tienen lugar en la celebración de contratos paritarios (o negociados), aquellas prácticas de compraventa mediante máquinas expendedoras y el que rinden dos personas en el acto de contraer matrimonio.

72.- El consentimiento que prestan las complejas estructuras de organización administrativa, se va elaborando a través de una sucesión de actos trascendentes, de instructivos previamente establecidos para la formación de la manifestación de voluntad contractual, mediante la pre-instrumentación de manuales administrativos y de organización([89]).

---

objeto contemporáneamente fuera en forma indeterminada o con otra empresa en especial), acuerdos intermedios, cartas de intención, las tratativas se llevan a cabo por equipos de dirigentes, financistas, juristas y otros tipos de asesores con participación directa y permanente.

[87] **Alterini, Atilio Anibal,** El proyecto de Código Civil de 1998 Perspectiva y Prospectiva, en Instituciones de Derecho Privado Moderno, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001

[88] **Gastaldi Jos María,** Contratos, ob. cit. p.89

[89] **Zago, Jorge Alberto**, Supervivencia del Contrato Clásico, en Revista Jurisprudencia Argentina, nro. 5911, 14/12/1994, p. 2

73.- Aquellos actos que llamamos "trascendentes" porque se materializan e instrumentan en cumplimiento de regímenes normativos internos que entre otras situaciones regulan los procedimientos, también tienen fundamental relación con lo establecido en el inciso 4 del artículo 218 del Código de Comercio, ya que la verdadera voluntad de las personas físicas que representan a una organización profesional está dada por esos antecedentes, por ese "etéreo" concepto empresario que Morandi llamaba "la organización haciendal" y entonces no se agota y concluye en un formal acto individual de aceptación o emisión de una oferta en un contrato de consumo, ni en las extensas y complejas negociaciones de un contrato de negocios.

74.- Insistiendo por ello en la genética falencia del derecho comercial para tratar sistemáticamente todo un propio y particular sistema de regulación de la contratación mercantil, debemos también destacar una institución diferenciadora por excelencia, como una de las fuentes más importantes y fundacionales del Derecho Comercial, cuales son los usos y costumbre y que se erigen, como bien señala aunque críticamente, Richard, en un obstáculo para la unificación del derecho privado([90]).

75.- Esa sistematización general que propiciamos debe partir de un principio del que no pueden renegar ni los más fervientes defensores de la unificación y es que la ruptura del sistema codificado mercantil y su reemplazo por una diáspora de leyes especiales para determinadas instituciones y contratos, fomentará especialidades que trataran a su vez generar principios generales particulares que alterarán la visión unitaria del derecho.

76.- En las relaciones de consumo, en la celebración de los contratos por adhesión a cláusulas predispuestas y en general en toda regulación a favor de los consumidores existe además de un importante intervensionismo estatal, una clara determinación del consentimiento, e igualmente en aquella celebración de los contratos paritarios (o negociados).

77.- La elaboración de los principios generales de la contratación mercantil deberá entonces reafirmar la necesaria institucionalización de los usos y costumbres tal como actualmente se encuentra establecido en el artículo 218 del

[90] **Richard, Efrain Hugo y Romero Jose Ignacio,** Los usos y costumbres en perspectiva actual, en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Editorial Depalma, año 1997

Código de Comercio, y también esas especiales características que denota la manifestación del consentimiento en el ámbito contratación mercantil.

78.- Concluyendo este capítulo a guisa de particular proemio sobre la regulación de los contratos mercantiles aleatorios entendemos conveniente mantener la discriminación de sendos sistemas dentro del derecho privado, con independencia de su regulación en mismo cuerpo legal o no, reafirmando de tal manera principios distintivos no sólo histórico sino propio de la evolución y comportamientos en los negocios y relaciones económicas.

IV.- EXPOSICION Y CRITICA A LA REGULACION DE LOS CONTRATOS MERCANTILES ALEATORIOS

Definición de contrato aleatorio

79.- Las diversas definiciones de los contratos aleatorios que exponen los autores, o bien se basan en la imposibilidad para determinar al tiempo de su celebración, las ventajas o desventajas que de ellos ha de seguirse para cada uno de los contratantes, o bien toman como base el concepto del riesgo, partiendo de la definición entre el riesgo común de todos los contratos y el riesgo propio de los contratos aleatorios, en tanto otros directamente niegan la existencia de tales contratos([91]), aceptando solamente la condición aleatoria.

80.- Mas como bien señala y analiza Anne Morin ([92]): *A notre sens, seule una analyse approfondie de l'aléa –dénominateur común de tous les contrats aléatoires- et plu précisament, l'étude de son incidence et de sa place dans le contrat peut contribuer à dégager une cohérence d'ensemble. En effet, sous une même denomination l'appréhension de l'aléa par le droit des obligations n'est pas uniforme: tantot l'aléa effect l'obligation engendrée par le contract er constitue un élément objectif; tantot l'aléa rend inceraine la valeur d'une prestation au momento de l'échange des consentements et correspond à un élément subjectif. Par convention, nous dénommerons le premier aléa juridique et le second aléa économique."*

81.-Por otro lado, mientras en un extremo Capitant ([93]) dice justamente: *" Nous avons montré plus haut que, dans les contrats aléatoires, le risque, c'est-à-dire la bonne our la mauvaise chance espéreé our redoutée par les contractans, es un des éléments déterminants de leur consentement et fait partie du but poursuivi par chacun d'eux.,* por el otro explicaba el Código Civil del

[91] **Laurent F.** Principes de Droit, ob cit. t. 15 p. 496, quien manifiesta que: *La división des contrats en mommutatifs er aléatorires présente encore un intérét moral tour ensemble et fiscal. Ils s agit de démasquer la fraude que les associations religieuses commettent journellment, fraude a la loi de fraude a la mora.*

[92] **Morin, Anne,** Contribution a l étude des contrats aléatoires, Ed. Les Presse Universitarires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, , Clermont Ferrand, 1998, p. 15

[93] **Capitant Henri,** De la Cause des Obligations, Editorial Librairiez Dalloz, Paris, 1923.

Imperio Alemán([94]) que no se establecen disposiciones generales sobre los contratos aleatorios, ni se los coloca en una sección especial a los mismos, como se hace en casi todos los demás Códigos, por cuanto se estimaba que la mayor parte de los contratos tienen en el fondo algo de aleatorios.

82.- A su tiempo el Proyecto Goyena de Código Civil Español le define en el artículo 1695 como aquel por el cual una de las partes se obliga a dar alguna cantidad o a hacer alguna cosa común, equivalente de los que la otra parte ha de dar o hacer, para el caso de un acontecimiento incierto([95]). En general dice el legislador glosado que todos los contratos que pueden reputarse aleatorios, no pueden recibir un nombre particular cuyo último resultado está cubierto por el velo del porvenir, de la suerte y en los que un precio cierto compensa el riesgo, o paga una ventaja incierta, concluyendo que el primer contrato indicado al hombre por necesidad y la industria fue la permuta, el aleatorio debe ser considera el último e inventado solamente por su codicia.

83.- Por su parte el artículo 2270 del Proyecto de A.T. de Freitas([96]) establece que: *" Los contratos serán aleatorios, cuando sus ventajas o pérdidas para ambas partes contratantes o solamente para una de ellas quedaren dependiendo de un acontecimiento incierto".* En tanto el Código Civil argentino los define en el artículo 2051 mediante una copia exacta del Proyecto Freitas, no obstante que el codificador señalase en la nota al artículo haber utilizado como antecedentes el artículo 1729 del Código Italiano y 1964 del Francés.

84.- Para Sánchez Román ([97]) son contratos aleatorios o de suerte aquellos en que cada una de las partes tiene en cuenta la adquisición de un equivalente de su prestación, pecuniariamente apreciable, pero no bien determinado en el momento del contrato y sí dependiente de un acontecimiento incierto. En tanto otros autores mencionado por el escritor glosado entienden que mientras en los contratos conmutativos el equivalente económico está bien determinado desde el momento mismo de la

[94] Código Civil del Imperio Alemán promulgado el 18 de Agosto de 1896 traducción Alejo Garcia Moreno, Ed. Centro Editorial de Góngora, Madrid 1897, p.151
[95] Aclarando que esta defición trata de diferenciarse del art. 1964 del código Frances y del 1836 Napolitano, 1998 Sardo, 1448 de Vaud, 1811 Holandes, 527 Prusiano, 1267 Austríaco
[96] **Freitas A.T**. de , Proyecto de Codigo civil, traducido por Arturo Pons, Ed. Revista Nacional Casa Editora, Buenos Aires, 1901, p. 831
[97] **S nchez Rom n**, **Felipe** Estudios de Derecho Civil, según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo derecho de Castilla, Ed. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1889, t. IV, p 363

celebración, en los aleatorios no lo está, o bien que los contratos aleatorios son todas aquellas convenciones cuyos efectos dependen, en cuanto a las pérdidas y ganancias, de un hecho incierto.

85.- Respecto de estas definiciones conviene dejar aclarado que la indeterminación de la prestación no es privativa de los contratos aleatorios y por consiguiente no basta por si sola para definirlos, pues ciertamente cabe representarse contratos con prestaciones no totalmente determinadas que sin embargo no son aleatorios, como el contrato de compraventa cuyo precio es determinado por un tercero, o diferido a la cotización en alguna determinada bolsa o mercado a la fecha de entrega de las mercaderías, o bien el caso de las prestaciones alternativas.

86.- Por tanto es preciso señalar además de la relativa indeterminación de una o ambas prestaciones, que produce el que una o ambas partes no puedan precisar al tiempo de la celebración del contrato si experimentaran a consecuencia de él una ganancia o una pérdida, el hecho de que la determinación del respectivo resultado económico, favorable o adverso depende del azar.

87.- Las definiciones de los contratos aleatorios que toman como base la imposibilidad de determinar al tiempo de la celebración del contrato las ventajas o pérdidas que éste supondrá para uno o ambos contratantes han alcanzado gran difusión en la doctrina([98]), pero ciertamente y tal como lo hemos de exponer, entendemos que la base para una definición se ha de partir del concepto del "riesgo", debiéndose distinguir el que corresponde normalmente a todos los contratos de aquel que por su conformación sólo es posible en los contratos aleatorios, tal como dice Scalfi([99]) no es acertado definir el contrato aleatorio sobre la base de la incertidumbre para las partes del resultado

[98] **Messineo Francesco**, Manual de Derecho Civil y Comercial, Traducción de Santiago Sentes Melendo, Ed. Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1971, t. IV, p. 477, **Baudry Lacantinerie G. Wahl Albert**, Traité Théorique et practique de Droit Civil, Des contrats aléatoires du mandat du cautionnement de la transaction. Ed, Libreaire de la Soceiété Du Recueil gra des Lois et de Arrets, Paris, 1899, p.1; **Zago, Jorge Alberto**, El contrato oneroso de renta vitalicia, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1990, p. 46; **Echevarria de Rada, Teresa**, Los Contratos de Juego y Apuesta, Ed. Bosh, Barcelona 1996, p. 93; **Mosset Iturraspe Jorge,** Contratos, Ed Ediar, Buenos Aires, 1981, p 69. En igual sentido CNCiv Sala Julio 13, 1992 Aberbach Isaac J. C/Instituto de Prev. Seg y Asist. Social La Rioja Rev. La ley 1992-D-567; CSJN Julio 14, 1984, F.E. c/Suarez Emilio y otro, Rev. La Ley 1983-D-47

[99] **Scalfi, Gian Guido,** Consideración sui contratti aleatori, en la Revista di Diritto Civile, Ed. Casa Editrice Dot. Antonio Milani (CEDAM) Padova, t. VI-I, 1960, p. 153

económico, positivo o negativo, de ventaja o desventaja, pues esta nota se presenta también en los contratos con prestaciones ciertas y determinadas.

88.- En este sentido cabe analizar críticamente el propio artículo 2051 del Código Civil ([100]), pues además de la genérica crítica a la innecesaria formulación de definiciones dogmáticas en el cuerpo de una ley o de un código, también se reprocha a este artículo que establece que las ventajas o pérdidas para una sola de las partes o para ambas deben depender de un acontecimiento incierto([101]), ya que, como explicaremos, resulta de la esencia de los contratos aleatorios el concepto de "riesgo". Este por cierto no puede afectar a uno sólo, el riesgo marca en su magnitud proporcional, la equivalencia contractual y la cuantía de la contribución de cada una de las partes.

89.- Por otra parte algunos autores consideran a los contratos aleatorios como una especie de los contratos bilaterales ([102]), pero ello no es del todo exacto, ya que pueden existir contratos aleatorios que, aun siendo contratos a título oneroso, sólo hagan nacer obligaciones a cargo de una de las partes, como ocurre por ejemplo con el préstamo a la gruesa el cual únicamente impone al prestatario la obligación de devolver el capital percibido y abonar la remuneración pactada en caso de un exitoso arribo de las mercaderías a puerto de destino.

90.- Igual sucede con el contrato de renta vitalicia que, una vez perfecto, no produce obligaciones más que para el deudor de la renta. Por eso otros autores([103]) se orientan, a nuestro entender acertadamente, por considerar a los contratos aleatorios como uno de los dos términos de la clasificación de los contratos onerosos, los cuales pueden ser conmutativos o aleatorios.

Teoría del Riesgo

---

[100] En la edición Nueva York es el art. 1 del Título XI , Sección Tercera, Libro Segundo y la edición Pampa el 2053 ver **Segovia Lisandro** Código Civil su explicación y crítica bajo la forma de notas, Ed. La Facultad Buenos Aires, 1933

[101] **Gastaldi, Jos María, Centanaro Esteban**, Contratos Aleatorios y Reales, Ed. De Belgrano, Buenos Aires, 1997, p. 21

[102] **Messineo Francesco**, Manual de Derecho ob. cit t. IV ,p. 477

[103] **Ripert Georges y Boulanger Jean,** Tratado de Dercho Civil, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1987, T. IV, p. 62

91.- Por otra parte, como anticipamos, una definición basada en el concepto de "riesgo" se viene afirmando en la doctrina italiana con fundamento legal en el artículo 1467 que establece que la rescisión del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida no puede pedirse si está dentro del álea normal del contrato, con lo que insinúa la distinción entre un alea normal y una que exceda esa media estimable o normal.

92.- En igual sentido la reforma que introdujo la ley 17711 al artículo 1198 del Código Civil estableció la posible revisión de los contratos aleatorios de ocurrir una excesiva onerosidad por causas extrañas al "riesgo" propio del contrato, en tanto que el artículo 1060 del PD685/95 sigue al sistema italiano, estableciendo la rescisión total o parcial o la adecuación de un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, cuando la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, en términos que resultan irrazonables o inicuos, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración sobrevenida por causas ajenas a las partes y al "riesgo" asumido por la que es afectada.

93.- Por otra parte aquellos que insisten en sostener el concepto de "alea" y no aceptan la teoría del "riesgo" estiman que el papel del alea en los contratos aleatorios asume inicialmente el papel de elemento esencial del supuesto de hecho del contrato, lo cual puede suceder de dos maneras, bien porque el alea sea una cualidad necesaria de la estructura de aquel, bien porque las partes en virtud del principio de autonomía hayan insertado el alea en un contrato conmutativo. En segundo lugar se indica que el alea en los contratos aleatorios determina una prestación o ambas, en su consistencia física, influyendo en el nacimiento, extinción o extensión y es intrínseca al contrato.

94.- Así mismo Alvarez Vigaray([104]) destaca que no se puede considerar al "riesgo" una *"conditio iuris"* afirmando que tales teorías están en casi completo abandono desde el momento en que la doctrina más autorizada consideraría a la *conditio iuris* como un simple requisito de eficacia del contrato, Mas quienes sustentamos y desarrollamos el estudio de los contratos aleatorios a partir de la teoría del "riesgo", nunca hemos afirmado esa cualidad de *conditio iuris,* sino un concepto mucho más determinista y extranormativo, como la misma preexistencia

[104] **Alvarez Vigaray, Rafael**, Los Contratos Aleatorios, Anuario de Derecho Civil 1968 Jul-Set XXI (III) Universidad Complutense de Madrid.}, p 607 y ss.

del "riesgo" a la celebración del contrato, resultando de tal manera la causa de la convención.

95.- También hay quienes a partir de una supuesta distinción entre los vocablos "alea" y "riesgo" ([105]), entienden que mientras el alea indica un estado del que es de esperar y temer al mismo tiempo, o sea, la probabilidad de una ventaja con la inherente probabilidad de una pérdida, el riesgo expresa el aspecto negativo de esa situación de incertidumbre, en cuanto suele ser empleado para significar más propiamente peligro de un mal y de tal manera intentan establecer una relación de género a especie entre estos dos conceptos([106]).

96.- Por su parte Sánchez Román ([107]) manifiesta que esa estimación restringida que asimila riesgo a pérdida se daría solamente en el ámbito del seguro, mientras que en los demás contratos conserva su doble sentido de positivo y negativo. Por nuestra parte entendemos que cabe distinguir el concepto de riesgo *latu sensu* de aquel que resulta causa de un contrato determinado, ese riesgo no sólo tiene una entidad conceptual sino una medida de probabilidad, la que resulta de una ecuación que estima proporcionalmente los casos negativos y positivos, las pérdidas y las ganancias. De tal manera el riesgo en los contratos aleatorios no se refiere solamente a los aspectos negativos sino a la media de sendos resultados probables.

97.- Por su parte Edgar Ferreyra([108]) afirma que la denominación de contrato aleatorio proviene del sentido etimológico del vocablo "alea" que sirve para significar un acontecimiento incierto. Esta incertidumbre debe constituir para los contratantes un "riesgo", un peligro de cuyo resultado se obtendrán ganancias o deberá cargarse con las pérdidas en una negociación. Esta exposición del autor glosado nos presenta como sinónimos varios vocablos tales como "alea", "riesgo" y "peligro" que como veremos son diferentes y determinan conceptos diversos.

98.- Aceptando inicialmente que el "riesgo" deviene, como cualidad o presupuesto conceptual del "alea", en un elemento esencial de

---

[105] **Boselli**, Alea, en Novísimo Digesto Italiano, t.1 p. 472(mencionado por Alvarez Vigaray)
[106] **Leiva Fernandez, Luis F.P.** El Alea en los Contratos, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 2
[107] **S nchez Rom n**, **Felipe** Estudios de Derecho Civil..ob.cit. 622
[108] **Ferreira Edgar A**. Contratos Aleatorios, Cuaderno de los Institutos de la Universidad de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Derecho Civil, Boletín 1958 p. 5

los contratos aleatorios convirtiéndose en su **causa** ([109]), se impone entonces determinar el concepto, delimitarlo y distinguirlo.

99.- Así nos aproximaremos a la idea afirmando que el riesgo es un "evento" de "posible" ocurrencia([110]) y del cual hay "incertidumbre" de su efectiva realización o del tiempo en que puede acontecer. Por tal motivo se expresa gráficamente que este concepto del "riesgo" navega entre la imposibilidad y la certidumbre en que el evento ocurra, tales son sus límites. Luego veremos si estos confines son objetivos o subjetivos, o sea si alcanza con que las partes([111]) desconozcan efectivamente la imposibilidad que el evento ocurra, o bien que ya tuvo lugar con anterioridad a verificarse la celebración del contrato.

100.-Entre esos dos parámetros extremos se verifica la "probabilidad", pues cuanto más cerca se está de lograr una determinada certidumbre es porque mayor resulta la probabilidad de ocurrencia del acontecimiento, en tanto que cuanto más cerca se estuviera de la imposibilidad que acontezca, menor es la probabilidad.

101.-Estos simples principios tomados de los estudios matemáticos de Blas Pascal y Pedro Fermat que sentasen las bases para el cálculo de probabilidades en el año 1654 y del lúdico comerciante londinense Jhon Graunt que en 1962 publica con rara sagacidad, la regularidad y constancia que ofrecen ciertos fenómenos naturales, entre ellos la muerte([112]), los hemos tratado de tamizar y desarropar de su bagaje *"numerístico"* para rescatar el concepto e introducirlo al mundo jurídico con la idea de poder contribuir a aclarar la cuestión en derredor de la cual orbitan los contratos y obligaciones aleatorias.

---

[109] **Messineo, Francesco** Manual de Derecho Civil..ob.cit. p. 477-478 Asimismo y en base a la obra de **Garibotto, Juan Carlos,** La Causa Final del Acto Jurdico, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1985 resulta conveniente explicar en esta nota, para no apartarnos del desarrollo principal de nuestra tesis, las razones en virtud a las cuales afimamos que el riesgo , es la **causa** de los contratos aleatorios

[110] ver **Fontanarrosa Rodolfo**, ob.cit. t.II p. 148, quien con la profundidad de analisis que le caracterizó, expuso claramente que: *el elemento constitutivo del contrato no es el evento aleatorio sino la previsión del evento que penetra en lo íntimo de la propia estructura de la relación actuando sogbre cada una de las posiciones activas y pasivas que la componen.*

[111] Se ha dicho las partes, pues en el caso que una de ellas tuviera un mejor o mayor conocimiento y certeza, la imposición de la carga de mutua comunicación informativa hace que se equiparen las posiciones de ambas partes

[112] **Pedemonte, Gotardo C** Elementos de Cultura Aseguradora, Ed. Index, Buenos Aires, 1968, p. 71

102.-También hay que considerar, como bien señala Alvarez Vigaray, que la entidad, medida o magnitud del riesgo está en función de dos factores, por un lado depende de la cantidad patrimonial expuesta por cada contratante, es decir la importancia económica de los bienes que cada parte puede ver afectada con un determinado resultado y por otra parte, responde al número de probabilidades existentes para que se verifique o no el evento, que determinará para cada una de las partes el respectivo resultado y la medida de la retribución que pudiera corresponderle.

103.-Dentro de ese campo que va desde la certidumbre a la imposibilidad debe existir igualdad para ambas partes, igualdad que por cierto esta dada por una equivalencia proporcional entre la probabilidad y la mayor o menor importancia del beneficio o la perdida que se espera obtener o experimentar.

104.-De tal manera que en los contratos aleatorios resultan esenciales todos estos presupuestos del riesgo enunciados, tales como:

.- incertidumbre,

.- posibilidad

.- proporcionalidad entre probabilidad y cantidad patrimonial expuesta,

.- evento

Si faltase alguno de estos no habría riesgo y sin éste no hay contrato aleatorio([113]), pudiendo constituir un contrato conmutativo, una liberalidad, una estafa([114]) o simplemente un negocio jurídico nulo([115]).

105.-También cabe referirnos, anticipándonos al tratamiento específico de los contratos mercantiles aleatorios, a los contratos aleatorios celebrados por un profesional en forma masiva o colectiva. Situación ésta en virtud de la cual muchos autores parten de ese hecho por el que aquella empresa profesional vería diluido el riesgo por aplicación de la ley de los grandes número,

[113] **Mazeaud H.J. et L. H. J. et L Mazeaud Jean y Chabas F.**. Le ons de Droit Civil, , Ed.Montchrestien, Paris, 1960, t.II p. 84
[114] **S nchez Rom n,** Estudios...ob.cit. t. IV p. 593
[115] **Ripert Georges Boulanger Jean**, Tratado de ...ob.cit. t. IV,p 64

para afirmar que no sería entonces posible aceptar que un contrato pueda ser aleatorio para una parte y conmutativo para la otra. De lo que concluyen entonces que si no hay alea para ambas partes no existiría contrato aleatorio.

106.-En respuesta Mazeaud([116]) afirma que para saber si un contrato es aleatorio hace falta examinarlo aisladamente y si se destaca cada contrato del conjunto de las operaciones hechas por el profesional, se comprueba que el riesgo interviene en ventaja o detrimento de ambas partes. Por nuestra parte entendemos que en virtud a las características particulares de los efectos que corresponde a los contratos aleatorios diferentes a los conmutativos, resulta trascendente establecer si realmente existe tal tipo de contrato cuando una de las partes actuando profesionalmente logra insertar el contrato individual en un conjunto de contratos celebrados masivamente con iguales características, de manera que dispersa el riesgo con una casi total desaparición de la incertidumbre globalmente considerada, o sea que esa parte profesionalmente actuando lograría una aproximación al grado de "certeza".

107.-Quienes en su análisis parten de aquella sumatoria que una de las partes efectúa en forma coordinada y profesional de un gran número de contratos aleatorios, no hacen otra cosa que afirmar con su propio enunciado la preexistencia justamente de un gran número de contratos "aleatorios", de manera que lógicamente no puede negarse por una mera sumatoria la afirmación del concepto enunciado. Y es que el presupuesto fundamental para calificar a un contrato como aleatorio se verifica en la causa de la obligación principal que es el riesgo([117]) y la consecuente retribución proporcional y afectación patrimonial por someterse las partes al mismo. De tal manera no se puede alterar conceptualmente esta característica por que una parte celebre profesional y masivamente contratos aleatorios.

108.-Difiriendo también para tratar en un acápite particular el tema referido a la diferencia entre "alea", "riesgo", "peligro" y "condición" cabe por último verificar si existe un *"numerus clausus"*de contratos aleatorios en base el reducido enunciado de algunos tipos que efectúa el Código Civil y los proyectos de reforma, o si por el contrario no hay tal límite legal.

[116] **Mazeaud H.J. et L**. Le ons.. ob.cit t.II p. 172
[117] **Morin, Anne**, Contribution a ....ob.cit. p.23.

Concretamente creemos que quienes efectúan estos planteos confunden tipicidad con imposibilidad de establecer otros contratos de carácter aleatorio distintos de los regulados legalmente.([118])

Legislación Comparada

109.-Algunas de las legislaciones consultadas se adscriben en la tendencia del código francés y los que le siguieron que intentan definir los contratos aleatorios, en tanto otros prescinden de tales delimitaciones conceptuales y directamente regulan aquellos contratos que consideran como tales, siguen esta tendencia la legislación Uruguaya, Mejicana Portuguesa, e Italiana que directamente regulan los contratos de juegos, apuestas, renta vitalicia y compra de esperanza.

110.-Así el Código Civil Español en su artículo 1790 y el Código Civil de Puerto Rico en su artículo 1690 lo definen de igual manera como:

> *" Por el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de los que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado"*

111.-Tal como dijésemos el modelo seguido ha sido el Código Civil Francés que mantiene su redacción original y en dos artículos distintos establece primero una definición en el 1104 y otra en su artículo 1964, los cuales dicen:

> *"Le contract est commutatif lors que chacune des parties s'engage á donne ou á faire una chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne ou de ce qu'on fait por elle. Lors que l'équivalen consis dans la chance de gain ou de*

[118] Se mencionan en doctrina como contratos aleatorios atípicos, el usufructo vitalicia, la venta o cesión de derechos litigiosos, la fianza onerosa, los diferentes contratos de Bolsa, la constitución de censos vitalicios, las tontinas (las que sólo le esta prohibidas a las sociedades asegurdoras, artículo 7 ley 20091), la cesión de derecho sucesorios, la venta con riesgo y peligro de evicción para el comprador, ciertas clases de mandato como podría ser el convenio de honorarios que obligan al letrado anticipar el pago de costos y costes

perte pour chacune des parties, d'apres un événement incertain, le contrat est aléatoire."

" Le contrat aléatoire est una convention réciproque dont les effets, quant aux avantages er aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieus d'entre elle, dépendent d'un événement incertain.."

112.-Por su parte el Código Civil de la República de Nicaragua en su artículo 3535 establece:

"El contrato aleatorio es un contrato recíproco, cuyos efectos, en cuanto a las ganancias y pérdidas, ya para todos las partes, ya para una o algunas de ellas, depende de un acontecimiento incierto"

113.-En tanto el Código Civil Brasileño indicaba en el artículo 1118:

" Se o contrato for aleatorio, por dizer respeito a coisas futuras, cujo risco de nâo virem a existir asuma o adquierente, terá direito o alienante a todo o preço desde que de sua parte nâo tenha havido culpa, ainda que delas nâo venha a existir absolutamente nada"

114.-Y en nuevo código civil de Brasil establece ahora en sus artículos 458 a 461([119]):

Se o contrato for aleatório, por dizer respeito a coisas ou fatos futuros, cujo risco de não virem a existir um dos contratantes assuma, terá o outro direito de receber integralmente o que lhe foi prometido, desde que de sua parte não tenha havido dolo ou culpa, ainda que nada do avençado venha a existir.

Se for aleatório, por serem objeto dele coisas futuras, tomando o adquirente a si o risco de virem a existir em qualquer quantidade, terá também direito o alienante

[119] Ver **Alves Jos Carlos Moreira**. A parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro. Editora Saraiva, Rio de Janiero 1986; **Orlando Gomes**.Introdu o ao Direito Civil. Editora Forense Rio de Janeiro 1998, 13 Edi o, .**Reale, Migue**l. O Projeto do Novo Código Civil; , editora Saraiva, Rio de Janiero 2da edi o 1999;. **Azevedo, Ant nio Junqueira** de. Negócio Jurídico. Exist ncia,Validade e Eficácia. Editora Saraiva, 3a edi o, Rio de Janiero, 2000

> *a todo o preço, desde que de sua parte não tiver concorrido culpa, ainda que a coisa venha a existir em quantidade inferior à esperada.*
>
> *Parágrafo único. Mas, se da coisa nada vier a existir, alienação não haverá, e o alienante restituirá o preço recebido.*
>
> *Se for aleatório o contrato, por se referir a coisas existentes, mas expostas a risco, assumido pelo adquirente, terá igualmente direito o alienante a todo o preço, posto que a coisa já não existisse, em parte, ou de todo, no dia do contrato.*
>
> *A alienação aleatória a que se refere o artigo antecedente poderá ser anulada como dolosa pelo prejudicado, se provar que o outro contratante não ignorava a consumação do risco, a que no contrato se considerava exposta a coisa.*

115.-Interesante es la definición establecida en el Código Civil para el estado de Luisiana en los Estados Unidos de Norteamérica, pues utilizado de base en todos los diccionarios jurídicos de dicho país. En su artículo 2982 define:

> *"The aleatory contract is a mutual agreement, of which the effects, with respect both to the advantages and losses, whether to all the parties or to one or more of them, depend on an uncertain event"*

116.-Asimismo el Código Civil Venezolano en su artículo 1136 establece:

> *El contrato es aleatorio, cuando para ambos contratantes o para uno de ellos, la ventaja depende de un hecho casual.*

Proyectos de Reforma

117.-El proyecto de reforma del código civil argentino, elaborado por la comisión decreto 468/92 se adscribe en principio al principio de evitar definir los contratos aleatorios y a partir del artículo 1394 regula directamente a los contratos de renta vitalicia

onerosa y los de juego y apuesta, pero en el artículo 899 que consagra la vigencia de la teoría de la imprevisión, se refiere en su párrafo cuarto a que las éstas reglas serán aplicables a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produjere por causas extrañas al alea propia del contrato, dejando sin duda a la doctrina y jurisprudencia definir cuando se esta ante un contrato aleatorio.

119.-Por su parte el PD685/95 en su artículo 911 establece en el segundo párrafo que los contratos a título oneroso son conmutativos si las ventajas para todos los contratantes son ciertas y aleatorios si las ventajas o las pérdidas para uno de ellos o para todos, depende de un acontecimiento incierto.

Onerosidad de los contratos aleatorios

120.-Otro tema discutido sobre el tema es si resulta posible la existencia de ciertos contratos gratuitos que, no obstante pudieran ser aleatorios([120]) como podría ser la apuesta en la que sólo una de las partes se obliga con el fin de robustecer una afirmación suya, a entregar una cosa a la otra parte, sin que ésta a su vez contraiga ningún tipo obligación equivalente, como también podría ser la renta vitalicia a título gratuito, los sorteos de publicidad, el seguro gratuito y así otros muchos casos más.

121.-Para otros autores ([121]) los casos antes citados constituyen verdaderas liberalidades o donaciones comunes que permiten oponerse se considere como contratos aleatorios verdaderos a los contratos aleatorios a título gratuito, pues dan la impresión de que entre estos últimos y los onerosos son más las diferencias que las aproximaciones. Pues mientras en unos la causa del contrato resulta la existencia del riesgo o la determinación del alea a la cual se someterán las prestaciones, en el otro la causa es el ánimo de liberalidad.

122.-No obstante lo antedicho y existiendo la posibilidad que una amplia gama de negocios puedan ser considerados *latu sensu* aleatorios a título gratuito, en el ámbito mercantil en que desarrollamos específicamente nuestro análisis tales situaciones

[120] **Mazeaud H. J. et L Mazeaud Jean y Chabas F.**. Le ons ob.cit. t. III p. 1291

[121] **Von Tuhr A**, Tratado de las Obligaciones, Ed. Reus, Madrid reimpresión 1ra. Ed. 1999, t. I p. 28 y ss, para quien el seguro gratuito es una donación pues siempre que una persona promete indemnizar gratuitamente un daño del que no es reponsable, realiza una donación.

no se podrían verificar, ni siquiera en los casos expuestos de sorteos o donaciones de publicidad o en seguros gratuitos.

Alea, Riesgo, Peligro y Condición contractual

123.-Recurrentemente se indica que "alea" proviene de la voz latina "dado" ([122]) y que aleatorio se refiere a todo lo vinculado al juego de dados y por extensión a todo aquello perteneciente al juego de azar, a lo que depende de algún suceso ajeno a la voluntad y conocimiento de los participantes, algo fortuito.

124.- El origen de la palabra alea es desconocido ya que la palabra "dado" en latín se expresaba como "*talus*", jugar a los dados era expresado como "*ludere tessella* " ([123]) y deviene de la palabra *"tabula"* tabla donde se jugaba a los dados, igual que en griego "ταβλα"([124]). Por lo que cabe suponer que realmente si no se refería al jugar (*ludere*), ni a los dados (*talus*) se vinculaba entonces a la profesionalidad o habitualidad de aquella persona dada al *ludere tessella*, el llamado *aleator.*

125.-Luego siguiendo con esta introducción terminológica podemos también afirmar que la palabra "suerte" *"sors",* urna, tablillas o bolillas que se introducían en la urna para sacar una de entre ellas con el objeto de llegar a una resolución, la que no se tomaba voluntariamente discernida.

126.- De tal manera podemos afirmar que la palabra "alea" denota toda cuestión vinculada a una resolución que no depende de la voluntaria actuación humana, sino que desde el mismo momento que se discrimina entre las diversas formas de encaminar un proceso racional y lógico de decidir y actuar, se difiere ello en favor de lo fortuito, a una suma de condiciones que se desconocen y sobre las cuales no se puede intervenir o interferir cuando interactúan y se combinan para dar por efecto un determinado resultado.

---

[122] Igualmente se sigue repitiendo una inexactitud histórica cuando se atribuye a Julio Cesar haber pronunciado aquella perícopa *Alea jacta est* , cuando realmente el levantisco romano que desobedeciendo las leyes supero un riachó al norte de Rimini con sus tropas e ingresó a Roma, era admirador del poeta griego Menandro (342-292) realmente paragrafeándole dijo: ανερριφθο κυβοσ (esperando no haya dicho κυδοσ ya que entonces más grave sería la fabula creada sobre el tema)

[123] Fueron Marco Tulio Ciceron y Marco Fabio Quintilliano quienes utilizando el vocablo aleator hacen referencia al jugador habitual o profesional.

[124] En tanto que sorteo, cosa o lote obtenida por sorteo λαχον (ver Evangelio San Juan 19.24)

127.- Recordando que: "*alearum lusus antiqua res est ex extra opera pugnantibus concesssa, verum pro tempore prodiit in lacrimas, milia extranearum nomnantionum suscipins"* podemos concluir entonces aceptando que la palabra "alea" y su uso como calificativo de los contratos y obligaciones denota genéricamente aquellos actos jurídicos en los cuales "la forma y modo" elegido para su resolución no depende de la voluntad de las partes, sino que ellas lo han diferido a un evento que debe acontecer en futuro.

128.-La constante referencia a las ganancias y pérdidas que deberá seguir a la ocurrencia del evento es una mera consecuencia natural pero no esencial a los contratos y obligaciones aleatorias. Un contrato de compraventa puro y simple no se convierte en aleatorio porque aquella parte compradora experimente una sustancial pérdida a partir de recibir por tradición la cosa, si por razones de mercado la misma vio sustancialmente disminuido su valor. Justamente se ha hecho girar todo el concepto y presupuestos de los contratos aleatorios a los de juego y apuesta, lo que ha confundido y hecho perder, por su propia característica casuista aquella posibilidad de discernir los presupuestos y conceptos generales a todos los negocios de su especie. En el desarrollo de la hipótesis habremos de disputar si la teoría del riesgo se puede aplicar a los contratos de juego y apuesta civil.

129.- Por otra parte y siguiendo a Anne Morin que distingue aquellas situaciones donde al alea es calificada por la autora de "jurídica", por cuanto el evento afecta la existencia misma de la obligación, de aquellas otras situaciones donde el alea solo afecta el resultado económico del negocio, debemos describir lo que para la autora son los alcances de la obligación aleatoria en la estructura del contrato.

130.-En general nos señala que primero existe una creación de una obligación imperfecta y además se produce un proceso original de formación del contrato. En cuanto a los alcances de los contratos donde el alea afecta la economía del contrato se explica la introducción de una ausencia de equilibrio inicial de las prestaciones como así también una incertidumbre sobre el saldo definitivo de las prestaciones.

131.-Por su parte "riesgo", como lo hemos adelantado, es distinto, en su origen, concepto y efectos. Además de las características antes detalladas, cabe agregar también que el riesgo es siempre

preexistente a la celebración del negocio jurídico y por eso es causa del mismo. Esta afirmación se aplica aún en el ámbito lúdico puro, pues en el mismo las reglas del juego al que se someten las partes, no obstante que con ellas han creado artificialmente al "riesgo", resultan anteriores a la manifestación por la cual se aceptan esas reglas.

132.-Sin la preexistencia del riesgo como posibilidad, incertidumbre y probabilidad de un evento no habría contrato aleatorio. Las partes describen un evento que saben es posible que ocurra, pero que no saben si habrá de acontecer en determinado tiempo al que sujetan su relación, y también conjeturan o presienten (o conocen científica y profesionalmente actuando) cual es la probabilidad que tienen de obtener un resultado determinado.

133.-Otra palabra que se suele utilizar como sinónimo o para intentar definir el concepto de riesgo es "peligro". Lo cierto es que más allá de una infructuosa búsqueda meramente gramatical de sinonimias poco significado puede asignarse en materia de negocios jurídicos al concepto de peligro. Ciertamente resultaría incorrecto e inteligible que alguien expresase que tiene un gran peligro de un resultado favorable, pues peligro siempre alude a la inminente ocurrencia de un resultado adverso, mientras que el concepto de riesgo no sólo se refiere a los casos desfavorables probables, sino también y conjunta y proporcionalmente a los favorables probables.

134.-Distinta es la situación que se presenta con respecto al tema de las obligaciones condicionales y su diferencia con las obligaciones aleatorias, los diferentes efectos que existen entre las condiciones de los contratos que incluyen tales cláusulas, de aquellos otros contratos que llamamos aleatorios.

135.-La doctrina propone varios criterios de distinción entre los contratos aleatorios y los condicionales, según detalla Alvarez Vigaray([125]) es inexacto diferenciarles a partir de estimar que la condición ha de consistir en un hecho que además de incierto sea futuro, el evento en algunos contratos aleatorios puede consistir en un suceso del pasado, cuya realización ignoran las partes.

[125] **Alvarez Vigaray Rafael**, Los contratos...ob. cit. p.617, mencionando la obra Alea de Boselli, en Novísimo Digesto Italiano, t. I p. 470

136.-Tampoco parece de gran solidez la distinción basada en el diverso interés del acreedor respecto a la realización del evento([126]) en el sentido de que mientras en la obligación bajo condición suspensiva el acreedor está interesado en que se realice el evento, en tanto que al deudor le conviene que no se realice, en los contratos aleatorios el acreedor tiene interés en que no ocurra el acontecimiento. Por el contrario en la realidad puede ocurrir que el acreedor bajo condición suspensiva esté interesado en que no se realice el evento y que en los contratos aleatorios el acreedor tenga interés en que se realice.

137.-También se señala como elemento diferencial entre los contratos aleatorios y los condicionales la diversas importancia que, en la respectiva estructura de cada uno de ellos, asume el evento([127]), en el contrato aleatorio el riesgo no es un elemento autónomo respecto a la configuración del contrato, el riesgo es presupuesto y causa del mismo en tanto que la condición es accidental al tipo contractual a que pertenece el contrato en que se inserta. Se critica a esta posición de Messineo que la misma sólo se podría predicar respecto a los contratos aleatorios por naturaleza y no a los contratos aleatorios por voluntad de las partes.

138.-La crítica se fundamenta en que los llamados contratos aleatorios por voluntad de las partes, que son aquellos que responden a la estructura de un determinado contrato conmutativo, en el que las partes supuestamente habrían modificado insertando en él un riesgo que es extraño al esquema normal del tipo de contrato, pero no a la actividad de los contratantes. En ellos el alea no es un elemento necesario del tipo contractual sino de la actividad de uno o ambas partes y si forma parte de la estructura del contrato celebrado, es por haberlo querido así las partes, de modo semejante a lo que ocurre con la condición. Tan es así que la condición puede ser renunciada por aquel a quien beneficia su ocurrencia o su falta, pues no es de la esencial del contrato, ese cumplimiento ficto no implica una liberalidad([128]), en tanto que no se podría dar por ocurrido el evento en los contratos aleatorios, eso sí seria trocar la causa y convertirle en una donación.

139.-Nosotros entendemos que en este caso se está confundiendo el contrato aleatorio con el contrato como causa de una obligación

[126] **Scalfi**, Cosiderazioni..ob. cit. p. 142
[127] **Messineo Francesco**, Manual ob. cit. t. IV, p. 478.
[128] **Savigny M. F.C de,** Sistema del Derecho Romano Actual Ed. Góngora y Compañía, Madrid 1879, . t. II p. 239

aleatoria, en este caso podría ser posible confundir la obligación aleatoria con aquellas sometidas a condición. No obstante insistimos en que la condición no es de la esencia y tampoco causa de la obligación a diferencia del riesgo que hace aleatorio al contrato. Aún así aceptamos que existirán situaciones en los cuales la diferencia resultará muy difícil de verificar, por ejemplo sería el siguiente caso en el cual *Carlos* se comprometiese vender a *Juan* una vivienda y por una suma de dinero determinadas, siempre que el mismo *Carlos* que compro un billete de lotería con determinado número, ganara con el mismo el primer premio del sorteo a llevarse a cabo un día o en una ocasión determinada. En este caso no cabe duda que se dan actos jurídicos distintos, el uno el contrato de compraventa condicional el otro un contrato aleatorio de juego o sorteo, la vinculación simultanea de ambos, entendemos que no cambiaría en esencia el carácter de condición que afecta a la obligación del contrato de compraventa y el aleatorio al juego de lotería, pero esa superposición de ambas situaciones bien podría hacer que se denomina a la obligación como "aleatoria", aún cuando sabemos que es condicional y se le aplicará todas las reglas sobre las condiciones.

140.-Otra forma de distinción expuesta por Scalfi([129]), es la que parte de la diversa función y efectos que asume el evento en unos y otros, mientras en la condición suspensiva se subordina a ella todo el contrato haciendo que no se produzcan sus efectos en tanto no se realiza el evento, en el contrato aleatorio el evento se limita a incidir en las relaciones y proporcionalidad entre las respectivas prestaciones, determinando en definitiva el resultado para cada una de las partes.

141.-Dicen estos autores que hay en definitiva una diferencia indudable entre el contrato aleatorio y el contrato condicional y es que el primero produce sus efectos inevitablemente, el azar no decide si el contrato producirá o no efectos, sino cuál será ese efecto. En cambio el contrato bajo condición suspensiva solo produce efectos si el evento se realiza. El contrato aleatorio al decir de Messineo([130]) resulta de tal manera un contrato puro y simple, en tanto que para Von Thur ([131]) la condición pactada en un contrato puede referirse a toda la relación obligatoria (compraventa condicional, locación condicional) o a un determinado crédito dentro de la relación obligatoria.

[129] **Scalfi**, Cosiderazioni..ob. cit. p. 142
[130] **Messineo Francesco**, Manual ob. cit. t. IV, p. 478
[131] **Von Tur,** Tratado... ob. cit. p.213 y ss.

142.-Concluyendo la cuestión de las relaciones y diferencias entre los contratos aleatorios y los contratos en los que se ha pactado una condición puede decirse que si bien existe cierto parecido entre el riesgo o el evento del contrato aleatorio y la condición a la que se somete un contrato, son en realidad distintas figuras y por tal motivo al tiempo de determinar la naturaleza del contrato aleatorio, como bien dice Alvarez Vigaray([132]), es de más provecho, en vez de traza paralelismos y diferencias entre la condición y el riesgo, afrontar directamente el problema sobre la entidad ontológica del "riesgo" y cómo se inserta en el contrato aleatorio.

Cargas precontractuales especiales en los contratos aleatorios.

143.-Se predica en general que todos los contratos deben celebrarse, ejecutarse e interpretarse de buena fe (ver infra nota sobre buena fe) y este principio de lealtad y conducta negocial se hace efectivo concretamente mediante el cumplimiento de determinados deberes y cargas que se imponen y proyecta en general a todos los contratos([133]).

144.-En el caso de los contratos aleatorios si seguimos las disposiciones del Código Civil verificamos inicialmente que el mismo no regula la causa de los contratos y que en los artículos 1167 a 1179 respecto al objeto de los contratos no establece en forma clara expresa ni se puede deducir implícitamente la imposición de cargas precontractuales referidas a la causa y el objeto. Solo indican que la prestación debe ser determinada o determinable sobre cosas existentes o subordinadas a condición que lleguen a existir (salvo en los contratos aleatorios).

145.-Por su parte en los artículos 944 a 957 del PD685/95 podremos verificar con mayor precisión el establecimiento implícito de estas cargas precontractuales a partir de una mejor regulación del objeto y causa de los contratos y en lo que respecta a los contratos aleatorios se deduce que las partes deben comunicarse plenamente todo cuanto conozcan del riesgo como causa contractual con el fin de determinar con claridad:

---

[132] **Alvarez Vigaray, Rafael**, Los contratos..ob.cit. p.621

[133] **Turrin Daniel Mariano,** Las obligaciones de información, consejo y claridad de los precontratantes, en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Ed. Depalma, 1990-A p,311

.- el "evento" o "acontecimiento" que estiman deberá subjetiva u objetivamente ocurrir. En atención al concepto de incertidumbre que se tenga puede ocurrir que el evento haya ocurrido pero sea desconocido por las partes, dando por resultado un riesgo putativo o subjetivo, en tanto que si sólo se estima como posible aquellos casos en que necesariamente el evento no debe haber acontecido antes de la celebración del contrato, el riesgo será necesariamente objetivo. Asimismo cabe indicar que la razón por la cual utilizamos la palabra "evento" o "acontecimiento" en lugar de "hecho" o "acto" es porque entendemos que existe una relación de genero a especie entre ambos, ya que el riesgo puede referirse a una sucesión ordenada de hechos en diversos momento dentro de un determinado tiempo, o bien a un conjunto de hechos coordinados, vinculados entre si o no que se deben dar un mismo momento o dentro de un determinado tiempo.

.- la "posibilidad" de ocurrencia. Insistimos en que el evento con el cual se describe al riesgo debe ser posible que ocurra en un determinado tiempo. La descripción de la "posibilidad" o el término contrario su "imposibilidad" no tienen vinculación con aquella situación regulada en el artículo 530 del Código Civil, ni el artículo 341 del PD685 y justamente esta es una diferencia sustancial entre condición y riesgo. Segovia([134]) nos dice: "*Así debe considerarse, en general, como nula la obligación contraída, para el caso en que el estipulante cometa un acto ilícito ú omita el lleno de un deber..*", situación que se da justamente en los riesgos a los que se refieren de consuno determinados seguros patrimoniales.

.- la "incertidumbre" subjetiva de ambos en que el evento pueda ocurrir de determinada manera o en determinado tiempo. En materia de riesgo no ser requiere que la incertidumbre se refiera a un evento futuro que no ha acontecido, muy por el contrario puede y en algunos casos debe tratarse de un hecho pasado, pero del que las partes carecen de certeza de su ocurrencia o de la forma, modo o tiempo en que aconteció. Así resultaría el caso en que dos personas celebrasen un contrato aleatorio de apuesta, porfiando en la exacta manera en que ocurrió

[134] Segovia, D. Lisandro, Código ... ob. cit. t. 1 p.138

un determinado hecho en el pasado, vrg. cual habría sido el resultado de algún evento deportivo, o si determinada perícopa le pertenece a tal o cual autor. Todos estos eventos del pasado sobre el que ambas partes tienen incertidumbre.

.- la "probabilidad" de ocurrencia que estiman. Esta probabilidad que va desde simple media estadística como sería la probabilidad existente en el caso en que una moneda es lanzada al aire para comprobar al caer cual de sus lados ha quedado hacia arriba, hasta situaciones mucho más complejas. La estimación o medición y cuantificación de esa probabilidad dependerá de la capacitación técnica de cada parte y que puede ir desde la mera intuición empírica hasta complejos cálculos estadísticos actuariales. Uno de los juegos de azar más habituales en los casinos es justamente una invención de Pascal, en tanto que las apuestas suelen responder a intuiciones empíricas, reafirmaciones de voluntad (quien afirma y apuesta que logrará, mediante su esforzado estudio aprobar una determinada materia) o de tozuda obstinación (quien porfiadamente apuesta a favor de sostener su opinión en el muy subjetivo y personal convencimiento de tener la afirmación acertada y verdadera sobre un tema)

.- Las prestaciones a cargo de cada una y el compromiso patrimonial a los que se someten. Este punto tiene vinculación con el otro presupuesto pero fundamentalmente con el de probabilidad, ya que cuanto mejor se calcule la misma más ajustada serán las participaciones patrimoniales de las partes. Cuando se ha logrado determinar científicamente mediante el sistema del cálculo estadístico de probabilidad que un evento pueda producir en un tiempo dado, un determinado resultado, así será el compromiso patrimonial que asumirán las partes en el contrato aleatorio. Así por ejemplo cuando en el seguro de automotores cobertura de robo parcial se verifica una alta probabilidad de desapoderamiento de las radios de los rodados, menor será el compromiso que desee asumir el asegurador (tanto menos será la voluntad de comprometerse que se ha llagado directamente a no celebrar contratos aleatorios sobre tales eventos).

146.-De tal importancia resultan estos presupuestos y su correcto funcionamiento, que ambas partes deben acceder en igualdad de condiciones y conocimientos a los mismos. Si alguna de las partes incumpliera la carga precontractual de comunicar a la otra todo cuanto sepa o deba saber actuando diligentemente y conforme el caso, su profesionalidad, el contrato devendría anulable por cuanto:

.- si no se determina el evento o la forma de determinarlo, el contrato carecería de causa y en virtud al carácter aleatorio del mismo no se podría presumir su existencia (en los términos del artículo 954 del PD685).

.- Si alguna o ambas partes estuvieran en conocimiento de la imposibilidad de ocurrencia del evento, o pudiendo ilustrarse de ello no son diligentes en procurarse un efectivo conocimiento, el contrato aleatorio sería nulo por imposibilidad anterior a su celebración de que se verifique la ocurrencia del evento (sin perjuicio de la responsabilidad *in contrahendo* en que hubiera podido incurrir alguna de las partes). Pero si alguna de las partes tiene un conocimiento mejor o mayor que la otra e incumple la carga de igualar tal conocimiento comunicando cuanto sabe del riesgo, estaríamos en un efectivo caso de incumplimiento de la carga que se debe sancionar con la anulabilidad del contrato, o su reajuste.

.- Si alguna o ambas partes tuvieran certeza de la efectiva ocurrencia del evento, la inminencia del mismo o que ya ocurrió no habría riesgo y también el contrato sería nulo por falta de causa. Pero al igual que el punto anterior, si alguna parte falta a la carga de igualar el conocimiento se estaría ante un incumplimiento de la carga y frente a la consecuencia de la anulabilidad del contrato o su reajuste.

.- Por último, para ser aplicable el actual artículo 1198 del Código Civil y 1060 del PD685 en lo relativo a la alteración extraordinaria sobrevenidas por causas ajenas al riesgo asumido se debe describir el mismo en base a las comunicaciones de información que se cursen las partes sobre la probabilidad de ocurrencia que estiman determinará las prestaciones a cargo de cada una de ellas, su magnitud y el compromiso patrimonial asumido.

147.-De esta manera entendemos que queda demostrado que la comunicación informativa sobre el estado y cualidades del riesgo es propio y especial en todos los contratos aleatorios, teniendo la manera en que se hace efectiva la carga, características particulares en cada tipo de contrato aleatorio de que se trate.

Efectos de los contratos aleatorios, diferencias con los conmutativos.

Cláusula comisoria, imposibilidad, frustración e imprevisión

148.-Toda vez que las partes intercambian promesas haciendo que los contratos aleatorios sean bilaterales genéticamente (*genetische abhangigkeit*) y considerando que en algunos casos sólo una de ellas concluye estando obligada a efectuar una prestación o una de entre todas aquellas a su cargo, como también el posible caso en que ninguna de las partes estuviera obligada a realizar prestación alguna hasta la ocurrencia del evento, cabe preguntarse si en los contratos aleatorios funciona el pacto comisorio. Asimismo y vinculado con ello a partir de las regulaciones propuestas por el PD685 también es dable verificar si funcionaría respecto de los contratos aleatorios la resolución por imposibilidad de cumplir de una otra parte, la omisión de dar seguridades, como así también la resolución cuando se pudiera ver frustrada la finalidad del contrato.

149.-Toda vez que sin el intercambio de promesas no habría contrato, el tema vinculado al pacto comisorio ha de aplicarse a la bilateralidad funcional, es una manifestación mayor del sinalagma funcional de la mutua dependencia que media entre los efectos de las obligaciones([135]) y en tanto que en el contrato aleatorio se hubiera previsto o existan pendientes de pago prestaciones reciprocas, no atinamos ver al respecto diferencia entre los contratos conmutativos y los aleatorios.

150.-Mas en los demás casos de contratos aleatorios en que una de las partes ya ha cumplido todas las prestaciones a su cargo, como también cuando ninguna de ellas está obligada a cumplir aún prestación determinada, o bien y por último si ocurrido el evento solo una de ellas se ve obligada a cumplir la prestación establecida, no vemos que existan prestaciones reciprocas

[135] **Mosset Iturraspe, Jorge** Contratos ob., cit. p.373

pendientes, por lo que es de pura lógica que en estos casos no funcionaría el pacto comisorio.

151.- También se presenta una interesante cuestión en los contratos aleatorios, para saber si se aplicaría el pacto comisorio cuando existiendo prestaciones pendientes de cumplimiento por ambas partes, una entiende que se ha producido el evento previsto en el contrato, en tanto la otra supuestamente obligada a partir de la ocurrencia que dice la otra habría ocurrido, disputa tal entendimiento. Por nuestra parte reiteramos que existiendo obligaciones reciprocas pendientes de cumplimiento no atinamos a ver diferencia entre los contratos aleatorios y los conmutativos.

152.-Respecto de la posible aplicación a los contratos aleatorios del instituto previsto en el artículo 1057 del PD685 entendemos que ello no sería posible, ya que el mismo concepto de riesgo expuesto hace que la probabilidad de ocurrencia del evento no permita afirmar con posterioridad a la celebración del contrato una modificación de las circunstancias tenidas en cuenta al determinar y describir al riesgo como la causa del contrato de que se trate. De tal manera como la imposibilidad definitiva de una parte en cumplir la prestación a su cargo debería estar insita en el riesgo, vemos dificultoso poder en forma general establecer este principio para los contratos aleatorios.

152.- Las partes en su delimitación y definición contractual del riesgo pueden estipular e instituir la cláusula de imposibilidad de cumplimiento, pero no consideramos que se pueda presumir su existencia o aceptar que en general la ley pueda imponerla a los contratos aleatorios. Otro tanto nos cabe expresar respeto de la omisión de dar seguridades([136]).

153.- En cuanto a la frustración de la finalidad que regula en el artículo 1059 del PD685 con remisión al artículo 953 del mismo proyecto y la imprevisión regulada en los artículos 1198 del Código Civil y 1060 del PD685, la expresa mención del concepto "excedentes al riesgo asumido por la que es afectada " y la mención expresa a los contratos aleatorios en la regulación de la imprevisión pareciera inicialmente que no dejase duda de su aplicación en igual manera a los conmutativos como a los

[136] Interesante tema de análisis y debate se presentaría de aceptarse la aplicación a los contratos aleatorios de la disposición sobre omisión de dar seguridades, así en materia de contrato de seguro en el cual los asegurados y terceros ven muchas veces frustrados sus derechos porque justamente los aseguradores no pueden dar seguridades y terminan liquidados forzosamente.

aleatorios, pero ello no es así a poco que analicemos los presupuestos para estos últimos.

154.-Tanto el artículo 1059 y el 1060 del PD685 como el 1198 del Código Civil establecen presupuestos fundamentales y referidos a la "alteración de carácter extraordinario", "alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración" "excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles". Estos presupuestos que podemos resumir en dos términos "alteración extraordinaria" e " imprevisible" no son tan ajenos al concepto de "riesgo" en los contratos aleatorios.

155.- Esta cuestión fue observada por el reformador de 1968 y entonces estableció que para los contratos aleatorios la excesiva onerosidad se debe producir por causas extrañas al riesgo propio del contrato, en tanto que el PD685 establece que la prestación se debe tornar excesivamente onerosa por causas extrañas a su alea propia.

156.- De tal manera que ahora se agrega otro requisito a los de alteración extraordinaria e imprevisibilidad y es este de "ajenidad" al riesgo propio o al alea propia y si bien en el ámbito de los contratos aleatorios civiles ese concepto de ajenidad puede resultar mucho más fácil de verificar, en gran número de casos determinado por la propia singularidad contractual en que han participado las partes, en los contratos mercantiles aleatorios la propia profesionalidad de alguna o ambas partes reduce mucho ese campo de la "ajenidad".

157.- Si recordamos aquellas características que enunciamos en el punto 41.- podemos entonces afirmar que la profesionalidad que impone capacitarse técnicamente reduce mucho el posible desconocimiento, la imprevisibilidad y la ajenidad([137]) y así lo ha entendido la CSJN en temas vinculados a contratos aleatorios de seguros, al resolver los casos Jürgens Jorge A y otros c/La Franco,([138]), Minetti Bartolomé y otro c/ S.A. Sudamericana Compañía de Seguros de Vida([139]) y los señeros casos Mittelman

[137] En este tema tal vez resulta interesante recordar el análisis que realiamos **Benclowicz, Oscar, Schiavo Carlos** Las Crisis Financieras en la República Argentina y su Repercusión en la Actividad Asegurdora, ponencia de la delegación argentina al V Congreso Iberolatinoamericano de Derecho de Seguros Madrid 1997, en el cual concluimos estimando técnicamente previsible una ruptura del cambio fijo y un proceso de crisis económico financiera.
[138] Fallos año 1976 p. 951
[139] Fallos año 1978 p. 659

c/ La continental y Pacheco c/La Continental ([140]) en los que se estableció la actualización de la suma asegurada a pagar sin que mediara mora del deudor, pues entre otras razones se estimó que una empresa profesionalmente organizada para realizar exclusivamente operaciones de seguros no podía entender que la inflación resultase ajeno al riesgo asumido, cuando las reservas técnicas correspondientes a esta operaciones se veían incrementadas producto de ese proceso económico financiero.

Señal o arras

158.- La dación o entrega de una cosa mueble o dinero que una de las partes contratante realiza a favor de la otra puede hacerse con dos finalidades:

.-reforzar el cumplimiento, ejerciendo una presión o coacción sobre ambas partes, tanto sobre quien la da como sobre quien la recibe, y

.- permitir el arrepentimiento de cualquiera de las partes quedando establecida objetivamente la magnitud del perjuicio irrogado a la otra por tal retiro del contrato.

159.- El sistema de nuestro código civil establece en el artículo 1202 la doble función que posibilita el arrepentimiento, pero a la vez ejerce una presión favorable al cumplimiento al establecer y cuantificar una sanción con motivo de ese desdecirse, por su parte los artículos 971 a 973 del PD685 sigue este sistema y perfecciona su redacción, en tanto se ha dicho siempre que el sistema del código de comercio no permitiría el arrepentimiento sino que la señal o arras tiene el carácter de a cuenta de precio y como principio de ejecución y ratificación del contrato.

160.- Por las características particulares de los contratos mercantiles aleatorios, salvo y excepcionalmente en los paritarios (o negociados), no entendemos que se pueda permitir el arrepentimiento y mucho menos de la parte que actúa profesionalmente en la celebración de contratos predispuestos de consumo masivo. De permitirse la imposición predispuesta en un contrato de adhesión del arrepentimiento podría dar como resultado que el profesional en conocimiento de la inminente ocurrencia del "evento" que le impondría una prestación

[140] Revista Jurídica Argentina del Seguros la Empresa y la Responsabilidad, nro.3/4, p. 191

importante, pretenda arrepentirse y desligarse de su cumplimiento a un menor costo.

161.- No obstante que el Código de Comercio no estableció un principio general para todos los contratos mercantiles respecto de la señal o arras, sino para los de compraventa, entendemos que una futura regulación general de los contratos mercantiles debería así imponer de tal manera ese principio para todos los contratos mercantiles y sólo permitir que las partes pacten en los contratos paritarios (o negociados) y bajo ciertas condiciones el posible arrepentimiento.

Lesión

162.- Por lesión debe entenderse aquella situación de la que resulta del perjuicio que una persona recibe de un acto jurídico bilateral, en el que el co-contratante se ha prevalecido de sus circunstancias personales para obtener una prestación desproporcionada y que deviene injustificada teniendo en cuenta el negocio jurídico de que se trate. De aquel aprovechamiento referido al momento de la celebración surgirán las enormes diferencias patrimoniales en el análisis cuantitativo de las prestaciones([141]).

163.-Conforme lo establecido en el artículo 954 del Código Civil, luego de la reforma de la ley 17711 se puede establecer cuales son los presupuestos subjetivos y objetivos de la lesión que hacen posible cuestionar la validez del consentimiento:

.- Una de las partes debe estar en un plano de inferioridad. Lo que presupone en los contratos mercantiles aleatorios que nos estaríamos refiriendo al consumidor y a los contratos de consumo.

.- Que esta persona estuviera actuando motivada por un estado de necesidad, ligereza o inexperiencia.

.- Que el profesional mercantil se aproveche de estas dos características subjetivas enunciadas. Aprovechamiento que no requiere necesariamente una comisión por acción, ya que también se configura ese aprovechamiento cuando media omisión de ayudar a la conformación del consentimiento de la otra parte ilustrándola e informándole ampliamente sobre el negocio que

[141] **Zago, Jorge Alberto**, El contrato oneroso ...ob.cit. p. 108

realiza([142]). Esta omisión puede ser circunstancial para un determinado negocio e inclusive por la actuación desmedida de un dependiente o representante o bien evidenciarse por una conformación de la organización haciendal mediante hechos trascendentes preordenados o espontáneos.

.- Por último debe existir, como presupuesto objetivo, una enorme desproporción injustificada en las prestaciones.

164.-Ahora bien dados los presupuestos subjetivos no se configuraría la lesión sin la existencia del objetivo y es aquí cuando en los contratos aleatorios pareciera complicarse la cuestión, pues justamente es de la esencia de aquellos en los cuales el riesgo se vincula con las magnitudes de las prestaciones donde justamente las partes han estimado que existiría una posible enorme desproporción.

165.- Coincidiendo con Risolia([143]) cuando diciente con Borda al manifestar que no resulta cierto que la desproporción en las prestaciones no basta para anular los contratos aleatorios cuando la diferencia resulta del alea propia del contrato, entendemos que aún en estos casos en que la desproporción se vinculase o fuera resultado directo y exclusivo del alea propia del contrato, si la medición equitativa de la probabilidad de ocurrencia del hecho se hubiera violentado en contra de una adecuada imposición de prestaciones a cada parte, la perjudicada que además exhibe los presupuestos subjetivos podrá pedir la nulidad.

166.-Igualmente y de conformidad con las previsiones del artículo 954 del Código Civil la parte damnificada por la lesión podría peticionar el reajuste equitativo de las prestaciones o bien verse compelida a aceptar el reajuste ante el ofrecimiento que hiciera la otra cuando él solicita la nulidad. Esta solución además de ser preferible se ajusta al principio de supervivencia del contrato, no sin antes destacar que no se puede soslayar y redimir con un mero reajuste particular de un solo contrato, que un profesional mercantil hubiera celebrado un gran número de contratos sobre

[142] **Stiglitz, Rub n S.** Autonomía de la voluntad y revisión del contrato, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 58
[143] **Risolía, Marco Aurelio**, Nota a los autos F.E. c/Suarez Emilio y otro CNCIV Sala C en la Revista La ley 1983-D-47

la base de cláusulas predispuestas de similar factura y desproporción a las que se estuviera reajustando([144])

La mora en los contratos aleatorios

167.-En este tipo de contratos existen diferencia sustanciales con los contratos conmutativos y que hemos verificado no son totalmente atendidas en cuanto a su implicancia y efectos, máxime si se atiende a la razón ontológicamente que discrimina los contratos aleatorios de los conmutativos. Además este tema se vincula directamente a aquellos principios y presupuestos del "riesgo" que hemos desarrollado.

168.-Si se ha establecido un precio o contribución que permite participar en forma individual o colectiva en conjunto con una sumatoria de otros contratos mercantiles aleatorios, la mora en el cumplimiento de la prestación se encuentra afectando directamente el presupuesto de la "incertidumbre". Ciertamente si se permitiera modificar unilateralmente el tiempo de cumplimiento de la prestación presupuesto de la obligación aleatoria de la otra, ha de ocurrir necesariamente que la obligada solo cumpla su prestación en conocimiento o ante la inminencia de ocurrencia del evento al que se sujetó el cumplimiento de la obligación aleatoria de la otra parte.

169.-Si se permitiese que el obligado al pago de la renta en un contrato oneroso de renta vitalicia que estuviera en mora saneara la misma antes de la resolución contractual y en conocimiento de una grave y terminal enfermedad de la otra parte, se estaría afectado sin duda alguna la esencia misma del contrato aleatorio, ya que el mismo actúa con la certeza y el conocimiento de la eminencia de ocurrencia del evento previsto en el contrato. Otro tanto acontece en el contrato de seguro, si se permite sanear la mora luego de ocurrido el evento previsto(el siniestro), en aquellos juegos autorizados o tolerados si el apostador al tiempo del sorteo estuviera en mora y pretendiera

[144] Con esta propuesta suscribimos a favor de las acciones de clase o colectivas ver **Wright, Charles Alan**, The law of Federal Courts, Ed. West Publisching Co., Minnesota 1983, **Morello, Augusto Mario** La protección de los intereses difusos y colectivos y tendencies, Revista El Derecho 106-940, **Greco, Carlos Manuel** Ensayo preliminar sobre los denominados intereses difusos o colectivos y su protección judicial, en revista La Ley 1984-B-865, **Agoglia Maria M, Boragina Juan C. y Meza Jorge A** La Lesión a los intereses difusos categoría de daños jurídicamente protegido, en Revista Jurisprudencia Argentina nro 5846 15/09/1993. **Gozaini Osvaldo A** La Legitimación para obrar y los derechos difusos, en Revista Jurisprudencia Argentina, nro. 6012 20/11/1996

sanearla al conocer con certeza que se ha producido el nacimiento de la obligación de la otra parte en su favor, por ocurrencia del evento previsto Así también sería el caso de quien deposita la suma apostada que así se hubiera pactado, cuando sabe que el resultado con el que se definió el alea en el contrato, le ha sido favorable y la suma a recibir resultaría superior a aquella que depositó en mora.

170.-Entendemos que tanto en el tema de la mora como la demora([145]) existe necesariamente una diferencia entre los contratos conmutativos y los aleatorios en virtud a la cual no se puede aplicar el artículo 1201 del Código Civil y los artículos 989 a 992 del PD685, pues se daría en la especie una de las excepciones al saneamiento de la mora similar al régimen de las obligaciones con plazo esencial([146]).

171.- En los contratos aleatorios el cumplimiento oportuno es aquel que ocurre en tanto se mantenga el presupuesto de la incertidumbre y justamente mientras el moroso no se vea motivado a cumplir su prestación en mora en conocimiento de la inminencia o de la efectiva ocurrencia del evento del que nacería la obligación de la contraparte. Por tal motivo el cumplimiento de la prestación y el saneamiento de la mora no puede tener efectos retroactivos a la fecha en que hubiera vencido el plazo o del término en que se debió cumplir tempestivamente.

172.- En cuanto a los casos en que no se hubiera establecido un plazo para el cumplimiento de la prestación, entendemos que el mismo surge de la misma naturaleza de la obligación aleatoria y tal como lo expusimos en el punto anterior se determina por el concepto de incertidumbre haya o no interpelación, establecimiento o reafirmación contractual de la mora automática y en atención al no saneamiento retroactivo de la mora.

173.- Esta *exceptio non adimpleti contractus* cuya naturaleza jurídica aún se encuentra en discusión ([147]) no admite en los contratos aleatorios:

---

[145] **López Cabana, Roberto M.** La Demora en el Derecho Privado, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 115 y ss

[146] **Alterini Atilio Anibal, Ameal Oscar Jos , López Cabana Roberto M.**, Curso de Obligaciones, Ed.l Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 200

[147] **Garrido Roque Fortunato, Zago Jorge Alberto,** Contratos civil y comercial, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1995, p 329

.- el posible cumplimiento parcial de la prestación (*exceptio non rite adimpleti contractus*), ya que siempre nos estamos refiriendo a la prestación principal y no a las accesorias o accidentales ([148]) la cual debe estar efectivamente cumplida.

.- el cumplimiento parcial de la prestación no hace divisible aquella que corresponde a la otra parte, de manera que tampoco en los contratos aleatorios sería posible una modificación de la ecuación económica inicial del contrato por otra proporcional al parcial cumplimiento de uno de los contratantes.

.- el ofrecimiento de cumplir tampoco sanea la mora, ni siquiera en caso que el deudor pretenda garantizarlo efectiva y realmente.

174.- Por supuesto que reafirmamos aún en los contratos aleatorios que la mora del acreedor sanea inclusive retroactivamente la que pudiera tener el deudor. Más aún cuando el acreedor resulta un contratante profesional y el contrato se celebró en base a cláusulas predispuestas por el mismo a las que adhirió la otra parte y el sistema de cumplimiento de la prestación por la deudora también fue establecido por el predisponente([149]).

Tipos de contratos aleatorios

Contratos Civiles Aleatorios

175.-Como hemos afirmado reiteradamente el Código de Comercio no ha regulado principios generales para los contratos mercantiles, y mucho menos para los aleatorios, limitándose a regular algunos de ellos en especial, pero a poco que verificásemos también la legislación civil comprobamos que tampoco se ha establecido en el Código Civil una regulación de los principios generales de los contratos aleatorios en el cual además de definir con mayor especificidad las cargas precontractuales, la regulación de la demora y de la mora, se establezcan claramente las diferencias con los conmutativos de manera que no se pueda

[148] Como podría ser el cumplimiento de las obligaciones fiscales, presentar conjuntamente con el cumplimiento de la prestación principal los respectvos formularios de inscripción fiscal, etc.
[149] **Padilla Ren A**. La Mora en las Obligaciones, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1983, p. 300

forzar el instituto propio del "riesgo" con la aplicación de normas y principios particulares de los conmutativos y extraños justamente al sistema aleatorio.

176.-El Código Civil regula los siguientes contratos como esencialmente aleatorios([150]): juego de azar o destreza (artículo 2052), apuesta (artículo 2053), suerte (artículo 2054) como juego o apuesta y no para dividir bienes o terminar cuestiones (artículo 2068), la renta vitalicia (artículo 2070), el de lotería o rifa (artículo 2069) y el mandato de percepción de obligaciones a riesgo del mandatario (artículo 1914).

177.-En tanto establece también como contratos que se tornan aleatorios por voluntad de las partes a: la compraventa de esperanza (*emptio spei*) y de la cosa sometida a riesgo (artículo 1332), la compraventa a todo riesgo con renuncia a las garantías de evicción o por vicios redhibitorios (artículos 2098, 2099, 2166, 2169), la cesión de herencia efectuada como dudosa o incierta (artículos 2161 a 2163), la donación consistente en una prestación periódica *ad vitam* (artículo 1810 inciso 5), la locación de obra asumiendo el empresario el riesgo mediato. Algunos autores agregan a esta enumeración otros contratos aleatorios más([151]):

.- Los servicios profesionales del abogado remunerado con un pacto de cuota litis (conf. CNCiv., Sala C Abril 17-985 in re Cano de Lafontaine Irma en Revista La Ley 1985-C-599([152])).

.- El sistema de medicina prepaga(conf. CNCiv, Sala E, en Revista La Ley 1998-B-887)

.- Algunos sistema especiales de ahorro y capitalización (conf. SCMendoza Civil y Com. Sala I, Oct..9 de 99, in re Autorronda SRL c/Rodriguez Carlos en Revista La Ley 1990-D, p. 67)

.- El mutuo con cláusula de pago efectivo en moneda extranjera estipulado en dólares (conf. CN Civ, Sala B

[150] **Spota, Alberto G**. Contratos, ob. cit. t. I p. 165
[151] **Leiva Fernandez, Luis F.P.,** El Alea en los contratos...ob. cit. p.7 obra de la cual se transcriben las referencias jurisrprudenciales que la misma menciona
[152] ver **Barbero Omar U.** Renuncia por el abogado validez o nulidad? En Revista La Ley 1989-C-1178 p. 1189

Abril, 7-987 Spada de Makintach Susana c/Tonelli Carlos en Revista La Ley 1989-A. p. 414)

.- Los contratos tontinarios, que si bien se encuentra prohibidos como planes de seguro (ver artículo 24 ley 20091) para las entidades aseguradoras, no existe norma que impida la celebración de tales tipos contractuales por una mutual, fundación, asociación o inclusive por una sociedad comercial.

.- La fianza ([153]).

.- Los contratos de consumo en los cuales una de las partes puede recibir sin límite las prestaciones o bienes por un precio fijo predeterminado (los restaurantes de tenedor libre, o bares que estipulan la "canilla" libre). No obstante que algunos autores entienden que es aleatorio para el comerciante y no para el consumidor, lo cierto es que para éste también existe un riesgo, el verse satisfecho antes de haber consumido menos que lo pagado.

178.-En una breve exposición de estos contratos esencialmente aleatorios y aquellos negocios o cláusulas que se dice establecen actos jurídicos aleatorios por voluntad de las partes, no pretendemos verificar un estudio analítico de todos ellos, lo que nos apartaría del plan de la obra, sino que fundamentalmente intentamos establecer si se verifica la teoría del riesgo que hemos expuesto en todos estos contratos civiles.

179.- El contrato de compraventa es eminentemente conmutativo, pero cuando el objeto del mismo es una cosa futura queda sometido a una condición referida a *"que la cosa llegue a existir"* y agrega el artículo 1173 del Código Civil*, "salvo si los contratos fueran aleatorios*. Por su parte el artículo 1332 agrega al riesgo de existencia de las cosas futuras, el de las cosas existentes pero sujetas a algún "riesgo". Estos casos son los denominados compraventa de esperanza (*emptio spei*) y de la cosa sometida a riesgo y como se advierte en el primer caso hacen directa mención al "evento" como presupuesto del riesgo, en tanto que en el otro supuesto se refieren expresamente al "riesgo".

[153] **Leiva Fernandez Luis. F. P**. El Alea en los contratos, ob. cit. p. 15, quien referencia también a **Diez Picazo Luis y Guillon Antonio**, Sistema de Derecho Civil Madrid Ed. Tecnos 1992 t.II p. 545

180.- La posibilidad de existencia de una cosa o los "riesgos" que pesan sobre ella, son preexistentes a la celebración del contrato de compraventa y pesan sobre el *dominus.* La cosa se incrementa, disminuye o desaparece para su propietario, por lo tanto éste tiene un interés lícito jurídico y económico en la preservación de la cosa, dirigiendo y poniendo su voluntad en acción ha de soportar su posible pérdida o bien trasladar a otro esa posibilidad. Esa transferencia de aquella posible ocurrencia del evento en tanto se presenten preexistentes todos los presupuestos que enunciamos del "riesgo" es configurativa de un contrato aleatorio. Es importante destacar esta característica de la "transferencia", pues veremos que mediante ella se verifican muchas más alternativas de contratos aleatorios por voluntad de las partes([154]).

181.- En la llamada compraventa a todo riesgo con renuncia a las garantías de evicción o por vicios redhibitorios se presenta el mismo principio enunciado en los puntos anteriores, ya que el propietario de la cosa es quien puede verse turbado en su derecho de propiedad, goce o posesión de la cosa como del menor valor de la cosa al manifestarse sus defectos, si vende la cosa sin responder por evicción ni vicios redhibitorios también estaría transfiriendo un riesgo, lo que determina un contrato aleatorio.

182.- Asimismo en la cesión de herencia efectuada como dudosa o incierta y la locación de obra asumiendo el empresario el riesgo mediato se produce una similar situación a las analizadas en los puntos anteriores. En cambio la donación consistente en una prestación periódica *ad vitam*, entendemos que conforme el carácter oneroso de los contratos aleatorios, no configuraría el caso de uno de estos.

183.- En definitiva en todos los supuestos vistos hemos podido verificar la efectiva aplicación de la teoría del "riesgo", la existencia en todos ellos de los presupuestos del "riesgo" y la aplicación de los principios enunciados con relación a:

---

[154] Así el vendedor que no ha efectuado la tradición de las cosas se verá afectado por la desaparición de las mismas, salvo que pactase que las mercaderías son transportadas por cuenta y riesgo del comprador. Cuando un abogado efectúa con su cliente un pacto de honorarios anticipando los gastos y demás costas a cuenta de aquello que se pudiera obtener del proceso (que bien puede tratarse de un proceso voluntario, como sería una sucesión en la cual se deben realizar gestiones y trámites en el extranjero, en otras provincias ante la posibilidad que se pueda comprobar efectivamente la existencia de determinados bienes a los que el causante hacía referencia en vida del mismo).

.- Carga precontractual de declarar el estado del riesgo que se verifica en los artículos 2078, 2065, 2099, 2169, 2170, 2162.

.- Preexistencia del riesgo, que como evento posible es delimitado en el contrato.

.- Incertidumbre: que puede ser objetiva, como sería el caso en que se refiere a las cosas futuras que como tales no existen objetivamente al tiempo de la celebración del contrato. O bien puede ser subjetiva, así en materia de evicción y vicios redhibitorios donde las partes ignoran los defectos por que justamente existen como tales pero ocultos o en el caso que establece el artículo 2091 al referirse a causa anterior o contemporánea.

.- Posibilidad: En todos los casos se observa que se hace referencia a situaciones o eventos que empíricamente se sabe que son de posible ocurrencia.

.- Probabilidad y su medida: También en todos los casos se hace implícita referencia a la relación entre la mayor probabilidad de ocurrencia del evento distinto será el precio o porción patrimonial afectado al contrato.

184.-En cuanto a aquellos juegos tutelados y a los que se refiere el artículo 2055 del Código Civil referido a los juegos o apuestas que provengan de ejercicio de fuerza, destreza de armas, corridas y de otros juegos o apuestas semejantes (lamentándose algunos autores que la destreza intelectual quede excluida ([155])) en todos ellos también se verifica la existencia de los presupuestos enunciados. Todos ellos se someten a reglamentos o acuerdos previos sobre la forma en que se desarrollará el ejercicio de fuerza, destreza, corridas, etc., en los cuales se trata de establecer disposiciones que equiparen las probabilidades de los participantes, pero con anterioridad a la realización del acuerdo y del evento se tiene una incertidumbre sobre el resultado, se sabe que uno será posible y se estiman las probabilidades de cada participantes y en consecuencia se efectúa el compromiso patrimonial.

[155] **Gastaldi Jos María y Centanaro Esteban** Contratos aleatorios...ob.cit. p.35

185.-De tal manera que el riesgo es artificialmente creado pero con anterioridad a la celebración del contrato, el cual tiene por causa ese riesgo al que se refieren las partes en su acuerdo de voluntades. Todos los presupuestos deben darse para la validez del contrato, pues como dijimos de faltar alguno estaríamos ante otro tipo de contrato o frente a una estafa u otro tipo delictivo.

186.- Concluyendo creemos haber demostrado que la teoría del riesgo que se desarrollase, resulta plenamente aplicable a los contratos aleatorios civiles y que en sus dispersas y asistemáticas disposiciones se verifican aquellos principios que conforman la teoría y los presupuestos del riesgo configurativos de los contratos aleatorios.

187.-En cuanto a los típicos contratos aleatorios indicados en el párrafo 176 debemos insistir en la preexistencia del riesgo y que tal enunciado no debe confundirse con la clasificación entre riesgos naturales y riesgos artificiales. Que exista la posibilidad probable de un de un resultado total o parcialmente negativo, vgr. de una cosecha con motivo de una granizada, es un riesgo natural preexistente a la celebración de un contrato de compraventa sobre dicha cosecha futura y que una bolilla lanzada en una aparato cilíndrico giratorio, que contiene treinta y siete casillas, en una de las cuales pudiera concluir reposando aquella bolilla, es una posibilidad probable artificialmente organizada, pero preexistente a la celebración del contrato.

Contratos Aleatorios Administrativos

188.- Atento lo dispuesto en el artículo 2069 del Código Civil, cuando las loterías y rifas se permitan, serán regidas por las respectivas ordenanzas municipales o reglamentos de policía, por lo tanto estos juegos de puro azar serán regulados por normas de derecho público([156]). Así la ley 18226 (modificada por la ley 21041) que contempla y regula el funcionamiento de la Lotería Nacional y Casino y sus decretos reglamentarios([157]) en especial el 588/1988 sobre juegos de azar; los decretos 1688/1944 y

[156] **Gastaldi Jos María y Centanaro Esteban** Contratos aleatorios...ob.cit p. 37

[157] Conforme describre **Leiva Fernandez, Luis**, ob. cit. p. 204 existen además otras normas vinculadas con el tema: ley 12.660 prohibición de venta de inmuebles , muebles o mercaderías a realizarse por sorteos con ofrecimiento de premi, ley 14188 autorizando al PEN para el funcionamiento de hipódromos agencias de sports y apuestas mutuas, decreto 2226/85 regimen de premios de el Instituto Nacional de Cinemotografía, 598/90 Lotería Nacional Sociedad del Estado, 236/91 Pronosticos Deportivo Extra Mensual, decreto 230/99 organización de un jugo de azar para su venta por discapacitados.

6618/57 sobre el ejercicio de la policía de juego; decreto 668/74 reglamentario de la ley 20.630 sobre premios en juegos de azar; el decreto 859/75 reglamentario de las agencias receptoras de apuestas, las leyes 408 y 1239 de la Provincia de La Pampa, 10305 de la Provincia de Buenos Aires, 6111 y 7161 de Salta, 255 y 538 de la ciudad Autónoma e Buenos Aires([158]) entre otras tantas dictadas conforme nuestro sistema federal y diversas disposiciones constitucionales provinciales reafirman claramente el carácter de derecho público del tema referido a estos juegos de azar.

189.-No obstante que estas actividades parecieran no tener vinculación a los temas que estamos desarrollando en el presente trabajo, es dable destacar que la administración pública puede organizar y llevar adelante estos juegos por si misma u otorgar su explotación mediante concesión en favor de particulares, quienes a su vez entablarán relaciones jurídicas con las personas que habrán de intervenir en tales juegos. Estos particulares suelen ser sociedades civiles, de beneficencia o bien como resulta de consuno son sociedades mercantiles profesionalmente organizadas como empresas.

190.-Por tanto aceptada la posibilidad que la administración pública pueda llevar a cabo una verdadera actividad contractual, siempre que los organismos o entes administrativos actúen dentro de la competencia que les ha sido asignada, se debe colegir que la misma pueden celebrar cualquier clase de contratos siguiendo los tipos reconocidos en el derecho y que serán administrativos al estar presentes los caracteres que le son propios, por tanto es dable que la administración concluya actos administrativos contractuales referidos al juego([159]).

191.-En principio la concesión para una agencia de juego o el contrato de consignación de Lotería, constituye una delegación o participación en una actividad de juego por dinero, cuya autorización y reglamentación se reserva el Estado como facultad exclusiva y excluyente([160])

192.-Distinta será la relación jurídica entre la concesionaria y quienes participen de los juegos que aquella organiza. La

[158] Ver Inés María Leopoldo s/presunta infracción arts. 3 y 4 ley 255 Juzgado de 1ra Inst. en lo Contravencional nro 3. Ciudad Autónoma de Buenos Aires en dominio www.redjurista.com.
[159] **Escola H ctor Jorge**, Compendio ..ob.cit p. 837
[160] Kravchick Miguel Leonardo c/Loterías Para Obras de Acción Social L.O.A.S. s/amparo, Cam. Civil, Comercial, Laboral y de Mineria de Rio Gallegos, en elDial AY 101200, 1996

relación que vincula al apostador con el agente autorizado, según algunos([161]), surge del artículo 2060 del Código Civil y que un organismo de la administración pública por si o mediante concesión ejerza el monopolio de los juegos de azar y sea su ente regulador no lo exime de los efectos y obligaciones de esos contratos aleatorios que el mismo implanta y regentea y entre tales efectos se encuentra el de *pacta sum servanda*([162]).

193.-De tal manera que existe conteste opinión de la relación contractual aleatoria de juego que se establece entre el apostador y el organismo de la administración que actúa por si o el concesionario o agenciero, pues el reglamento al que se somete el apostador se vincula con la característica de celebración del contrato por adhesión sin que ello altere ni el carácter contractual ni el de contrato aleatorio del mismo.

194.-Pero no obstante que se pudiera argumentar a favor de la aplicación de la normativa civil a aquellos actos administrativos que no encuentran regulación específica en las normas del derecho administrativo, entendemos que en estas convenciones por adhesión a reglamentos y con una causa aleatoria, no estamos frente a un servicio público, ni existe razón alguna para aceptar que en tales casos exista una exorbitancia de la administración pública. Mucho menos ha de aceptarse que la actividad de juegos, apuestas, loterías y rifas sean actos administrativos([163]). Por todo ello cabe colegir que no existirían los contratos aleatorios administrativos([164]) de juego, apuestas, loterías, rifas, casinos y similares([165])

---

[161] Arce Alberto Nicolás c/ Instituto Provincial de Lotería y Casino s/ordinrio STJ Rawson, en elDial AS101478, 1994

[162] Dadocevich Emilio c/Lotería Chaqueña s/daños y perjuicios, Cam Apel Civil y Com. Resistencia, en elDial AR 100978, 1995

[163] Siguiendo a **Escola H ctor Jorge**, Compendio ..ob.cit. t.I, p. 490 podemos glosarle exponiendo que para Hauriou el acto administrativo es toda declaración de voluntad emitida por una autoridad administrativa en forma ejecutoria, es decir en forma que implique la ejecución de oficio a fin de producir efectos jurídicos respecto de los administrados, para Jellinek es una declaración autoritaria de la voluntad de la administración respecto de una determinada persona, para Fleiner es un acto realizado con poder de autoridad por un organismo administrativo y que tiende a producir un efecto jurídico

[164] En contra **Escola H ctor Jorge**, Compendio ob. cit. t. II p.637, **Dromi Jos Roberto**, Manual de Derecho Administrativo, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, t. 1 p. 382,para quienes los contratos aleatorios de la Administración son los de juego, lotería, pronosticos deportivos, ruleta y el contrato reviste naturaleza administrativa por su objeto, por el sujeto estatal interviniente en la relación y por el fin público mediante, además las normas que lo rigen son exorbitantes al derecho privado, inclusive el artículo 2069 del Código Civil remite al derecho administrativo. La actividad de juego se eleva a actividad púbica porque hay intereses públicos que obligan a la intervención de la administración. Ver en contra también artículo 1526 del PD685. A favor Cam. Nac. Civil Tribunal de Superintendencia in re Lamaison Yolanda Esther c/Editorial Sarmiento S.A. s/daños y perjuicios en elDial AE11526,

195.- Como señala Borda ([166]) el régimen de las loterías nacionales o provinciales (a lo que habría que agregar todas las demás variantes de juegos regenteados por el Estado) es un problema de derecho administrativo, sin embargo es discutible el carácter de la relación entre la entidad vendedora del billete y el comprador (o bien entre el concesionario y el apostador), a su tiempo la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha decidido que es un contrato regido por el Código Civil.

195b.-Por último cabe dilucidar si una empresa profesionalmente organizada, persona jurídica de los tipos de sociedades comerciales, que explota por concesión pública la actividad de juegos, apuestas, loterías, bingos, rifas o casinos, celebra con los apostadores contratos de carácter privado y en su caso mercantiles.

195c.-Preliminarmente, difiriendo para el próximo titulo el tratamiento específico, podemos anticipar que desde un punto de vista subjetivo en virtud a la actuación de una empresa mercantil el contrato tendría igual carácter. Por el contrario se intentase una verificación objetiva, con las reservas propias de sostener la existencia objetiva de actos de comercio, estaríamos frente a un contrato que no es típica y específicamente mercantil, no está regulado en especial por el Código de Comercio y ni siquiera por aplicación de las prescripciones del inc. 5 del artículo 8 de este cuerpo legal se podría sostener que es mercantil el contrato que celebra una sociedad comercial que

---

1997, donde se estableció que el conocimiento respecto al contrato de juego corresponde a los juzgados civiles, de conformidad a la competencia residual de éstos, respecto de las materias de derecho común, que no están expresamente atribuidas a otros fueros, excluyendo por tanto la jurisdicción contencioso administrativo por tratarse de la aplicación de normas de derecho común.

[165] En contra **Escola H ctor Jorge,** Compendio ob. cit. t. II p. 837. El autor expresa que esos contratos serán administrativos en tanto y en cuento presente los caracteres propios de tales, y dentro de esa tónica y con ese concepto señla el contrato de juego. Igualmente **Dromi Jos Roberto,** Manual.. ob. cit. t. I p. 382 expresamente bajo el título de Contratos Aleatorios señala que los contratos aleatorios de la Administración son por ejemplo los contratos de juego, lotería, pronosticos deportivos y ruleta. Si bien el ingreso de estas recaudaciones no tiene siempre un fin específico, el contrato reviste naturaleza administrativa por su objeto. Además las normas que lo rigen son exorbitantes del derecho privado en algunos aspectos ya que el mismo artículo 2069 del Código Civil remite al derecho administrativo, la actividad de juego se eleva a actividad pública porque hay intereses públicos que obligan a la intervención de la Administración. No obstante seguimos afirmando que no nos cabe duda respecto al carácter administrativo de estos contratos entre la administración y la agencia o concesionario, dudamos sobre su naturaleza de aleatorios y mucho más sobre la veracidad del iterado argumento del interés público

[166] **Borda Guillermo** A, Tratado de Derecho ...ob. cit. t. II p. 681

explota por concesión pública la actividad de juegos, apuestas, loterías, bingos, rifas o casinos, con un apostador.

Contratos Mercantiles Aleatorios

196.-Un gran número de importantes autores entienden que esencialmente la relación jurídica mercantil no difiere de la relación jurídica en general([167]), pues afirman que las diferencias señalables entre ambos conceptos es la que existe entre el género y la especie. Sendas relaciones tienen dos sujetos, un derecho subjetivo atribuido a uno de los sujetos y un deber jurídico correlativo del anterior y un objeto o cosa del mundo exterior sobre el cual puede recaer eventualmente la relación.

197.-Por nuestra parte nos permitimos una divergencia con respecto a esta identidad de genero([168]), que por supuesto encontramos sólo a partir de una absoluta generalización a la cual estamos compelidos debiendo aceptar que el genero esta determinado dentro de este sublunar mundo por una ciencia humana y social que es "el Derecho" y dentro de una determinada organización política social, por una especie de este género que es el Derecho Privado, pero a partir de esta ubicación genérica tanto las especie civil como la mercantil resultan genéricas en orden al tratamiento de las interrelaciones que caen bajo su regulación normativa([169]).

198.-Se ha insistido tanto en el origen histórico del derecho mercantil como en su carácter de legislación de excepción que pareciera no observarse el amplio campo de las relaciones económico-sociales que se encuentran bajo su regulación inclusive cuando en pos de la unificación se acepta la mercantilización del derecho civil([170]). Sin duda que el concepto de pago como cumplimiento de la prestación que hace al objeto de la obligación se ha de aplicar también en el derecho público, como en el laboral y hasta en el penal y así otros tantos conceptos básicos

---

[167] **Fontanarrosa, Rodolfo O.** Derecho Comercial...ob. cit. p. 244

[168] En la busqueda de los caracteres esenciales determinantes de la identidad ontologica y propia de lo mercantil , no quisieramos ser objeto de las críticas platonicas y caer en el vicio de definir un objeto por sus manifestaciones exteriores, recordando aquel historico decir de los sofistas respecto del hombre como bipedo implume.

[169] **Ascarelli Tullio**, Introducción... ob. cit. p. 136

[170] **Etcheverry Ra l Aníbal**, Derecho Comercial..op. cit. p.93, quien expresamente manifiesta que: *..aunque la unificación se concrete, siempre será necesario distinguir la contratación civil de la mercantil, porque la segunda se realiza, ejecuta e interpreta a la luz de los principios informantes ya estudiados y que son parte de la materia comercial...*

del derecho como el de persona, el de matrimonio, heredero y demás, pero cada rama del derecho tiene su particular aprehensión y tratamiento de estos conceptos comunes y en el tema de los contratos aleatorios el derecho mercantil les ha establecido esas particularidades antes explicadas([171]).

199.- La comercialidad de un contrato, puede provenir de la calidad de las partes, de las propias funciones negociales o de la particular actividad jurídica de la cual forma parte el contrato. Así existirán contratos típica y exclusivamente comerciales establecidos en el Código de Comercio, otros que han sido siempre descriptos como variantes de aquellos del derecho civil también regulados por el código mercantil y por último todos aquellos otros negocios jurídicos que la práctica mercantil ha ido creando sin que se encuentren todos ellos legislados.

200.-Algunos autores como Uria([172]), Martins([173]) y Fontanarrosa([174]) en sus clasificaciones de los contratos mercantiles establecen una categoría para aquellos que denominan de riesgo o aleatorios, dejando así aceptado y establecida la existencia de estos contratos con características propias y diferentes a las de aquellos otros regulados por la legislación civil. Particularidades que se verifican casi especial y exclusivamente de manera subjetiva por la característica de empresa comercial de al menos uno de los sujetos.

201.- Por lo tanto es dable aceptar la existencia de contratos mercantiles aleatorios a partir de las particulares características de los sujetos que intervienen en la celebración, de las diversas formas de manifestar el consentimiento contractual y fundamentalmente de los principios que regirán la celebración, ejecución e interpretación de los mismos. Entre estos contratos resulta conveniente realizar un análisis descriptivo general de todos aquellos contratos no esencialmente mercantiles aleatorios, que se tornan tales partir que uno de los sujetos asume profesionalmente el "riesgo" que afectaba naturalmente al otro sujeto y luego describiremos algunos contratos esencialmente mercantiles aleatorios.

---

[171] ver **Salandra Vittorio**, Corso di diritto commerciale, Ed. Del Foto Italiano, Roma, 1939
[172] **Uria, Rodrigo**, Derecho Mercantil, Ed. Madrid, 1979 p. 323- (también señalado por Etcherverry, R.A. Contratos..op. cit. p. 106)
[173] **Martins Fran**, Contratos e obliga oes comerciais, Ed Rio de Janiero, 1977 p. 111 ((también señalado por Etcherverry, R.A. Contratos..op. cit. p.107)
[174] **Fontanarrosa Rodolfo**, Derecho Comercial....ob. cit. t II p. 131

Contratos mercantiles conmutativos que se convierten en aleatorios

202.- Así como nos referimos anteriormente a los contratos civiles conmutativos que se convertían en aleatorios por voluntad de las partes, en materia mercantil ocurre otro tanto pero a partir de presupuestos y circunstancias distintas y diferentes al del ámbito del derecho común. Una de ellas es la necesaria actuación de una parte como empresa profesional y la otra es la traslación del riesgo o de los efectos económicos del mismo a la empresa mercantil.

203.-En principio el mismo concepto de retribución que hemos descripto como uno de los presupuestos de la actividad cual empresa mercantil, impone aceptar que esa traslación del riesgo no ha de ser graciable o una liberalidad, o sea que se recibirá una proporcional compensación patrimonial por la asunción del riesgo. En ese mecanismo determinado por la traslación y la compensación([175]) se verifica justamente la comercialidad del contrato.

204.-Aún cuando genéticamente y en su causa el tipo de acuerdo hubiera sido conmutativo, al verificarse ese mentado mecanismo de traslación-compensación, el contrato deviene en aleatorio íntegramente, no estamos entonces frente a un contrato conmutativo con una cláusula especial de la que nace una obligación aleatoria que pudiera prohijar así un híbrido contrato conmutativo-aleatorio, tampoco se verifica el nacimiento de un contrato conmutativo para una parte y aleatorio para la otra y mucho menos se puede afirmar que estaríamos frente a un contrato conmutativo parcialmente aleatorio.

205.-También puede ocurrir que esa transferencia y asunción del riesgo de otro sea un acto natural (no esencial) o excepcional al tipo de contrato mercantil de que se trate y que por ende en tal caso la empresa que lo asume no hace de esa acción su actividad regular o principal. No obstante la falta de regularidad de tales convenciones no modifica la esencia profesional de quien o quienes intervienen en estos tipos de acuerdos, a los que sin duda han arribado debida y expertamente asesorados, siendo conveniente a sus objetivos esa excepcionalidad.

[175] Queremos dejar aclarado que aún cuando aparentemente esa traslación del riesgo pudiera establecerse sin una directa y expresa compensación , lo cierto es que en esos casos la mercantilidad de la parte que asume el riesgo impone que indirecta y efectivamente se de por verificada la retribución en las ventajas que esa asunción importa a la propia actividad comercial.

206.-Las razones fundamentales por las cuales en los casos apuntados un contrato mercantil conmutativo se deber tornar "íntegramente" en aleatorio se encuentra en los distintos principios de celebración, interpretación, ejecución y frustración que se aplica a unos y otros.

Principios generales a todos los tipos de contratos mercantiles aleatorios.

207.-Sin perjuicio de las particulares circunstancias, cargas y obligaciones que distinguen los contratos mercantiles aleatorios paritarios de los de consumo, existen principios que le son comunes a sendos tipos y referidos a:

.- La más exacta y precisa descripción y delimitación del riesgo: En función de los particulares efectos de las obligaciones asumidas en estos tipos contractuales no se podría aceptar la validez de una cláusula que contenga una descripción genérica e imprecisa del riesgo que hace a la aleatoriedad del contrato. Esta descripción debe establecer en forma positiva cual es el riesgo y que hechos, actos o circunstancias serán considerados el "evento" como también debería establecerse que situaciones no serán estimadas como parte o causa del "evento"([176]).

.- Determinación del tipo de incertidumbre: La indicación del tiempo de incertidumbre de las partes es fundamental para determinar si las mismas se están refiriendo a un riesgo subjetivo por desconocimiento de los celebrantes de su ocurrencia al tiempo de otorgar el contrato o por el contrario si han estimado que el riesgo será objetivo y

[176] Asi por ejemplo en un contrato de compraventa en el cual el vendedor tranfiere los efectos económicos y jurídicos posibles respecto de la existencia de vicios ocultos en la cosa vendida, entendemos que no sería suficiente que se expresase en forma genérica: *el vendedor no garantiza por vicios redhibitorios* toda vez que si la cosa se destruyera o desapareciera por tales vicios, o bien si la cosa dejase de ser útil para la función esencial de la misma, si se diera una situación de aquellas que conforme el artículo 1198 puede considerarse de imprevista, la naturaleza misma del contrato y el principio de supervivencia del mismo implicaría necesariamente hacer caer la cláusula de aleatoriedad, retornando el contrato a su carácter conmutativo original con las implicancia que de ello se han de derivar.

necesariamente futuro respecto de ese momento genético contractual([177]).

.- Descripción de relación probabilista entre riesgo y compromiso patrimonial de cada parte: Esa descripción exacta y precisa del riesgo ha de estar necesariamente en relación directa con el compromiso patrimonial de las partes respecto de la medida probabilística del riesgo([178]).

.- Determinación de las cuestiones vinculadas a la mora, imprevisión e imposibilidad: Tal como hemos visto anteriormente en los contratos aleatorios se verifican sustanciales diferencias respecto de los conmutativos en relación a las situaciones de mora, imprevisión e imposibilidad de cumplimiento, pero mientras que en los contratos comunes no se impone una positiva actuación de los contratantes para acordar y regular estas situaciones, en materia comercial tales previsiones contractuales se imponen justamente por el particular carácter de profesionalidad de uno o ambos otorgantes.

[177] Hay situaciones que por si solas determinan el tiempo de la incertidumbre, así siguiendo el ejemplo de la nota anterior, es obvio que los vicios redhibitorios se refieren a que ambas partes al tiempo de la celebración del contrato ignoran la efectiva existencia de un defecto que por oculta hace que subjetivamente exista incertidumbre. Otras veces la concreta descripción del evento implica una necesaria incetidumbre objetiva, como sería el caso de la compra de una cosecha futura cuyo precio ya se ajusta o paga antes de conocer el resultado de la recolección de los granos. Pero en todos los demás casos en que esa determinación temporal no surgiera tan claramente de las previsiones contractuales, las partes deberán establecer entonces a que tipo de incertidumbre se han de referir, puesto que si esta fuera solamente objetiva, la ocurrencia del evento con anterioridad a la celebración del contrato, aun cuando mediara subjetivamente desconocimiento de ello y ambas partes tuvieran incertidumbre, la cláusula de aleatoriedad perdería vigencia y en su caso el contrato retornaría a ser conmutativo.

[178] Existe una evidente relación entre descripción del evento, la incertidumbre y la medida patrimonial comprometida por las partes, al grado que si no surge claramente determinada esa relación, ya fuera directamente o fuese indirectamente, en los contratos de consumo podríamos estar ante una causal que nulidad o bien de mayor amplitud de las obligaciones del predisponente y en los paritarios frente a posibles reajustes de los términos contractuales. Así cuando el compromiso patrimonial de alguna de partes no guardase esa proporcionalidad probabilística estaríamos frente a una situación a las que el derecho le ha dado diversas soluciones (lesión, imprevisión, abuso de derecho, enriquecimiento sin causa, etc.), como sería el caso en que diligentemente actuando una parte leal a la confianza de la otra, le entregase toda la facturación a cobrar de su comercio, en virtud a un contrato de factoring y el precio cobrado por el factor no estuviera en relación directa con la solvencia promedio y estándar del tipo de deudores que previamente se hubieran estudiado y verificado y a la postre la gestión de cobranza hubiera alcanzado un promedio sumamente mayor a la expectativa. Nosotros entendemos que en la falta de regulación y manifestación concreta en el contrato de la relación en cuestión, podría dar lugar a una revisión contractual o en su caso a la nulidad del mismo como sería los casos de contratos mercantiles aleatorios de juego en que se afectase sin dolo la relación previamente establecida (en este caso por cláusulas de reglamento a los que el apostador adhiere y ficticiamente dice conocer y aceptar), como podría ser el caso no previsto contractualmente de fallas en los sistemas mecánicos de sorteo.

.- Comunicación informativa precontractual: Ambas partes tienen la carga precontractual de comunicación debiendo informar a la otra todo aquellas circunstancias que conozcan o deban conocer respecto que pudiera afectar el grado de certidumbre o el compromiso patrimonial referido a la probabilidad de ocurrencia del "evento"([179]).

208.-La falta de previsión y regulación de las cuestiones antes señaladas no debería ser suplido por la normativa mercantil y por tanto el efecto de tales omisiones debería afectar la validez de la cláusula y eventualmente el contrato en los paritarios o bien interpretarse contra el predisponente en los de consumo.

Contratos mercantiles aleatorios paritarios (o negociados)

209.-Sin perjuicio de reconocer la existencia de cuestiones que hacen a los principios de política legislativa respecto de la mayor o menor protección de las empresas nacionales y a las condiciones de acceso al mercado de aquellas extranjeras o supranacionales, en estos contratos negociados tal como hemos visto antes existe inicialmente una paridad negocial de ambas partes en el contexto de aquellas normas que integran el derecho económico nacional([180]).

210.-De las características mercantiles de uno o ambos contratantes debemos destacar fundamentalmente aquellas que hacen al requisito tipificante de "capacitación técnica", y que conlleva al diligente uso del asesoramiento de expertos para la celebración de todos los contratos mercantiles (conf. arg. artículo 59 ley 19550). Mucho más en aquellos contratos aleatorios que necesariamente se vinculan por medio del concepto de "riesgo" a lo que sabe una posible afectación importante de los estados patrimoniales como a desequilibrios económico-financieros de

[179] Ver **Aguado Josep Llobet I**, El deber de información de los contratos, Ed. Marcial Pons, Madrid 1996

[180] **Farina, Juan M.** Contratos Comerciales...ob.cit. p. 57, entre las que menciona la ley 22262 de defensa de la competecia, ley 20680 de abastecimiento, 22802 de lealtad comercial, 19551 sobre instrumentos de medición, 24467 de fomento y desarrollo de las PyMes, ley 24240 de defensa de consumidores y usuarios, aquellas otras disposiciones vinculadas con la protección del medio ambiente, residuos patologicos, codigo alimentario nacional, trafico de ganado, y las que se relacionan aún más específicamente a determinadas explotaciones como las de yerba mate, tabaco, bosques, etc.

las empresas con relación a la probable ocurrencia de un determinado "evento".

211.-El calificativo de contratos negociados o paritarios no afecta que existan casos en los cuales el consentimiento se preste por adhesión a condiciones generales predispuestas, ya que el entendimiento y comprensión de las partes sobre tales condiciones es evidentemente "profesional", presupone además la actuación de expertos asesores que conforman parte de la organización empresaria([181]), logrando por vía de condiciones particulares y especiales mecanografiadas la realización plena del equilibrio negociado que caracteriza estos contratos.

212.-Estos contratos aleatorios mercantiles o cláusulas de asunción de riesgo que convierten en aleatorios los contratos conmutativos pueden también ser producto de una negociación y predeterminación mediante los llamados contratos normativos([182]) o preliminares, sin que en tales casos sea necesario que en los sucesivos negocios jurídicos se vaya repitiendo las precisiones y descripciones del "riesgo", al cual se estarán refiriendo por remisión los diversos contratos posteriores.

213.-Por último debemos destacar que a partir de la mentada "paridad de negociación" y sin perjuicio de reconocer la existencia de algunos casos y situaciones de defectuosa desviación de la misma([183]), se permite dentro del amplio espectro de la libertad negocial la determinación de las formas, la previsión de una resolución arbitral de los posibles conflictos, como así también el establecimiento de un complejo orden normativo contractual, pero también impone una mayor actuación diligente y lealtad de las partes.

214.-Ciertamente los contratantes deben procurarse y esmerarse profesionalmente en procura de un pleno conocimiento de todas

---

[181] Ya fuera dentro de el ámbito interno (staff on line) o como contratado interno (staff out of line) o como contratado externo (outsider), como sería el caso de un profesional abogado en relación de dependencia con determinado cargo funcional en la linea de mandos y organización , el del mismo abogado contratado para la prestaciones profesionales dentro de la organización y el estudio jurídico externo que atiende determinadas consultas y procuración contenciosa de algunos casos.

[182] Como también los contratos preliminares y de lineas rectoras (richtlinienvertr ge) en los que también se acuerda y establecen las bases o directrices de futuros contratos , ver **Farina Juan M.** Contratos Comerciales, ob. cit. p. 96

[183] Que son aquellos en los cuales una de las partes detenta un monopolio u oligopolio de derecho o de hecho, o bien una posición dominante y preeminente en la negociación, frente a otra empresa de similar importancia y complejidad.

las circunstancias del riesgo e intercambiarse efectiva y ampliamente esa información.

Contratos mercantiles aleatorios de consumo

215.-En los contratos mercantiles aleatorios de consumo, máxime cuando se han celebrado sobre la base de adhesión a cláusulas predispuesta el carácter de aleatoriedad de los mismos obliga a extremar la imposición de cargas mediante las cuales se eviten abusos del predisponente y lograr restablecer el necesario equilibrio "negociador" entre las partes. Toda la materia vinculada al consumo ha sido ampliamente tratada por la doctrina([184]) e inclusive como señalamos anteriormente ha sido receptada por la reforma de la Constitución Nacional, mas la mayoría de los autores y normas presupone la inexistencia de "negociación" contractual, de manera que se omite muchas veces tratar algunos temas propios de esta etapa.

216.-El artículo 42 de la Constitución Nacional establece como uno de los principios rectores de los derechos del consumidor y el usuario que en las relaciones de consumo éstos debe ser informados adecuada y verazmente. Por su parte el artículo 4 de la ley 24240 establece que quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada y suficiente sobre las características esenciales de los mismos.

217.-Sobre esta carga informativa ha dicho nuestra jurisprudencia que: "*El deber de información deviene en instrumento de tutela del consentimiento en tanto otorga al consumidor la posibilidad de reflexionar adecuadamente al momento de celebrar el contrato. El precepto legal contenido en el art.4 de la ley determina claramente las condiciones que deberá reunir la información, al exigirle al*

[184] Ver **Farina Juan M.** Defensa del Consumidor y del Usuario, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995; **Iturraspe Jorge Mosset**, Defensa del Consumidor, Ed. Rubinzal.Culzoni, Santa Fe, 1998, **Vazquez Ferreira, Romero**, Protección y Defensa del Consumidor, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, **Tupnamb Miguel Castro do Nascimento,** Comentários ao Código do Consumidor, Ed. Aide, Rio de Janiero, 1991, **Stiglitz Gabriel A. Protección Jurídica del Consumidor,** Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, **Szafir Dora,** El consumo y la información, en Obligaciones y Contratos en los Albores del Siglo XXI ob.cit. p. 961, **López Cabana, Roberto M.** La contratación en la ley de defensa del consumidor, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, nro. 5. p.53

empresario que aquella reúna los caracteres de ''veracidad eficacia y suficiencia''"([185])

218.-Por su parte los artículos 968 y 969 del PD685/95 establecen cuales son las estipulaciones abusivas en los contratos predispuestos, completándolas con las disposiciones de los artículos 1032 y 1033 referidos a las interpretación de las cláusulas vagas o ambiguas y las predispuestas.

219.-En pocos antecedentes legislativos y proyectos de reforma se ha podido verificar un tratamiento especial de los contratos aleatorios de consumo y de la etapa de "negociación", regulación de las cargas precontractuales respecto del intercambio de comunicaciones informativas, establecimiento de las advertencias que el predisponente emisor de la oferta o de la invitación a efectuar ofertas deba hacer respecto a las especiales informaciones que necesita y requiere le sean suministradas, y otras situaciones más propia de esa etapa especial de "negociación" entre los múltiples aspectos particulares de la contratación que nos ocupa.

220.-La doctrina en general no se ha ocupado específicamente sobre estos temas vinculados a la "negociación" y etapa precontractual, salvo claro está respecto de uno de los más significativo e importante tipo contractuales aleatorios de consumo, cual es el de seguros ([186]).

221.-Muchos autores han dado al concepto de "negociación" contractual un carácter restrictivo y propio de aquellos contratos paritarios o justamente denominados también negociados, pero ciertamente existen determinadas circunstancias que en muchos contratos mercantiles aleatorios imponen un mínimo de actividad de las partes no limitada a una mera adhesión del consumidor([187]).

---

[185] Capesa SAICIFM c/Sec. de Com. e Inv. Disp DNCI 137/97 causa 17501 C. Nac. Cont. Adm. Fed. Sala II Diciembre 18-997 en **Nasio Ricardo**, El Consumidor, Ed. Del País, Buenos Aires, 1999, p.47

[186] Ver **Morandi, Juan Carlos F lix** Armonización del Contrato de Seguros, op. Cit., art. 26; **Stiglitz, Ruben S.** Cláusulas Abusivas, ob. cit., **Barrón de Benito Jos Luis**, Condiciones Generales en la Contratación y Contrato de Seguro, Ed. Dykinson, Madrid, 1999

[187] Aún en los casos de contratos mercantiles aleatorios de consumo celebrados mediante el uso de robots o a través de Internet es importante que se impongan y cumplan algunas cargas determinantes de esa restrigida negociación a la que nos referimos, Demás esta advertir la compleja cuestión que se presenta para determinar como se verifica efectivamente la manifestación del consentimiento en la celebración contractual entre una persona y una máquina o una computadora.Ver **Sarra Andrea Viviana**, Comercio electrónico y derecho, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2000.

222.-En los contratos mercantiles aleatorios resulta trascendente que el consumidor deba ser muy especialmente "informado" ya que su consentimiento por adhesión ha de ser la conclusión de una etapa deliberativa de la información recibida, la que no debe circunscribirse exclusivamente al conocimiento de las cláusulas, condiciones generales y particulares del contrato, sino que también debe referirse a esa causa esencial y determinante del tipo de contrato de que se trata: "el riesgo".

223.-Respecto del "riesgo" y de la "negociación" la empresa profesional predisponente debe suministrar al consumidor, desde la misma etapa precontractual, toda la siguiente información y en las mismas condiciones establecidas en la ley de defensa del consumidor

.- Debe comunicar cuanto sepa del "riesgo" genérico del contrato al que se someterán, indicando cuanto profesionalmente conozca sobre las probabilidades, compromiso y límites patrimoniales afectados por cada parte([188]).

.- Cuanta circunstancia e información requiera el predisponente contractual invitador a realizar ofertas para poder informar al consumidor sobre las probabilidades compromiso y límites patrimoniales comprometidos.

.- Todas las posibles causas determinantes de la no aceptación de la oferta del consumidor por parte del predisponente, o bien las condiciones vinculadas al "riesgo" determinantes de la aceptación o rechazo de la oferta de contrato. Evitando de esta manera que el predisponente pueda en virtud a su posición preeminente beneficiarse indebidamente del conocimiento profesional y postergar la aceptación de la oferta ante la sospecha de la inminencia del "evento", o bien que el mismo ocurrió durante el tiempo indeterminado que tenía para la aceptación de la oferta.

[188] En cuanto al tema de los negocios mercantiles de riesgo que no configuran contratos aleatorios, como podrían ser los fondos comunes de inversión constitutivos de un derecho real de condominio, entendemos igualmente que la sociedad gerente debe cumplir con estas cargas informativas respecto del consumidor (ver artículos 27 a 29 ley 24.083)

.- Cuando el predisponente asume el carácter de oferente además deberá establecer claramente, indicar expresamente e informar al futuro aceptante, si la emisión de la oferta es irrevocable por un determinado tiempo o bajo determinadas condiciones y cuales son éstas a las que somete dicha oferta. Deberá también indicar en especial si la oferta se ha emitido ad-referéndum, condicionada o limitada a un especial y determinado tipo de "riesgo".

.- Indicación expresa sobre si el consumidor tiene la posibilidad de desistir de la oferta, o bien si la misma será sometida a un termino de irrevocabilidad.

.- Indicación expresa sobre el posible establecimiento de términos o condiciones para rechazar la oferta, o en su caso predeterminación del silencio como asentimiento (conf. arg. 2do. párrafo del artículo 249 PD685/95)

.- Efectiva, amplia descripción y determinación del "riesgo" configurativo de la causa y aleatoriedad contractual. Pues es fundamental que las parte adherente a un contrato predispuesto tenga plena y clara información del tipo de acto que está otorgando, no pudiendo hacerlo respecto de enunciados genéricos como sería la referencia a un título, categoría de plan, subtipo o variante([189]).

Exposición de algunos contratos mercantiles aleatorios

223.- Seguro (remisión), este ha sido caracterizado como el más tipico contrato mercantil aleatorio, por tal motivo le dedicamos todo el capítulo VI al cual remitimos.

[189] Como por ahora resultan pocos los tipos de contratos mercantiles aleatorios de consumo, debemos hacer necesariamente referencia al más difundido de ellos. Es común que en la celebración del contrato de seguro se limite la información al tomador respecto del riesgo al que se están refiriendo como aquel establecido y descripto en un número con el cual el predisponente denomina tal o cual plan específico. Así por ejemplo en la rama automotores, como única información se indica en la propuesta que la misma se refiere al plan 3 , debiendo saber el consumidor que ese título determina la asunción por el predisponente de los riesgos de responsabilidad civil respecto de terceros al contrato, por el uso del automotor, el riesgo de robo o hurto total del automotor y también la destrucción total del mismo por accidente o incendio.

224.-Préstamo a la gruesa ([190]) Estos contratos sobre el riesgo marítimo y que pasase a nuestro Código de Comercio a partir de la regulación que hacía el Código Fernandino en el artículo 812 y ss., constituia la evolución del antiguo *nauticum foenus* y ciertamente tenían un carácter predominante aleatorio, vinculando al prestamista a los riesgos de la expedición, al punto de perder la totalidad de lo prestado en caso de fracaso de la misma. Regulado en forma fragmentaria en las legislaciones medievales como los Roles de Oleron, el consulado del mar y las ordenanzas de Bilbao, cobro gran auge en el siglo XVIII y en la primera mitad del siglo XIX. Su gran importancia se explica por la falta de comunicaciones que hicieron muy numerosas estas operaciones en el curso del viaje, cuando el capitán debía afrontar gastos para reparaciones o por arribadas forzosas, y no le era posible comunicarse con el armador. En Francia llegó a existir una sociedad, en 1853, que se dedicaba exclusivamente a esta clase de negocios. Las legislaciones trataron de evitar el cobro de intereses abusivos y que el tomador del préstamo quedara liberado totalmente de los riesgos de la expedición.
Al desarrollarse las comunicaciones, mejorar los medios de crédito e instaurarse la hipoteca naval, y sobre todo, al desenvolverse el seguro marítimo, desapareció la utilidad del préstamo a la gruesa. Atento a su carácter aleatorio y a los elevados intereses que exigía, se ha transformado, en la actualidad, en una institución en desuso

225.-En definitiva este contrato de préstamo a riesgo marítimo era aquel cuya garantía podía recaer en el casco del buque o sus aparejos, pertrechos o maquinaria, o incluso, en la carga que transporta. Su reembolso, tanto del principal como los intereses, se hacía depender de la llegada a puerto de los efectos sobre los que se ha hecho o del valor obtenido por ellos en caso de siniestro. El hecho que toda la operatoria del seguro marítimo haya postergado este tipo de contratos mercantiles aleatorios, no implica que el mismo no pueda resurgir o utilizarse ahora como atípico, pero lo cierto es que a tenor de lo prescripto en el artículo 3 de la ley 20091 la realización profesional y masiva de

[190] Ver **Cruz Barney, Oscar,** El Riesgo en el Comercio Hispano.Indiano: Préstamos y Seguros Marítimos durante los siglos XVI a XIX, de la Biblioteca Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de Mexico. Igualmente ver **Perfetti H Ana María** Aspectos de la Cobertura de los Riesgos en el Seguro Marítimo en el dominio umc.edu.ve/documentos/doctum y **López Saavedra Domingo Martín,** Seguros Marítimos sobre Mercaderías, Ed. General Re, Buenos Aires, 1992, **Radovich Jorge M**. Curso de Seguros en el Comercio Exterior, Ed. Ad. Hoc. Buenos Aires 1999, **Vivante C sar,** Traité Théorique et Practique des Assurances Maritimes, Ed. Pedone, Paris, 1898.

este tipo de contratos por parte de una organización empresaria impondrá a la Superintendencia de Seguros de la Nación considerar tal operatoria como asimilable al régimen de seguro y obligar a esa persona se constituya como asegurador en los términos de la mentada ley.

226.-Factoring: Según Linares Bretón([191]) es el contrato por el cual una entidad financiera se obliga, frente a una empresa a adquirir todos los créditos que se originen normalmente y de manera constante en su negocio por venta de mercaderías; durante un período expresamente convenido, pero pudiendo reservarse la facultad de seleccionar esos créditos y pagar por ellos un precio fijado mediante una proporción establecida sobre los importes y a prestar determinado servicio, quedando los "riesgos" de la cobrabilidad a cargo de las entidades financieras. Este contrato mercantil aleatorio por sus propias características sólo puede ser celebrado entre empresas y solo excepcionalmente podría llegar a aceptarse con efectos muy limitados que se estaría ante una relación convencional de consumo cuando la contratante con el factor fuera una Gimes o Cooperativa de Trabajo.

227. -En una de las diversas alternativas que presenta el contrato de factoring está aquella por la cual se le transmite con carácter *pro soluto* del crédito, lo que conlleva la asunción del "riesgo" de la insolvencia, temporal o definitiva, de los deudores de esos créditos([192]. En este caso por lo general el factor sujeta la aceptación del crédito a ciertas condiciones objetivas predeterminadas en el contrato que le permitan un mejor conocimiento de las características, circunstancias y magnitud del riesgo que asume.

228.-La figura del factoring se ha desarrollado con diversas manifestaciones de las que se distinguen el *colonial factoring, el factoring old line* y el *factoring new line* o *new style.* En los dos primeros si bien el factor asume las funciones de gestoría, garantía y financiación, actúa como comisionista del cliente colocando y cediendo los créditos a terceros con los que también puede asumir similares riesgos de garantía. En el último incorpora una gama de servicios adicionales y más complejos.

---

[191] Mencionado por **Zabala Rodríguez, Carlos Juan**, Código de Comercio..ob.cit. t. V p. 334

[192] **Lisoprawski Silvio V. , Gerscovich Carlos G.** Factoring Análisis integral del negocio, Ed Depalma, Buenos Aires, 1997 p. 17

229.-El factoring y el seguro de crédito resultan contratos con cierta afinidad, pero muchas más son las diferencias entre ambos. En el factoring la causa del contrato está en la trasmisión de los créditos, mientras que en el seguro de crédito la causa resulta la inmediata transmisión de los efectos económicos por la insolvencia del deudor, la que se erige así en la causa del seguro. En el factoring la asunción del riesgo no es elemento esencial, en el seguro siempre la existencia del riesgo es la causa del contrato. El factoring toma el crédito, lo paga y así asume el riesgo de insolvencia, el asegurador sólo paga cuando se produce la insolvencia, lo hace a título de indemnización y no de adquisición del crédito (aunque de hecho el sistema le permitirá accionar contra el deudor) y además no lo hace por la suma del crédito sino por las pérdidas netas definitivas([193])

230.-Muchos autores no obstante reconocer la evidente existencia de un "riesgo" como causa posible del contrato de factoring y aceptando que a resultas del convenio hay una translación de ese riesgo por la consiguiente asunción que del mismo hace el factor profesional respecto del que afecta a su cliente, se resisten a tipificarlo como un contrato aleatorio e inclusive hay quienes lo entienden como conmutativo([194]) por importar ventajas para ambas partes con un sentido de equivalencia en las prestaciones([195]).

231.-Por nuestra parte entendemos que el factoring *pro soluto* constituye un típico contrato mercantil aleatorio([196]) ya que el apuntado sentido de equivalencia a que hacen mención los autores antes glosados, no dista de ser aquella equivalencia proporcional a la que nos referimos al ver en general los presupuestos de los contratos aleatorios.

232.-El factor cobra una retribución por su gestión de cobranza, pero también percibe una "prima" una retribución en equivalencia con el riesgo que estima probable de ocurrencia y que de verificarse la efectiva falta definitiva de pago de los créditos

[193] **Bastin Jean,** El Seguro de Crédito, Ed. Mapfre, Madrid 1993, p. 223; **Carmona Molina Francisco**, El Seguro de Crédito a la Exportación, Ed. Cocin, Barcelona, 1988, p 26
[194] **Barreira Delfino, Eduardo y Boneo Villegas Eduardo**, Factoring nueva fórmula de financiación, en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Ed. Depalma, Buenos Aires, nro. 16, 1983 p. 319
[195] **Lisoprawski Silvio V, Gerscovich Carlos G** Factoring, ob.,cit. p. 69
[196] **Favier Dubois, Eduardo M. Y Solari Brumana Juan A,**. La difusa, confusa y un tanto abstrusa novedad del factoring, en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Ed. Depalma, Buenos Aires, nro 5, 1972, p. 280, en la cual los autores justamente comparan y asimilan su operatoria masiva a la de seguros para calcular y neutralizar los riesgos.

recibidos determinará su pérdida prevista en un contrato de factoring determinado y en caso contrario obtendrá su retribución con más las sumas que adicionadas a las de otros contratos con similar resultado, le permitirá asumir y compensar técnicamente los resultados negativos previstos que ocurrieron en las operatorias referidas a otros contratos.

233.-Por su parte la empresa cedente paga aquellas dos primas (servicio gestión de cobro y riesgo incobrabilidad) ese costo que predetermina su resultado negativo máximo inicial y efectivo, y no obstante existe para el mismo el alea configurada por la posibilidad de una total cobranza de los créditos que cediera, de manera tal que la retribución pagada por él se convertiría evidentemente en una pérdida desmedida.

234.-Más allá de las diversas teorías y discusiones doctrinales sobre la naturaleza jurídica de este contrato([197]) ninguno de los autores pone en duda el carácter mercantil del contrato([198]), pero resulta conveniente que además del argumento de autoridad se pueda verificar si en el factoring se dan los presupuestos y características antes enunciadas.

235.-Por lo tanto como cabe observar en este contrato que se verifican los presupuestos del "riesgo"([199]) antes enunciados como tipificantes de los contratos aleatorios no puede existir duda de su carácter. Ciertamente al tiempo de celebrar el contrato fuera este para una determinada y aislada operación o número de facturas, fuese este global para todas las facturas durante un término fijo o bien se haya celebrado un contrato normativo por tiempo indeterminado, lo cierto es que el factor y el cedente tienen un conocimiento sobre la base de la experiencia empírica que existen "posibles" incobrabilidades. También ambas partes carecen de la "certeza" sobre las magnitudes y frecuencias temporales de esas posibles faltas de pago. Los contratantes han estimado "probable" un número determinado de casos y sumas que no serán pagadas en un tiempo establecido y que cada uno se ha comprometido patrimonial en atención a la equivalencia proporcional con esa probabilidad estimada. Queda así demostrado que en el caso se verifican los presupuestos del riesgo

[197] **Lisoprawski Silvio V., y Gerscovich Carlos G**. Factoring, oc. Cit. p.67
[198] **Farina Juan M**. Contratos Comerciales..ob.cit. p.552
[199] **Visalli, Nicoló,** I profili giuridici del Factoring, en Rivista di Diritto Civile, Anno XLVIII, n.2 Marzo Aprile, 2002, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, p. 207

236.-Fianza Onerosa: Ciertamente como señala Farina([200]) nuestro derecho positivo no tiene una definición de los contratos de garantía y ni siquiera una regulación integral y orgánica de los diversos contratos que se pueden agrupar dentro esta denominación propuesta. Por tal motivo entendimos conveniente que en esta breve descripción de algunos contratos mercantiles aleatorios resultaba suficiente abocarnos a la fianza comercial a la cual se refieren los artículos 478 al 483 del Código de Comercio, sin prescindir de los treinta y tres artículos que dedica el Código Civil a este mismo tipo de contrato a la vez que describir el funcionamiento de las fianzas o garantías bancarias.

237.-La fianza es definida por el Código Civil como aquel contrato en el cual una de las partes se hubiera obligado accesoriamente por un tercero y el acreedor de este tercero aceptase su obligación accesoria, en tanto agrega la legislación mercantil que ese contrato adquiere el carácter comercial cuando tiene por objeto afianzar un acto o contrato de comercio, aunque el fiador no fuera comerciante. De tal manera que pareciera inicialmente no resultar mercantil la fianza onerosa dada por un comerciante a una persona que no ejerce el comercio, ni siquiera en el caso de una sociedad comercial organizada exclusivamente con el objeto de afianzar onerosamente obligaciones de terceros, sean estos comerciantes o no([201]).

238.-Por su parte destaca Zavala Rodriguez([202]) que la fianza es siempre una obligación accesoria y condicional, ya que el mismo no tiene vida propia independiente, su causa es la voluntad de las partes contratantes de "asegurar" el cumplimiento de la obligación principal y depende por tanto de su existencia y de su validez. En su carácter de accesorio la obligación del fiador es condicional y sólo puede ser perseguido por el acreedor cuando el deudor no pague y es accesoria porque no nace sino existe la principal.

---

[200] **Farina Juan M.** Contratos...ob.cit. p. 334

[201] Anticipamos que para Satanowsky (mencionado por **Etcheverry Ra l Aníbal**, Manual ob. cit. p.275) por aplicación del artículo 5, 2da parte del Código de Comercio la fianza brindada por un comerciante fuera esta gratuita u onerosa será mercantil aunque el afianzado no lo fuera. Debiendo agregar nosotros que también en virtud a lo dispuesto en el artículo 7 del mismo cuerpo legal y complentando al 5 2da parte y combinandole con el 218 inc. 5, se concluye que la fianza onerosa es un contrato mercantil.-

[202] **Zavala Rodriguez Carlos Juan,** Codigo ob.cit. t. II p. 312

238.- Por nuestra parte entendemos que tanto el autor glosado, como otros([203]) que han analizado exclusivamente en el marco singular con el cual es tratado este contrato en sendos códigos en general, omitieron verificar el carácter "aleatorio" de la fianza onerosa. Justamente dos autores intuyen esta situación y señalan coincidentemente: *" el contrato será bilateral y oneroso si el acreedor paga alguna suma de dinero al fiador para que asuma la fianza, en tal supuesto este contrato se aproxima tan estrechamente al de seguro que resulta difícil distinguirlos y parece razonable aplicarle por analogía las reglas legales de este último"*([204]).

239.- Pero lo cierto es que no hace falta ver similitudes entre estos dos contratos([205]), pues esa intuitiva apariencia de similitud que observan algunos autores se denotan justamente por ser ambos contratos especies del genero: los contratos aleatorios.

240.-Por otra parte Morandi insistentemente se manifestó contra el carácter de contrato de seguro de aquellos actos jurídicos de garantía, a las que sólo les asignaba el ser técnica y económicamente operaciones de seguros ([206]). De tal manera que no es correcto aplicar supletoriamente al contrato de fianza onerosa los principios del contrato de seguro, sino que entendemos resulta más conveniente y acertado considerarle un contrato mercantil aleatorio, debiendo así aplicar directa y simplemente los principios generales de tales contratos que nosotros propugnamos.

---

[203] **Sant Anna Rubens,** Contratos Comerciais, Ed. Aide, Rio de Janiero, 1990, p. 20; **Vítolo Daniel Roque**, Contratos Comerciales, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 513; Alegría Héctor, ob.cit. p. 81; **Borda Guillermo**, Tratado, ob.cit. t II Contratos, p. 606; **Enneccerus Ludwing Kipp Theodor y Wolff Martin**, Tratado de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, Editorial Bosch, Barcelona, 1959 ,p. 476

[204] **Borda Guillermo** ob. cit. p. 607 quien menciona en la nota 2783 como fuente de su glosa a Pérez Gonzalez y Alguer, Ennecerus-Lehmann, Puig Brutau, Acuña Anzorena y Salvat. Igualmente **Vítolo Daniel Roque,** ob. cit. p. 515 dice que: *excepcionalmente puede ser bilateral y onerosa en aquellos supuestos en que el acreedor asume una obligación en contraprestación a la asunción de la fianza por parte del fiador. La doctrina en estos casos, ha se alado que resulta caracterizante de la fianza cierta similitud con el contrato de seguro, pudiendo aplicarse en cierta forma- analógicamente algunos principios referidos a este otro instituto*

[205] Inclusive por las connotaciones que de ello podría seguir si la Superitendencia de Seguros de la Nación entendiera aplicable el artículo 3 de la ley 20091, ver **Schiavo, Carlos Alberto** Control de las operaciones asimilables al seguro. Competencia de la Superintendencia de Seguros, en Revista Jurídica Argentina del Seguro, la Empresa y la Responsabilidad N 28 p. 147

[206] **Morandi, Juan Carlos F lix,** Hacia una reforma del régimen legal de superintendencia de seguros, (de las conclusiones de la tesis del autor sobre Régimen Legal de la Empresa de Seguros en la República Argentina) Ed. Alfgar, Buenos Aires, 1959, p 13.-

Otros negocios jurídicos bancarios y de bolsa

241.-Dentro de los tipos de negocio jurídico de garantía podemos también mencionar por sus similitudes con la fianza onerosa a los contratos de garantía a primer demanda o a primer requerimiento, el contrato autónomo de garantía ([207]).

242.-Las garantías a primer demanda o primer requerimiento, también llamadas abstractas, independientes, bancarias([208]) , son muy utilizadas en el comercio internacional y consiste en una operatoria bancaria por la cual el banco que otorga la garantía promete el pago de la suma convenida ante la simple intimación del beneficiario de la garantía cuando el deudor principal no ha cumplido con la prestación a su cargo.

243.-Normalmente la garantía tiene un plazo y muchas veces se estipula que la extinción de la garantía solamente cuando se restituye al banco el documento de la garantía. Por el tipo restringido de las operaciones bancarias estas garantías siempre están orientadas al pago de dinero([209]).

244.- Esta operación bancaria realmente se realiza mediante la celebración de dos contratos, uno entre el cuentacorrentista cliente del banco y éste, el otro ente el banco y el acreedor del primero.

245.-Por el primer contrato que celebran el banco y su cliente, "realización de negocio"([210]) el primero se compromete otorgar la garantía celebrando el otro contrato con el tercero que devendrá en acreedor, por este compromiso que asume el banco cobra una comisión, en tanto el cliente acepta que de hacerse efectiva la garantía se le descontará de su cuenta lo que el banco se viera obligado a pagar al tercero.

246.-El segundo contrato se celebra entre el banco y quien devendrá acreedor del cliente del banco, y realmente es éste el contrato de

---

[207] **Farina Juan M.,** ob. cit. p. 337

[208] **Wald Arnoldo** Algunos Aspectos de la Garantía a Primera Demandad en el Derecho Comparado, en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, nro. 23 1990, t. B p. 651

[209] **Pleyer Klemens**, Recientes Evoluciones en el Derecho Bancario y en el Derecho de Valores de la República Federal de Alemania, en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, nro 14, 1981, p. 857

[210] **Pleyer, Klemens,** ob. cit. p. 857

garantía. Muchas veces cuando el acreedor se encuentra en otra plaza nacional o internacional, el banco no otorga este contrato en forma directa, sino que por su parte pide a un banco del domicilio del acreedor con el cuan tiene relaciones, que sea éste quien otorgue la garantía directamente allí.

247.-No obstante que mucho autores ven en esta operatoria una garantía abstracta que guarda muchas similitudes con el aval entendemos que a diferencia de éste que se incorpora a un documento literal, autónomo y abstracto, en la garantía bancaria no existe tal documento sino que se otorga adicionalmente a un negocio y contrato concreto que como tal debe tener validez y efectivo cumplimiento por parte de quien se erige en acreedor ejecutante de la garantía. De tal manera que vemos más similitudes entre la garantía bancaria con la fianza onerosa ([211]) y por tanto se aplica a este contrato bancario de garantía cuanto hemos expuesto en los puntos 236 a 240 ([212]).-

248.-Otra de las operaciones o negocios mercantiles que cabe analizar en torno al concepto de contratos mercantiles aleatorios son las operaciones de bolsas y mercados, denominación esta utilizada por el Código de Comercio para referirse a las instituciones en que habitualmente son realizadas operaciones sobre títulos y toda clase de valores mobiliarios, como a aquellos en que son concretados negocios sobre otros tipos de mercaderías o productos. Mas no todas las operaciones de bolsa pueden ser consideradas como contratos mercantiles aleatorios, toda vez que el riesgo (*latu sensu*) que se puede presentar para una de las partes es la mayoría de las veces aquel genérico y connatural a toda actividad humana y en especial la negocial.

249.- Los contratos de bolsa que podemos considerar específicamente mercantiles aleatorios([213]) son:

.- <u>Las operaciones a término:</u> son aquellas concertadas determinando todas las modalidades y estableciendo un

[211] **Alegría H ctor,** en su ponencia ante el IV Congreso de Estudios Financieros p. 183, mencionado por Farina Juan, ob. cit. p. 340.-

[212] **Alegría H ctor**, Las Garantías Abstractas o a Primera Demanda en el Derecho Moderno y en el Proyecto de Unificación Argentina, en Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones, Ed. Depalma, Buenos Aires, nro. 20, 1987, p.712, donde el autor acepta tal similitud con el seguro que justamente intuye el carácter de contrato mercantil aleatorio, aun cuando cabe aceptar que no enuncia tan expresamente.

[213] Sobre estudios y calificaciones del riesgo asumidos sobre titulos mobiliarios representativos de acciones societarias y bonos públicos ver **Camerini Marcelo Alejandro** La Calificación de Riesgo, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000

término para la efectiva ejecución de las operaciones convenidas, o sea el pago del precio y la entrega de los valores. El contrato queda perfeccionado desde su celebración y el comprador espera revender a un precio más elevado antes que deba cumplir su prestación, en tanto el vendedor calcula que a la fecha en que reciba la prestación del comprador podrá comprar nuevamente a un precio más bajo. No obstante las garantías que adicionalmente deben dar ambos contratantes en resguardo del cumplimiento del pacto, se evidencia un "evento" el precio a futuro de los valores negociados, dándose los demás presupuestos del "riesgo" y configurando así un típico contrato aleatorio, en cuanto a su carácter de mercantil el mismo está dado por la propia actividad de los agentes de bolsa y de esta forma típica de la interrelación negocial mercantil. De tal manera que no interesa si comprador y vendedor carecen de las características para ser considerados empresas organizadas profesionalmente.-

.- Operaciones de pase: Es frecuente que el alza o baja del precio de los valores mobiliarios impulse a buscar la prolongación de la ejecución del contrato. Esta nueva operación pone fin a la existencia y crea una nueva, llamada "pase" ([214]). Mediante la misma se compra contado y se revende a plazo. Quien ha comprado y no puede pagar, puede dar los títulos en pase. Quien ha vendido y no tiene los títulos puede tomarlos en pase. El pasador que toma el papel al contado se transforma en un prestamista que se asegura una prima, integrando por la diferencia entre el precio de mercado del día y el posterior pactado. En este caso el pasador que ve retribuida su prestación, como el comprador y el vendedor también, al igual que la operación a término tienen por causa de su negocio jurídico el "riesgo" que con todos sus presupuestos constitutivos tiene al precio de los valores al día pactado como el "evento", ya que de no existir la probabilidad del evento o si quisiera realizar una operación que prescinda del mismo, simplemente se hubiera celebrado un contrato de mutuo, con o sin garantías reales.

[214] **Radresa, Emilio**, Bolsa y Contratos Bursátiles, Ed. Depalma, Buenos Aires,, 1995 p. 195

.- Caución Bursátil: Al igual que el pase la caución bursatil es empleada para obtener dinero sobre valores mobiliarios, conservando la propiedad de los títulos, mediante la siguiente operatoria: el propietario de los títulos –tomador del dinero- los vende al contado al dador del dinero, y éste, en el mismo acto, se los vende a término a un precio superior ([215]). Conforme la similitud de este contrato con el de pase, se aplican al mismo cuando hemos predicado para señalar su configuración como contrato mercantil aleatorio.

.-Opciones: La opción significa comprar el derecho para comprar o vender, que podrá o no ser ejercido, es decir se puede optar por realizar o no la operación. El precio, si se ejecuta el derecho, será fijado hasta el vencimiento. La opción es adquirida por un precio denominado "prima" o "premio" (por esto estas operaciones también son llamadas " a prima"). Si la opción que se adquiere da derecho a comprar se la conoce como "*call",* si da derecho a vender como *" put"*. Conforme el autor glosado actuar con opciones es más "riesgoso" que hacerlo con títulos, éstos producen sobre aquéllas un efecto "palanca" que permite mayores utilidades. Estas opciones pueden ser vendidas y compradas y son justamente estos contratos los que se configuran en aleatorios

250.-No obstante que Radresa considera a las operaciones del Mercado a Término de Buenos Aires S.A. y el Mercado a Término de Rosario, como no especulativas y realizadas al sólo fin de asegurar un precio, cabe señalar que como el mismo autor lo señala las llamadas operaciones con opciones tienen por finalidad el aseguramiento de un precio predeterminado en una fecha futura, las opciones constituyen, básicamente, el pago de una prima por un "seguro" en relación con un precio futuro. Resulta así evidente que estas formas de comercializar cereales también participa de los presupuestos del "riesgo", al grado que imitando término propios de un típico contrato mercantil aleatorio como es el de seguros, se habla de "prima" para asegurar un precio de futuro.

251.- Entendemos que se pueda dar por agotado el tratamiento y análisis de alguno de los contratos mercantiles aleatorios y menos aún en el marco de esta vertiginosa y dinámica actividad

[215] **Radresa Emilio**, ob. cit. p. 196

del comercio([216]). Mas consideramos que es dable destacar haber señalado aquellos presupuestos que permitan identificar la causa de un contrato como de "riesgo" y calificarle de aleatorio, verificar la comercialidad del mismo y entonces aceptada su naturaleza, circunscribir sus efectos y resolver las cuestiones referidas al mismo a partir justamente de esa naturaleza, sin perjuicio de las características especiales del tipo particular contractual de que se trate.

Negocios Mercantiles de Riesgo que no configuran contratos aleatorios.

252.-Dentro de la amplia diversidad de negocios jurídicos mercantiles existen mucho de ellos vinculados a un "riesgo" *latu sensu* y genérico, no justamente el que es propio de los contratos aleatorios, en algunos casos la especial regulación de los títulos de créditos y en otros la estructuración legal de determinados tipos especiales de derechos reales ha impedido que estos negocios comerciales de riesgo puedan ser considerados contratos mercantiles aleatorios.

253.-Aval Oneroso: El aval es una garantía cambiaria que por estar vinculada a una cartular resulta abstracta, autónoma y literal. En atención a su necesaria y directa relación con las cartulares es de eminente índole comercial, por último podemos afirmar coincidiendo con algunos autores([217]) que también resulta unilateral y no recepticio.

254.-Lo que interesa al tema que estamos desarrollando no se vincula con la relación del avalista y el acreedor, sino aquella que se establece entre el avalista y el deudor, verificar la causa de esa garantía y los caracteres que adquiere esa relación cuando el avalista es una empresa profesionalmente organizada para brindar avales.

255.-El aval no puede constituir una vinculación contractual entre el avalista y el avalado toda vez que su relación es cartular. No existe necesidad alguna de un ligámen causal entre ellos, todos

[216] Ver **Duce Sanchez de Moya, Ignacio** El Contrato Swap, en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, nro 28, 1995, t. B, p. 185, donde el autor no duda de calificar a este contrato como aleatorio.
[217] **Alegria H ctor**, El Aval, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982, p.23

los efectos de sus relaciones serán cambiarios y no cabe asimilación o aplicación supletoria de la fianza. La acción del avalista cuando paga es cambiaria. Como señala Alegría([218]) no es exacto que entre estas partes tenga predominio la relación causal ni que se sus relaciones deban ventilarse como el derecho común o por acción ordinaria. El avalista no ejerce una acción subrogatoria cuando habiendo pagado se dirige contra el avalado, no es una acción indemnizatoria, una *actio mandati contraria,* sino que simplemente se trata de una acción cambiaria.

256.-Si el avalado hubiera pagado y se considerase con derecho a accionar contra el avalista en virtud a la relación causal, tal acción no hace renacer la acción cambiaria extinguida con el pago del deudor avalado.

257.-Por todo lo expuesto la relación contractual en virtud a la cual una persona de existencia física o jurídica que profesionalmente estuviera organizada como empresa y cuyo objeto o al menos uno de los múltiples que pudiera tener, fuera negociar la suscripción onerosa de avales en los documentos que así lo permiten y cuando le fuera requerido, no configuraría al "aval" en un contrato aleatorio. Ese contrato innominado y atípico será aleatorio en la medida que se verifiquen los presupuestos del riesgo, pero no podrá ser nominado como contrato de "aval" y en todo caso podrá ser un contrato de seguro de crédito o caución, un contrato bancario de crédito, o similares, pero no aval.

258.-<u>Fondos Comunes de Inversión</u> De conformidad con las disposiciones de la ley 24083 los fondos comunes de inversión no constituyen sociedades y carecen de personería jurídica, lo que llevó a Paolantonio([219]) afirmar que los tenedores, copropietarios de la fortuna de la inversión colectiva, organizan entre ellos una comunidad en los términos de los artículos 2673 y 2676 del Código Civil con relación a sus derechos de copropiedad.

259.-En consecuencia los fondos comunes de inversión parecieran constituirse en una comunidad indivisa de copropietarios de manera que su naturaleza jurídica fuera típicamente "real" y que se constituiría mediante un contrato reglamento de derechos reales de condominio. Mas a poco que verificásemos el

[218] **Alegria H ctor** ob. cit. p. 367
[219] **Paolantonio Martín E.**, Fondos Comunes de Inversión, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994 p. 69

funcionamiento de estos fondos advertimos que los *condominus* carecen de las facultades de usar, gozar y disponer de la cosa, los cuotapartistas no tiene poderes jurídicos, no participan de la administración, ni de la elección que quien la ejercen, no son personalmente responsables de las obligaciones inherentes a la negociación de los títulos, no puede ni siquiera por mayoría calificada reclamar la división o disolución del fondo.

260.-Por lo tanto Paolantonio concluye que más allá de una mera remisión ilustrativa a un carácter condominial, lo cierto es que la naturaleza jurídica se la otorga la propia legislación y las cláusulas del reglamento de gestión.

261.-Por otra parte la organización administrativa de los fondos separando funcional y jurídicamente a las sociedades gerentes y depositaria, como los derechos y obligaciones emergentes del reglamento de gestión al cual adhieren los cuotapartistas y que según el autor glosado los constituye en un contrato plurilateral, demuestra claramente que no se evidencia la existencia de los presupuestos del riesgo que determinen la existencia de un contrato mercantil aleatorio.

262.-Sin ninguna duda cada cuotapartista al adherirse al fondo y manifestar su conocimiento y aceptación del reglamento, está también aceptando que el patrimonio comprometido lo vincula directamente con el "riesgo" propio de las operaciones bancarias y de bolsa, pero su relación con la sociedad gerente no es bajo ningún concepto aleatoria. Ésta no tiene otro objeto que el establecido y restringido legalmente: gestar la administración del fondo.

263.-De esta manera como las sociedades administradoras y los depositantes asumen reglamentariamente funciones restringidas a sus particulares caracteres legales, en sus relaciones jurídicas con los inversores cuotapartistas no hay evidencia alguna de una causa vinculada al "riesgo". En cuanto a la relación de los cuotapartistas entre si y más allá de la particular forma de incorporarse a este especial condominio, no hay tampoco elemento o supuesto alguno que permita verificar la existencia de un contrato plurilateral o asociativo. El "riesgo" no es causa ni presupuesto de la incorporación del cuotapartista y si de alguna manera éste existe es el propio y particular de toda

actividad humana([220]), que no se verifica con los caracteres antes enunciados.

V.- TESIS SOBRE LA REGULACION DE LOS CONTRATOS MERCANTILES ALEATORIOS

Hipótesis:

El derecho comercial debe regular principios generales de los contratos y entre ellos a los mercantiles aleatorios

Se dice en contra de ello:

264.-Que no es conveniente una reforma de un cuerpo normativo fragmentado en un gran número de leyes especiales para establecer principios generales que sin mayores diferencias también se aplican en el ámbito del derecho civil

Inicialmente Contestamos:

[220] Como puede ser el caso de la compraventa en condominio de un inmueble con la intención de efectuarle reparaciones menores para enajenarlo lucrando con ello y cuyo precio se pagase en moneda dólar estadounidense el día 28 de Noviembre de 2001, cuando las obras de refacción para poner a la venta el inmueble hubieran concluido el 10 de Enero del 2002 después de entrar en vigencia la ley 25561.-

265.-Que resulta necesario y oportuno una regulación especial de los contratos mercantiles, pues todos los autores que desde la orbita civil o comercial sostienen la tesis favorable a la unificación del régimen de las obligaciones y contratos aceptan la existencia de una tendencia a la "comercialización" del derecho civil, al grado que en forma reiterada y conteste presentan entre otros ejemplos la reforma del artículo 1204 del Código Civil que incorporó directa e íntegramente el texto 216 del Código de Comercio. Por tanto si se acepta:

.- una preeminencia operativa del derecho comercial en cuanto a la multiplicidad y cuantía de las situaciones y operaciones negociales que sus normas están llamadas a regular.

.- la importancia de sus nuevas manifestaciones referidas a la constante internacionalización y tendencia a la uniformidad legislativa supranacional.

.- las "costumbres y los usos comerciales" como la esencial y constante particularidad determinante de su identidad.

lógico es entonces concluir que el derecho comercial mantiene aún una autonomía que impone necesariamente el enunciado de normas generales para los contratos mercantiles de manera que entonces se establezcan los principios que faciliten una lógica regulación a los actuales actos jurídicos mercantiles y para la constante creación, incorporación y adaptación de los nuevos múltiples y diversos negocios

Hipótesis

Es necesario que en el marco de la regulación de los contratos mercantiles exista un capítulo especial para los aleatorios.

Se dice contra esto

267.-Que no se atina a comprender cuales pueden ser las diferencias entre los principios generales de los contratos aleatorios civiles y los que se proponen en el ámbito mercantil.

Inicialmente contestamos

268.-Primero cabe destacar que no existen principios generales para los contratos aleatorios en el derecho civil y lo único que se puede deducir de esta omisión es que éstos son distintos que los conmutativos, de tal manera:

.- No existe una clara determinación de las obligaciones aleatorias diferentes de los contratos aleatorios.

.- No hay posibilidad de elaborar a partir de las diversas disposiciones referidas al juego, apuesta, sorteos y renta vitalicia, por la vía inductiva principios generales uniformes para los contratos aleatorios.

.- No existe posibilidad de establecer cuales son los principios aplicables a los contratos naturalmente conmutativos, que las partes convierten en aleatorios, en especial respecto de institutos como la demora y la mora, la lesión y la imprevisión.

.- No se puede inducir tampoco una teoría general del "riesgo".

.- Por otra parte sin una regulación especial de los contratos mercantiles aleatorios, se verifica una constante asimilación al "contrato de seguro" de cualesquiera de los nuevos negocios aleatorios van apareciendo en el ámbito comercial.

Hipótesis

Aceptado que es conveniente reformar el Código de Comercio estableciendo una regulación especial de los contratos mercantiles dedicando un capítulo a los aleatorios, sería bueno definir a tales contratos, establecer su carácter de "mercantilidad" y distinguir en la regulación normativa los contratos mercantiles aleatorios paritarios de aquellos de consumo

Contestamos genéricamente

269.- A guisa de anacefalcosis de cuanto hemos expuesto en sendos capítulos inmediatos anteriores entendemos que se impone aceptar la conveniencia de una descripción de los presupuestos que determinan la existencia de un contrato mercantil aleatorio

en lugar de forzosas y casi siempre incompletas y criticables definiciones. No obstante ello cabe reiterar en tal descripción las cualidades que otorgan "mercantilidad" a estos contratos y por último diferenciar los celebrados discrecionalmente entre pares, los que dimos en llamar "paritarios" de aquellos otros de consumo.

270.- No obstante esta última afirmación favorable a distinguir los tipos de contratos en virtud a las diferencias en su celebración, consideramos que se deben dar principio muy generales de manera de diferir para la regulación de cada contrato cuando se configuran unos y otros tipos de contratos, que reglas de conductos y validez se impondrán, cuales serán los requisitos, formales y las diversas reglas de interpretación.

Hipótesis

Resulta oportuno que se establezca normativamente las diferencias entre los contratos mercantiles aleatorios de aquellos negocios mercantiles de riesgo que no configuran contratos aleatorios.

Contestamos genéricamente

271.- Con el fin de evitar que un uso lego y *latu sensu* del concepto de "riesgo" pudiera traer aparejado confusas y anfibológicas interpretaciones, entendemos conveniente se establezcan las diferencias entre los contratos aleatorios y los negocios mercantiles de riesgo que no configuran tales tipos contractuales.

Hipótesis

Resulta conveniente regular en forma genérica la regla de conducta precontractual referida a la diligente y leal comunicación informativa que se deben las partes respecto de las circunstancias del riesgo, de manera que exista una equivalencia en el conocimiento y coincidente con una descripción común del "evento".

Contestamos genéricamente

272.- Ciertamente entendemos que, aún diferenciando las conductas que se deben las partes en un contrato paritario de aquellas que se han de verificar en los de consumo, es conveniente establecer en forma genérica esta regla de conducta tan especial y cara a la esencia de los contratos aleatorios. Este establecimiento no

afectará ni impedirá aquellas normas especiales que siguiendo los lineamientos de la general, vayan regulando la carga en cada tipo contractual en especial.

Hipótesis

Es oportuno que además de las reglas generales de interpretación de los contratos mercantiles se afirmen otras especiales para los contratos aleatorios

Contestamos genéricamente

273.- Que no es conveniente romper un sistema normativo estableciendo una diversidad de disposiciones interpretativas en cada capítulo o ley especial, sino que debe haber un solo capítulo sobre la interpretación de los contratos comerciales que establezca un complejo lo más completo posible de todas las normas de interpretación aplicables a todo el amplio espectro negocial mercantil.

274.- De tal manera consideramos que con estas conclusiones y bases legislativas hemos expuestos nuestras hipótesis, su *disputatio* y exhibida la tesis resultante, por lo cual en el último capítulo efectuamos sendas propuestas normativas para los contratos mercantiles aleatorios y para el contrato de seguro en especial.

VI.- CONCEPTO Y CARACTERES DEL CONTRATO DE SEGURO

Naturaleza Jurídica

280.-La recíproca influencia que muchos autores entendieron ver que ejercían entre sí las nociones de Contrato de Seguro, Empresa de Seguro y Control Estatal, fue formando la idea que correspondía un tratamiento unitario de toda la materia jurídica vinculada con el seguro, tanto en lo que se relaciona al derecho privado como con el derecho público([221]).

281.-Esto llevó inclusive a que algunos estudiosos del tema propusieran, en una posición extrema, subsumir la actividad aseguradora en el último de los nombrados, como parte del

[221] **Morandi, Juan Carlos F lix**, *Estudios de Derecho de Seguros*, Ed. Pannedille, Buenos Aires, 1971, p.118

derecho administrativo, a través de la noción de "servicio público impropio"([222]).

282.-Entendían que el requerimiento de autorización previa (al que atribuían el carácter de concesión) y la continua función de control Estatal de la actividad asegurativa, se vinculaba necesariamente con la prestación de un servicio público que, al ser realizado por una persona privada no estatal, se torna en "impropio"([223]).

283.-Servicio público es aquella actividad de prestación asumida por la administración pública, en forma directa o indirecta, a fin de atender a la satisfacción de necesidades de interés público, bajo un régimen especial, de predominancia y exorbitancia del derecho público ([224]).

284.-Entonces no tiene asidero, ni sustento la propuesta inaceptable del concepto de servicios públicos impropios o virtuales. Asimismo, por aplicación de los básicos principios de la lógica, "lo impropio" es aquello falto de las cualidades que ontológicamente denotan e identifican a una cosa y la diferencia de otras, lo que permite afirmar que estos autores confunden servicio público, con el de "función pública.

285.-En el caso que nos ocupa -referido a la actividad asegurativa-, en virtud al legitimo ejercicio del poder de policía, el Poder Legislativo reglamentó el derecho constitucionalmente garantizado de realizar la actividad comercial asegurativa y atribuyó al Ejecutivo, la competencia para ejercer la función de velar por la seguridad pública económica, controlando el ejercicio de esta actividad comercial, como en igual sentido ha

---

[222] **Soler Aleu, Amadeo,** *Seguro de Incendio,*Ed. Universidad, Buenos Aires, 1980, p.VII, en igual sentido C1a. Apel Mar del Plata, junio 21, 968, El Centinela Cia de Seguros c/Rodriguez Jauregui Leandro, Rev. L.L. 133-792 *Cuando la Superintendencia de Seguros de la Nación en ejercicio del poder de policía del Estado, otorga la licencia para realizar operaciones de seguro a quienes obtuvieron la personería jurídica, lo hace confiriendo a la misma carácter público* y también **Halperin Isaac,** *Seguro, empresa y servicio público impropio,* Rev. Dcho. Com. y Oblig. T. 7, p. 151 (el autor glosado confirma con sus desacertados augurios, nuestras hipótesis ya que expresaba: ...La noción misma de servicio público esta en crisis, como consecuencia de la expansión de la actividad estatal por la transformación de los fines del Estado y la participación del Estado en la actividad económica... , y ciertamente la actual tendencia mundial en la transformación de las funciones del Estado se encamina hacia la menor participación de éste en la actividad económica).

[223] **Bielsa, Rafael**, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1964

[224] **Escola, H ctor Jorge**, *Compendio de Derecho Administrativo,* Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 435

acogido el control de cualquier otra operación que consulte al bien común ([225]).

Influencias y diferencias con la naturaleza del contrato de seguros

286.-La actividad aseguradora para algunos autores gira en torno de una relación o categoría dogmática, que sirve de eje a todo el sistema, se trataría de la que llaman relación jurídica de seguro, de igual naturaleza en el seguro privado, en el seguro individual, en el seguro por empresa, en el seguro comercial, en el seguro solidario, en el seguro a prima fija, en el típicamente mutual([226]), y esta relación tendría una estructura orgánica genética unitaria en todas sus modalidades, cualquiera que fuera la manifestación exterior con la que se presente.

287.-Para estos autores existiría una necesaria participación del Derecho Público en esta actividad y que se denota por medio de su control atribuido legalmente a una entidad autárquica estatal, tendría además de una necesaria intervención en el desarrollo de la misma, directa influencia respecto al contrato, no obstante que concluyen que ello de ninguna manera modifica la esencia, ni naturaleza privatista del contrato de seguro individualmente considerado.

288.-No obstante que coincidimos con esta conclusión no entendemos corresponda hacer una distinción entre lo que llaman el concepto de contrato individualmente considerado, del que se puede tener respecto del conjunto de estos, o del objeto exclusivo de las sociedades que se dedican profesionalmente a la celebración en masa de los mismos, no hay un Derecho de la Compra Venta y otro de la Locación otro de la Locación de Servicios mediante ordenadores de cómputos, etc. aún cuando existen comerciantes que tienen por objeto exclusivo el realizar estos contratos y lo hacen profesionalmente y en masa ([227])

---

[225] **Ossa, J. Efr n,** *El Estado Asegurador y el Seguro Privado*, Informe al II Congreso Panamericano de Derecho de Seguros, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1969

[226] **Morandi, Juan Carlos F lix,** ob. Cit. P. 137

[227] Las distintas razones que se esgrimen para dar sustento a esa necesaria categoría, no se compadecen con fundamentos lógicos sobre la independencia científica de una determinada rama del Derecho, no se compadece con la realidad, ya que existen actividades económicas que en conjunto tienen medidas y cuantías económicas superiores a las que corresponde al seguro (y no existe por ello vgr. un Derecho de Supermercadismo), tampoco hay una razón de interposición en el ahorro (si a la actividad de seguro se la considerase una forma de ahorro colectivo afectado a un fin determinado, por el cual el conjunto masa de asegurados- realiza la acumulación de los capitales para reponer las pérdidas que algunos experimentan), que justifique un control especial (distinto al de las entidades de

289.-Las llamadas normas de orden público que se dicen establecidas en el artículo 158 de la ley 17418, el requerimiento legal establecido en la ley 20091 respecto de la previa autorización de las cláusulas contractuales, (hoy en desuetudo por la reglamentación abusiva y *contralegem* efectuada por la misma autoridad de control) de las cuales las aseguradoras se valen para actuar comercialmente como predisponentes, respecto de los futuros asegurables, el requerimiento de informe letrado (de profesional no deshabitado para actuar ante la autoridad de control), acompañando la presentación de las condiciones contractuales para su autorización administrativa, el ejercicio de la facultad de la autoridad de control para cuidar antes de autorizarlas -fundado en razones de legalidad-([228]) que las condiciones contractuales sean equitativas, hace que algunos autores vean en ello una directa influencia del derecho público respecto de este contrato, que entienden le distingue de otros en los cuales no se darían tales condicionamientos, no obstante las disposiciones de la ley 24.240.

290.-Pero con estos autores coincidimos en reiterar que todos esos condicionamientos no tornan a la actividad en servicio público, ni al contrato en administrativo, no otorga carácter normativo a los contratos, ni existe (o por los menos así debería resultar, de una lógica y jurídica interpretación de la ley 20.091([229])) exorbitancia o preeminencia del derecho público administrativo, sobre el derecho privatista del contrato de seguro, el que se encuentra exclusivamente regulado hasta hoy por la Ley de Seguros incorporada expresamente al Código de Comercio.

291.-Ciertamente, la autoridad de control no tiene competencia para actuar respecto del asegurado, no tiene facultades jurisdiccionales para dirimir controversias entre las partes, no le

ahorro previo confines determinados), o referirse al Derecho del Ahorro Previo para fines determinados.

[228] No es esta una atribución de competencia que la SSN pueda ejercer fundada en cuestiones de oportunidad mérito o conveniencia por resultar fundada en razones de política asegurativa que no serían justiciables. De manera que son recurribles judicialmente los actos administrativos de carácter particular mediante los cuales la autoridad de control resolviese observar por inequitativas alguna condición contractual presentada para su autorización.

[229] Lamentablemente del abuso de unos y la gentil complacencia de otros, de la temerosa docilidad o injustificada quietud de otros, ha resultado una autoridad de control que contralegem y sin atribución de competencia específica, se ha convertido en autónoma legislativamente, que por propia resolución 21523 reglamentó la ley 20091 que establecía su funcionamiento, modificándola, imponiendo redacciones uniformes de condiciones contractuales, modifica la misma ley 17418 en orden a la cobranza de primas(res. 21.600) entre otros ejemplos del ejercicio abusivo y extralimitado de la competencia.

cabe interpretar las cláusulas de un contrato -particularmente considerado- procurando una resolución de carácter particular que pudiera ser obligatoria para el asegurado, ni tampoco, la eventual actuación de la autoridad de Control, puede afectar la validez o impugnación de un contrato de seguro determinado.

Principales Caracteres Jurídicos del Contrato de Seguro

Diversas Enumeraciones de Caracteres, Crítica.

292.-Cabe proponer como primigenia definición de contrato de seguro, a partir de combinar los principios establecidos en varios artículos de la Ley de Seguros: *" Aquel que, teniendo por objeto toda clase de riesgo, y por causa un interés económico lícito en que no ocurra un evento determinado y delimitado en la convención, obliga al asegurador, mediante retribución a cumplir la prestación acordada, si acontece aquel suceso indicado en el contrato"* ([230]).

293.-Esta definición elaborada sobre la base de destacar los que resultarían ser los elementos esenciales del contrato de seguro, no informa de sus caracteres como así lo hacen otras de origen legal ([231]) o bien de índole doctrinaria([232]).

---

[230] Esta pseudo definición surge de combinar las disposiciones contenidas en los arts. 1, 2 y 60 de la ley 17418, No obstante explicando el calificativo inicial de pseudodefinición se debe a que no existe razón ni necesidad legislativa alguna para definir este contrato,(*omnis definitio claudicat)* . Las legislaciones deben ser reservadas en cuanto a las definiciones(*omnis definitio in jure pericullosa est*). Uno de los argumentos a favor de la definición dada en el art. 1 de la Ley de Seguros, ha sido la necesidad de una dilimitación del objeto que determinaría la competencia administrativa de la Superintendencia de Seguros de la Nación. Mas esta razón queda sin justificación a poco que analizamos claramente el art. 3 de la ley 20091 que atribuye competencia a la Entidad de Control (ver nota del autor en Revista Jurídica Argentina del Seguro, la Empresa y la Responsabilidad N 28 *"Control de las operaciones Asimilables al Seguro, Competencia de la Superintendencia de Seguros.)*

[231] La ley de Seguros de Chile en su capítulo octavo del Código de Comercio regula los seguros en general y los terrestres en particular y en su art. 512 establece que el contrato de seguros es un contrato bilateral, condicional, aleatorio por el cual una persona natural o jurídica toma sobre si por un determinado tiempo todos o algunos de los riesgos de pérdida o deterioro que corren ciertos objetos pertenecientes a otra persona, obligándose, mediante una retribución convenida, a indemnizar la pérdida o cualquier otro daño estimable que sufran los objetos asegurados. Este artículo ha sido tácitamente modificado por el art. 4to. Del decreto 251/31 y ley 17308 que estableció que el comercio de seguros sólo pueden hacerlo las sociedades o entidades jurídicas que en él se mencionan. En igual sentido el Código de Comercio que en su art. 1036 establece: El seguro es contrato solemne, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva. El contrato se perfecciona desde el momento en que el asegurador suscribe la póliza.

[232] **Halperin, Isaac**, Seguros Exposición Crítica de las leyes 17418 y 20091, Segunda Edición Actualizada por MORANDI, Juan Carlos Félix, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 55 (donde los autores transcriben las definiciones de buena parte de la más destacada doctrina internacional)

294.-La doctrina y muchas leyes predican que los principales caracteres del contrato de seguro son: ser consensual, bilateral, condicional, oneroso, aleatorio, de contratación en masa por empresa, de buena fe ([233]), otros autores agregan que es un contrato de ejecución continuada([234]), de adhesión, indemnizatorio, y de limitada autonomía a la libertad contractual ([235]), nominado([236]), conmutativo([237]), causado([238]), típico, formal, *intuito personae*, comercial([239]), sinalagmático([240]). Asimismo los hay quienes, conforme las características particulares de sus propias legislaciones, agregan el carácter de solemne y dirigido, de acción ejecutiva.

295.-Podemos afirmar, sin hesitación, que esta enumeración resulta abundante, cuando no nimia y extravagante. Muchos autores se ven obligados a repetirla([241]) o tentados, por mero galleo intelectual, a descubrir y describir otras tantas nuevas características.

296.-Si bien existen las que guardan directa relación con el concepto particular del contrato en cuestión, hay otras que no podemos menos que considerarlas innecesarias, fútiles o tautológicas.

297.-<u>Condicional</u>: Tal como lo hemos explicando anteriormente si se predica como característica del contrato de seguros el ser aleatorio, entonces no se puede afirmar que pueda también ser condicional([242]), ya que ora, ha mediado acuerdo de voluntades (artículo 1137 del Código Civil) y por ende se concluyó un contrato de manera firme y definitiva, ora, no estamos ante un contrato, sino frente a un mero proyecto, al que las partes supeditaron su perfeccionamiento a la ocurrencia de un hecho futuro.

---

[233] **Halperin, Isaac**, Ed. Actualizada por **Morandi, Juan Carlos F lix,** ob. Cit. p.29 y ss
[234] **Fernandez Raymundo**, L. Código de Comercio de la República Argentina comentado, Buenos Aires, 1961, t. II p.400; **Morandi, Juan Carlos F lix, Seguros**, En Elementos del Derecho Comercial, Ed. Astrea, cuaderno 29 p.10
[235] **Favier Dubois, Eduardo Mario**, Los Seguros, Ed. El Coloquio, Buenos Aires, 1978, p.39
[236] **Ruiz Rueda, Luis,** El Contrato de Seguro, Ed. Porrúa, México, 1978,, p.74
[237] **Baeza Pinto, Sergio,** El Seguro, Ed.Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1981, p.32
[238] **Ize, Alberto**, Compendio de Seguros, Ed. Centro Norte, Buenos Aires, 1992, p.50
[239] **Soler Aleu, Amadeo**, El Nuevo Contrato de Seguro, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 10 y ss.
[240]**Lambert Faivre, Yvonne**, Droit des Assurances, Ed. Dalloz, Paris, 1979, p.112
[241] Ver **Oberti y Denis, Antonio** El Contrato de Seguro, (tesis), Ed. Imprenta de la Univesidad, Buenos Aires, 1887, p.42; **Arraga, Julio,** Seguros en General, (tesis), Ed. Imprenta Nacional, Buenos Aires, 1883, p. 39, **Gramajo, Arturo,** Seguros, (tesis), Ed. Imprenta La Nación, 1880, p. 107.
[242] **Ossa, Efr n** J., *Teoría* .ob.cit.p. 40

298.-Si aceptamos que en los términos del artículo 1138 del Código Civil- las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra e intercambian promesas([243])y que conforme una amplia interpretación del artículo 2051 del mismo cuerpo legal el contrato de seguros resulta aleatorio, debemos entonces concluir que es un error predicar la condicionalidad como una característica del contrato de seguro.

299.-La condición, de existir afectaría a la obligación de una de las partes y no al contrato. El supuesto carácter condicional que tendría la obligación del asegurador habría de ser eminentemente suspensivo, subordinando el nacimiento de su débito a la ocurrencia del *incertus*. Sin embargo esta subordinación hacia una posibilidad futura no compromete el perfeccionamiento y la validez del contrato.

300.-Además, si se estuviera frente a una obligación bajo condición suspensiva, el asegurado tendría acción para recabar la garantía de sus derechos e intereses desde su celebración([244]). Asimismo y concluida la vigencia del contrato, sin que se verificase la supuesta condición el asegurado tendría derecho se le restituya lo pagado([245]).

301.-<u>Oneroso</u>: Por cierto aceptamos que la protección legal otorgada a quien recibe a título gratuito, es menos intensa([246])y eso impone que por tal motivo algunos autores entiende conveniente analizar las características de un acto jurídico determinado, para desentrañar si se esta frente a una liberalidad y así saber cuales serán las posibles consecuencias del mismo. En el caso referido al contrato de seguro cuando se predica la supuesta característica de onerosidad, lo que realmente se pretende destacar es la ausencia de intención liberal del asegurador.

[243] Justamente del verbo latino polliceri (prometer) deviene el nombre póliza que se ha otorgado al instrumento contractual del seguro.
[244] Conf. Art. 546 Cód. Civil, facultad que por otra parte, el asegurado carece, de conformidad con las disposiciones de las leyes 17418, 20091 y 22400.
[245] Conf. Art. 547 y 548 del Cód. Civil. Sin dejar de mencionar que muchos de los fraudes que se verifican en el negocio asegurador, guardan relación con ese subconsciente anhelo del asegurado (ver **Sotelo**, La Estafa de Seguro, en Revista del Instituto de Derecho de Seguros del Colegio de Abogados de San Isidro, Nro. 1).
[246] Y ello se manifiesta en materia de contratos de disposición en fraude de los acreedores, respecto de la acción revocatoria común o concursal la anulación o inoponibilidad del contrato respecto de terceros, en materia de interpretación. Generalmente la misma tiene mayor trascendencia en orden a la capacidad de los contratantes, todo lo cual dada la característica de tipicidad del contrato de seguro, se ve subsumida en la misma, en razón de la normativa específica y especial que tiene la regulación de la capacidad contractual en la L.S.

Cuando éste cumple la prestación asumida indemnizando un daño que el asegurado ha experimentado ha recibido una contraprestación de equivalencia proporcional y vinculada a la posibilidad de ocurrencia del riesgo.

302.-Ciertamente el pago que realiza el asegurador ha de ser, individualmente considerado, varias veces superior a la prestación que estuvo a cargo de la contraparte. Pero aquel paga con fondos provenientes de la masa de primas colectadas entre muchos contratos. De tal manera, realiza efectivamente la prestación respecto de aquellos contratos que indeterminadamente y de antemano sabía técnica y estadísticamente, habrían de experimentar la ocurrencia del acontecimiento dañoso.

303.-También se pretende destacar esta característica de onerosidad para desvirtuar cualquier duda respecto a que tampoco hay un acto de liberalidad del tomador pagando la prima, cuando no ocurre el evento previsto como posible en el contrato.

304.-Cuando se dice que el asegurador ganó la prima, no obstante que nunca debió realizar prestación alguna respecto de un determinado contrato, individualmente considerado, no se predica una liberalidad del asegurado. Realmente se está señalando que el asegurado contribuyó con su prestación a la formación de la mentada masa de primas, con las que el asegurador reunió los fondos para cumplir las prestaciones a su cargo, respecto de aquellos otros contratos en los que, como se dijo, indeterminadamente y de antemano, sabía técnica estadísticamente, habrían de experimentar la ocurrencia del acontecimiento dañoso.

305.-Pero tampoco hay liberalidad, ni gratuidad en la actividad comercial del asegurador, el que sin duda actúa con fines de lucro ([247]). Conforme nuestra legislación mercantil, la actividad de los aseguradores es comercial (arg. del artículo 5 y 8 inc.6 del Código de Comercio) y como tal, nunca se puede presumir gratuita ([248]) (arg. Artículo 218 inc. 5 del mismo cuerpo

[247] Para el caso de las sociedades comerciales de seguros (que conforme la ley 20091 han de ser sociedades anónimas), o bien facturando sus servicios a precios de mercado procurando los excedentes, en los casos de cooperativas o mutuales.
[248] **Vivante, Cesar**, Derecho Mercantil, Traducción de Francisco Blanco Constans, Ed. La España Moderna, Madrid 1927, p.219

legal)([249]). No existe en esta categoría evidencias de muchas coincidencias entre los contratos onerosos y los contratos bilaterales, aún cuando hay que aceptar, que la identidad es muy grande([250]). Mas las excepciones que justifican objetivamente la distinción no se dan en la misma definición y descripción de los elementos esenciales del contrato que nos ocupa([251])

306.-De **buena fe**([252]):Esta especial calificación que aún se continua haciendo respecto del contrato de seguro, no tiene otra razón de ser, más que una mera referencia histórica.

[249] Ver **Mosset Iturraspe, Jorge**, Introducción a los negocios a título gratuito, en Estudios de Derecho Civil, Libro en Homenaje al Profesor Luis Moisset de Espanés, Ed. Universidad Buenos Aires, 1980, p. 319 y ss. Donde el autor concluye que la onerosidad y dentro ella el equilibrio de las prestaciones han pasado a ser, sino de la esencia de los negocios al menos de su naturaleza, ya que la gratuidad por noble y loable que parezca- se trata de un mundo diferente al de los negocios. Además cuando se afirma que histórica y sociologicamente el origen del contrato habría sido la donación _-típica convención a título gratuito- también se acepta la existencia de una carga maldita que obliga subjetiva y extralegalmente (aún cuando el régimen de la revocación por ingratitud del donatario, permitan afirmar que no resulta tan ajena a la ley, la existencia de la mentada carga), a una contraprestación.

[250] **Mosset Iturraspe, Jorge**, Contratos, ob, cit, p. 53

[251] Ver comentario crítico de **Mosset Iturraspe, Jorge**, en Rev. E.D. 156, p.747 con relación al plenario de la CNApel en lo Comercial de Oct. 4 de 1993 (ED 155, p. 37) referido a la aplicación del art. 624 del C.C. en materia comercial. En dicho plenario se concluyó que esa disposición opera en el contexto normativo en el cual los actos son, como principio gratuitos, en tanto que los actos comerciales resultan ser, por el contrario, onerosos.

[252] Como dijera en su conferencia **Jean Lauand** (pronunciada en el gabinete de Filosofía Medieval de la Facultad de Letras de la Universidad de Porto 28/5/1999, ver en www.hottopos.com.br) . Las palabras y las expresiones cotidianas de los diferentes idiomas esconden profundos contenidos de los que la mayor de las veces no somos concientes. Existen formas cotidianas de expresión en los distintos idiomas que encierran en si una profunda enseñanza en orden al conocimiento filosófico del ser humano. Más allá de un eventual formalismo vacío, hacia donde el uso cotidiano tiende a someterlas, estas expresiones, aparentemente sin importancia, marcan su impronta en la realidad humana. A partir de la discusión metodológico-temático sobre el lenguaje y de la antropología filosófica (en el concepto del clásico Santo Tomás de Aquino), estas fórmulas de convivencia se ponen de manifiesto como una suerte de lenguaje cifrado, a la vez infinitamente sorprendente y sabio. Como lo reafirma Isidro de Sevilla, sin la etimología no se conoce la realidad, en tanto que con su aporte es posible rescatar, rápidamente, la fuerza expresiva de las palabras.
De ahí que evitando dispersar la exposición de nuestro trabajo, determinada por la pericopa epigráfica, no podemos dejar de destacar la importancia en esta breve nota, sobre el significado de la expresión **BUENA FE.**
Continuamente en el mundo jurídico se utiliza esta expresión, el Código Civil la usa reiteradamente y en otras diversas leyes ocurre otro tanto.
El prudente entendimiento intuitivo de los hombres en general y de aquellos que actúan en el ámbito jurídico en especial, se encuentra inclinados a aceptar que existe una genérica coincidencia en la aprehensión del significado de esta expresión (ver **Jim nez Vargas-Machuca Roxana,** El principio de la **buena fe** en Obligaciones y Contratos en los Albores del Siglo XXI Homenaje al profesor doctor Roberto M. López Cabana Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001 p.759
Ciertamente existe esa generalizada y tácita coincidencia respecto al "cuando" se puede aplicar, a "que" conductas se puede calificar con dicha expresión y también las bases de "como" juzgar determinados actos para atribuirles tal valor de virtud jurídica. Pero realmente resulta mucho más

difícil sostener esa primigenia afirmación en favor de una razonada explicación significativa de tal expresión que permita delimitar concretamente el concepto en forma inequívoca.

Conforme nos enseña el Santo Doctor (Suma Teológica, ob. Cit. Secc. II 2da parte, cuestión I), en general, el objeto material de la *fe* es aquello que se cree. Puede ser *quod*, lo que se cree, la verdad creída, o bien *de quo* el sujeto sobre el que versa la verdad creída. Asimismo el objeto material *del quo* puede ser inmediato o mediato según que su conocimiento se ordene a conocer otro sujeto o no.

Aún cuando la *fe* fundada en la razón humana (cuyas conclusiones no son necesarias y pueden caer en error) no es una virtud (pues sólo aquella *fe* que se funda en la verdad divina es infalible y de este modo no puede incurrir en lo falso y por eso tal *fe* es virtud), debemos admitir que cualquier hábito es siempre el principio del acto bueno y entonces la *fe* formada, es un hábito de esta naturaleza; porque siendo el creer un acto del entendimiento que afirma y dirige la acción hacia a lo verdadero por imperio de la voluntad, es también una virtud.

De tal manera, no debería existir posibilidad de calificación axiológica de fe , de manera que pudiera tener grados desde lo positivo hacia lo negativo, no cabría aceptar se discerniera entre la buena y la mala *fe* .

Además cuando se requiere una conducta de ***buena fe*** para atribuir a su ejecutor el actuar correctamente , conforme se esperaba y era dable aguardar de un virtuoso, de un buen padre de familia, de un buen hombre de negocios, no se le pide que sea justamente él quien deba tener una *buena creencia* , sino que se le exige tenga una buena conducta, concordante con la fe que se depositó en él.

En tanto que las conductas humanas sociales resultan natural y necesariamente interacciones relacionales (fueran esta simples, de uno con otro o complejas de unos con otros, o institucionales) , sólo pueden verificarse mediando esa mutua creencia que unos tienen en los otros y tal conducta y estado de animo se denota con el término confianza (fides fe, confianza-, fidelitas,- fidelidad, seguridad-, fidens confiado, seguro-, fiducia confianza, seguridad-, fido confiar-).

Cuando las personas interaccionan desarrollando conductas habituales de interrelación, tienen *expectativas* fundadas en su contexto social determinado y sobre esa base se comportan de forma tal que aguardan un proceder e*quivalente* del otro. Es que justamente resulta de la esencia de la interacción la existencia de esa *dixa*, y por tal motivo la conducta de aquel que rompe voluntariamente esa armónica proporción, es calificada de mala frente a la *creencia* , que movía a los demás en su relación con él. En tal sentido se ha dicho que la expectativa nace fundamentalmente a partir de la confianza que es la que orienta el comportamiento y guía las decisiones del individuo y sus intencionalidades. Toda decisión es en última instancia el resultado de expectativas (Weingarten Celia, La Confianza en el sistema jurídico, Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza 2002)

La ley como ordenamiento racional que tiene por fundamento el bien común (ver **Verdera Hugo Alberto** Bien común y bien particular en el pensamiento de Santo Tomás de Aquino, en elDial.com. lunes 8 de abril 2002), también posee un fin práctico inmediato ya explicado y al regular las conductas sociales debe basarse en ese preconcepto interrelacional de la confianza y es por eso que muchas veces lo reafirma exigiendo ese obrar conforme la confianza dispensada y por tal motivo cuando existe un comportamiento contrario a esa expectativa se torna generadora de un conflicto, entonces la ley debe sostener la confianza como principio, a la vez que reafirmar su imperatividad normativa mediante la sanción al infractor y la imposición de un sistema reparador del daño irrogado.

Este concepto de expectativa interrelacional y que dimos en llamar confianza (ver **Rezzónico Juan Carlos** Contratos con cláusulas predispuestas, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, p 398), es uno de los significados de la expresión **buena fe** y que **Morandi** (ver su trabajo Il principio della buona fede nell'assicurazioni e nella riassicurazione, Revista Assicurazioni, Anno LIV Novembre-Dicembre 1987, fasc. 6) llama *" buona fede leltá del Treu und Glaube della dottrina tedesca, che tanta applicazione trova nella nostra materia in quanto é caratteristica dell'assicurazione che la buona fede operi rispetto al contrante, como abbiamo detto, fin dal iter precontrattuale. Il motivo di ció sta nel fatto che l'assicuratore debe fidarsi del contraente allorché stabilisce le condicioni del contratto e la portata dei suois obblighi"* y al que nosotros entedemos también corresponde

aquel otro aspecto detallado por **Morandi** (Il principio..., ob. cit.) bajo el nombre de *"buona fede probita che si traduce nei rapporti reciproci fra le parti contraenti e nell esecizio dei diritti"*
Ese calificativo de "lealtad" que se agrega a la expresión **buena fe** es correlativo al de "fidelidad" con el que se podría calificar a quien actuó conforme la expectativa de confianza con la cual se interrelacionaron con él. (Ver **De los Mozos Jos Luis,** La **Buena Fe** en el proyecto de código civil de la República Argentina, en Obligaciones y Contratos en los Albores del Siglo XXI, Homenaje al profesor Dr. Roberto M. López Cabana, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires,2001 ,p.629 y también en la misma obra colectiva ver **Giavarino, Magdalena Beatriz,** El deber de **buena fe** en las relaciones contractuales, p. 699 la que coincidente con nuestra postulación dice:
Como acertadamente reflexiona López de Zavalía, el concepto de ***buena fe*** *es inmediatamente intelegible, pero difícil de conretar en fórmulas, su esencia gira en torno de la calidad de la conducta del individuo y si bien el mérito o demérito de ésta no es fraccionable, la necesidad de ponderarla en comparación con las circunstancias del caso lleva a que se la considere desde dos ángulos el subjetivo y el objetivo...* y agrega la autora glosada: *...Desde el ángulo subjetivo, considerdo en atención al individuo en sí mismo, se trata de la convicción de estar obrando correctamente, legítimamente, de allí que se la califique de* ***buena fe*** *creencia, en cambio desde el ángulo objetivo se alude a ciertas reglas objetivas, parámetros de conducta social leal, proba, honesta que cimentan la confianza base de la relación..*
Por otro lado existen otras situaciones en las cuales se verifica que una persona ha exteriorizado una voluntad en procura de satisfacer un interés desarrollando una conducta en la creencia de estar haciendo lo permitido, lo correcto, o bien, lo estimado socialmente como debido. En estos casos el juicio no se vincula a las expectativas interracionales y la "confianza" en que se sustenta la interacción, sino que se dirige a valorar las particulares ideas del actor respecto de su propia actuación con relación a la actividad desplegada y que debería ser coherente y concordante con aquella. En estos casos también se utiliza la expresión "**buena fe**" y "mala fe" para calificar la " creencia " con la cual se materializó esa voluntad de acción.
Este concepto es el que **Morandi** (Il principio... ob. cit) llama justamente *"buona fe credenza si presenta come la voncinzione di operare in conformitá del diritto, cioé la credenza di operare nell'ambito di ció che é legalmente permesso.*
El desarrollo de esta acepción del concepto de **buena fe**, como confianza en que uno mismo actúa conforme a derecho y al que nosotros llamamos "creencia", puede ser calificada de fundada o infundada, de cierta o errada (lógicamente analizados los fundamentos de la misma con la inferencia silogística con cuyas conclusiones se actuó), pero su valoración sólo puede efectuarse a partir de la comparación de la conducta exteriorizada mediante la cual se actuó sobre la base de esa creencia, con un arquetipo (fuera este genérico -buen padre de familia, buen administrador, buen hombre de negocios- o bien particular -considerando las características especiales de la persona que actuó sobre la base de esa creencia-).
El desarrollo de este concepto de la **buena fe** a la que nosotros denominamos " creencia" se efectúa en el párrafo en que se analiza el artículo 5 de la ley 17418.-
Concluyendo podemos afirmar que se verifica entonces la mutivocidad de la expresión **buena fe** , que sirve para designar o denotar diversos tipos de conductas vinculadas fundamentalmente a la confianza interrelacional o a la creencia en la personal actuación conforme lo permitido, debido o correcto. Para **Bernal Guti rrez Rafael y Molina Grisales María del Pilar**, (La Fe Pública Mercantil, en Rev. de Derecho Comercial y las Obligaciones, Ed. Depalma, t.1990-B p. 503), el concepto se vinculama mucho más al significado del vocablo *certeza* que aquel trandicional de *creencia* , pero en definitiva cuando se refieren a las razones y necesidad del fedatario mercantil apuntan a afianzar la necesaria *confinza* en determinados documentos que resulta base y fundamento necesario para la celeridad e informalidad de los negocios mercantiles.
Estimamos que realmente en algún momento se debería comenzar a erradicar su uso, tanto en el orden normativo como en el dogmático La multivocidad de las expresiones "**buena fe**" y "mala fe", evidencia la anfibológica denotación de situaciones tan distintas que no pueden ser señaladas con la misma expresión. También estas expresiones poseen una amplitud y generalización que ha llevado a muchos autores desistir en definirla, (limitándose a exhibir un casuismo de aquellas situaciones que entienden corresponde a uno u otra calificación de la "fe"), en tanto otros prefieren atribuirle con

307.-Ciertamente, en el Derecho Romano, las acciones que amparaban las obligaciones bilaterales tenían una naturaleza menos estricta que para aquellas nacidas *res, verbis* o *litteris*, la llamada *bonae fidei iudicia*([253]). Luego, la influencia de los canonistas, que se puede verificar en el Ordenamiento de Alcalá , generalizó este principio y acción, de la *bonae fidei,* para todos los pactos y contratos([254]).

308.-Es por ello, que tanto el artículo 1198 del Código Civil, como el espíritu y letra de la ley 24.240 (respecto del posible error de derecho), las diversas disposiciones establecidas a partir de la reforma de la ley 17.711, sobre vicios de la voluntad, lesión y abuso de derecho, permiten afirmar que todos los contratos están sometidos y caracterizados por la aplicación del principio de la *bona fide*.

---

cierto grado de desdén el mote de indolente ligereza inexpresiva (**Cardini, Eugenio Osvaldo**, El Orden Público, Monografías Jurídicas, nro. 13 Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1959.).
No obstante debemos aceptar que, ante la tan arraigada costumbre que dificulta dejar de lado su uso habitual, se impone continuar por ahora utilizándoles (con las salvedades ya hechas), sin renunciar en la convicción que resulta mucho más preciso denotar la leal respuesta a la expectativa social en las interrelaciones con el uso del vocablo confianza" y a la propia valoración de la conducta como conformada a lo debido, permitido y correcto, con el vocablo "creencia".
Asignamos importante trascendencia a este cambio terminológico propuesto, pues el vocablo "confianza" denota en el más amplio sentido la fe en las expectativas de uno, es un hecho básico de la vida social. Donde hay confianza hay aumento de posibilidades para la experiencia y la acción, hay un aumento de la complejidad del sistema social y también del número de posibilidades que pueden reconciliarse con su estructura, porque la confianza constituye una forma más efectiva de reducción de la complejidad (**Luhmann, Niklas,** Confianza, Ed. Anthropos, Barcelona, 1996, p.14). y su creencia se ve acompañada de una actividad coherente y concordante con aquella.
Por otra parte y tal como lo señala **Romain Jean Fran ois,** (Théorie critique du principe general de bonne foi en droit privé, des aateintes a la bonne foi en general et de la fraude en particular (fraus omnia corrumpit), Ed. Bruylant, Bruxelles 2000) en su análisis de Domat, Pothier la legislación francesa: *C est dans le concept de bonne foi, notrion de base du droit privé, qu appara t avec le plus de lumi re ce changement profond. L archa que fides qui exigeait impitoyablement l accomplissement de tout engagement selon la parole et la leerte réappara t, renouvelée, dans les rapports contractuels du ius gentium, en tant que bona fides, comme si l on cherchait indiquer par l équité et la justice, qui ne se rattache plus la surface formaliste du droit, mais engage tout homme, en tanto qu homme de bien (bonus vir). En effet, le bonus vir figure-mod le et point de réference pour évaluer ce qu on peut et doit exiger comme base de comportement honn te entre les gens, refl te une évolution spectaculaire..*

[253] **Di Pietro, Alfredo**, Derecho Privado Romano, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 239, Carames Ferro, José M. Curso de Derecho Romano, Ed. Perrot, 8va Ed. Buenos Aires, 1964, p. 152.

[254] **Tale, Camilo**, Los aportes del Derecho Canónico al Derecho Actual de las Obligaciones y los Contratos, Rev. ED 9172 del 17 de Enero de 1997

309.-Predicar la buena fe como característica propia del contrato de seguro([255]), permitiría aceptar que habría otros convenios que podrían estar en la categoría de contratos de "mala fe".

310.-Muy por el contrario, el concepto de buena fe -que debe existir en todo contrato- no resulta de la ausencia de mala fe, sino de una conducta positiva dirigida sobre la base de un principio meta jurídico al cual la comunidad se orienta axiológicamente([256]) y que como antes expuse, fue el derecho canónico([257]) el que más contribuyó a difundir en el ámbito negocial de todos los contratos el concepto de buena fe, definiéndolo como aquella conducta positiva encaminada a hacer el bien y diferenciarla de la mera actividad pasiva de no hacer el mal ([258]).

311.-Tampoco satisface se afirme que el contrato de seguro se caracteriza y distingue de los demás, en virtud a una categoría superlativa, cuando se predica un grado de *uberrimae bona fidei*([259]). Tal distinción carece de causa y razón tanto en el Derecho, como en la Moral, las cuales en manera, o forma alguna, han establecido graduaciones de la buena fe([260]).

312.-Lo que ciertamente se acepta, es una forma particular de concreción, por la cual se manifiestan los aspectos de la buena fe([261]), como actividad de lealtad, de creencia y providencia, en cada contrato. Pero esas maneras de verificación y

---

[255] **Bullo, Emilio H**. El derecho de seguros y de otros negocios vinculados, ED. Abaco, Buenos Aires, 1999, t. 1. p.107

[256] **Monti, Jos Luis**, La **Buena fe** y la equidad en el contrato de seguro. Breve esbozo sobre algunas aplicaciones jurisprudenciales, En Derecho de Seguros, Libro Homenaje a Juan Carlos Félix Morandi, Ed. Hammurabi, Buenos Aires,2001, p. 79

[257] **Torres Lacroze, Federico** A. Ensayos Iusnaturalistas, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 63 (capítulo VIII sobre la concepción de los valores jurídicos en San Agustín)

[258] **Tale, Camilo**, Los aportes, op. Cit. Rev. ED 9172 del 17 de Enero de 1997

[259] **Perez Ruiz**, La **Buena Fe** en el contrato de seguros y en especial en el de transporte en L.L. t. 147, p. 934, y ss; **Morandi, Juan Carlos Felix,** La ley 20091 De los aseguradores y su control, en Rev. Derecho Comercial y las Obligaciones, Ed. Depalma T. 1978 p. 1105; **Halperin Isaac**, Ed. actualizada por Morandi, Juan Carlos Félix ob. Cit. P. 50 y ss.; **Halperin Isaac**, El Juez y la aplicación del contrato de seguro, Rev. Dcho. Com. Y as Olig. T. 3 p. 1

[260] En la muy interesante disputa académica ocurrida entre **Carlos Juan Zavala Rodríguez e Isaac Halperin** que se reproduce en el Código de Comercio comentados y concordados por el primero, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1976 p. 742 se le endilga a Halperin haber dicho siempre que se acostumbra afirmar que el seguro es un contrato de **buena fe**: ubérrima bona fidei. Este no es un rasgo esencial del seguro, domina todo el derecho de las obligaciones y concluye como si existieran contratos que fuera factible ejecutarlos de mala intención y con subterfugios!

[261] **Tirado Su rez, Francisco Javier** Reflexiones sobre la **buena fe** y el contrato de seguro, En Derecho de Seguros, Libro Homenaje a Juan Carlos Félix Morando, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, p. 133 (con copiosa mención bibliográfica sobre la **buena fe** contractual

exteriorización se vinculan exclusivamente a la propia dinámica y objeto de cada uno de los negocios convenidos y no con un concepto o característica, propios del contrato([262]).

313.-De ejecución continuada: Se indica que la prestación del asegurador aparece siempre inserta en una relación duradera. La función de satisfacer la necesidad de seguridad del asegurado, no tendría lugar solamente al momento del siniestro, sino que ella se aplica por toda la vida del contrato y los actos cumplidos en ejecución del mismo son perfectamente válidos y eficaces aunque se produzca su resolución.

314.-Quienes manifiestan tal característica, están confundiendo el concepto de contrato, con el de actividad aseguradora. Cuando dicen que el contrato de seguro es un contrato cuyo contenido no se agotaría en un momento, por el cambio de las prestaciones (como el de compraventa), afirman que así como el contrato de sociedad engendra la situación de sociedad (estar en sociedad), el contrato de seguro produciría la relación de seguro (estar asegurado), como vínculo continuo de las partes por un período más o menos largo([263]).

315.-Con tales aseveraciones, estos autores, vienen a confirmar la afirmación crítica. Puesto que al desarrollar ese concepto de "estar asegurado" o "relación de seguro" omiten discriminar entre el mismo convenio, en el cual las obligaciones son contraídas, del negocio asegurativo.

316.-No negamos la existencia de la compleja y muldisciplinaria relación contractual en todos los tipos y clases que pudieran

---

[262] En este punto debo admitir que los principales sostenedores de esta cualidad de la ubérrima **buena fe** en el contrato de seguro (Halperin y Morandi), no han realizado un galeato expreso y concreto respecto a una crítica como la expuesta. Cabe entonces verificar si ello resulta de una omisión de aquellos o una debilidad y falta de la reprobación. Lo cierto, es que la existencia de la **buena fe** se ha de presumir siempre. Esta presunción *iuris tantum,* para dejar de funcionar como tal, requiere de prueba en contrario, producida por quien pretende demostrar su inexistencia o deficiencia. Entonces, ahora si, siguiendo esta inferencia silogística se comprende la razón práctica del predicado de la ubérrima **buena fe** y la razón por la cual Morandi, en sus exposiciones y conferencias insistía tanto en ello, y es que partiendo del concepto subordinado de diligencia , y conformando el de **buena fe** diligencia , ha de ser quien la invoca, el que deba probar su actuación diligente para sostener la **buena fe** de su comportamiento contractual. No hase de buscar en intrincados singularismos del contrato de seguro, la razón de este calificativo de magnitud extrema de la **buena fe**, sino que en el propio fundamento del concepto del *Ius Naturale Catholicum* **(D´ors Alvaro,** ob. Cit. p. 18) de lo bueno como acción y no justamente como pasiva omisión de malicia. La **buena fe** se presume, pero la acción que la procura ha de ser probada por quien es favorecido por la presunción.

[263] **Garrigues, Joaquin**, Contrato de Seguro Terrestre, Segunda Edición Ed. Garrigues, Madrid 1982 p. 147

haber, pero lo que en esta particular situación propugnamos es que se discrimine esa relación, del acto genético obligacional, que es el contrato.

317.-En cuanto al tiempo de duración de los efectos del contrato de seguro, sólo puede predicarse que es de su naturaleza la ejecución continuada, pero no una característica distintiva o esencial. Verbigracia, los efectos de un contrato de compraventa a distancia -de tipo internacional- o un contrato de suministro, de locación, de franquicia, entre otros, pueden durar mucho más que aquellos referidos a un contrato de seguro de accidentes personales, celebrado para amparar solamente el posible siniestro de ocurrir un accidente en un vuelo de avión, de pocas horas de duración.

318.-De adhesión: Nadie discute a Saleilles la paternidad de la fórmula "contrato de adhesión"([264]), pero muchos, fascinados con esta nueva expresión, omitieron verificar que su propio creador, afirmó que tales actos jurídicos, no tienen de contratos más que el nombre.

319.-Como bien se señala ([265]), no cabe admitir al contrato "de adhesión" como figura autónoma, con personalidad en el derecho común. Toda vez que la adhesión resulta ser una forma de manifestación del consentimiento, por que no llamar adhesión a la forma en que el consentimiento se manifiesta y de tal manera hablar de contratos que se concluyen "por adhesión.

320.-Sin lugar a dudas no resulta una característica del contrato de seguro ser " de adhesión", sino que el mismo resulta ser celebrado "por adhesión a cláusulas predispuestas"([266]).

321.-Indemnizatorio: Se pretende destacar que en ningún caso, la prestación a la que se obligó el asegurador y que recibe el asegurado con motivo de haberse verificado el evento contractualmente determinado, puede producir un beneficio o lucro.

---

[264] **Salleilles, Raymond,** De la déclaration de volonté, Paris, 1901, p. 229

[265] **Risolia, Marco Aurelio**, Soberanía y Crisis del Contrato, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1958, p. 147

[266] **Almeida Do Valle, Christino**, Contrato Teoria Prática e Jurisprudencia, Ed. Aide, Rio de Janeiro 1993, p. 56, en la cual el autor menciona la obra de Orlando Gomez y dice: Contrato de Adessao é o negócio jurídico no qual a participacao de um dos sujeitos sucede pela aplicacao en bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relacoes concretas.

322.-De tal manera se reafirma que el límite de la prestación del asegurador esta determinada por la indemnización del daño, que previsto en el contrato, efectivamente sufrió el asegurado.

323.-Además de que el concepto "indemnizatoriedad", no resulta una categoría jurídica, delimitada y denotada, debemos admitir que si a través del mismo se quiere significar el deber de mantener la equivalencia de las prestaciones comprometidas, sobre la base de la causa del contrato (el interés asegurado) no se ha enunciado una nueva característica del contrato de seguro.

324.-Tan sólo se reafirma la aplicación de un principio general a todos los contratos y que se encuentra legislativamente incorporado en el artículo 1198 del Código Civil.

325.-De tal manera, si la causa del contrato es aquel interés económico amenazado por el riesgo, el hecho que el límite de la prestación del asegurador esté determinado por el valor de la relación económica del interés, no permite establecer una nueva característica del contrato de seguro.

326.-Como ya dijimos, reafirma un principio aplicable a todos los contratos, en virtud del cual, ninguno de los contratantes puede pretender una prestación mayor, mejor o distinta a la que inicialmente tuvo en cuenta al establecerse la equivalencia o base económica comprometida. Si al tiempo de celebrarse el contrato la suma asegurada resultaba equivalente al valor económico del interés asegurable, pero luego este último disminuyó de valor, ello no significa que el asegurador deba pagar, en caso de ocurrir el siniestro, la suma asegurada. El asegurador se obligó a compensar el perjuicio en el valor el interés al tiempo de producirse ese evento dañoso.

327.-<u>De limitada autonomía a la libertad contractual:</u> Entiendo que tampoco ésta resulta una característica destacable del contrato de seguro, ya que se encuentra subsumida en la nota de "tipicidad". En muchos contratos típicos, por razones de discrecionalidad y política legislativa -algunas veces fundadas en el bien común- se establecen disposiciones de Orden Público, que no pueden ser modificadas por las partes al tiempo de celebrar uno de estos convenios (vgr. los plazos mínimos y máximos de duración de los contratos de locación, las normas aplicables a los contratos de trabajo, etc.)

328.-Nominado: Al igual que lo expuesto en el punto anterior, el acaso circunstancial que hace al legislador otorgar un nombre a los contratos que regula y por ende tipifica, no otorga al contrato una nueva característica, sino que destaca una cualidad de la tipicidad.

329.-Conmutativo: Resulta contradictorio predicar que el contrato de seguro es a la vez conmutativo y aleatorio. Quienes se pronuncian por la primera de las notas, confunden la característica aleatoria del contrato de seguro individualmente considerado con el resultado del negocio asegurativo.

330.-En este negocio, los principios técnicos le imponen al asegurador la celebración de un gran número de contratos, con la finalidad técnica, de eliminar lo aleatorio de aquel contrato individualmente considerado.

331.-Causado: Para quienes adscriben al causalismo contractual, ningún contrato puede dejar de tener una causa. Ante todo, en el sentido que estructuralmente y en abstracto no se concibe un contrato sin causa([267]). Por lo tanto también en este acápite debemos rechazar esta característica como propia y distintiva del contrato de seguro([268]).

332.-Formal: Partiendo de la prescripción establecida en el artículo 11 de la ley de Seguros ([269]) algunos autores coligen un carácter de formalidad. Éste ni siquiera se encuentra enunciado en la exposición de motivos de la ley([270]). El artículo 974 del Código Civil([271]) establece claramente el principio de la libertad de formalidades contractual y como la ley de Seguros no dispone, ni impone solemnidad alguna, a cuya observancia las partes deban sujetarse para dar vida al contrato de seguro([272]), no se ve cual es el fundamento de establecer el carácter de "formal", al contrato de seguro([273]).

---

[267] **Messineo, Francesco**, Doctrina ob. Cit.p. 110
[268] Ver **Garibotto Juan Carlos ,** ob. cit. p. 49
[269] : " El contrato de seguro sólo puede probarse por escrito....."
[270] En la que se expone que el contrato es consensual, no solemne, ni real
[271] " Cuando por este Código o por las leyes especiales no se designe forma para algún acto jurídico, los interesados pueden usar de las formas que juzgaren convenientes"
[272] **Stiglitz, Ruben S**. Derecho de Seguros, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, t. 1 p. 106
[273] Como si lo imponían Las Ordenanzas de Bilbao Capitulo XII De los Seguros, sus pólizas y forma de hacerse"...*han resultado muchas dudas, diferencias y pleytos, en grave perjuicio de los negociantes, por evitarlos en adelante se ordena que la tales tales pólizas se hayan de hacer ante*

333.-*Intuitu personae*: No obstante aceptar que asiste cierto grado de legitimidad, a quienes afirman la existencia de esta característica del contrato de seguro ([274]), nos permitimos diferir la crítica, a la aparente consistencia de esta postulación, para cuando tratemos las diferencias entre los seguros contratados masivamente, los personalizados, los que cubren riesgos estándar y los de grandes riesgos, los domésticos y los internacionales. Entendemos demostrar que no existe tal nota "*intuitu personae*", en el mayor número de los seguros -no vida-.

334.-Sinalagmático: Los romanos distinguían que las cosas se hicieran por las palabras como en la *stipulatio*, o por escrito (*litteris*), y otras se gestionaban (*gerantur*), reservaron el término *contrahantur* para aquellas otras que se contraen. Aplicaron el concepto de contrato de manera restringida a los consensuales, que son precisamente aquellos que los griegos denominaban propiamente *synallagma*([275]) debido a que son negocios bilaterales son propiamente contrato. Y justo, ese mutuo obligarse (*contractum* [...] *ultro citroque obligationem*([276])) hacen innecesario aceptar que se pueda, destacar o crear una nueva nota del contrato de seguro, que nada agrega a la ya señalada bilateralidad.

335.-Debemos advertir la trascendencia económica de la "promesa" en el contrato de seguro. La una promete pagar la retribución (prima), la otra promete el pago de una prestación indemnizatoria o la entrega del dinero correspondiente al capital prometido([277]).

336.-Solemne, Dirigido, De acción ejecutiva: Estas no resultan características esenciales al contrato de seguro, ni impuestas por nuestra legislación, por ello son enunciadas por autores y comentaristas del derecho comparado.

337.-La legislación colombiana en el artículo 1036 del Código de Comercio dice:" El seguro es un contrato solemne..... De manera que en este sistema normativo, el contrato se perfecciona desde el momento en que el asegurador suscribe

---

escribano o entre los mismos asegurados y aseguradores por medio de corredor o sin el ...."Ordenanzas de Bilbao, Ed. Lib de Garnier Hnos, Paris, 1854, p. 69

[274] fundados en las disposiciones del art. 82 de la ley de Seguros

[275]συναλλαγμα, ?συναλλαγη**:** cambio, suerte, suceso; comercio, relaciones, conversaciones, diálogo. Συν: juntamente, a la vez, de acuerdo

[276] **Di Pietro, Alfredo**, Derecho, ob. Cit. P. 188

[277] **Morandi, Juan Carlos F lix**, Estudios, ob. Cit. P. 80

la póliza. Esto se ve reafirmado en el artículo 1046:"..el documento por medio del cual se perfecciona y prueba el contrato de seguro....deber ser firmado por el asegurador.

338.-Asimismo el artículo 1053 del mismo cuerpo legal, otorga a la póliza "mérito" ejecutivo contra el asegurador, por si sola y cumplimentados determinados requisitos. En este caso y en virtud al carácter solemne que se le atribuye al contrato, se confunde al convenio con el instrumento y se predica del primero una cualidad del segundo como título ejecutivo.

339.-En Chile la Superintendencia de Valores y Seguros, tiene intervención en el registro de modelos de pólizas y en la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones que en virtud de ellas contraen las compañías de seguro, lo que permite a los autores que comentan tal legislación afirmar que tal intervención dirigista estatal, otorga al contrato la característica enunciada.

Tipicidad Contractual- El Orden Público

340.-Las cláusulas, condiciones y principios que deben regir un contrato típico, regulado por una norma determinada ([278]), implica necesariamente aceptar dos posibles finalidades y consecuencias de la ley reguladora:

341.-La una, permite afirmar que el legislador ha querido facilitar la difusión y uso de este nuevo instrumento negocial, simplificando los temas a convenir entre las partes, al permitirles diferir la mayoría de aquellos, a las normas supletorias que conforman el cuerpo normativo del contrato tipificado. De tal manera se evitan los posibles inconvenientes que podrían surgir entre las partes con referencia a aquellas cuestiones sobre las cuales se pudo haber omitido convenir y que se solucionan por estar previstas y reguladas por la ley;

342.-La otra, por el contrario, se refiere a una concreta voluntad del legislador que, barruntando la existencia de "intereses sociales comprometidos", ha entendido conveniente establecer un mínimo de regulación obligatoria, de la cual las partes no podrán apartarse, ni modificar, o dejar de lado en sus convenciones y acuerdos.

[278] **Messineo Francesco**, Doctrina p. 2 y ss

343.-En este último caso se habla del reconocimiento de la existencia de un "Orden Público", como orden jurídico mínimo inderogable, que por razones de seguridad y orden social, se incorpora e implementa normativamente, afectando la autonomía de la voluntad contractual([279]).

344.-No obstante lo antedicho, existen quienes exponen argumentos con los que se permiten cuestionar la real existencia o admisión -con identidad ontológica- del concepto de "Orden Público Mercantil"([280]), pues entiendo que de admitirse los mismos pueden invocarse para legitimar toda clase de excesos([281]) a partir, en gran parte de su vaguedad e imprecisión subsistente, pues son de naturaleza contingente([282]). Estos autores manifiestan que su relatividad temporal y espacialmente hablando, hace que no sea posible, en la mayoría de los casos, establecer cual es la idea dominante de una sociedad en un momento dado, para definir el concepto de Orden Público([283]).

345.-Por tal motivo han dicho que lo primero que resulta menester decir del concepto jurídico de "Orden Público" es que no ha sido posible lograrlo([284]), y que lo realmente trascendente respecto de las normas del derecho comercial y de la Ley de Seguros en especial, es que son susceptibles de ser consideradas desde el punto de vista de su imperatividad o no imperatividad y si tales imperativos realmente son imperfectos, perfectos, o *minus quam perfectus*.

346.-Las disposiciones no imperativas son disposiciones supletorias de la voluntad particular, o negocial, los imperativos imperfectos

---

[279] **Bufano Roig, Antonio Roberto**, Imperatividad y Orden Público E.D. t. 117 p. 869, En contra manifiesta que si bien se acepta la clasificación de normas supletorias (que estarían constituidas por las llamadas disposiciones de autorización, de interpretación y complementarias) e imperativas o forzosas, entiende que dentro de la última categoría debe distinguirse como lo hace Busso en su Código Civil anotado (t. 1 art. 21 num. 4 p. 188) aquellas que son imperativas y de orden público y las que no tienen necesariamente este último carácter.

[280] *..Lo primero que es menester decir del concepto jurídico de Orden Público, es que no ha sido logrado....* Ver **Colombres, Gervasio R.** Libro del Centenario del Código de Comercio, Comisión Nacional de homenajea los Dres. Dalmacio Velez Sarsfield y E.Acevedo, Buenos Aires, 1966, p. 47 (artículo con mención de amplia bibliografía sobre el tema).

[281] **Cardini, Eugenio Osvaldo**, El Orden Público, Monografías Jurídicas, nro. 13 Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1959.

[282] **Messineo Francesco**, Manual de Derecho Civil...op. cit, t. II, p. 480

[283] **Capitant**, De las cause dans les Obligarions, Paris, 1923 op.cit.

[284] **Colombres, Gervasio** R. El Orden Público en el Código de Comercio, en el Libro del Centenario del Código de Comercio, Ed. Comisión Nacional de Homenaje a los Doctores Dalmacio Velez Sarsfield y Eduardo Acevedo, Buenos Aires, 1966, p. 191

son preceptos de conducta, fundados en una aplicación concreta del concepto genérico de buena fe contractual. Estos preceptos de conducta carecen de sanción normativa por su inobservancia, difiriendo la ley a cuanto convengan o establezcan las partes

347.-Los preceptos imperativos perfectos establecen, generalmente la sanción de nulidad de los actos realizados sin los recaudos y formas establecidas o contra las prohibiciones previstas. También existen otros tipos de sanciones([285]), tales como la caducidad([286]) o la prescripción([287]).

348.-Por último las normas imperativas *minus quam perfectus* establecen tan importante obligatoriedad, que no sólo prevén sanciones dirigidas a restar eficacia e impedir los efectos que pudieran tener aquellos actos realizados contra las disposiciones, sino que además establecen sanciones de índole punitivas contra el transgresor ([288]).

349.-La normativa comercial en la materia de seguros, no sólo ha tipificado un contrato comercial especial, cuando lo define y lo distingue de otros al destacar sus caracteres esenciales (artículo 1 LS), también ha establecido su objeto (artículo 2, LS), regulado su causa (arg. artículo 60 LS), y el contenido de una de las formas de instrumentación (artículo 11 LS), sino que además ha fijado imperativamente que, además de las normas que por su "letra o naturaleza" son total o parcialmente inmodificables, hay cinco disposiciones inderogables (artículos 5, 8, 9 34 y 38), aún mediando acuerdo de parte.

350.-En tanto, sólo podrán modificarse en favor del asegurado otras veintidós disposiciones (contenidas en los artículos 6, 7, 12, 15,

---

[285] Recordando que *pas de nullité sans texte* , nos permitimos disentir con quienes sostienen la teoría del acto inexistente por falta de un elemento esencial para su formación, como otro tipo de sanción que quita eficacia a un acto o negocio jurídico realizado en contra o con omisión de los requisitos legalmente exigidos (ver a favor Laurent F, ob. Cit. t.15 p. 507; en contra Messineo F. Manual ob. Cit. t.II, p.486)

[286] **De La Fuente H.** Principios Generales de la Caducidad, J.A. 1983-IV, p. 716

[287] La prescripción es una sanción a la inactividad en el ejercicio de un derecho (CC 2 Cap. Dic. 19-946, LL 45-343, num. 21982 Chevalier de Gibson Emma y Otros c/Municipalidad de la Capital, en igual sentido B.A.O. c/ B.E.I. y otro CNCiv., Sala A, Julio 12-960 L.L. 99-694, num. 45199, Aconcagua Cia Sudamericana de Seguros c/Gobierno Nacional, CNCiv. Sala E. Nov. 30-960 L.L. 102-80, núm. 46058; Artero José A. Suc. C/Artero de Gonzalez de Sánchez, CNCiv. Sala D, Set. 3-964, L.L. 118-876, núm. 11840-S, Aguirre Pío c/Perez Millan Armando y otro CNCiv. Sala F, L.L. 128-454, núm 59046

[288] **Messineo, Francesco**, Manual ...ob. cit. p. 479

18 -2do.parr-19, 29, 36, 37, 46, 49, 51, 52, 82, 108, 110, 114, 116, 130, 132, 135 y 140).

351.-El mentado artículo 158 de la LS concluye terminantemente imponiendo que cuando las disposiciones de las pólizas([289]) se aparten de las normas legales inderogables, no podrán formar parte de las condiciones generales.

352.-Por ello podemos concluir que lo más destacado de la característica de Tipicidad, estaría determinado, para la mayoría de los autores, por el establecimiento de un sistema orgánico de base imperativa, tuitiva del asegurado y de los beneficiarios y que se justifica y motiva en lo que llaman función social del seguro ([290]).

Aleatoriedad ([291])

353.-El contrato de seguro es esencialmente aleatorio, tal como lo hemos explicado antes, pero debemos destacar que parte de la doctrina ([292]), manifiesta que este carácter jurídico es admisible sólo para el contrato individualmente considerado, pues con relación a la empresa aseguradora, el negocio asegurador no le resulta aleatorio.

354.-Afirman que el asegurador al estar organizado como empresa, profesionalmente ejerce el moderno comercio del seguro, realiza gran cantidad de contratos y sobre la base del cálculo de probabilidades ([293]), hace que en su conjunto el negocio no sea aleatorio para ella.

355.-Por otro lado, parte de la doctrina, niega la posibilidad de que un contrato pueda ser aleatorio para una parte y conmutativo

---

[289] Este es uno más de los errores de estilo de la LS que infra en el desarrollo del trabajo nos permitiremos destacar, toda vez que muchas veces asimila el concepto de contrato al de póliza , lo que significa confundir acuerdo de voluntades, con el documento en el cual se instrumenta el mismo.

[290] **Morandi, Juan Carlos F lix**, La Ley 20091.. ob. Cit. p. 1119/1134.
Por nuestra parte entendemos que se ha confundido el significado que se debe atribuir a esa llamada función social del seguro , con los conceptos de solidaridad social, asistencialismo social, generando erróneas resoluciones que concluyen desvirtuando los principios técnico-económicos de la actividad aseguradora comercial, alampando convertirla en un distribucionismo social.

[291] Remitimos al capítulo relativo a los Contratos Aleatorios, en el cual se ha desarrollado también esta característica del contrato de seguro.

[292] **Fern ndez, Raymundo, L**. Código de .. ob. Cit. t.II, p. 399

[293] Al que hay que agregar los cálculos de desvío de siniestralidad esperada, constitución de reservas de contingencia, establecimiento de un régimen mínimo de solvencia, formas técnicas de dispersión de magnitudes siniestrales (co-seguro, reaseguros), etc.

para la otra. Esta postulación mereció la réplica ([294]), que intenta demostrar la posibilidad de existencia y validez de un contrato en el cual la prestación de una de las partes sea cierta, mientras que la que atañe a la otra depende de un acontecimiento incierto. En cuanto a nuestra opinión al respecto remitimos a lo explicado en el capítulo respectivo.

Por Adhesión a cláusulas predispuestas

356.-Ya tuvimos oportunidad de exponer la objeción respecto de quienes consideran al contrato de seguro como "de adhesión", explicando que la forma en que se manifiesta la voluntad contractual, no califica al contrato, sino a aquella. O sea que el contrato se forma por adhesión, que una de las partes realiza a las cláusulas predispuestas, por la otra.

357.-Aún expuesta esta diferencia, que para algunos resulta indiferente([295]), debemos destacar que existen autores para quienes, recordando a Esmein, continúan afirmando que *"le contrat, de sa nature, respire la liberté"* y preocupados exponen que realmente se asiste a una seudomorfosis del concepto "contrato", instalándose en su lugar una relación jurídica genéticamente forzosa ([296]).

358.-Esta corriente de pensamiento considera que estas relaciones son llamadas "contratos" más por la forma de la relación jurídica, que por la forma del negocio creador y que ello se debe al facilísimo que implica para el legislador modelar nuevas relaciones sobre las reglas del contrato, reenviando a toda la elaborada técnica contractual, en lugar de hacer una reglamentación nueva de las relaciones entre las partes([297]).

359.-Así se reconocen tres extremos doctrinarios:

.- los contractualistas: son quienes afirman que ninguno de los caracteres típicos de los negocios jurídicos por adhesión lo alejan del ámbito contractual, reconociendo

[294] **Spota, Alberto G.** Instituciones de Derecho Civil, Contratos, 5ta reimpresión, Ed. Depalma 1996, T. I, p. 162
[295] **Vallespino, Carlos Gustavo**, El contrato por Adhesión a condiciones generales, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1984, p. 239
[296] Ya fuera a través de seguros de contratación obligatoria, o mediante el establecimiento de seguros obligatorios
[297] **Masnatta, H ctor,** El Contrato Necesario, ob. cit.

una mera alteración en la forma en que se declara que conforma el acuerdo de voluntades,

.- los anticontractualistas: son aquellos sostenedores de la tesis según la cual frente a la falta parcial, o ante la ausencia total, de la libre e incondicional concurrencia de dos voluntades, hacen que el solo arbitrio y albedrío (ya fuera del oferente, o bien fuese del aceptante) determine la existencia de una única voluntad unilateral, que requiere el establecimiento de una nueva figura y dogmática jurídica, apartada del marco contractual.

.- intermedia o ecléctica: para la cual el contrato por adhesión es un negocio de base contractual y de fondo reglamentario ([298]).

360.-Respecto de la forma de celebración del contrato de seguros cabe anticipar que conforme la ley de Seguros (*de lege lata*) la oferta de contrato, no la efectúa el predisponente de las condiciones y cláusulas del convenio. Por el contrario, la oferta es realizada por aquel que deber someterse a tales condiciones, cláusulas y estipulaciones generales, redactadas y predispuestas por quien podrá manifestar la aceptación de aquella oferta.

361.-El complejo normativo conformado por las leyes 17418, 20091 y 22400([299]) establecen una nota distintiva y muy particular([300]) en la forma de celebración del contrato de seguro. Este contrato celebrado por adhesión a cláusulas y condiciones generales predispuestas posee una importante regulación normativa, que no se verifica respecto de otros contratos igualmente celebrados por adhesión([301]).

362.-No obstante existen una persistente doctrina civilista que continua estructurando su análisis dogmático y exégesis

[298] Teoría sostenida por Dereuz en su trabajo Le nature juridique des contrats d´adhésion, mencionado por Vallespino, Carlos Gustavo, El contrato, op. Cit. p. 217
[299] Que conforma aquella nota de "tipicidad", antes expuesta
[300] **Rezzonico, Juan Carlos**, Contratos con cláusula predispuestas Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 118
[301]Ver conclusiones de la ponencia Aplicación de la ley de defensa al consumidor al contrato de seguro presentada por el Instituto de Derecho de Seguros del Colegio de Abogados de San Isidro, en las VII Jornadas Nacionales de Derecho de Seguro, Termas de Río Hondo, 1966. ...El Contrato de Seguro no se encuentra comprendido dentro del ámbito específico de la ley de defensa del consumidor, ni alcanzado por sus disposiciones.. . A diferencia del régimen brasileño, que incluyó al contrato de seguro en su art. 3ro. Parr. 2do. De la ley 8078/90 dentro de las previsiones del Código del Consumidor, toda vez que dicho contrato está escasamente regulado en el Código Civil.

normativa sin afirmar, ni reconocer esta especial característica de los convenios por adhesión([302]) a cláusulas predispuestas por el aceptante de la oferta contractual, en tanto otros niegan toda evolución y defienden denodadamente la supervivencia y perdurabilidad de los principios contractuales establecido en decimonónico Código Civil([303])

Bilateralidad y Consensualidad

363.-Es preciso tener en cuenta que el contrato, como negocio jurídico([304]) es bilateral, pero, según para que parte o partes genere efectos obligaciones, puede ser unilateral o bilateral (o con prestaciones reciprocas). Por tanto los contratos bilaterales engendran al tiempo de su perfeccionamiento obligaciones recíprocas, cuando las partes se obligan la una hacia la otra mutuamente([305]).

---

[302] **Soto, H ctor Miguel**, Contrato Celebración Forma y Prueba (con especial referencia al contrato de seguro), Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001

[303] **Gastaldi, Jos María**, La Moderna contratación en el Código Civil, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1983, p. 16 (separata de la revista jurídica del colegio de abogados de Mercedes, año I, nro. 1 1983)

[304] La aplicación del concepto que contiene el artículo 944 del Código Civil no se limita al derecho civil, sino que como afirma **Araux Castex** (Manual de Derecho Civil, Parte General, Ed. Empresa Técnicojurídica, Buenos Aires, 1965, p. 137) alcanza a todas las ramas del derecho, sin modificaciones o con las que excepcionalmente impone la legislación específica de cada una de ellas y concretamente se refiere al género de los actos voluntarios lícitos, que pueden comprender según la exposición realizada por **Farina Juan M** (Hecho Jurídico, Acto Jurídico, Negocio Jurídico, en Jurisprudencia Argentina, 1975, Doctrina, p. 545) negocios jurídicos como manifestación de voluntad que persigue la satisfacción de un interés determinado, al cual el derecho asigna un efecto. Por su parte **Orgaz Alfredo** (Hechos y actos o negocios jurídicos Ed. Zavalia, Buenos Aires, 1963, p. 53) señala que el concepto de acto o negocio jurídico, es caracterizado como una declaración de voluntad privada dirigida a producir un efecto de derecho, el cual se produce por cuanto ha sido querido por el declarante. El Código de Sajonia de 1863 en su art. 88 señalaba que un acto es un negocio jurídico cuando la acción de la voluntad se dirige, de acuerdo con las leyes, a constituir, extinguir o cambiar una relación jurídica y para **Tulio Ascarelli** (Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil, Ed. Bosch, Barcelona 1962), el negocio jurídico es la evidencia del poder normativo de los particulares, así las partes, utilizando la autonomía privada, pueden regular las consecuencias del negocio de conformidad con sus propios intereses. B) actos materiales: actos que producen efectos por si mismos, sin necesidad de una declaración. C) actos declarativos o de convicción actos de comunicación necesaria para que el derecho les asigne una consecuencia, d) negocio jurídico complejo, declaraciones concurrentes para la satisfacción colectiva de intereses determinados, e) negocios parciarios. Por su parte Di Pietro Alfredo, recuerda que los juristas romanos, solían huir de las generalizaciones abstractas y se inclinaban a resolver problemas concretos encontrándoles solución justa, fueron los que acuñaron la expresión *negotiom* (nec, partícula negativa,, otim agregar) con el valor de referirse al actuar puramente utilitario o económico.

[305] **Laurent F.** Principes.. ob. Cit. t. 15 p. 485, id. **Planiol Marcel,** Traite..ob.cit. p. 328

364.-En general no se discute que el contrato de seguro sea bilateral, por cuanto importa obligaciones para ambas partes ([306]), mas no existe coincidencias en orden al carácter y naturaleza de la obligación del asegurador([307]) y de cual serían las del asegurado luego de pagado totalmente el precio que conformaba la prestación a su cargo.

365.-Genéticamente es bilateral, sinalagmático perfecto, toda vez que las partes se intercambian promesas"([308]), pero Hans Moller en su ponencia sobre Las modernas orientaciones del concepto jurídico del seguro, presentada en Congreso Internacional de Derecho de Seguros, Roma 1962, planteó la cuestión en estos términos: Si se reconoce que el sinalagma radica en el intercambio de obligaciones, el contrato de seguro es sin duda un contrato recíproco, pero si éste implica un intercambio de prestaciones y contraprestaciones, un do ut des, hay que discutir el carácter bilateral, sinalagmático del contrato, de no ocurrir el siniestro.

366.-Justamente este autor en su duda afirma el carácter de la bilateralidad como sinalagma genético, del contrato de seguro.

367.-Por último, está la característica de consensualidad que se predica del contrato de seguro([309]), por la cual se dice que el simple acuerdo de voluntades perfecciona el contrato, con prescindencia de la firma y entrega de la póliza ([310]).

---

[306] **Vitolo, Daniel Roque**, Contratos...ob. cit. p.752

[307] Para Bruck (ob.cit. p. 366 a 381) la obligación del asegurador es su capacitación económico financiera para cumplir su obligación eventual de indemnizar. No obstante se le ha replicado que si tal fuera su obligación, no se atina a comprender porque el asegurado carece de acción para hacer cumplir tal prestación.

[308] **Morandi, Juan Carlos F lix**, Estudios....ob. cit. p. 80; **Morandi, Juan Carlos F lix,** Seguros...ob. cit. p. 10 (en elementos); en igual sentido, **Garrigues Joaquin,** Contrato... ob. Cit. p. 44; **Soler Aleu Amadeo,** El Nuevo... ob. Cit. p. 10; **Baeza Pinto, Sergio,** El Seguro...ob. cit. p. 32; **Ruiz Rueda, Luis**, El Contrato... ob. Cit. p. 80; **Zuleta Torres, Bernando,** El Contrato... ob. Cit. p. 43; **Ossa G.J. Efr n,** Teoría General..ob.cit. p. 32; **Halperin Isaac**, Seguros...ob.cit.

[309] La misma Ley de Seguros dice expresamente, en el artículo 4 que: " El contrato de seguro es consensual; los derechos y obligaciones recíprocas del asegurador y asegurado empiezan desde que se ha celebrado la convención, aún antes de emitirse la póliza". Solución también consagrada por el derogado artículo 505 del Código de comercio y aceptada por sus comentaristas y la mayoría de la doctrina contemporánea. En contra **Zavala Rodríguez**, quien tuviera un fuerte enfrentamiento académico con **Halperin** respecto de varios temas de la Ley de Seguros (ver D.J.A. 29 de marzo, 24 de mayo y 26 de junio de 1968).

[310] Documento que sólo constituye un medio probatorio (Ver CNApel Com. Sala B Set. 9 de 1982 Omega Coop. / José Sueiro y Cía con comentario de **L.N.Garchtrom de Malamud** en Rev. Jur. Arg. Del Seguro, la Empresa y la Resp. Nro 6 p. 193), que puede ser suplido (en cuanto a las condiciones generales, especiales y especificas) mediante un oficio a la Superintendencia de Seguros de la Nación, para que acompañe el texto de tales condiciones autorizadas para la rama de seguro y plan de la

368.-Toda vez que la consensualidad contractual se contrapone a los llamados contratos reales ([311]), debería resultar evidente y concluyente que para la Ley de Seguros, no se requiere la firma de la póliza, ni su entrega. Tampoco se exige la entrega de dinero o documentos prometiendo el pago, por parte del asegurado([312]). Los efectos del contrato de seguro, deberían, entonces, comenzar en el mismo momento en que la oferta, (propuesta) de una de las partes es aceptada, por la otra, utilizando necesariamente, algún medio idóneo para permitir la prueba de sendos actos, su emisión y recepción por la otra.

369.-Pero, tal como se ha dicho, la carencia de un sistema legal de principios generales de los contratos comerciales, como la falta de un desarrollo sistemático de los contratos aleatorios a partir del concepto noción y regulación de la teoría del riesgo, frente a la actual dinámica, panorama y perspectiva, del negocio asegurador, ha trastocado de tal manera los presupuestos normológicos específicos, que cabe dudar de la efectiva persistencia de los benéficos principios tuitivos que se predicaron respecto de la tan especial ley y de la necesidad y conveniencia de mantener el sistema de consensualidad como tradicionalmente es considerado, respecto del contrato de seguro ([313]).

Celebración del contrato de seguros

Conceptos Preliminares

370.-Sin perjuicio del anterior desarrollo de los principios generales de los contratos comerciales y los aleatorios, en este punto específico cabe exponer brevemente algunas ideas críticas e hipótesis respecto a la celebración del contrato de seguro.

---

aseguradora de que se trate. Característica instrumental de prueba del contrato que afirma **Morandi** (Seguros...., en elementos ob.cit. p. 9) y en contra **Soto** (Contrato celebración...ob. cit. p.166) para quien la póliza, no es, como de manera casi unánime se dice, la prueba del contrato de seguro.

[311] **Mosset Iturraspe, Jorge,** Contratos, ob. cit. p. 54 dice: Para parte de la doctrina la expresión contratos reales tiene dos significados diversos, el uno alude al contrato traslativo o constitutivo de derechos reales, contrato con eficacia real que se contrapone al meramente obligacional, el otro alude y supedita el perfeccionamiento del contrato a la entrega de la cosa (datio rei).

[312] La principal y habitual forma de cumplir la prestación por parte del asegurado (pago de la prima), ni la entrega de pagares para garantizar tal pago.

[313] **Morandi, Juan Carlos F lix**, Proyecto de ley modelo de Seguros Para Iberolatinoamerica, Exposición del autor en el 1er Encuentro Internacional de Seguros y Reaseguros, Lima Perú 1955

371.-Al tiempo de discurrir, estudiar, o simplemente describir el fenómeno de la actividad aseguradora, se coloca en el centro de la cuestión a las entidades aseguradoras, a las que se describe como empresas profesionalmente organizadas, cuyo objeto exclusivo es asumir, técnica, económica y financieramente las consecuencias dañosas o cumplir las prestaciones convenidas, de ocurrir los diversos riesgos descriptos en la multiplicidad de contratos de seguros que han celebrado.

372.-Se dice que esta actividad procura celebrar "masivamente" una cantidad muy grande de contratos y acumular grandes sumas y capitales para afrontar los eventuales pagos por siniestros.

373.-Para ello se organizan como empresa y salen al mercado, con el objetivo de "vender" ([314]) , y ofrecer "asegurar", por intermedio de sus equipos de intermediarios (productores asesores de seguros) utilizando la más vieja de las técnicas de comercialización: crear en los asegurables la necesidad de contratar.

374.-Muchos autores, entienden que esta técnica debe ser llamada eufemísticamente -con fatuidad de juridicidad- como "hacer invitaciones ", para que sean los asegurables quienes realicen "ofertas" de contrato, a las entidades aseguradoras. Luego, en virtud a la posterior aceptación que efectúe el asegurador a aquellas "ofertas invitadas", se concluirán múltiples, distintos y diversos contratos de seguro, cuyas cláusulas y condiciones fueron predispuestas por el "invitador a realizar ofertas" y posterior aceptante de las propuestas que se le hagan llegar.

375.-La realidad nos muestra una diversa pertenencia grupal y significación o ubicación social económica y forma de actuar de los diversos operadores del negocio asegurador. Resulta entonces, muy importante destacar que no existe una identidad conceptual de los llamados "proponentes" u "oferentes" del seguro.

---

[314] Término lego y propio del argot del comercio asegurador, que por cierto no pretende atribuir una naturaleza jurídica determinada para los contratos de compraventa a este contrato típico de seguros. Oportuno es también destacar, a la vez que lamentar que la actividad aseguradora en su conjunto (Resoluciones de la Entidad de Control, Cláusulas y condiciones contractuales, exposiciones y disertaciones sobre la materia) hagan habitual uso de otros tantos vocablos en forma por demás desaprensiva y contradictoria al concepto jurídico que se tiene de los mismos. Así por ejemplo en dicho ámbito, los contratos no se rescinden, sino que es habitual leer y escuchar que la póliza ha sido anulada, la misma ley 17418 al prohibir introducir cláusulas compromisorias en el contrato, concluye diciendo que tal inserción en la póliza esta vedada.

376.-Podemos exponer que empíricamente observamos desde un extremo, al consumidor final de coberturas estandarizadas([315]) que llevó inclusive a un reconocimiento normativo ([316]), hasta el otro limite en el cual se desenvuelven grandes complejos económicos multinacionales muchas veces de mayor importancia y significación que el propio asegurador.

377.-Resultaría entonces inexacto afirmar sin discriminar previamente el grupo o estatuto económico de pertenencia, que el "asegurable o asegurado" ha de resultar siempre la parte débil del contrato.

378.-Muchas veces el contrato de seguro resulta celebrado entre asegurable y asegurador mediante previas negociaciones dentro de un contexto de paridad en el que se realizan mutuas ofertas y modificaciones hasta arribar a anudar una voluntad común.

379.-Insistimos con esta descripción para anticipar nuestro análisis críticos a la ley 17418 y sus posteriores proyectos modificatorios, que no han tenido en cuenta esta realidad, resultando exageradamente tuitivas y protectores de la gran empresa asegurada, limitada y escasa respecto del consumidor final.

380.-En los casos de seguros de "riesgos menores"([317]) los aseguradores, ya fueran las negociaciones celebradas en forma

---

[315] Así por ejemplo los seguros combinados familiar u hogar, cuya celebración se realiza por teléfono, en supermercados, inclusive por Internet, sin intervención o interrelación directa con un dependiente del asegurador, sino a través de parámetros prederminados en los programas de computación con los que se alimentan sistemas interactivos.

[316] Este reconocimiento tuvo lugar con motivo del dictado del decreto 855/94 que establecía: *Art. 1 Las restricciones que respecto de la intermediación de seguros se establecen en la ley 22.400 no son aplicables a aquellas operaciones de seguros que se ofrezcan al público general y que se encuentren inscriptas en un registro especial que a tales efectos habilitará la Superintendencia de Seguros dentro del plazo de 60 días posteriores al dictado del presente decreto. En igual plazo, este organismo dispondrá en qué ramas podrá operarse bajo la modalidad antes referida incluyendo las pautas generales que deberá reunir tales contratos para obtener su inscripción en el referido registro".* En cumplimiento de dicho decreto la Autoridad de Control dictó la resolución 23.469/94 bajo el título de Reglamento para la Comercialización Masiva de Seguros

[317] También llamados masivos, estandarizados, domésticos o similares en los cuales se destaca fundamentalmente una standardización operativa del asegurador que por tal motivo se desentiende de las particularidades y estado del riesgo que presupone de una determinada característica general y en virtud a lo cual establecer diversas disposiciones contractuales en concordancia con esa presuposición. Nosotros nos permitimos esta calificación latu sensu, para distinguirles de aquellos otros correspondientes a grandes riesgos o grandes empresas a partir de determinado monto de prima anual, o bien por las características patrimoniales y organizativas del proponente como las actuales clasificaciones legales de Pequeñas y Medianas Empresas, y Grandes Empresas y Grandes Empresas, o bien por el tipo societario Sociedades Anónimas Abiertas o Cerradas, o Sociedades bajo control permanente estatal o no.

directa o por medio de intermediarios para "invitar" a los asegurables a realizar "ofertas", lo cierto es que una vez aceptadas se produce la "imposición" de las cláusulas contractuales confeccionadas por el aceptante.

381.-Ahora bien, para permitir concretar la comercialización masiva, los aseguradores se valen de un gran número de productores asesores de seguros quienes se vinculan con los asegurables y asegurados en forma personal y directa.

382.-En esta relación asegurables-intermediarios, no se dan aquellas características de preeminencia y superioridad, sino que muy por el contrario, existe una paridad, mutua confianza negocial ([318]).

383.-En estos casos, también se supone que, el productor asesor "invito a que se hagan aquellas ofertas". Luego el asegurable "invitado" realizará la propuesta, haciéndola llegar por el intermediario al asegurador. También se supone que el asegurador realizará la aceptación y la comunicará al asegurado, por intermedio del productor asesor.

384.-Todas estas situaciones nos demuestran que sólo, producto de una ficción jurídica, se puede sostener y afirmar que una de las partes se limitó a "invitar a hacer ofertas", en tanto la otra resulta apareciendo cual si hubiera emitido supuestamente una oferta de contrato.

Oferta de Contrato

385.-Para el desarrollo de nuestra tesis en especial con relación a la naturaleza jurídica del instituto de la reticencia, resulta conveniente efectuar estas iniciales aclaraciones respecto de la oferta de contrato y la naturaleza jurídica que le atribuimos.

386.-Por nuestra parte asignamos a la oferta en los contratos celebrados por adhesión a condiciones y cláusulas generales predispuestas, una naturaleza mucho más amplia que la tradicional, pues así como existen autores para quienes la oferta es intrascendente jurídicamente sin la aceptación y para ellos esta manifestación de voluntad sería un "nada" jurídicamente

[318] Es muy común que en muchas oportunidades el asegurable desconozca cual resultará ser el asegurador, con el cual se dice que celebrará el contrato de seguro.

hablando ([319]), sino media una aceptación, nosotros por el contrario proponemos asignarle a la oferta tanto una fuerza vinculante para quien la emite ([320]) como un derecho a una manifestación expresa y justificada de rechazo([321]) o bien su automática aceptación cuando es recibida por la parte que predispuso todas las condiciones generales del contrato([322]) y aquella oferta se conforma a lo que habitual y continuamente viene aceptando dicha organización profesional "invitante" a que se le realicen oferta.

387.-La oferta inicialmente es la mitad del contrato, muere como tal al concurso de su aceptación, pero también y como señala Martín Ballesteros y Costea([323]) en una ingeniosa comparación con la química del agua (molécula compuesta por dos átomos de hidrógeno y uno de oxigeno) analiza que la molécula contractual como nueva entidad jurídica se compone de dos elementos igualmente trascendentes y con identidad jurídica propia.

388.-Como bien señala José Castan Tobeñas ([324])la doctrina tradicional en derecho civil a diferencia de la mercantil ha tenido una postura negativa respecto a la fuerza vinculante de la oferta y es que el ámbito comercial por su propia dinámica práctica de los negocios, necesitó llegar a soluciones más progresivas.

389.-En el derecho civil (de *lege lata*) de acuerdo a lo previsto en el artículo 1144 del Código Civil, el consentimiento contractual debe manifestarse por ofertas o propuestas de una de las partes y aceptación por parte de la otra y por lo tanto cuando alguien

---

[319] **Soto H ctor Miguel**, Contrato, ob. cit. p.3

[320] **Sanchez Urite, Ernesto A**. La oferta de contrato, fuerza vinculante, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975,

[321] Conforme nuestra tesis de discriminar los seguros de grandes riesgos, de los masivos, o pequeños riesgos, es conveniente para el funcionamiento equilibrado de estos últimos que el asegurador tenga la carga de manifestarse dentro de un tiempo razonable respecto de la propuesta recibida. Entendemos que además de cumplir un efectivo fin tuitivo del consumidor de seguros, evita los constantes abusos de muchos aseguradores que estando pendiente la aceptación de la propuesta (que al ser masiva, prerredactada por el asegurador, sobre riegos tipificados, no contenía ninguna circunstancia especial impeditiva para su regular aceptación) y en conocimiento de la ocurrencia de un evento dañoso, rechazan la misma, o la modifican dejando fuera de cobertura aquel hecho. La invocación a la acción de culpa in contrahendo como solución para estos casos, no se ajusta al normal devenir negocial masivo de los contratos normativos de seguros.

[322] **Santos Briz Jaime**, La contratación privada p. 127 (mencionado por Sanchez Urite)

[323] **Ballesteroo y Cosea, Martin**, La manifestación de obligarse y el nuevo derecho, p. 113 (obra mencionada por Sanchez Urite)

[324] **Castan Tobe as Jos** Derecho Civil Español Común y Foral, Ed. Reus, Madrid, 1976, Tomo III, p. 465

desea celebrar un contrato, dirige sus declaraciones a otra persona, siendo indiferente que provengan de quien resultar acreedor o deudor de la prestación.

390.-La oferta es en los términos del artículo 896 del Código Civil, un acontecimiento ([325]) un hecho "susceptible" de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones. Resulta un hecho voluntario lícito ([326]) y en tanto realizado voluntariamente por una persona, al tener por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, resultará un acto jurídico (conf. artículo 944 del Código Civil).

391.-De lo expuesto se concluye lógicamente que la oferta dirigida a persona determinada con todos los elementos constitutivos del contrato es un acto jurídico unilateral susceptible de producir la conclusión de la convención toda vez que tiene por fin inmediato establecer entre el emisor y aquel a quien va dirigida relaciones jurídicas contractuales

392.-Ahora bien, en aquellos contratos celebrados por adhesión a condiciones contractuales predeterminadas por parte de quien invita a que se le realicen ofertas ajustadas en un todo a aquellas condiciones (ofertas que una vez recibidas el "invitante" podrá aceptar), además de la fuerza vinculante que hemos atribuido a la oferta, permite considerar la posible existencia o no de derechos del emisor de la oferta.

393.-Reconocer la posibilidad que al emitir el oferente su declaración unilateral de voluntad, en los contratos celebrados por adhesión a cláusulas predispuestas por quien a la sazón habrá de ser el aceptante, tenga derechos subjetivos, permite aceptar que el orden normativo imponga formalidades validantes de dicho acto jurídico.

---

[325] **Boffi Boggero, Luis María**, Estudios Jurídicos, Primera Serie, Ed. Coop. Centro de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1960, p. 31, en la cual el autor mentado dice que aun cuando el código no es terminante al respecto acoge en su articulado o, al menos, en el subsuelo del mismo, la tesis amplia que ve en el hecho jurídico no sólo un acontecimiento material sino, también, elementos no materiales como los derechos, situaciones jurídicas, etc. Tal surge del vocablo acontecimiento que emplea el Código Civil en su artículo 896. Este vocablo entraña una generalidad que comprende, tanto un fenómeno de la naturaleza, como uno psíquico, como una situación jurídica o una actividad humana con relevancia para el Derecho. Por último este auto menciona el artículo de A. Orgaz, El concepto de hecho jurídico publicado en la revista La Ley t. 59 p. 892.

[326] Pues conforme lo dispuesto en el art. 898 del Código Civil el hecho de emitir una oferta de contrato no esta prohibido por la ley, aún cuando pudiera estarlo el objeto de la oferta

394.-Como lo he desarrollado([327]) dichas formalidades impuesta en interés de la subsistencia del derecho subjetivo de aquel que debe cumplirlas resulta una carga, como es del caso destacar aquella precontractual vinculada a comunicación del estado del riesgo.

395.-En el contrato de seguro, en especial en aquellos "de pequeños riesgos" o "masivos", el asegurador, actuando directamente o por medio de sus intermediarios es la única parte que conoce efectiva y ampliamente todos los elementos, y cláusulas contractuales que justamente fueron predispuestos por ella, es la que sabe y maneja la técnica y economía del contrato, resulta ser quien está organizada, capacitada profesional y especializadamente para verificar, controlar, medir, cuantificar y tarifar los riesgos.

396.-Por el contrario, el asegurable - insistiendo estar refiriéndonos a estos seguros de pequeños riesgos- tiene muy escasos conocimientos del tema y sólo confía en la amistad o recomendación que le han hecho de un productor asesor determinado o en la seriedad y solvencia que publicitariamente le muestra un asegurador determinado, o bien que el Estado controla a todos los aseguradores y "respalda" sus operaciones, siendo por tanto indistinto con cual de ellos celebre el contrato.

397.-En definitiva resultaría más acertado reconocer esta realidad en estos tipos de interactuar negocial y someterle a principios generales de los contratos comerciales celebrados masivamente por adhesión a cláusulas predispuestas, (normativa que debería complementar a las disposiciones de la ley 24240).

398.-De *lege ferenda* no puede seguir sosteniéndose que el asegurable de los seguros masivos sea considerado un proponente u oferente típico y tradicional a ultranza (ya que como se ha dicho, este oferente desconoce casi todo del contrato y mucho más de la técnica y economía del mismo). El proponente se limita a cumplir aquellas formalidades([328]), por medio del productor asesor, empleado del asegurador que a la sazón le atienda, maquinaria automática de expedición de pólizas, o sistema computarizado automático con el cual se puede comunicar por vía Internet y así co-producir la celebración contractual sobre la base de las predisposiciones

[327] **Schiavo, Carlos Alberto,** Las Cargas y Caducidades del Asegurador, ob. cit.
[328] Consistentes en describir el riesgo, cual será el objeto del contrato y acreditar cual es su interés económico lícito respecto de una cosa o un bien.

impuestas por el asegurador que es quien emite todos los elementos generales constitutivos de una oferta de contrato, a los cuales se agregan los elementos particulares del co-celebrante.

399.-Con el fin de reafirmar nuestra postura cabe analizar el artículo 4 de la Ley de Seguros cuando expresa "....La propuesta del contrato de seguro, cualquiera sea su forma no obliga al asegurado ni al asegurador..." para verificar si realmente dicha disposición, se erige como un muro infranqueable a la dinámica negocial del seguro y a la naturaleza jurídica que atribuimos a la oferta en los seguros de pequeños riesgos o masivos.

400.-Preliminarmente debemos destacar una desadvertencia significativa en la redacción del artículo en cuestión, pues cuando el mismo dice que la oferta no obliga al "asegurado" omite considerar que solamente se puede tener el carácter de "asegurado" cuando ya ha quedado concluido y celebrado un contrato de seguro, en tal caso es obvio que la oferta no obliga, sino que será el contrato la fuente de la que surgirán las prestaciones convenidas y a cargo del asegurado ([329]). Este litote no es aceptable en una prosa legislativa, no es posible redimir el error descalificante del concepto normativo bajo el piadoso manto de un entendimiento de la idea más allá de las palabras, porque entonces no hacían falta las palabras ni el artículo 4.

401.-Además a mérito de cuanto disponen los artículos 1149, 1150 y 1155 del Código Civil pareciera que estamos ante una reiteración innecesaria por parte de este artículo 4 de la ley de seguros. Esta disposición que tuvo su fuente en el artículo 7-1 de la ley francesa del 13 de Julio de 1930 ha quedado fuera del contexto normativo nacional tanto del Código de Comercio como del Código Civil y por tal razón puede considerarse reiterativa del régimen regulado en las disposiciones generales para todos los contratos, inaceptablemente redactada y por tanto inoperable.

402.-Insistiendo que en estos seguros de pequeños riesgos, además de lo prescripto en el artículo 57 de la ley 20.091, en orden a la

[329] En el Proyecto de reforma de la ley 17418 del PEN el nuevo texto del art. 4 dice:" La propuesta del contrato de seguro, cualquiera fuera su forma, no obliga ni al proponente ni al asegurador..." a la vez que establece un término de 15 días para que caduque la oferta de no ser aceptada por el asegurador. Por su parte el proyecto Baglini reitera la desadvertencia de la normativa en vigencia, lo mismo que el proyecto Halperin. En tanto el proyecto de Soto siguiendo más fielmente las regulaciones del Código Civil regula el perfeccionamiento del contrato y prescinde de mencionar en forma alguna la falta de fuerza vinculante de la oferta.

aplicación supletoria de lo establecido en la ley 24.240.-, no se puede continuar aceptando que se predique que la aseguradora en el iter contractual, tiene una mera posición expectante a partir de limitarse supuestamente a publicar sus "invitaciones a emitir ofertas" y a colaborar con los intermediarios que las reciben, entregándoles formularios para continuar con su tarea "facilitar" y que así se puedan emitir las supuestas ofertas.

403.-Mientras que en los seguros de grandes riesgos existe una evidente e indiscutible paridad en los sujetos que celebran el contrato y las distintivas características (por su magnitud o costo) de los riesgos, se puede aseverar sin hesitación alguna que en estos casos estamos ante un iter negocial clásico y tradicional. Por tanto, respecto de estos negocios jurídicos se debe aceptar plenamente la aplicación de los tradicionales principios rectores de la autonomía de la voluntad contractual que no hacen necesaria la aplicación de otras normas que las ya vigentes y establecidas para los contratos en general.

404.-De tal manera que discriminando clara e inicialmente, por lo menos entre estos dos grupos, se podrá observar un diverso sistema regulatorio y normativo de las conductas de las partes en el negocio jurídico, o al menos de *lege lata* propiciar desde ahora una distinta interpretación de los contratos celebrados dentro de esta diversidad.

405.-Por tal motivo tampoco coincidimos se siga predicando desde Vivante ([330]) que en principio el asegurador se encuentra ante la imposibilidad de conocer la existencia de circunstancias influyentes en la apreciación del riesgo y que por tal motivo aquel se verá compelido por tal situación y necesidad a confiar en las declaraciones del asegurable por ser éste quien está en mejores condiciones para conocer la naturaleza de la cosa que asegura y los peligros a que la misma se encuentra sometida.

406.-Tal como lo demostraremos en el desarrollo del capítulo respectivo, en los seguros de pequeños riesgos el asegurable no tiene conocimientos especiales o específicos suficientes de lo que significa "estado del riesgo" y sino es guiado mediante un

[330] **Vivante C.,** Del contrato de seguro, Derecho Comercial, Ed Ediar, Buenos Aires, 1952, t. 14, vol. 1 nro 218, p. 260, **Stiglitz, Rub n,** ob. cit. p. 481, quien también menciona en su nota 2 **Fontanarrosa, R.**

correcto interrogatorio, difícilmente sepa declarar esos peligros a los que se dice esta sometida la cosa que asegura([331])

Aceptación de la Oferta

407.-Para los contratos entre iguales (seguros de grandes riesgos), ha de imperar la total autonomía de la voluntad contractual de las partes y estas negociarán con la amplitud y libertad que el Código Civil, tradicionalmente prevé.

408.-En cuanto a los seguros de pequeños riesgos o masivos, aquel a quien considero el verdadero oferente del negocio jurídico asegurativo, no sólo es el predisponente de las condiciones contractuales, sino que también es quien puede imponer las formalidades.

409.-Por tanto debería utilizarse el sistema de oferta ad referéndum, por la cual emitida ésta por el asegurador, el asegurable deberá cumplir las condiciones, realizar los actos y declaraciones previas, a las que aquel supeditó su oferta y de tal manera emitir validamente la aceptación.

Formalidades en la celebración

410.-En este punto debemos reconocer la existencia de dos tendencias normativas y doctrinarias, respecto de las formalidades que se deben cumplir al tiempo de la celebración del contrato de seguro. Manteniendo la distinción entre seguros "de pequeños riesgos", "masivos" o "domésticos", y seguros de "grandes riesgos" reafirmo que respecto de estos últimos, se deberían aplicar la totalidad de las tradicionales disposiciones relativas a la autonomía contractual de las partes y el funcionamiento de los principios generales del contrato y aquellos particulares vinculados a los contratos con las características como las antes señaladas para el de seguro.

[331] Además del conocimiento empírico del autor, colectado cuando se desempeñase como Gerente Técnico de un Asegurador, un estudio de campo realizado conjuntamente con los alumnos cuando desempeñó como profesor de Legislación de Seguros del Centro de Educación a Nivel Terciario en Técnica de Seguros y también la información sobre nivel educacional de la población (que suministra el Indec) se puede afimar que en estos seguros de pequeños riesgos contratados masivamente, un número porcentual significativo de proponentes desconoce realmente las diversas circunstancias que hacen al estado del riesgo..

411.-Para los sistemas de celebración de los contratos de seguro de "pequeños riesgos ", "masivos" o "domésticos", las formas de celebración e instrumentación contractual se inscriben dentro del más amplio campo de los actuales contratos comerciales de contratación masiva en general.

VII.- EXPOSICION CRITICA DEL REGIMEN DE LA RETICENCIA

Introducción

412.-En el proceso de formación del contrato de seguro no sólo existe el intercambio de oferta y aceptación, sino que se impone necesariamente una suma de actividades diligentes de las partes con el fin de concluir la celebración que tiene por antecedente el reconocimiento de una realidad y estado de las cosas.

413.-Así cabe reconocer que el negocio asegurador surgió para satisfacer la necesidad previsional del hombre, ([332])mediante el uso de métodos científicos ([333]) que estima la contribución mutua, apriorísticamente ([334]), sin necesidad de la derrama mutual. Tiene por objeto acumular las sumas que se requieren para indemnizar los daños a los intereses económicos afectados en aquellas unidades que lo experimentan. Se basa en una delimitación muy pormenorizada de cada uno de los riesgos asegurables, cada categoría discriminada tiene una característica propia y singular, a la que corresponde una medición apriorística en el cálculo de la contribución de cada unidad a la satisfacción de la masa.

414.-Esa equivalencia económica proporcional, a que nos referimos al tratar el tema de los contratos aleatorios, no sería posible si las características particulares de los bienes o actividades sometidas a un riesgo, no fueran lo más ampliamente conocidas por el

[332] Génesis 41,36; Código de Hamurabi 23

[333] **Pedemonte Gotardo C** Elementos de ob. cit. p. 73

[334] Consistente en realizar un corte partial de todo un amplio número de hechos dañosos y también de posibles daños patrimoniales (incendio, hurto, robo, mortalidad de animales, granizo, helada, responsabilidad civil, pérdida de capacidad generadora de ingresos por disfuncionalidad física o vejez), o bien de los tiempos en que podrá ocurrir la muerte de una persona o su posible sobrevida a una determinada edad. Luego de esta primera discriminación, se continua con subdivisiones según la significatividad de las muestras y unidades que se sometan a estudio. Definitivamente cada categoría será observada y controlada para verificar en un número importante de casos similares, en un tiempo relativamente prolongado, cuantas de estas han experimentado daños y cuantas no, cuales han sido las frecuencias en que se producen los hechos negativos, y cuales las máximas magnitudes. Con los datos empíricamente obtenidos y utilizando todas las teorías matemáticas para el cálculo de probabilidades se llega a estimar apriorísticamente la contribución, que cada unidad similar, debe efectuar para conformar la masa de primas con las cuales se sabe habrá de solventarse el pago de las indemnizaciones de aquellos daños que necesariamente ocurrirán o de las sumas a pagar a los beneficiarios instituidos por las muertes previstas. Ver **Fern ndez Dirube, Ariel**, El Seguro Su estructura y función económicas, Ed Schapire, Buenos Aires, 1966, **Berliner Baruch,** Limites de la Asegurabilidad de Riesgo, Ed. Mapfre, Madrid 1982. Curso de Seguros del **Chartered Insurance Institute**, Aspectos Legales y Económicos del Seguro. Colección Temas de Seguro, Ed. Mapfre, Madrid, 2da ed., 1979, Traducción de Victoria Ramirez Mittelbrun, **Gnedenki B.V. y Jinchin A.I**., Introducción al cálculo de probabilidades, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1962

asegurador, sobre la base de una diligente colaboración del asegurable para describirlas.

415.-Esta realidad previsional humana([335]), histórica, técnica y económica verificada como se explicó, determina un estado preexistente de las cosas que son aprehendidas por un observador analítico.

416.-Luego de esta aprehensión, el observador analítico los habrá de componer y dividir formalmente en un juicio con el que compondrá un enunciado.

417.-Por último debemos reconocer que cuando un enunciado está dirigido a la acción resulta un enunciado práctico (en contraposición al especulativo) y en este sentido, entonces, la norma jurídica resulta ser un enunciado práctico que procura determinar una acción ordenando conductas.

418.-De tal manera es un enunciado que tiene una significación que surge del fin que pretende imponer como valor estimado socialmente conveniente y realmente posible. Este enunciado tiene además una cualidad de generalidad ([336]) y es también producto de la εμπειρια.

419.-Por tal motivo la tarea del hacedor de la ley, necesariamente esta referida a conductas habituales de aquellos a quienes se dirigiera la norma.

420.-Para ello el legislador ha conocido esas conductas y desde una perspectiva empírica prudente, ha tenido en claro el objetivo, que, conforme el curso natural de los acontecimientos resultaba previsible alcanzar con la ordenación de estas conductas, como así también que el medio ordenador fuera congruente con los hechos antecedentes y los resultados que pretendiera ([337]).

421.-De tal manera, entendemos haber dejado explicado y establecido que el análisis del instituto de la reticencia, no puede efectuarse

---

[335] **Morandi, Juan Carlos F lix**, Evolución, estructura y causa del contrato de seguro, Rev. La Ley, T. 110 Secc. Doctrina, p. 1132.

[336] Como dice Ulpiano *Iuria non in singular personas, sed generaliter constituuntur* (Digesto, 1.3.8), pues toda vez que la norma ejerce un influjo respecto de aquellas conductas a las que pretende ordenar, tiene necesariamente la cualidad de generalidad, por referirse a una pluralidad de sujetos (generalidad casual), a la vez que una pluralidad indeterminada de conductas(generalidad predicamental), ver Lamas, Félix Adolfo,, La experiencia...ob. cit. p. 430

[337] *Lex est commune preaceptum, virorum prudentum consultum, delicatorum, quae sponte vel ignoratia contrahuntur, coercitio, commnunis reiplicae sponsi* (Digesto 1.3.1)

a partir de una mera exégesis normativa o exclusivamente de un análisis hermenéutico lógico positivista.

422.-Muy por el contrario, como toda la materia vinculada al ámbito mercantil en general y el seguro en especial, débese partir de esa conjunción conceptual: histórico([338]), sociológica([339]), técnica([340]), económica y matemática ([341]) para entonces interpretar la regulación especial en subordinación, concordancia y sintonía con el plexo normativo general, al que especifica.

423.-Así podrá aceptarse que la normativa especial resulte una modificación específica y altere las disposiciones generales, cuando "expresamente" y "claramente" lo indicase ([342]).

424.-Pues en sus aspectos normológicos el estudio y análisis de un instituto no puede escindirse del conjunto y principios del derecho común en orden a la celebración e interpretación de los contratos.

425.-Esta cuestión vinculada al deber de información resulta sin duda uno de los temas más controvertidos en la jurisprudencia y en la doctrina ([343]).

---

[338] Es dable aclarar que no adscribimos a las teorías historicistas del derecho, sino que pretendemos reconocer y exponer la característica histórica no dogmática del derecho comercial y del seguro en especial.

[339] Tampoco nos enrolamos en las teorías sociológicas, conductistas, egológicas y similares del derecho. Realmente al describir la conducta previsora del hombre y efectuar algunas menciones históricas que entendemos la confirman, intentamos exponer, lo que entendemos un comportamiento social del hombre, verificado desde hace mucho tiempo, el ahorro de parte de sus recursos presentes para afrontar las contingencias futuras que pudieran afectar su patrimonio o ingresos. Como así también la actuación solidaria y mancomunada con otros hombres para procurar iguales fines con menos recursos y mejores resultados.

[340] *De aquí, que la exacta declaración del riesgo, constituye un deber impuesto por la ley al asegurado; que tiene un linaje de siglos, y por finalidad, en primer lugar, que se pueda cumplir la correspondencia entre riesgo y prima a que se ha aludido precedentemente, como base técnica de la mayor importancia,* del voto de Morandi en el fallo que se transcribe en la addenda.

[341] **Morandi, Juan Carlos F lix**, La reforma del Código de Comercio en Materia de Seguros, Rev. Jurisprudencia Argentina Secc. Doctrina, 1967 t. VI, ´762 y ss

[342] Vgr. El artículo 747 último párrafo del Código Civil, se ve modificado expresamente por el artículo 29 de la ley 17418

[343] **Gomes Julio,** O Dever de Informac o do tomador do seguro na fase pre-contractual en Memorias del II Congresso Nacional de Direito dos Seguros, Ed. Almedina, Lisboa, 2001 p. 75, **Buttaro, Luca,** Contrato di Assicurazioni, Enciclopedia del Diritto, vol. III. Giuffre, Milano 1958 p. 455 y ss, **Moitinho de Almeida, J.C.** O Contrato de Seguro no Direito Portugés e Comparado, Livraria Sá da Costa Editora, Lisboa, 1971 p. 65 y ss, **Park Semin,** The Duty of Disclosure in Insurance Contract Law, Dartmouth Publishing Company Ltda. Aldershot Brookfield USA, 1966 p. 1

426.-Por una parte tenemos a aquellas regulaciones e interpretaciones doctrinales que son calificadas como obsoletas ([344]) y que resulta de lo más favorables al asegurador, en tanto en el otro extremo se sitúa el modelo alemán, francamente preocupado con la protección del tomador del seguro.

427.-Y en una situación intermedia se encuentran los demás sistemas europeos continentales, tales como España([345]), Francia y Suiza, que utilizan el sistema de cuestionario cerrado.

428.-Por su parte la mayoría de las legislaciones modernas sobre el contrato de seguro apenas prevén la invalidez del contrato para los casos de declaraciones reticentes o inexactas intencionalmente efectuadas (caso de la ley Belga) o cuanto mucho efectuadas con dolo o culpa grave (caso de Italia) o bien regulan un sistema de resolución contractual y no de nulidad.

429.-La ley Belga discrimina en la ley del 25 de Junio de 1992, según que las inexactitudes u omisiones sean o no intencionales, y así el un caso el contrato será nulo en tanto que de no ser intencionales el contrato es válido y el asegurador tendrá que modificar el mismo acorde al estado del riesgo, salvo si demuestra que no hubiera celebrado el contrato con tal estado.

---

[344] Entre las que se encuentran el artículo 429 del Código Portugués, el sistema del Reino Unido, el artículo 5 de la ley 17418 Argentina y aquellas legislaciones que aún le siguen (ver Gomez Julio, ob. cit. p. 77)

[345]**Bataller Grau, Juan, Boquera Matarredona Josefina, Olavaria Iglesia Jes s** (coordinadores) El Contrato de Seguros en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 107 de su ámplia recopilación jurisprudencial resulta conveniente transcribir los siguientes casos:

El deber de declaración del riesgo es un deber de contestación al cuestionario (STS nov. 11-997 (Civil) Arz 1997/7870)

El deber de declaración del tomador está en función del cuestionario al que el asegurador le somete (STS junio 23-993 Civil Arz 1993/4781) .

No se puede hacer recaer sobre el asegurado las consecuencias de la falta de cuestionario (STS Oct. 19-989 Civil, Arz 1989/6939).

El Asegurador ha de someter a cuestionario a los futuros contratantes (SSTS Mayo 18-993 Civil Arz 1993/3567 y de Set 23-997 Civil Arz 1997/6822).

La Aseguradora es la única que debe asumir las consecuencias negativas de no exigir al tomador que rellene de forma explícita la casilla relativa a enfermedades padecidas (STS Fef. 1-991 Civil Arz 1991/696)

La circunstancia omitida por el tomador no se corresponde con ninguna pregunta del cuestionario (STS Feb, 26-997 Civil Arz 1997/1330).

La aseguradora es la única perjudicada si no recaba información ni comprueba el valor del bien asegurado (STS Nov. 30-1990 Civil, Arz 1990/9218).

Es imputable a la aseguradora la falta de examen médico verificador de las declaraciones del tomador sobre su estado de dsalud (SSTS abril 24-986 Civil Arz 1986/1872, idem Feb 1-991 Civil Arz 1991/696, idem Mayo 18.993 Arz 1993/3567, idem Junio 23-993 Civil Arz 1993/4781

430.-En caso de siniestro también existe una distinción según que el tomador hubiera sido o no negligente en la declaración del estado del riesgo, si no hubo culpa el parte del tomador la indemnización debida es íntegra según corresponda a la liquidación que se realice de los daños sufridos, más de haber sido negligente la indemnización será reducida en la proporción entre el premio que efectivamente pagado y aquel que se concluyó pagando ([346]).

El derecho francés establece un régimen similar ya que la invalidez del contrato de seguro solo esta prevista para la hipótesis de declaraciones reticentes o inexactas cuanto han sido hechas de mala fe, situación en la cual el asegurador además tiene derecho a todos los premios vencidos a cobrar.

431.-En contrapartida si no se demuestra que la omisión o la declaración inexacta del asegurado fue hecha de mala fe el contrato no será nulo. En lugar de eso el artículo L 113-9 establece una serie de alternativas consonantes a que el

[346] La ley belga dice en su art. 5 Obligation de déclaration Le preneur d'assurance a l' obligation de déclarer exactament, lors de la conclusio du contrat, toutes les circontances connues de lui et qui'il doti raisonnablement considerér comme constituant pour l' assureur des éléments d'appréciation du risque. Toutefois, il ne doit pas declarer l'assurerur les circonstances déj connues de celuis-ci ou que celui-ci devrait raisonnablement conna tre. Les dommées génétiques ne peuvent pas tre communiquées. S' il n'est point répodu certaines questions éscrites de l' assureur et si ce dernier a néanmoins conclu le contrat, il ne peut, hormis le cas de fraude, se prévaloir ultérieurement de cette omission. En su artículo 6 Omission ou inexactitude intentionnelles Lorsque l' omission ou l'inexactitude intentionnelles dans la déclration induisent l'assureur en erreur su les elements d'appréciation du risqué, le contrat d'assurance est nul. Les primes echoes jusqu'au momento o l'assureur a eu connaissance de l'omission ou de l'inexactitude intentionalles lui sont dues. Por último en su artículo 7 dice: Omission ou inexactitude non intentionnelles 1er Lorsque l'omission ou l'inexactitude dans la déclaration ne sont pas intentionnelles, le contrac n{est pas nul. L'assureur propose, dans le délai d' un mois compter du jour o il a eu connaissance de l'omission ou de l'inexactitude, la modification du contrat avec affet au jour o il a eu connaissance de l'omission ou de l'inexactitude. Si l'assureur apporte la preuve qu'il n' aurait en aucum cas assuré le risque, il peut r'esilier le contrat dans le m me délai. Si la proposition de modification du contrat est refuseé pa le preneur d'assurance our si, au terme d'un délai d'un mos compter de la réception de cette proposition, cette derni re n'est pas accptée, l'assureur petu résilier le contrat dans les quinze juors. L'assureur qui n'a pas résilié le contrat ni proposé sa modification dans les délais indiqués ci dessus ne peut plus se prévaloir l'avenir des faits qui lui sont connus. 2 Si l'omission our la déclaratio inexacte ne peut tre reprocheé au preneur d'assurance et si un sinistre suvient avant que la modification du contrat ou la résiliation ait pris effet, l'assureur doit fournir la pretation convenue. 3 Si l'omission ou la déclaration inexacte peut tre reprochée au preneur d'asdurance et si un sinistre survient avant que la modification du contrat ou la résilitaion ait pris effet, l'assureur n'est tenu de fournir une pretation que selon le rapport entre la prime payée et la prime que le preneur d'assurance aurait d payer s'il avait réguli rement déclaréle risque. Toutefois, si lors d'un sinistre, l'assureur apporte la preuve qu'il n'aurait en aucum cas assuré le risque don t la nature réelle est révélée par le sinistre, sa pretationest limitée au remboursement de la totlitédes primes payées. 4. Si una circonstance inconnue des deuz parties lors de la conclusion du contrat vient tre connue en cours d'exécution de celui-ci, il est fait application de l'article 25 our de l'article 26 suivant que ladite circonstance constitue une diminution ou une aggravation du risque assuré.

conocimiento de la reticencia o inexactitud sea anterior o posterior a un siniestro. Si es anterior al siniestro el asegurador puede optar entre mantener el contrato aumentando el premio (siempre que también lo acepte el asegurado) o resolver el contrato, lo que producirá efecto en el plazo de diez días desde la notificación fehaciente en la que se debe poner a disposición del asegurado del premio por el período no corrido.

432.-Si el conocimiento de la reticencia o inexactitud es posterior al siniestro la indemnización será reducida a acuerdo a la regla proporcional. A diferencia de la legislación belga no se le permite al asegurador probar que de haber tenido conocimiento del estado del riesgo no hubiera contratado ([347])

433.-Por su parte el código civil italiano, consagra en sus artículos 1892 y 1893 un régimen jurídico muy distinto según haya existido o no-dolo o culpa grave del tomador del seguro en la realización de las declaraciones inexactas o reticentes.

434.-Habiendo dolo o culpa grave del tomador del seguro el contrato es anulable por el asegurador que tiene derecho a conservar los premios, en caso contrario el asegurador podrá resolver el contrato en el plazo de tres meses desde que conoce la reticencia o inexactitud. La ley italiana no prevé expresamente el derecho del asegurador para proponer una modificación del contrato, pero ello resulta naturalmente de la posibilidad de proponer una renegociación anterior a la resolución.

435.-En caso que tuviera lugar un siniestro antes de estar resuelto el contrato el asegurador está obligado a pagar la indemnización reducida en función de la regla proporcional y tampoco la ley italiana contempla la posibilidad del asegurador de demostrar que nunca hubiera celebrado el contrato de haber conocido el verdadero estado del riesgo ([348]).

---

[347] **Beigneir Bernard** Droit du contrat d'assurance, Paris 1999 p. 101 (mencionado por Julio Gomez en O dever ob. cit.)

[348] **Fiorentino, Adriano**, La descrizzione del rischio nella assicurazioni secondo el Codice Civile, Rivista del Diritto Commerciale e del Dirirro General delle Obbligazioni vol. XLII, 1944 parte prima p. 136. **Bin Marino**, Informazione e contratto di assicurazione Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile 1993 p. 727. **Mandó Matteo** Dichiarazioni inesatte e reticenze nella fase precontrattuale del contratto di assicuraziones, Rev. Diritto ed economia dell'asicurarione 1966 p. 761, **Buttaro Luca** In tema di dolo e di colpa grave nella descrizione precontractuale del rieschio assicurato, Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1962 ano XVI, p. 730, **Visintini Giovanna** La reticenza nel contratto di assicuraziones, Rivista di Diritto Civile 1971 ano XVII, parte prima p.423

436.-En España el artículo 10 de la ley 50/1980 del 8 de octubre([349]), establece que el asegurador podrá resolver el contrato mediante declaración dirigida al tomador del seguro en el plazo de un mes a contar del conocimiento de la reticencia o inexactitud y en caso de ocurrencia de un siniestro antes de tal declaración se distinguen los casos en que hubiera existido dolo de aquellos otros en que mediara culpa grave del tomador.

437.-El último de los casos se reducirá la indemnización en proporción entre la diferencia del premio facturado y de aquel que correspondía según el verdadero estado del riesgo.

438.-El régimen alemán en los artículos 21 y 22 de la VVG, tal como dijéramos, es uno de los que se muestra como más favorables al tomador del seguro y así en primer lugar prevé la hipótesis de omisión o declaración inexacta de una circunstancia relevante para la asunción del riesgo que permite al asegurador resolver el contrato, salvo que tal conducta del tomador hubiera ocurrido sin culpa.

439.-Tampoco se permite resolver el contrato en caso de siniestro cuando las circunstancia relativas a aquel deber de información violado no tuviera alguna influencia en la ocurrencia causal del siniestro o en la dimensión de la prestación ([350]).

440.-El sistema Ingles continua aún con el añoso fundamento del deber que tiene el tomador de declarar espontáneamente todos los hechos puedan ser relevantes para la apreciación del riesgo por parte el asegurador.

441.-Este deber no se restringe solamente a responder las preguntas que eventualmente le pudiera efectuar el asegurador al tomador, sino que éste está obligado inclusive a describir toda circunstancia susceptible de ser considerada para apreciar el riesgo e inclusive alguna jurisprudencia([351]) consideró anulable la falsa declaración de circunstancias irrelevantes.

---

[349] La ley de Seguros fue actalizada mediante ley 30/1995 para acomodarla a la directiva 88/357/CEE, que mantiene el sistema de cuestionario.

[350] Hasta aquí resulta el único sistema legal que establece expresamente la necesaria relación causal entre las circunstancias relevantes omitidas de declarar o comunicadas reticentemente (ver **Hofmann Edgar** Privatversicherungsrecht, Ed. Beck, Munich 1998 p. 112)

[351] Cabe mencionar que la jurisprudencia británica registra el más antiguo caso en materia de reticencia y que es del año 1766 Carter v Boehm y que se trataba de un seguro de vida contratado por un gobernador militar ingles con anterioridad a su viaje para tomar funciones en una plaza fuerte que habría de ser asaltada por tropas francesas. Al producirse la muerte del asegurado en tal empresa militar, la aseguradora rechazó el pago del siniestro sobre la base de que el mentado gobernador

442.-Tampoco se exige ningún tipo de nexo de causalidad entre la circunstancia omitida o declarada reticentemente y la ocurrencia del siniestro. No puede dejar de destacarse que la doctrina británica resulta sumamente crítica con estos criterios jurisprudenciales que llevaron inclusive que la ABI (Association of Britihs Insurers) que nuclea a la mayoría de las aseguradoras del Reino Unido, estableciera un código de conducta en 1977 (actualizado en 1986) denominado Statement of General Insurance Practice and Statement of Long Term Insurance Practice que morigeran tan estricto régimen jurisprudencial ([352])

443.-Por su parte este criterio no ha prevalecido ni fue adoptado por otros ordenamientos del Common Law que resultan sustancialmente más favorables para el tomador del seguro, por lo menos en lo que respecta a los seguros terrestres([353])

444.-El artículo 429 del Código de Comercio Portugués reza

> *" Toda declaraçâo inexacta, assim como toda reticência de factos ou circunstancias conhecidas pelo segurado*

---

militar conocía de antemano a la contratación del seguro del inminente ataque francés y ocultó tal circunstancia. El Tribunal decidió a favor de los beneficiarios sobre la base de que el asegurado no podía declarar el peligro al que se vería sometido sin violar el secreto militar, y además como el militar no había ocultado su condición de tal ni la misión que habría de encarar, resultaba obvio que se trataba de una encomienda peligrosa, lo que no obstaculizó la aceptación contractual del asegurador. En tanto que muy distinto fue el resultado en otro caso resuelto en 1975 Lambert v. Co-operative Insurance Society (Lloyd's Rep 465) en el cual se entendió que el asegurador podía validamente rechazar el pago de una indemnización con motivo del hurto de unas joyas aseguradas por la Sra. Lambert, porque la misma omitió informar que antes de la conclusión del contrato su marido había sido condenado por el hurto de cigarrillos y que había purgado prisión por fraude.

[352] If not included in the declaration, prominntly displayed on the proposal form should be a statement: i) drawing the attention of the proposer to the consequences of the failure to disclose all material facts, explained as those facts an insurer wold regard as likely to influence the acceptance and assessment to the proposal ii) a warning that if the proposer is in any doubt about facts considered material he should disclose them" Ver **Hodgin Ray** The Doctrine of Utmost Good Faith in Insurance Contracts in The law and practice of insurance in the single European market, Ed. Adrew McGree e Wolfgand Jeusel, Era Bundessanzeiger Koln 1995, p. 205)

[353] En Estados Unidos de Norteamérica se ha entendido en que en principio todos los hechos que no están contenidos en el cuestionario resultan irrelevantes, que el tomador no tiene que revelar hechos vergonzantes para él. En tanto en Australia la Insurance Contracts Act de 1984 aplicable a los seguros terrestres no sólo establece que el tomador del seguro tiene en principio la obligación de declarar los hechos que conoce sino que consagra la solución del pago proporcional de la indemnización si le violación del deber de información no se debe a culpa del tomador. Por último el régimen australiano al igual que la regulación del ABI exige que el asegurador debe advertir claramente sobre el contenido de la declaración que se le requiere y de las consecuencias de la violación de tal deber (ver **Tarr Anthony A. And Tarr Julie Anne,** The insured's non-disclosure in the formation of insurance contracts a comparative perspective, en Rev. International and Comparative Law Querterly vol 50, 2001 p. 577)

> *ou por quem fez o seguro, e que teniam podido influir sobre a existência ou condiçôes do contrato tornam o seguro nulo. Se da parte de quem fez as declaraçôes tiver havido má fé o segurador terá direito au prémio."*([354])

445.-El Código Civil Brasileño decía en los artículos 1443 y 1444:

> *O segurado e o segurador sâo obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fe veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstancias e declaraçoes a ele concernientes.*
>
> *Se o segurado nâo fizer declaraçoes verdadeiras e completas, omitindo circunstancias que posma influir na aceitaçao da proposta ou na taxa do prémio, perderá o direito ao valor do seguro, e pagará o prêmio vencido.*

446.-Por su parte el nuevo código que comenzará a regir a partir del año 2003 establece en los artículos 765 y 766

> *O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade,*

[354]El cual resulta uno de los cuerpos normativos vigente que regula al contrato de seguro desde más antigua data (28 de Junio de 1888), debiendo destacar también que no obstante la reconocida influencia de la legislación francesa e inglesa como antecedentes de nuestro código de comercio, no puede dejar de destacarse en esta nota que resultó también de cierta importancia la que ejerció la legislación y doctrina portuguesa en los codificadores mercantiles nacionales (sobre todo en materia de seguros), quienes si bien no lo han declarado expresamente al igual que Velez Sarsfield hiciera respecto del Esbo o de Freitas, no cabe ninguna duda de ello a bien que nos remontemos a los antecedentes doctrinarios que fueran expuestos por **Pedro de Santar m** en el siglo XVI en su libro *"O tratado de seguros"*, como así lo reconocen diversos autores (Amzalak, O seguros segundo Pedro de Santarem jurisconsulto portuges do século XVI, Lisboa 1917, **Air Narciso,** The portuguese contribution in the field of insurance, en Versicherumgs Wissenschafliches, Archiv, 1957). Por su parte Carlos Juan Zavala Rodriguez en su Código de Comercio y leyes complementarias, ob. cit. p.349 entiende que el código español de 1829 reglamentó los seguros de conducciones terrestres y ése fue el ejemplo que siguieron Acevedo y Vélez Sarsfield, mas cuando nos remitirnos a la tarea de quien elaboró fundamental tal obra codificadora verificamos en la historia de Sainz de Andino (**Fernando Toscano de Puelles,** Sainz de Andino, El Hacedor de Leyes, Ed. Diputación Provincial de Cádiz, San Fernando, 1987 y **Rubio Jes s**, Sainz de Andino y La Codificación Mercantil, Ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid 1950) una mutua influencia de las costumbre, legislaciones y doctrina de las potencias mercantiles marítimas de aquella época y en especial entre Portugal y España, aún cuando Sainz de Andino realizara más frecuentes viajes a Paris y Londres que a Lisboa.

> *tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.*
>
> *Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido*
>
> *Parágrafo único. Se a inexatidão ou omissão nas declarações não resultar de má-fé do segurado, o segurador terá direito a resolver o contrato, ou acobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio.*

447.-Por su parte el artículo 4 de la normativa de seguros de Confederación Helvética establece:

> *Il proponente deve dichiarare per iscritto all'assicuratore, sulla scorta di un questionario o in risposta ad altre domande scritte, tutti i fatti rilevanti per l'apprezzamento del rischio, in quanto e come gli sono o gli devono essere noti alla conclusione del contratto.Sono rilevanti i fatti che possono influire sulla determinazione dell'assicuratore a conchiudere il contratto od a conchiuderlo alle condizioni convenute. Si presumono rilevanti i fatti in merito ai quali l'assicuratore abbia formulato per iscritto delle questioni precise, non equivoche.*

448.-El artículo 251 del Código de Comercio Holandés dice:

> *Renders void the insurance, all wrong or untruthful representation or any concealment of circunstances know to the insured, however much in good faith on his part, which are of such a natura that had the insurer (a prudent insurer, JHW) know the true state of affairs, the contrat would not have been concluded on the same conditions or at all.*

449.-En el informe elevado la Asociación Holandesa de Derecho de Seguros([355]), sus autores dejan establecido el concepto de carga del asegurado y el necesario uso del cuestionario para preguntar, como así también la presunción en contra del redactor del formulario.

450.-En el informe elevado por la Asociación Dinamarquesa([356]) se hace mención a la Sección 4-10 de la Insurance Contract Act en la cual se establece que el: " *policyholder is only obliged to answer the questions in the proposal form*" y que solo excepcionalmente en el caso que no se complete el cuestionario el proponente tiene una carga de declarar el riesgo y que en la Sección 7 se prevee que en esos raros casos el asegurador se libera si hubo negligencia del proponente.

451.-En lo que respecta al informe Griego([357]) se indica la existencia de una regulación similar a la ley Argentina, en virtud a la cual la falta de declaración exacta del estado del riesgo libera al asegurador de su obligación de pagar el siniestro, pudiendo el asegurador reajustar el contrato.

452.-En el informe Polaco ([358]) no se hace indicación especial alguna sobre *non-disclosure*, no obstante señalar que la legislación de seguros en la *Rzeczpospolita Polska RP* en la república Polaca se encuentra en un proceso de cambios revolucionarios transformando toda el área pública en privada y ajustándose a las directivas de la comunidad europea.

453.-Por su parte la presentación australiana ([359]) destaca que la parte IV de la *Insurance Contract Act* 1984 (Cth) incluye bajo el título *Disclosures and Misrepresentations,* muchos cambios sobre el sistema del *common law* sobre la carga de declaración del riesgo ajustando la carga a la conducta esperada en las mismas circunstancias por parte de una persona razonable, describiendo luego un importante número de casos de los que conforme es de

---

[355] **Brevet Karel W y Wansink John,** International Encyclopaedia of Laws Volumen 3 Insurance Law, The Netherlands National Monograph, The Hague, London 1996, p. 78
[356] **Lyngso, Preben** International Encyclopaedia of Laws Volumen 2 Insurance Law, The Netherlands National Monograph, The Hague, London 1996, p. 53
[357] **Rokas Ionnis**, International Encyclopaedia of Laws Volumen 2 Insurance Law, The Netherlands National Monograph, The Hague, London 1996, p 61
[358] **Brodecki Zdzislaw, y Janusz Witold,** International Encyclopaedia of Laws Volumen 2 Insurance Law, The Poland National Monograph, Deventer Boston 1994, p. 54
[359] **Tarr, Anthony** International Encyclopaedia of Laws Volumen 1 Insurance Law, The Australian National Monograph, Deventer Boston 1992 p. 133

estilo en el sistema anglosajón se infieren los principios generales.

También resulta destacable mencionar el Código de Seguros de California Estados Unidos de Norteamérica, el cual establece en su artículo 332:

> *" Each party to a contract or insurance shall comunicate to the other, in good faith, all facts within his knowledge wich are or which he believes to be material to the contract and as to wich be makes no warranty, and which the other has not the means of ascertaining".*

454.-Complementando esta obligación con otras disposiciones([360]) que concluyen en la terminante previsión del artículo 338:

> *"An intentional and fraudulent omission, on the part of one insured, to communicate information of matters proving or tending to prove the falsity of a warranty, entitles the insurer to rescind"*

Antecedentes normativos

455.-El Código de Comercio Español del 30 de Mayo de 1829([361]) regulaba en el artículo 887:

> *" Siempre que por conocimiento de las cosas aseguradas se hallare que el asegurado cometió falsedad á sabiendas en cualquiera de las cláusulas de la póliza, se tendrá por nulo el seguro,*

[360] El artículo 333 establece *Neither party to a contract of insurence is bound to comunicate information of the matters following, except in answer to the inquiries of the other: 1) Those which the other knows, 2) Those which, in the exercise of ordinary care, the other ought to know, and of which the party has no reason to suppose him ignorant. 3) Those of which the other waives communication, 4) Those which prove or tend to prove the existence of a risk excluded by a warranty, and which are not otherwise material. 5) Those which relate to a risk excepted from insurance, and which are not otherwise material* agregando los artículos 334 y 335: *Materiality is to be determined not by the event, but solely be the probable and reasonable influence of the facts upon the party to whom the communication is due, in forming his estimate of the disadvantages of the propose contract, or in making his inquiries , Each party to a contract of insurance is bound to know a) all the general causes which are opne to his inquiry equally eith that of th other, and which may affect either the political or material perils contemplated, b) all the general usages of trade.*

[361] Código de Comercio Decretado Sancionado y Promulgado en 30 de Mayo de 1829, Edición Oficial, Imprenta Real

> *observándose en cuento á la inexactitud de la evaluación de las mercaderías lo prescrito en el artículo 856"* ([362]).

456.-El proyecto de código de comercio para España elaborado por Sainz de Andino y por la comisión de 1828 establecía en el artículo 539 (disposición que no fuera definitivamente incorporada al sancionarse el código)([363]):

> *"Cualquier falsedad en la declaración del asegurado o la diferencia entre la póliza y el conocimiento que pueda influir en mudar el carácter o la opinión del riesgo, anula el contrato, aun cuando estas causas no influyan en el daño o pérdida de la cosa asegurada."*

457.-El Código de Comercio argentino establecía en el artículo 498([364]):

---

[362] Por su parte el Código Civil Español formado con arreglo al artículo 1 del real decreto de 11 de Setiembre de 1846 por la comisión creada el 19 de agosto de 1843, y los trabajos de Ruiz de la Vega, Seijas Lozano, Vila, Garcia Gallardo, Ortiz de Zúñiga, Alvare y Vizmanos y con los comentarios de Florencio Garcia Goyena, no obstante decir que *"nuestro Código de comercio trata de estos en la sección 5, del título 3 y en los títulos 4 y 5 de libro 3, pero como hoy día los seguros se han generalizado, y se conocen mucho mas que los marítimos, convenía fijas sus principios mas importantes*" establece en cuatro artículos (1696 a 1699) una definición del contrato, el establecimiento de los seguros mutuos, la carga de denunciar el siniestro dentro de los tres días de ocurrido y por último la nulidad del contrato por conocimiento del asegurado de haber ocurrido el daño o el asegurador de haberse preservado, pero no regula absolutamente nada sobre las declaraciones que debe efectuar el proponente contractual.

[363] **Rubio, Jes s**, Sainz de Andino, ob. cit. p.307

[364] Resulta interesante buscar los orígenes y antecedentes de esta disposición (ver **Zavala Rodríguez, Carlos Juan** ob. Cit, t. I p. 3, **Iturraspe Juan Bernardo**, El Papel de los Peritos en la apreciación de la reticencia de la agravación de los riesgos y del reajuste del seguro de vida , Rev. E.D. T. 48, p.717; Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de Contratación de la M.N.Y M. L. Villa de Bilbao, aprobadas y confirmandas por D. Felipe V y D. Fernando VII, Ed Garnier Hnos, Paris 1859, id Ed. Librería de Rosa, Paris, 1857). Aún cuando Acevedo y Velez Sarsfield en su proyecto de Código de Comercio, no siguieron el método de colocar notas y antecedentes de los artículos y que el último utilizase al elaborar el Código Civil, no cabe duda que el antecedente utilizado ha sido el Código Portugués de 1833. Por lo tanto no resulta acertada la afirmación de muchos autores que exponen un supuesto luengo abolengo del régimen de la reticencia tal como quedase incorporado en el Código de Comercio. En nuestro país la legislación que se utilizaba al tiempo de sancionarse este orgánico cuerpo legal en las Ordenanzas de Bilbao de 1757, tomadas de las ordenanzas de Luis XIV, puesta en vigencia en estos ares en 1794 al erigirse el Consulado. Dichas disposiciones no contenían ninguna mención al régimen de la reticencia, mas producto de esta y otras insuficiencias de sus normativas, se fue imponiendo la necesidad de utilizar otras disposiciones más modernas y así Mendoza y San Juan (en 1845 y 1862 respectivamente) comenzaron a utilizar el Código Español de 1829, el Fernandino. Pero nada hacía presumir que se pudiera utilizar un antecedente tan extraño y ajeno a los antecedentes y costumbres hispanos y que a la sazón, en su país de origen fuera modificado en 1888.

> *"Toda declaración falsa o toda reticencia de circunstancias conocidas del asegurado, aun hecha de buena fe, que a juicio de peritos hubiese impedido el contrato o modificado sus condiciones si el asegurador hubiese sido cerciorado del verdadero estado de la cosa, hace nulo el seguro".*

458.-El anteproyecto Halperin proponía en el artículo 5([365])

> *"Toda declaración falsa o toda reticencia de circunstancias conocidas por el asegurador o que debía conocer, hecha con dolo o culpa grave, que a juicio de peritos hubiese impedido el contrato o modificado sus condiciones si el asegurador hubiese sido cerciorado del verdadero estado del riesgo, hace nulo el contrato..."*

459.-En tanto el artículo 5 de la ley 17418 dispone:

> *" Toda declaración falsa o toda reticencia de circunstancias conocidas por el asegurado, aun hechas de buena fe, que juicio de peritos hubiese impedido el contrato o modificado sus condiciones, si el asegurador hubiese sido cerciorado del verdadero estado de riesgo, hace nulo el contrato. El Asegurador debe impugnar el contrato dentro de los tres meses de haber conocido la reticencia o falsedad".*

460.-El Proyecto de Reforma de la Ley de Seguros del Poder Ejecutivo Nacional propone establecer:

> *"Toda declaración falsa o toda reticencia de circunstancias conocidas por el asegurado, o el tomador, aun hechas de buena fe, que a juicio de peritos hubiese impedido el contrato o modificado sus condiciones si el asegurador hubiese sido cerciorado del verdadero estado del riesgo, hace nulo el contrato"*

461.-El Proyecto de Reforma de la Ley de Seguros del Diputado Nacional Baglini, por su parte formula en sus artículos 15 y 16:

---

[365] **Soto H ctor Miguel** notas al Régimen Jurídico de la Actividad Aseguradora, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 420

" Toda declaración falsa o toda reticencia de circunstancias conocidas o que debían ser conocidas por el asegurado, que hubiese impedido el contrato o modificado sus condiciones si el asegurador hubiese sido informado del verdadero estado del riesgo, hace anulable el contrato si media dolo o culpa grade del asegurado, aún cuando las circunstancias omitidas o falseadas no hayan influido en la producción del siniestro."

" La anulación del contrato podrá ser deducida como pretensión, excepción o reconvención, dentro del plazo de prescripción correspondiente a las acciones que nacen del contrato de seguro."

462.-Y el proyecto de armonización del contrato de seguros para ibero Latinoamérica, elaborado por Morandi plantea en sus artículos 11 y 12:

" Las declaraciones inexactas y la reticencia de circunstancias conocidas por el asegurado, que a juicio de peritos hubiera impedido o modificado sus condiciones, si el asegurador hubiese sido cerciorado del verdadero estado del riesgo, al tiempo de la celebración del contrato, son causa de nulidad de éste, aún cuando aquél hubiese obrado de buena fe.

El asegurador pierde el derecho de impugnar el contrato, si no la hace por vía de acción dentro de los tres meses de conocida la inexactitud o la reticencia, o si tuvo o debía tener conocimiento del verdadero estado del riesgo al momento de su conclusión, o si después de conocer la circunstancia omitida o inexactamente declarada, ejecutó sus obligaciones o dio por cumplido el deber de información precontractual del asegurado al celebrar el contrato"

463.-Por su parte las diversas regulaciones del contrato de seguro que muestra el derecho comparado vienen evolucionando hacia los sistemas de cuestionarios cerrados, intentando superar el confuso sistema de la comunicación espontánea de conocimiento.

464.-Algunos sistemas decimonónicos aún mantienen la regulación del contrato de seguro tal cual fuera establecidos en sus códigos de comercio o civil ([366]), otros sistemas han complementado esas normas mediante la aplicación de las disposiciones sobre defensa del consumidor al tomador de seguros ([367]), algunos han dictado leyes especiales para el contrato de seguro ([368]) entre los que hay que distinguir aquellos que fueran elaborados hace medio siglo ([369])y otros que van incorporando estas normas al discutido proceso de unificación legislativa ([370]).

465.-En el desarrollo de cada uno de los diversos aspectos del instituto de la reticencia iremos acotando las diversas disposiciones de estos distintos regímenes.

Naturaleza Jurídica

A)Vicio de la voluntad (error o ignorancia o dolo)

466.-Para algunos([371]) el régimen de la reticencia no es más que un desarrollo particular y específico para el contrato de seguro, de los vicios que afectan la voluntad en la celebración de los contratos([372]).

467.-En tanto que en igual sentido, otros se inclinan por considerar que la Ley de Seguros estableció todo un régimen propio y especial, exclusivamente para regular dos vicios que pudieran afectar únicamente la voluntad del asegurador y referido

[366] Código de Comercio Portugués, Código Civil Brasileño, Código Italiano
[367] Es el actual sistema Brasileño
[368] Actual sistema argentino, chileno, peruano, español, belga, alemán, en algunos estados de EEUU, el sistema australiano, lituano, Ruso
[369] Como es el caso argentino que se basó en el anteproyecto Halperin, elaborado por el Maestro en la década de 1950
[370] Como viene ocurriendo en los países de la comunidad europea
[371] **Steinfeld, Eduardo R.** Aspectos del Nuevo régimen legal del contrato de seguros, Rev. La Ley, T. 134 Secc. Doctrina, p. 1130, **Stiglitz, Rub n S.,** ob. cit. en su t. I, p. 481 dice: A lo largo del examen del tema habremos de referirnos a la reticencia y a la falsa declaración que, como institutos que vician la voluntad del asegurador, puede llegar a alcanzar los mismos efectos . y en su t. I, p.489 dice El contenido de la carga informativa consiste en que el asegurado declare con veracidad y reafirma por consiguiente , la infracción a dicha carga consiste en que dicha declaración sea falsa o reticente..
[372] La reticencia es el vicio de la voluntad del asegurado en la celebración del contrato, que lo hace anulable, excepto cuando versa sobre el valor del interés asegurable (CNCom, Sala B, julio 12-963 E.D. 7-804)

solamente a las cualidades (el estado) de uno de los elementos específicos del contrato de seguro (el riesgo)([373]).

468.-Según tales propuestas interpretativas, en aquellos casos en que se produjera una declaración reticente o inexacta del estado del riesgo, aún hecha de buena fe, estaríamos ante un error o ignorancia del asegurador (conf. artículos 926 y 927 del Código Civil o régimen especial de la ley de seguros), el cual habría aceptado la propuesta y concluido el contrato sin el completo y necesario conocimiento del verdadero estado del riesgo([374]).

469.-En tanto que si la declaración remisa o falsa se hubiera debido a una actividad intencional del asegurable procurando la celebración del contrato, nos encontraríamos ante un simple caso de dolo (conf. artículos 931 del Código Civil o régimen específico de la ley de seguros).

470.-Esta teoría nos impone averiguar:

---

[373] **Barbato Nicol s H.** En Halperin Isaac, Barbato Nicolás Seguros Exposición Crítica de las leyes 17418,20091 y 22400, Ed. Depalma, Buenos Aires 2001. Barbato al actualizar la obra del Maestro, respetando la exposición del autor deja expuestas algunas contradicciones, pues en la p. 304 se indica que "el fundamento de este régimen especial se halla en el del deber de informar.." de manera que por un lado acepta una carga de informar y por la otra el supuesto establecimiento de un régimen especial de los vicios de la voluntad. Pero lo que resulta de la exclusiva autoría de Barbato (ya expuesta en la Rev. Derecho y Empresa Seguros, En Homenaje a Juan C.F. Morandi, " La declaración veraz del estado del riesgo carga precontractual o requisito del consentimiento? Ed. Universidad Austral, año 1997, nro. 7 y 8 p. 13) en el punto 17 bis (a) es la ingeniosa alquimia a la que con su fino elogiable y profundo análisis jurídico siempre nos sorprendiera. Ciertamente luego de adherir a la tesis de Halperin respecto a la naturaleza del instituto como vicio de la voluntad con presupuestos específicos y particulares, advierte la inconsistencia de esta tesis ante el caso en que el supuesto vicio de falsedad o reticencia es descubierto por el asegurador con motivo de la ocurrencia de un siniestro. En este caso acepta que "aquí si, estamos ante la existencia de una carga legal, generalmente calificada como precontractual, por nuestra parte preferimos mencionarla como carga de celebración...", para luego descubrir la aparición de una suspensión de cobertura, la cual nosotros preferimos entender que debió llamarse "condicionalidad contractual". De tal manera que si mediara reticencia la cobertura quedaría suspendida y de ocurrir el siniestro el asegurador no está obligado a responder por tal suspensión y no por los efectos naturales de la nulidad contractual. Concluyendo que con esta carga de celebración se produce una duplicidad de situaciones, la una al mediar por parte del asegurador una impugnación contractual invocando el supuesto vicio de la voluntad en virtud a la falsa declaración o reticencia(pero sin que hubiera ocurrido el siniestro) y la otra cuando el asegurador invoca la defensa de suspensión de cobertura por violación de la carga de contratación para liberarse del pago de un siniestro. Con lo cual hasta la ocurrencia del siniestro Barbato hace coexistir las dos naturalezas (vicio y carga) y según se impugne ante o después de la ocurrencia del siniestro funcionará la una o la otra..

[374] **Vivante Cesar,** Traité Théorique et pratique des Assucences Martimes, Ed. A. Pedone, Paris, 1898, p. 132 quien dice: *..Les principes que nous venons d énoncer ne présentent aucum caract re exceptionnel et coincident exactement avec la théorie consacrée par le Code civil pour l erreur substantielle*

a) *En los casos supuestamente regulados en forma especial por la ley de seguros, queda excluida toda posibilidad de aplicar las normativas del Código Civil*([375]).

471.-En la inteligencia que la naturaleza jurídica del instituto de la reticencia es aquella desarrollada *infra* en el siguiente punto B), no resulta entonces arbitrario que sea esta la primera cuestión que propongamos en un análisis crítico de quienes sostienen una diversa posición.

472.-Las teorías que vinculan el régimen de la reticencia del contrato de seguro con los vicios de la voluntad intentan ser congruentes y frente a la cuestión planteada en el título, deben responder negando la existencia de alternativa, no se debería permitir optar, o recurrir supletoriamente en defecto de la normativa especial, al régimen general.

473.-Según estas posiciones, aquellos casos en los que se impugne el contrato de seguro invocándose las causales previstas en la normativa específica (sin que por supuesto quepa la posibilidad de invocar otras causales fuera de las exclusivamente previstas en el supuesto régimen de los vicios de la voluntad propios de la Ley de Seguros), se deberán juzgar exclusivamente por la misma.

474.-Estas teorías no aceptan que hubiera posibilidad de recurrir a las disposiciones generales del Código Civil, en defecto de la normativa especifica, frente alguna laguna que se evidenciara en un caso concreto, o simplemente porque el régimen especial no regula los vicios de la voluntad.

475.-Expresan que si la Ley de Seguros ha regulado un régimen especial de los vicios de la voluntad de una de las partes (y respecto exclusivamente a una cualidad de uno sólo de los

[375] Cabe dejar inicialmente aclarado que la Sección II del Capítulo I del Título I de la ley 17418, no hace referencia, ni regula, ni ordena normativamente los posibles vicios que pudieran afectar la voluntad contractual del asegurable. Además debe agregarse que la ley 24.240 de defensa del consumidor, a diferencia de la mayoría de la legislación comparada en la materia, ha excluido al contrato de seguro de sus previsiones (aún cuando una mayoritaria corriente doctrinaria entiende que sus principios son aplicables supletoriamente ver **Stiglitz Rub n S.** Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro, Ed. Abeledo Perrot Buenos Aires, 1994). Si conforme conteste opinión especializada la ley 17418 estableció un régimen tuitivo del asegurado, resulta entonces muy extraño que exista quienes prediquen que este protector régimen sólo habría regulado en forma especial los vicios de la voluntad del asegurador nulificantes del contrato, en contra del asegurable, aún cuando el mismo actuase sin culpa y con el máximo de su **buena fe** y hubiese dejado sin regular las muy variadas y constantes conductas de los aseguradores, desviadas y contrarias a la expectativa y confianza negocial, sobre todo en los casos de seguros de pequeños riesgos.

elementos contractuales), no se debe entonces recurrir al régimen general. No sería posible que existiera un caso en el cual se pudieran invocar las normas del Código Civil, frente a un vicio de la voluntad del asegurador, en el cual no hubiera sido posible aplicar el régimen de la reticencia.

476.-Así por ejemplo, si el asegurable no hubiera incurrido en reticente o inexacta declaración del estado del riesgo en los términos de la normativa especial, pero empleó cualquier astucia o maquinación para conseguir la aceptación de la propuesta, el Juez debería observar pasivamente, cuando no consagrar tal circunstancia([376]).

b) Existe el error "objetivo", como vicio de la voluntad, nulificante de un contrato.

477.-Si descontamos que el asegurable no ha actuado voluntariamente disimulando el verdadero estado del riesgo, o declarándolo inexactamente (pues en tal caso estaríamos en principio ante una acción dolosa que descartaría el vicio de error([377])), sólo es posible que el error del asegurador provenga de su propia y exclusiva actividad en procura del conocimiento.

478.-Una prudente isonomia impone concluir que tal actividad precontractual ha de ser diligentemente exigida y realizada, en igual medida por el asegurador como el asegurable.

479-Por lo tanto, si se libera de ello al asegurador([378]) y se impone al asegurable ser el único que procure que aquel tenga el conocimiento y la certeza del estado del riesgo, se pone a "cargo" del asegurable el "deber" de evitar que el asegurador ([379]) incurra

---

[376] Ver **Schiavo Carlos Alberto** comentario de este autor al fallo Cinalli Lia Raquel c/ Asorte S.A. y otro en Revista Jurídica Argentina del Seguro, la Empresa y la Responsabilidad N 23 *"El Dolo como vicio de la voluntad del asegurador",* p. 143

[377] Ya que ciertamente en caso de dolo de una parte, consecuentemente la otra incurre en error. Pero en este caso el error ha sido inducido , provocado por quien efectuó una aserción de lo que es falso o disimuló lo verdadero, quien utilizó artificios, astucias o maquinaciones con tal fin. En cambio en el vicio de error o ignorancia la actividad de la otra parte necesariamente ha de ser pasiva o diligentemente neutra respecto del conocimiento que se forma quien actúa y manifiesta su voluntad mediando un error o ignorancia de su parte.

[378] Esta liberación ni siquiera estima la posible existencia de un error común (ver **Ripert Georges y Boulanger Jean,** Tratado de Derecho Civil, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1988 t. IV, p.122

[379] Por cuanto debemos insistir y así lo haremos reiteradamente, en que el asegurador es una empresa profesionalmente organizada para la realización de una único y exclusivo objeto: la actividad aseguradora. De tal manera que no desea incurrir en error, sino que no puede , ni debe incurrir en error o ignorancia. Pues lo contrario sería aceptar una incapacidad estructural propia de estas

en una manifestación de voluntad viciada por error o ignorancia "objetivo" del estado del riesgo ([380]). De tal manera, el conocimiento del asegurador ya no ha de provenir de su propia diligencia, de sus indagaciones([381]) y profesional experiencia, sino de la conducta y actividad que se impone ejecute de buena fe el asegurable([382]).

480.-Pero además de imponerle al asegurable la carga de "evitar" el error o ignorancia del asegurador en su conocimiento del estado del riesgo, se pondría también en cabeza de aquél, indagar cuales son las circunstancias que el asegurador entiende esenciales para su conocimiento validante de la aceptación de la oferta y además deberá investigar e informarse en "abstracto" cuales son aquellas circunstancia que necesita el asegurador le sean declaradas para entonces decir exactamente todo cuanto se refiera al verdadero estado del riesgo.

481.-Toda esta actividad se debería juzgar con prescindencia de la existencia o no de una conducta diligente coadyuvante del

---

empresas ver **Savigny M.F.C**, Sistema del Derecho ...ob.cit., t. II, p. 213**.** *...Si en otro caso, el error es su causa determinante no siendo el pensamiento del agente conforme a la realidad de las cosas, su manifestación no es más eficaz que la de un impúber o un enajenado...*

[380] Tampoco en esta liberación del asegurador y transferencia del deber de evitar el error, se podría argumentar que estamos ante un caso en que se insertó una cláusula por la cual el asegurable tomo a su cargo los riesgos del error. (ver **Ripert Georges y Boulanger Jean,** Tratado de Derecho Civil, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1988 t. IV, p.124), Por cuanto en este último caso el deber de informarse de **buena fe** seguiría en cabeza del asegurador y el asegurable asumiría sólo los efectos de ese error, liberando entonces al asegurador de su obligación de responder por los daños que produjo el error en que incurrió, ya que ..si lánnulation dún contrat, provoquée pour cause dérreur par l´une des parties, occasionne l´autre une perte, celle-ci a droit des dommages-intér ts,pourvu qu´elle ait ét de bonne foi.. **Aubry C. y Rau C** Cours de Droit Civil Francais, Ed. Cosse Marchal, Paris, 1871, 4ta ed., t. 4, p. 298

[381] Cualquiera fueran las razones por las cuales difiere en su cocelebrante contractual una actividad que le es propia. Muchas veces se ha alegado una cuestión de costos del seguro. Pues se alega que si en todos los casos el asegurador debiera contratar los servicios de un inspector técnico de riegos, habría de encarecer en gran medida el precio. Otros hacen mención al mejor y más próximo conocimiento que tiene el asegurable del riesgo y sus características, por lo que entonces, nadie mejor dotado de información que él para entonces suministrarla diligentemente al asegurador. Y otros alegan que aún con la mayor diligencia y previa inspección del riesgo, será imposible para el asegurador tomar exacto y pleno conocimiento del estado del riesgo Pero en todos los casos se parte, más que de una ficción, de un grave desconocimiento de la realidad. Ciertamente en los seguros de grandes riesgos no hay incidencia de los costos de investigación en el precio, y no obstante el gran conocimiento técnico del asegurable, se realizan igualmente inspecciones del estado del riesgo. En tanto que en los seguros masivos de muy bajo costo, pocas veces el asegurable tiene un conocimiento certero, amplio y menos técnico, del estado del riesgo.

[382] *Una de las derivaciones del principio de* ***buena fe*** *es la que puede formularse como el derecho de todo ciudadano a la veracidad ajena y el comportamiento leal y coherente de los otros, sean éstos particulares o el mismo Estado* (voto de los Dres. E.S. Petracchi y E.Moliné 0´Conner in re Martinelli Oscar Héctor Cirilo y otros c/Coplinco Cia Platense de la Indust. Y Cor. S.A. ED t.159 p. 752

asegurador, facilitando un interrogatorio, o ilustrando sobre aquello que necesita conocer para aceptar validamente la oferta([383]).

482.-Por otra parte si el supuesto vicio de la voluntad surgiera de la comparación "objetiva" entre estado del riesgo real y estado del riesgo declarado, no se encuentra cual habría de ser el sustento de estas tesis ya que en la regulación del vicio de error que efectúa el Código Civil, a diferencia de otras legislaciones, se sigue la tesis subjetivista ([384]).

483.-Resulta entonces inadmisible se pueda predicar (sin respaldo jurídico y normativo suficiente), que la reticencia no dolosa es "objetivamente"([385]) un vicio de error invalidante de la voluntad

---

[383] Ver la crítica de **Borda** Guillermo A. Tratado de Derecho Civil, Parte General, Duodécima edición actualizada, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 281 quien sostiene que el error en la consideración de un negocio cualquiera, no sólo es frecuente, sino casi inevitable, con lo cual si éste fuera una causal de nulidad, prácticamente todas las transacciones humanas estarían sujetas a tal sanción. Comienza el autor glosado, señalando que Teóricamente la anulación de un acto jurídico por error de los contratantes no tiene justificación. En igual sentido **Laurent F.** Principes de Droit Civil Francais, Ed. BC Cie, Paris 1887, t. 15, p. 561 dice:*" Toute erreur ne vicie pas le consentement. La faiblesse humanine est telle, que les hommes versent continuellement dans l'une out l'autre erreur; la vérité absolue n'existe que'en Dieu. Le législateur a donc du déterminer quelles sont les erreurs qui ont assez de gravité pour qu'elles vicient le consentemente des parties contractantes."*,exposición que aclara mucho más la cuestión, pues si el hombre es falible y erra continuamente, sólo el legislador "expresamente" señalará cuales errores serán aceptados jurídicamente y tendrá relevancia para anular un acto. Por su parte **Savigny, M.F.C. de,** en Sistema ob. cit., t. II, Apéndice VIII del Error y de la Ignorancia, p. 388 y ss quien luego de señalar los textos que parecen asentar como principio absoluto que la voluntad determinada por el error no es voluntad concluye que esta proposición, si fuera verdadera, tendría la más alta importancia, dándonos a conocer un principio positivo y pretentorio, sobre la eficacia del error, pero por desgracia, todo concurre a presentárnosla como falsa., pues el verdadero significado es que tan solo en ciertos casos dados y bajo determinadas condiciones, el acto influido por el error no produjo efecto.

[384] **De Gasperi, Luis**, Tratado de Derecho Civil, Ed. TEA, Buenos Aires, 1964, t.I, p. 386 a 389: ..*El error de hecho supone, pues, un problema concreto en el que hay que considerar no solamente un acto particular, sino también la persona que lo invoca, o sea el agente y la diligencia que ha puesto para llegar a un conocimiento exacto del verdadero estado de las cosas, que es la causa principal de la determinación de la voluntad....*

[385]*Así, el art. 5 de la ley citada, mantuvo el principio de la* <u>*correspondencia objetiva*</u> *entre el riesgo representado por el asegurado al asegurador y el riesgo real, como presupuesto de plena validez y eficacia del contrato , en función de una mayor tutela de la mutualidad asegurada (lato sensu), atento que en caso de que el principio de equivalencia entre riesgo y prima no fuese respetado, se produce una grave alteración entre los citados extremos de la ecuación técnica aseguradora, que se base fundamentalmente en que el comportamiento efectivo de los riesgos asumidos por el asegurador, se ajuste a la hipótesis estadística tomada como base del cálculo de probabilidad siniestral, de manera tal, que entre previsión y realidad , no existan diferencias y, desde un punto de vista teórico, el monto de las primas debería ser exactamente proporcional a las necesidades de capital para afrontar los siniestros (ver Hermannsdorfer, Seguros Privados , Madrid, 1933, p.200),* del voto de Morandi en el fallo transcripto en la addenda

contractual del asegurador en los términos de la normativa general([386]).

484.-Ahora bien, si el régimen general del Código Civil establece claramente que el error nulificante es aquel que versa sobre la cualidad de la cosa "que se ha tenido en mira", adscribiéndose a la tesis subjetiva, no podría aceptarse que el régimen especial haya establecido "implícitamente" una posición objetiva.

485.-Destacamos que solamente si se acepta un diferimiento al desarrollo doctrinal, podríase aceptar que una normativa especial estableciera, sin regularlo explícitamente, un régimen diferente y contrario a las disposiciones expresas de la normativa general ([387]).

486.-Mas nunca una tesis doctrinal podría hacerle decir al orden normativo aquello que el mismo no establece, en principio no debería admitirse la posible existencia de imperativos "implícitos" especiales([388]) objetivos frente a sistemas generales que regulan expresamente determinada materia, tales como en nuestro caso es el régimen de los vicios de la voluntad estructurado desde un principio subjetivista. Si realmente

[386] Debemos aclarar que estas teorías que ven en el régimen de la reticencia una aplicación especial de las normativas de los vicios de la voluntad, en el caso de la reticente o falsa declaración hecha de **buena fe**, se ven forzados a decir que se le aplica la regulación del vicio de error, pero no hacen distinción alguna entre el llamado error impediente, impropio o obstáculo (ver **Giorgi Jorge,** Teoría de las Obligaciones Ed. Reus, Madrid 1977) error consentimiento. No obstante siguiendo al autor glosado, debemos entender por error obstativo a aquel que recae sobre el objeto del contrato. En el error impropio existe una discrepancia entre la declaración y la voluntad, en cambio en el error vicio ambas coinciden, pero la voluntad se forma inidónea, anormalmente, sobre la base de una creencia inexacta, o lo que es igual que nos habría formado de haberse conocido la verdad. De tal manera que damos por sentado que aquellos autores se refieren al error vicio del consentimiento.

[387] Tal como lo hemos señalado anteriormente el artículo 6 de la ley belga de 1992 señala en la especie:" lorsque l'omission ou l'inexactitude intenrionnelles dans la déclaration **induisent l'assureur en erreur** sur les éléments d'apreéciation du risque, le contrat d'assurance est nul", denotando claramente que una elemental lógica legislativa impone interpretar que cuando el legislador ha pretendido establecer una regulación especial del error como vicio de la voluntad se ha visto obligado a indicarlo expresamente sin embagues o diferimientos a cuanto pudiera interpretar la doctrina.

[388] El tema de los imperativos implícitos debe ser analizado a la luz del principio de reserva establecido en el artículo 19 de la Constitución Nacional, y sobre la base de principio lógicos analíticos esenciales. Ciertamente el artículo 79 del Código Penal Argentino no prohíbe matar a otro, pero implícitamente así lo hace al establecer una pena para el caso en que el presupuesto normativo fuera realizado, pero cuando se pretende aplicar el infundado argumento del contrario sensu u otros de similar factura sofística, se incurre en una imposición obligacional dictatorialmente incausada y por ello contraria a Derecho. Si el legislador no ha regulado especial y específicamente los vicios de la voluntad en la celebración del contrato de seguro, no puede entonces inventarse que implícitamente estableció el mismo por una particular lectura que se realice de aquello que efectiva y concretamente dijo y estableció.

hubiera existido en la voluntad del hacedor de la ley especial (como orden racional imperativo) el modificar aquel sistema general de los vicios de la voluntad mediante uno especial en la ley de seguros, no tenía otra alternativa que hacerlo y decirlo expresamente.

487.-La exposición de motivos que elevase en su informe la Comisión Asesora, Consultiva y Revisora de la Ley de Seguros dice claramente que se conserva en el artículo 5 la doctrina y solución del artículo 498 del Código de Comercio y por lo tanto esta normativa especial para el contrato de seguro no instaura (mucho menos sin expresarlo determinantemente, como así lo hace el Código Civil respecto de la tesis subjetivista), una causal de nulidad contractual "implícita", fundada en un vicio de error "objetivo" del asegurador.

488.-Esta conclusión resulta acorde la inteligencia de una ley especial que no hace mención alguna al concepto de vicio de la voluntad.

489.-Lo que efectiva y únicamente regula es la disconformidad objetiva entre aquello informado y declarado con el verdadero estado, pero de manera alguna se refiere a manifestaciones de voluntad o errores que la vicien.

490.-Cabe entonces concluir que no resultaría correcta esta tesis cuando califica a la reticencia no dolosa de "error o ignorancia de hecho" del asegurador como vicio de la voluntad. Realmente la ley impone al asegurable un "deber", una "carga" precontracutal.

491.-También hay quienes utilizando un último y extremo argumento en defensa de la "teoría de los vicios", manifiestan que el planteo de Morandi (al que adscribimos y respetuosamente nos permitimos defender) resulta en definitiva una simple cuestión terminológica, de palabras, o un sofisma ([389]), pues según afirman, resulta indiferente cual es la causa que da origen al vicio de la voluntad.

---

[389] *No existe entre los razonamientos esa diferencia que se quiere establecer entre los de palabra y los razonamientos de pensamiento. Es absurdo creer, que los razonamientos de palabra sean distintos de los razonamientos de pensamiento, y que unos y otros no sean los mismos.* **Aristóteles** Tratado de Lógica (El oganon), Refutaciones Sofistas, Ed. Porrúa, México 1993, Cap. 10, párrafo 1, p. 347

492.-Estos autores([390]) entienden que en el tema que desarrollamos la nulidad del contrato de seguro procede exclusivamente de los vicios de error o dolo que afectaron la voluntad del asegurador, cualquiera haya sido la causa que los originó.

493.-Colocan a la carga de declarar el verdadero estado del riesgo, ora en la función de ser una causa extranormativa (de igual manera que el artículo 1198 Código Civil se refiere a la buena fe, o la responsabilidad por culpa in contrahendo a la diligencia del buen hombre de negocios), ora como razón lógica y genético normativa, que justifica la discrecionalidad legislativa. Y concluyen diciendo que saber porque el legislador entendió conveniente proteger el más amplio conocimiento del asegurador, congruente con el real estado del riesgo, no modificaría la naturaleza jurídica de vicio de la voluntad nulificante de la aceptación de la oferta contractual y por ende del contrato, si de ello se infiere que puso a "cargo" del asegurable ese comportamiento declarativo amplio, exacto y veraz.

494.- Entendemos que no aciertan igualmente en esta definitiva argumentación, pues con igual sentido podría argüirse que la naturaleza jurídica del instituto de la reticencia es la de carga precontractual, y que el efecto extranormativo de su incumplimiento es el erróneo conocimiento del verdadero estado del riesgo por parte del asegurador (fuera este error inducido intencionalmente o no).

495.-Pero no es así, ya que el sentido de juicio "objetivo" y equivalencia entre precio y medida de la intensidad posible de la probabilidad en los contratos aleatorios, nos imponen prescindir completamente del concepto de manifestación de voluntad y circunscribirnos concretamente en el de correspondencia objetiva entre lo "real" y lo "conocido".

496.-El asegurable es el "medio" utilizado para lograr comunicar lo real al asegurador. Por tanto se impone al asegurable un "deber" una "carga" en la etapa de celebración del contrato y que se

[390] Estas manifestaciones fueron levantadas del intercambio de ideas que el autor tuviera con muchos renombrados juristas, en múltiples Congresos y Jornadas de Seguros en las que intervine y a quienes debo agradecer y reconocer la inapreciable ayuda que me han brindado al exponerme abiertamente sus pensamientos, al respecto (en especial a Eduardo Mangialardi Director del Instituto de Derecho de Seguros de Rosario, Orlando Moreno Director del Instituto de Seguros Córdoba, Héctor Soto del Instituto de Derecho de Seguros de San Isidro, Oscar Bencloiwcz del Instituto de Derecho de Seguros de Lomas de Zamora y Fernández Reuter del Instituto de Derecho de Seguros de Santiago del Estero)

suma a su manifestación personal de voluntad al realizar la oferta.

497.-Se pudo haber establecido que el asegurador debiera aprehender lo real directamente (por medio de sus médicos, sus ingenieros, técnicos inspectores, productores asesores y demás auxiliares) o bien poner a "cargo" del asegurable ser "los sentidos" del asegurador.

498.-Cualquiera fuera la razón para tal débito (buena fe diligencia, lealtad negocial, mejor y más amplio acceso a las circunstancias del riesgo cuyas posibles consecuencias dañosas sobre el interés del asegurable ése pretende transferir, u otras), lo cierto y definitivo es justamente que es una "carga".

c) Sobre que cuestiones debería recaer el supuesto error o ignorancia para ser esencial y anular el contrato.

499.-Descontando que nos estamos refiriendo al error esencial y no al radical o al accidental([391]) el error debería versar sobre la causa principal del acto, sobre la cualidad de la cosa que se ha tenido en mira o sobre el objeto que versase el negocio ([392]).

500.-Sin embargo, como la Ley de Seguros, no se refiere en el artículo 5, a la causa principal del acto(interés asegurable), ni al objeto sobre el que versase el negocio (riesgo asegurable), sino exclusivamente a una "cualidad" del riesgo, no se refiere entonces a la "cosa que se ha tenido en mira"

501.-El "estado del riesgo" es una cualidad del peligro (*latu sensu*) que puede afectar o dañar potencial, posible y probablemente el interés económico lícito de una persona, pero no es una "cosa".

502.-Por otra parte el Código Civil no ha realizado un uso lego o coloquial del vocablo "cosa" al regular el vicio de error (su uso ha sido eminentemente jurídico en los términos del artículo 2311).

---

[391] **Llambias, Jorge Joaquín**, Tratado de Derecho Civil Parte General,, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1964, t. II p.447

[392] Dejando sin considerar el error sobre la naturaleza del acto jurídico, ya que en el tema de la reticencia, ambos celebrantes del contrato saben estar refiriéndose a un contrato de seguros y por otro lado también el error relativo a la persona, no se da en los casos de reticencia que estamos tratando.

503.-Por lo tanto esta criticada tesis, tampoco encontraría fundamento jurídico en la normativa general del vicio de error o ignorancia.

d) Sería posible que una empresa profesionalmente organizada para una actividad única y exclusiva, pudiera invocar ignorancia o error en el conocimiento de hechos que la determinan a aceptar una oferta de contrato

504.-Sin ninguna duda se impone una respuesta adversa a tal posibilidad o facultad ([393])y así lo ha entendido reiteradamente la jurisprudencia([394]).

505.-Esto confirma que el asegurador debe actuar diligentemente, como cualquier celebrante contractual, en el conocimiento de todo cuanto es materia y objeto del contrato expresado en la oferta ([395]), con la colaboración importante y activa del asegurable a quien se le impone el deber como carga precontractual de tal conducta.

---

[393] *Generaliter novimus, turpes stipulationes nullius esee momenti* (Ulpiano comentarios a Sabino, Libro XLII, Digesto Lib. 45, titulo 1, Par. 26 El Digesto del Emperador Justiniano, Ed. Enrique Vicente, Madrid, 1878, t. III, p. 460

[394] *"Al ponerse el asegurado a disposición del médico designado por el asegurador, los errores o deficiencias corren por cuenta del último"* (Capel CC Rosario, Sala II Set. 1-969 LL Rep. XXX, p. 1717).*"Figurando en blanco el casillero destinado a declarar el uso del vehículo, en la correspondiente solicitud, ello demuestra que para la aseguradora no tenia trascendencia el destino del vehículo y que si emitió la póliza sin que se aclarase la circunstancia, ahora no puede invocar la pretendida reticencia"* (CNCom. Sala E, julio 25-984 L.L. 1985-A.148)*"Cuando se trata de un seguro sin reconocimiento médico, no es aceptable que la reticencia atribuida al asegurado se juzgue con estrictez mayor que la disposición del asegurador a tomar dicho seguro."*(CNCom. Sala B, junio 10-970 L.L. 141-704). *La norma del art. 498 del Cód. de Com. Es una defensa a utilizar por el asegurador y su presupuesto, es necesariamente, una conducta inobservable de su parte. Lo expuesto no es más que la particularización del principio general que impone la* ***buena fe*** *reciproca a ambos contratantes y la imposibilidad de invocar la propia torpeza.(CNCom., Sala C, junio 6-974 LL 156-127).La evidente ocultación que pueda surgir de la planilla de declaración del asegurado no sólo califica su conducta sino que sirve, una vez que la aseguradora la acepta sin reservas, para calificar también la conducta de esta última. .(CNCom, sala C, junio 6-974 LL 156-127). No cabe sancionar el deber de informar aquello que no considera la empresa aseguradora como un elemento alternante del estado del riesgo. El fundamento mediato de la reticencia, hallase en la violación por parte del tomador del seguro, del deber de informar acabadamente sobre el riesgo a asegurar .(CNCom., Sala A, Marzo 19-976, ED 68-406).*

[395] *Iniquissimun videtur, cuiquam scientiam alterius, auam suam nocere, vel ignorantiam alterius alii profuturam* El Digesto del Emperador Justiniano, ob. Cit. t. II, p. 90, Terencio Clemente, Comentarios a la ley Julia y Papia libro II, Libro 22, titulo 6, parr. 5.

506.-Así por influjo de una proyectada directiva comunitaria, la generalidad de los países europeos han establecido un "deber" del asegurable como deber de respuesta al cuestionario formulado por el asegurador.

507.-De tal manera que la más moderna legislación ha determinado expresamente la naturaleza jurídica de "carga" del asegurable el declarar e informar todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo, a la vez que establece la "carga" del asegurador de formular el cuestionario([396]).

e) Existiría obligación del asegurador de indemnizar al asegurado por la anulación del contrato en virtud a su error en el conocimiento del verdadero estado del riesgo.

508.-Siguiendo la lógica de la normativa general en materia de vicios de la voluntad y la tesis de quienes sostienen que el instituto de la reticencia es una regulación específica de tales vicios, respecto del contrato de seguro, realmente se impone el cuestionamiento del título.

509.-Si el asegurable no tuviera la carga precontractual aludida y se insistiese en afirmar que el error del asegurador proviene de una reticente o inexacta declaración efectuada de buena fe, entonces las consecuencias debieran juzgarse por los principios del error como vicio de la voluntad.

510.-Entonces también debería aceptarse que el asegurador pudiera verse demandado y obligado a indemnizar al asegurable por los daños y perjuicios que le hubiera causado la nulidad del contrato, cuando el asegurador no tuvo razón para errar o medió negligencia culpable en procurarse el conocimiento del estado del riesgo([397]).

511.-Ciertamente, en el tema de la nulidad contractual con causa en el vicio de error de uno de los celebrantes, debemos insistir que la actuación de la otra parte, en todo tipo de contrato, necesariamente ha de resultar pasiva o neutra, pues no lo ha

[396] Debiendo señalar que también estas legislaciones se inclinan por el sistema subjetivista de la carga, a diferencia del que impera en nuestra Ley de Seguros.
[397] **Segovia Lisandro**, El Código Civil de la República Argentina, explicación critica bajo la forma de notas, Ed. La facultad, Buenos Aires, 1933, p. 256

provocado([398]),ni siquiera con culpa. Él no es causa del "propio error" del otro celebrante([399]).

512.-Entonces el causante de la nulidad ha de ser aquel que incurrió en el error y el perjudicado con la consecuencia nulificante ha de ser aquella otra parte pasiva o neutra.

513.-Mas nada de esto ocurre en el régimen de la reticencia, pues cuando el asegurador esgrime esta causal de nulidad, no esta invocando un vicio de error, que bien le podría hacer responder por los daños y perjuicios que su falta de actuación diligente hubiera causado, al errar en la manifestación de voluntad con la cual se concluyera el contrato.

f) En el caso en que el asegurable, ha sabiendas omitiera declarar cuanto sabe del estado del riesgo o lo hiciera inexactamente, estaríamos ante el "dolo" como vicio de la voluntad.

514.-Entendemos haber demostrado que la Ley de Seguros estableció una carga para el asegurable, un deber que debe realizar durante la celebración del contrato.

515.-Por lo tanto y destacando el carácter de emisor de la oferta de contrato que tiene el asegurable, se debe señalar que ese débito de conducta del mismo, se integra al acto de la emisión de la oferta, tal como lo establece el artículo 1148 del Código Civil.

---

[398] Pues de haber actuado voluntariamente en procura de forzar que su colecelebrante incurra en un error, estaríamos ante un caso distinto y el vicio nulificante sería el dolo en la celebración del contrato, el que hace responder a su autor en la obligación de responder por el daño causado al que le ha padecido

[399] Siguiendo a Borda en esta materia (**Borda Guillermo A**. Tratado de Derecho Civil, Parte General , Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, Tomo II, p. 281, coincidimos en afirmar que teóricamente la anulación de un acto jurídico por error de los contratos no tiene justificación.. Pues si lo que tiene valor en la formación de los actos jurídicos es la voluntad tal como se ha manifestado, no interesan las razones o motivos puramente psicológicos e internos que dieron origen a la falta de coincidencia entre la intención y la voluntad declarada, el error no justifica, por consiguiente la anulación. En cuanto al error sobre la naturaleza y sobre el objeto del acto la teoría del error no juega ningún papel. Si entiendo vender mi casa de Buenos Aires y tú entiendes comprar la de Córdoba (error sobre el objeto), existiría lo que la doctrina francesa llama error obstáculo, que impide la formación del contrato, o en nuestro caso si entiendo estar aceptando indemnizar las consecuencias económicamente adversas respecto de un determinado riesgo y en realidad lo estoy haciendo respecto de otro tipo, clase o magnitud, es obvio que el acto no se anula por error, en verdad no ha existido contrato en ningún momento, y por lo tanto, no es posible anularlo.

516.-Si la carga consiste en hacer llegar al asegurador, comportándose con la más leal y diligente creencia jurídica, una descripción del estado del riesgo (para lograr objetivamente la correspondencia entre el real estado del riesgo y aquella declaración de conocimiento), evitando que entonces se afecte la mutualidad al aceptarse la oferta de contrato respecto de un riesgo distinto o ajeno al agrupamiento, no ha de variar la naturaleza jurídica de carga precontractual, si por pura lógica, se exige que tal declaración, además, sea completa y exactamente veraz([400]).

517.-Siempre estaremos ante una carga, como luego lo explicaremos la ley tan sólo establece un efecto menos grave y distinto en un caso que en aquel otro en que medió una intencionalidad en la reticente([401]) o inexacta declaración del estado del riesgo.

518.-Y siguiendo las enseñanzas del Estagirita ([402]) hemos dicho que interpretar objetivamente la correspondencia entre el real estado del riesgo y aquella declaración establecida como "debito" de declarar, implica además, por pura lógica, que tal manifestación deba ser completa y exactamente veraz.

519.-Pues ciertamente el objeto del conocimiento del asegurador no son las palabras o ideas que componen la declaración, sino que el objeto del conocimiento se refiere y vincula directamente con el real estado del riesgo, la llamada declaración y que nosotros entendemos debe ser denominada "comunicación", es el medio.

520.-Por lo tanto para que el débito declarativo (o comunicativo) sea cumplido como tal, ha de serlo completo e íntegramente veraz, pues las formas signos y conductas informativas se deben corresponder con lo real, en caso contrario no se habría cumplido la carga.

---

[400] **Savatier Ren ,** La theorie des obligarions, Ed. Dalloz, Paris, 1969 p. 151. ..*El lenguaje clásico, asimilando el dolo a un vicio del consentimiento, toma la causa por el efecto..* . En igual sentido **Carranza, Jorge A.,** El dolo en el Derecho Civil y Comercial, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1973, p.39. ....*Parece claro que un estudio del dolo, en profundidad y sin limitaciones legales, debe llevar a la conclusión de que su definición como vicio de la voluntad está en trance de ser superada, si es que no fue rebasada. Así resulta de la circunstancia de que, si el dolo es concebido como desencadenante de una declaración por un error provocado, la causa de la anulabilidad no se halla en la maniobra dolosa, sino en el error en que incurre el sujeto pasivo de aquella...*

[401] **Ripert** enseña a este propósito que en general la simple reticencia no constituye dolo, en tanto **De Gasperi** afirma que la reticencia no constituye una maniobra dolosa sino cuando a cargo del que calla existe un deber de hablar (ob. Cit. p. 445)

[402] Aristóteles, Tratado de Lógica El Organon, Cap. Categorías. Ed. Porrua, México, 1933, p. 23

521.-Ya fuera que este incumplimiento ocurriera sin intención del declarante (que ha manifestado con buena fe cuanto entendió permitía la correspondencia de lo real con el conocimiento del asegurador), o por el contrario fuese el incumplimiento producto de una deliberada intención de evitar una equivalente relación entre el estado real del riesgo y el conocimiento del asegurador (a partir de la acción deliberada de ocultar o falsear lo que sabía era su "debito" declarar), el resultado será siempre el mismo: no habrá, objetiva correspondencia entre el real estado del riesgo y la declaración.

522.-De manera que estamos ante una carga cuya inobservancia puede tener por causa una conducta determinada por la buena fe creencia o dolosamente suscitada, pero estas diversas causales no cambian en absoluto la afirmación de su naturaleza jurídica de "carga".

523.-Así también y a los fines prácticos, en muchas otras cargas legales objetivamente impuestas, resulta indiferente a la norma, la razón por la cual no se efectivizan las mismas.

524.-Por lo tanto en los casos en que el asegurable, ha sabiendas omitiera cumplir la carga de declarar (o comunicar) todo y verazmente cuanto razonablemente deba saber del estado del riesgo, no estaríamos ante el "dolo" como vicio de la voluntad, sino que se mantiene esa naturaleza jurídica de carga que se ha predicado de la declaración.

525.-No interesa si subjetivamente el asegurable tuvo en miras o el destino de tal incumplimiento fue captar la voluntad de la otra parte en la celebración del contrato, pues ya se ha expuesto cual es la correspondencia objetiva que impone la carga.

526.-De tal manera, reafirmando que tanto la reticencia de buena fe y la llamada dolosa son formas de incumplir la carga, la distinción estriba solamente en los efectos de cada una, teniendo en cuenta, ahora si, la calificación subjetiva de la conducta del asegurable para medir el grado e intensidad de la sanción.

g) Existiría posibilidad de invocar el dolo, sin que se hubiera ocasionado un daño importante al asegurador.

527.-Nuevamente aquellos que propugnan la naturaleza jurídica del error y el dolo como vicios de la voluntad para el régimen de la reticencia en la Ley de Seguros, se encuentran con otro obstáculo insalvable.

528.-El artículo 932 del Código Civil inc. 3ro. establece claramente, para que el dolo como vicio de la voluntad pueda ser medio de la nulidad de un acto ([403]) es preciso que haya ocasionado un daño importante.

529.-Y esta no es una exigencia del régimen especial, pues entre las condiciones a las que somete el artículo 5 de la Ley de Seguros, la nulidad del contrato de seguro, no hay disposición que establezca la necesaria existencia de daños (fueran estos leves, graves o importantes).

530.-De tal manera que para aquellos que postulan la tesis del vicio de la voluntad, la única respuesta posible a esta situación, con el fin de intentar ser congruentes, es que existe una modificación implícita al régimen general.

531.-Claro está que tampoco en este caso cuentan con fundamentos jurídicos, pues no surge de la Ley de Seguros (implícita o explícitamente) la manifestación del establecimiento de un régimen particular de los vicios de la voluntad y una modificación parcial a la normativa general.

h) Si la Ley de Seguros hubiera establecido una regulación especial de los vicios de la voluntad, sería ésta complementaria del Código Civil (aplicándose supletoriamente éste en todo cuanto la normativa especial no previese), o bien reemplaza íntegramente al régimen general, implementándose entonces un sistema cerrado y autosuficiente.

532.-La última defensa que esgrimen aquellos con quienes disentimos, es que la Ley de Seguros ha establecido una regulación especial de los vicios de la voluntad que modifica aquellas disposiciones del régimen general.

533.-De tal manera el artículo 926 del Código Civil se vería modificado y ahora el error no debe versar sobre la causa

[403] Que conforme lo dispuesto en el artículo 1157 tiene lugar en todos los contratos.

principal del acto, o sobre una cualidad de la cosa que se ha tenido en mira, sino que el error será sobre una cualidad del riesgo, "su estado".

534.-Y por su parte, los artículos 929 y 932 del régimen general ya no se aplicarían al contrato de seguro, mientras que destacando el texto del artículo 933 hacen mérito que el mismo al regular la omisión dolosa diga que ésta causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se hubiera realizado sin la "reticencia" u ocultación dolosa.

535.-Sin dejar de destacar el mérito de tan ingeniosa derogación del régimen general([404]), tal vez fundada en los artículos I del título preliminar y 207 del Código de Comercio, no vemos que la Ley de Seguros haya establecido un régimen especial de vicios de la voluntad.

536.-En la Ley de Seguros no se estableció un sistema especial que regule los vicios de error provocados sin culpa, y dolo, complementario del Código Civil por el que se aplicaría supletoriamente éste en todo cuanto la normativa especial no previó, tampoco se reemplazó parcial o integralmente el régimen general con la intención de implementar un sistema propio cerrado y autosuficiente para el contrato de Seguros

537.-Esta afirmación se fundamenta en varias razones que podríamos resumir en tres:

.- Carencia de un tratamiento general por parte del Código de Comercio de los contratos ([405])

.- Insuficiencia y regulación parcial de la ley de seguros de las causales de nulidad del contrato.

.- El principio establecido en el artículo 218 incs. 3 y 6 del Código de Comercio y análisis inductivo de disposiciones de algunas leyes especiales mercantiles.

---

[404] Que por supuesto no tiene un fundamento histórico, ya que el art. 498 del Código de Comercio fue establecido antes que se sancionase el Código Civil y todo el supuestamente derogado régimen de los vicios de la voluntad contactual general. No se podría argumentar que el régimen de la reticencia, de luengo abolengo histórico, modificó el régimen general de los vicios de la voluntad de un Código que no se había dictado aún. Tampoco se puede argumentar lo hiciera respecto del régimen civil vigente en aquella época.

[405] **Etcheverry Ra l Aníbal**, Derecho Comercial y Económico ob. cit, p. 17.

538.-Las dos primeras en alguna manera han sido desarrolladas anteriormente, en cuanto a la tercer causal la inducción de principios generales de los contratos comerciales nos permitirán reafirmar nuestra convicción, pues a partir de un breve análisis de algunas normas mercantiles([406]) regulatorias de otros contratos distintos del de seguros podemos inducir algunos pocos y simples conceptos que en la materia conformaran los principios de leyes análogas y generales del derecho comercial (arg. artículo 16 del Código Civil) que a nuestro entender denotan:

.- Un evidente diferimento a la regulación civil de todo aquellos aspecto generales de la contratación, entre los que se encuentra los atinentes a la formación del consentimiento contractual y los vicios que afectan la voluntad negocial, sin que existan evidencias que muestren al legislador mercantil ocupándose o considerando necesario regular en forma particular, especial o específica aspectos referidos a la conformación del consentimiento negocial y los vicios de la voluntad ([407]). Y de tal manera se ha visto confirmada la previsión que anunciaba la comisión de Código cuando en 1859 elevase el proyecto de Código de Comercio a la Cámara de Diputados, manifestando que la separación completa del Código de Comercio obligaría a repetir en su texto una gran parte de las prescripciones del Código Civil, introduciendo una confusión desastrosa en sus aplicaciones.

.- Tanto en los contratos típicos mercantiles, con o sin paralelo en el ámbito civil, regalados o sin legislación estructural, nominados o innominados, se verifica una tendencia al establecimiento de sistemas con múltiples disposiciones reglamentaristas y predeterminación de cláusulas contractuales, para facilitar la negociación y agilizar la celebración contractual como también para proteger la confianza pública ([408]).

---

[406] Ver **Zavala Rodríguez, Carlos Juan**, Código de Comercio y Leyes Complementarias... ob. cit. T. II

[407] Como bien señala Etcheverry (ob. cit. p. 33), que tal interpretación en nada obsta que la justicia comercial especializada aplicase, sin ningún obstáculo instituciones del Código Civil a los negocios mercantiles, mentando el autor glosado los autos Empresa Tandil S.A. CNCom, Sala A, 29-7-83 LL 1983-D-108, en el cual se utiliza la doctrina del abuso de derecho para resolver la nulidad de una cláusula de estabilización prendaria.

[408] Confianza en cuya protección se ha entendido conveniente establecer inclusive sanciones de índole penal. No obstante que como lo he efectuado en el trabajo monográfico Algunos Conflictos Punibles

.-Una constante reafirmación del principio de conservación del negocio jurídico mercantil ya que no es de su naturaleza facilitar la nulidad o ineficacia contractual.([409])

B) carga precontractual.

539.-Muchos han sido los intentos de definir "carga" en el ámbito del seguro([410]), por nuestra parte y tal como tuvo oportunidad de analizar este autor([411]), la carga resulta ser una imposición objetiva que regula la forma y modo de ejercer un derecho subjetivo o medio de defensa, cuya inobservancia afecta la protección jurídica de la acción del derecho, o torna ineficaz la oposición de la defensa.

540.-Por otra parte y siguiendo al maestro Camara([412]), debemos señalar que con independencia de aquellos roles de deudor y

---

de la Actividad Mercantil, cabe exponer algunas críticas respecto a su efectividad: a) se hallan dispersas en el Código Penal, careciendo de una sistematización coherente y autónoma, b) regulan delitos pluriofensivos, c) De consuno se refieren a un sujeto activo que debe ser previamente emplazado en una posición jurídica calificada, d) su incorporación al Código Penal y posteriores actualizaciones o modificaciones ha respondido, la más de las veces, a situaciones coyunturales ajenas a una coherente política criminal, a la vez que discordaban la unicidad dogmática a la que se debería aspirar, e) poseen una acentuada generalidad, flexibilidad, e indeterminación en la definición de figuras delictivas pues por tratarse de normas sancionatorias están en gran medida subordinadas a las regulaciones extrapenales de una materia mercantil, sumamente dinámica y objeto de interpretaciones dispares, requieren culpabilidad dolosa, cuya mayor o menor intensidad se halla con relación a la estructura del delito Ver en dicho trabajo el análisis entre otros, de **Ignacio Winizki,** Responsabilidad Penal de los Directores de las Personas Jurídicas, Ed. Arayú Buenos Aires, 1954, **Edgardo Rotman,** Responsabilidad penal de los Directores de Sociedades Anónimas en el Derecho Argentino, Revista de Derecho Penal y Criminología Ed. La ley, Buenos Aires, 1971 p. 373, **Landrove Dias, Gerardo,** Los Fraudes Colectivos, Ed. Bosch, Barcelona 1933.**David Baigun y Salvador Dario Bergel,** El fraude en la administración societaria, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988

[409] En general se plantean casos de anulabilidad que permiten la ratificación del acto salvando el vicio.

[410] **Barbato, Nicol s H ctor,** Las Cargas y el seguro, Revista de Derecho de Seguros, Ed. Librería Jurídica, La Plata, 1971, p. 107; **Stiglitz Rub n S.** Cargas y Caducidades en el derecho de Seguros, Ed. Librería Jurídica, La Plata 1973.

[411] **Schiavo, Carlos Alberto,** Las Cargas y Caducidades del Asegurador, En Rev. Jurídica Argentina del Seguro la Empresa y la Responsabilidad nro. 10/12 p.383

[412] **C mara H ctor**, Letra de Cambio y Vale o Pagaré, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1970 , t. II, p. 360 en su nota 18 refiriéndose al "pago" dice "*Vélez Sarsfield manifiesta que es un acto jurídico (ver nota art. 961 del Código Civil) punto de vista propugnado por Lafaille, Obligaciones t. I. P. 295, Salvat, Obligaciones t. II p. 8, Busso ob. cit. t. V, p. 295, Otros lo consideran un simple hecho, De Gásperi desarrollando el tema in extenso ob. cit. t. III, p. 13, Salas Naturaleza Jurídica del Pago, Rev. J.A. 1950-I. P. 22, en tanto para Colmo puede constituir un mero hecho, acto jurídico o contrato, según*

acreedor que señala la prestación principal (que es aquella que hace al objeto de la obligación y que acota la voluntad de uno de ellos accionando en procura de satisfacer un interés lícito y jurídicamente protegido([413])) cada interacción de estos personajes resulta una sucesión de actos jurídicos en los cuales estos roles se van intercambiando y mucho más en las relaciones contractuales de alguna duración.

541.-Así por ejemplo en el acto de pagar se identifica claramente la persona del deudor cumpliendo la prestación principal y del acreedor recibiéndola, mas el primero al realizar un acto jurídico que tiene por fin inmediato extinguir una obligación, también por ese acto crea su derecho a ser liberado de tal pasivo que afecta su composición patrimonial.

542.-Ahora él es acreedor a:

.- que en defecto de designación del lugar de pago o de cuerpo cierto y determinado, su domicilio sea aquel en el cual se cumplirá la prestación y al que debe acudir el acreedor a tal fin,

.- que se respete (salvo excepción legal) el tiempo en que debe hacer el pago y no se le exija antes del mismo su cumplimiento,

.- declarar por que prestación de la misma naturaleza efectúa el pago,

.- a una imputación de su prestación no dolosa, ni perjudicial a sus intereses,

.- que el acreedor le reciba el pago extendiendo el documento que instrumente su cumplimiento, con derecho a pagar por consignación judicial de darse los presupuestos legales al efecto.

---

las circunstancias Obligaciones p. 397. La doctrina prevaleciente en la jurisprudencia es la primara, a la cual estamos adscriptos..."

[413] Ver **Fontanarrosa Rodolfo O**. Derecho Comercial Argentino, Parte General, Ed. Zavalia, Buenos Aires, 1994, p.447 *derecho subjetivo entendido como un interés jurídicamente protegido mediante el reconocimiento de la voluntad que los persigue, o bien el poder de la voluntad del hombre de actuar para la satisfacción de sus intereses de conformidad con la norma jurídica.*

543.-De tal manera que constantemente en un negocio jurídico ([414]) se van realizando actos voluntarios lícitos que tienen por fin inmediato establecer entre las partes relaciones jurídicas de conformidad con esa voluntad de actuar para la satisfacción de sus intereses de conformidad con la norma jurídica.

544.-El negocio jurídico en la celebración contractual de seguros comienza con el acto de emisión de la oferta([415]), cuyo fin inmediato es procurar la aceptación con la cual pueda quedar concluido el contrato. Su emisor actúa jurídicamente exteriorizando una voluntad para satisfacción de un interés y por ende ejerce un derecho subjetivo que tiene amparo normativo([416]).

545.-En el reconocimiento y amparo normativo del derecho subjetivo del emisor de la oferta, la ley establece formas y modos de

---

[414] **Von Tuhr, A.** Tratado de ..ob. cit t. 1 p.101

[415] Y nosotros entendemos también que la oferta es un "acto jurídico" , ya que a la pericopa *"Ex nuda pollicitatione nulla actio nascitur"*que surge de Paulo en el Digesto se le puede oponer también el comentario de Ulpiano al Edicto de los Ediles Curules libro 1, que en el mismo Digesto Libro 21 Titul I, 19 reza*" Ea autem sola dicta sive pormissa admittenda sunt aecunque sid dicuntur ut praestentur non ut iactentud."* Por su parte **Ripert Georges y Boulanger Jean** ob. cit. p. 211 respecto de la oferta o policitación manifiestan que" *a veces el acuerdo de voluntades se forma incluso sobre un conjunto de operaciones jurídicas ligadas indivisiblemente una a las otras"* en tanto que con mayor determinación **Lafaille H ctor,** Curso de Contratos, Ed. Bibliografía Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1927, p. 62 expone que*" otra tesis encontró el fundamento de esta responsabilidad en que la oferta constituía un acto jurídico en si mismo, independiente de la aceptación...en tanto otra doctrina afirma que la oferta era un acto jurídico sujeto a condición....los código contemporáneos revelan una marcada tendencia hacia el reconocimiento del valor jurídico de la oferta,"* en tanto que **Planiol Marcel**, ob. cit. p. 325 expresa que el consentimiento se descompone en oferta y aceptación que son dos actos sucesivos (pour étudier la formatión du contrat par l'accor en deux actes successifs) y **M.F.C. de Savigny** ob. cit. p. 151 dice que "los hechos jurídicos pueden proceder de actos libres de la persona interesada y luego agrega que entre los diferentes hechos jurídicos entre los más importantes por su naturaleza jurídica se encuentra el contrato. De tal manera que afirmamos y sostenemos el carácter de acto jurídico unilateral recepticia de la oferta y de los derechos subjetivos que se ejercen en su emisión, bajo la protección y cargas de que da y establece el orden normativo.

[416] La carga es un acto necesario que el derecho exige se cumple en un cierto lapso por quien quiere alcanzar una finalidad determinada en interés propio y contrapone al acto debido que es un acto jurídico que el derecho hace cumplir en tutela de un interés ajeno (**Halperin Isaac**, Rev. De Dcho. Com y las Oblig., t.2 p.719). También se la ha definido como una norma que impone determinados deberes de conducta al sujeto, estableciendo una sanción para su incumplimiento (**Meilij G.R. Barbato Nicol s**, ob. cit. p. 92) discutiéndose en doctrina si su imposición tiene como finalidad la tutela de intereses ajenos o propios (**Stiglitz, Rub n** Cargas y Caducidades en el derecho de Seguros, Ed. Librería Jurídica, La Plata, 1973 p. 20). Mayormente los autores al trata el tema de las cargas buscan fundamentalmente diferenciar a éstas con el régimen de las obligaciones, con múltiples explicaciones. Por nuestra parte y entendiendo que el art. 497 del C.C. informa que a todo derecho personal corresponde una obligación personal, desconocemos la existencia de un concepto que se contraponga al de carga, y ello es así por cuanto la carga resulta un modo, una forma de ejercer un derecho propio, o un medio de defensa, por lo que nos parece correcto adoptar la definición de Halperin (**Schiavo, Carlos Alberto** Las Cargas... ob. cit. p. 383)

ejercer ese derecho subjetivo, cuya inobservancia podrá afectar la protección jurídica de la acción del derecho.

546.-En este orden de ideas el derecho subjetivo del emisor de la oferta de contrato de seguro consiste en la suficiencia obligacional de tal manifestación de voluntad, integrada por todos los elementos constitutivos del contrato, de manera que manifestada (en cualquier forma que fuera) la aceptación quede concluido el contrato.

547.-Si tal es su derecho subjetivo que debe ser amparado por el orden normativo, cabe verificar si existen o si la ley ha establecido modos y formas para su ejercicio. Además de las formas y modos generales y comunes a todos los contratos, justamente en el contrato de seguro se impone una carga al emisor de la oferta contractual: emitir una manifestación sobre el real estado del riesgo dirigida al conocimiento del asegurador a quien dirige la oferta.

548.-Recordamos que las distintas regulaciones transcriptas *ut supra*, se refieren inicialmente y por un lado a: *"Toda declaración ...." o "Las declaraciones.."*.para luego agregar confusamente: *"si el asegurador hubiese sido cerciorado del verdadero estado de la cosa (Código de Comercio, Ley 17418, Proyecto PEN año 2001, proyecto de armonización del contrato de seguros para iberolatinoamerica, elaborado por Morandi)*

549.-En tanto que el Proyecto de Reforma de la Ley de Seguros del Diputado Nacional Baglini, por su parte se refiere inicialmente también a: *Toda declaración,* para luego agregar con mayor congruencia: *si el asegurador hubiese sido informado* ([417])

550.-Esa manifestación se exterioriza materialmente mediante una declaración, pues no hay otra forma de realizarla ([418]), y debe ser recepticia, o sea emitida de manera que llegue a conocimiento del asegurador.

---

[417] Anticipándonos al desarrollo de la tesis y propuesta que se hace infra, cabe aclarar que la expuesta congruencia del mentado artículo del proyecto es sólo atribuible a la forma en que se expresó jurídicamente su autor en la redacción de tal artículo, y no al proyecto mismo con el cual este autor no coincide, además de señalar que en su exposición de motivos no hace mención alguna al trascendente cambio de palabras entre ser cerciorado y ser informado

[418] **Fontanarrosa, Rodolfo O**. Derecho Comercial Argentino , Ed. Víctor P. De Zavalia, Buenos Aires, 1979, t.II, p. 19

551.-Entonces, la carga consiste en manifestar (plena y verazmente) algo para que la otra parte distinta del emisor, reciba esa expresión y pueda así formarse una idea del objeto([419]) y sus cualidades, o sea informarse del verdadero estado del riesgo.

552.-De la tesis enunciada puede deducirse las consecuencias en virtud a las cuales aquellas normas generales sobre los vicios del consentimiento se aplicaran también en el contrato de seguros como en cualquier otro. Estas disposiciones habrán de funcionar en los casos previstos respecto de los vicios de los contrayente y para los del asegurador, sólo en caso de violencia([420]), a lo que nosotros agregamos el dolo([421])

553.-De aceptarse que tal es la carga, surge entonces una duda por la que no se atina a comprender la razón de imponer además de una declaración recepticia (o sea idónea de ser recibida), que una vez acogida la información por el receptor, ésta "logre" un estado convictivo y de certeza en el conocimiento del asegurador, con independencia de la justeza y concordancia entre el objeto declarado y la declaración.

554.-Hacer que el asegurador "sea cerciorado del verdadero estado del riesgo", mediante una manifestación de conocimiento, no debería ser parte de la carga.

555.-Qué ocurriría entonces si la declaración emitida por el asegurable y que se hiciera llegar efectivamente al asegurador hubiera sido plena y veraz, concordante en un todo con el objeto declarado y no obstante ello, el asegurador no logra alcanzar ese estado subjetivo de certeza en el conocimiento.

556.-Nuevamente nos vemos necesitados de realizar un análisis etimológico que en este caso se ha de referir a la expresión "cerciorado" (si el asegurador hubiese sido *"cerciorado"* del verdadero estado del riesgo).

---

[419] Hemos de insistir que la naturaleza jurídica de carga de declarar el estado del riesgo hace que objetivamente la declaración del asegurable deba coincidir con el objeto y las cualidades, que del mismo se deben poner en conocimiento del otro. De tal manera podemos dejarlo definitivamente establecido mediante el uso de una metáfora: el asegurable se convierte en los ojos del asegurador . Así como este último debe ver , investigar y escudriñar para conocer todo lo que le interesa técnicamente respecto del riesgo, así deberá ser el comportamiento de sus ojos y conducta investigativa puestos en el cuerpo del asegurable.

[420] **Donati, Antigono**, Los Seguros Privados Manual de Derecho, Ed. Bosch, Barcelona, 1960, p. 259

[421] **Schiavo Carlos Alberto**, El dolo... ob. cit.

557.-Haber sido cerciorado, resulta el estado final del acto de cerciorarse a través de la actividad de otro. El asegurador puede cerciorarse por su propia iniciativa, pues actuar por si es ir en busca de la seguridad en el saber o bien haber logrado ese estado del conocimiento por la actividad de otro.

558.-Si aceptamos y partimos de la raíz *cerno* y del griego κρινω cuyos significados iniciales son *separar*, *distinguir*, *elegir* y *escoger*, debemos aceptar entonces un significado lógico de estas acciones, pues para efectuarlas es necesario previamente *decidir*, *dirimir* y *juzgar*, concluyendo que ninguna de estas acciones se puede realizar sin *interrogar* o *informarse*. Todos estos son mencionados como significados de κρινω, pero también *certioro certitudo* tienen la misma raíz a la cual agrega un calificativo importante: *la seguridad* en la información.

559.-De tal manera que existe una diferencia trascendente entre ser informado y ser cerciorado. Si la carga del proponente es hacer llegar al conocimiento del asegurador en forma plena y veraz el estado del riesgo, debe colegirse que cumple su débito "informando". Pero si además de declarar se requiere que el emisor de la oferta e información sobre el estado del riesgo, aneja a la propuesta, logre un grado de seguridad en el conocimiento del asegurador, entendemos que se excedería toda razonabilidad en la imposición de una carga, que quiebra no sólo la igualdad de las partes en la celebración del contrato, sino que torna ilusorio el declamado régimen tuitivo a favor del proponente y asegurado de la ley 17418.

560.-Por tanto es dable colegir que esta poco feliz expresión "ser cerciorado" debe entenderse dentro de un contexto normativo determinado y mediante un análisis lógico concluir que obra sólo y exclusivamente como sinónimo de "haber sido informado" plena y verazmente. Desechamos se imponga además, que el declarante deba garantizar que con la información suministrada se logre la certeza en el conocimiento del asegurador.

561.-Así en el caso en que la información suministrada hubiera sido plena y veraz, pero desadvertidamente colectada por un dependiente del asegurador, concluyera con una errónea aceptación de la propuesta tendríamos la consiguiente celebración del contrato sobre la base de una calificación y tarifación distinta del riesgo en cuestión. Entonces el asegurador correctamente informado no ha sido "cerciorado", no ha logrado

un conocimiento seguro y cierto del estado del riesgo y no obstante ello el contrato no podrá ser impugnado([422]).

562.-Por lo tanto cabe concluir que la carga impone al asegurable "declarar" plena y verazmente el estado del riesgo, de manera que objetivamente la información suministrada se corresponda con el objeto declarado, que es el verdadero estado del riesgo.

563.-Entonces ha de aceptarse que la idoneidad de la declaración y su efectiva correspondencia objetiva, ha de ser la que permita a cualquier empresa profesionalmente organizada en el lugar o plaza donde se realiza el débito de información lograr por si mediante un juicio promedio y actuando diligentemente, la certeza en el conocimiento del estado real del riesgo con la información que se le proveyó amplia y verazmente. Así reafirmamos que tal "certeza" que subjetivamente se pudiera formar el asegurador en su conocimiento de ese estado que se le informa no es un requisito de la carga.

564.-Por lo tanto se ha podido demostrar que para el caso en que no se observase la carga, el derecho a la integridad y validez de la oferta caduca y siendo nula la oferta emitida sin que se diera cumplimiento a la carga que el orden normativo imponía, la consecuencia lógica es que también traiga aparejada la nulidad del contrato, pues la aceptación de una oferta nula torna ineficaz a aquella y arrastra en ello al acuerdo de voluntades.

565.-Por último cabe verificar si existen otras situaciones que hubieran permitido una solución normativa en virtud a la cual se pudiera dejar sin efecto la conclusión de un contrato por situaciones directamente vinculadas a su celebración y que fuesen ajenas a los vicios de la voluntad:

.- En el supuesto previsto en el artículo 1365 del Código Civil se estableció que la cosa vendida debía "agradar" al comprador, el contrato puede deshacerse si la cosa no le agradase. Si comparamos este caso con lo normado en los artículos 926 y 928 del mismo cuerpo legal, podemos verificar que el error sobre la cualidad de la cosa que se ha tenido en mira también permite deshacer el contrato.

[422] Sólo en este caso se podría hablar de "error" , que por cierto no ha de ser un vicio de error obstativo de la voluntad del asegurador, ya que no ha tenido ni existe razón para ese errar, mucho menos en una empresa profesionalmente organizada con un solo objeto especializado(art. 929 del Código Civil)

En el primero estamos ante una venta sujeta a condición: "que la cosa guste al comprador", en el otro estamos ante un vicio de error sobre la cualidad de la cosa que gustaba al comprador y que no teniéndole permite, por la vía de la anulación, deshacer el contrato. En un caso el derecho del gustador puede ser absoluto (en los límites del artículo 1071), en el otro ha debido mediar razón para errar e inclusive puede dar lugar a la obligación de responder del comprador por su posible negligencia culpable en errar. En el tema planteado podemos manifestar (*latu sensu*) que "la condición" pactada puede ser asimilada a las condiciones "normativa" establecidas por medio de la imposición de débitos de conducta, llamados "cargas" y entonces concluir que por la vía de condiciones o cargas se puede llegar a deshacer el contrato, de igual manera que para los casos en que se estuviese ante un caso de vicio de error. Pero no por ello se confunden sendas situaciones refundiéndoles en una sola de ellas.

.- Otro caso es aquel establecido en el artículo 1480 del Código Civil, que regula el caso del cedente de mala fe, que resulta reticente en informar su conocimiento de la incobrabilidad del crédito que cediera, viéndose obligado a responder de todos los perjuicios causados, comparándole con las situaciones prevista en los artículos 931 y 933 del mismo cuerpo legal, en las cuales se vicia la voluntad contractual del cesionario omitiendo declarar una circunstancia determinante del acuerdo, que ocasiona un daño importante y que debe ser indemnizado. En este tema se verifica ahora otro caso de "carga legal" por la cual se impone un débito de conducta relativa al conocimiento que debe procurarse el acreedor cedente sobre la posible insolvencia anterior a la cesión y no oculta al público en general para ponerla en conocimiento del cesionario. Si la inobservancia de la carga es culposa (de buena fe) sólo se deja sin efecto el contrato y se restituye el precio, en tanto que si es dolosa (de mala fe) deberá además responder por los daños y perjuicios.

.- Por otro lado en el caso en que el acreedor cedente, a sabiendas de la insolvencia anterior y pública del deudor cedido, disimula lo verdadero, de manera que el cesionario no hubiera aceptado la oferta o celebrado el

convenio de haber sido cerciorado del verdadero estado del deudor cedido (cuando el acto no se hubiera realizado sin la reticencia u ocultación dolosa), se podrá anular el contrato. Nuevamente en el tema planteado podemos manifestar (*latu sensu*) que por la vía de condiciones o cargas se puede llegar a deshacer el contrato, de igual manera que para los casos en que se estuviese ante un caso de vicio de error. Pero no por ello se confunden sendas situaciones refundiéndoles en una sola de ellas.

Análisis crítico de atribuir al instituto de la reticencia una naturaleza jurídica de "carga precontractual"

566.-Se han propuesto varias criticas a esta concepción de carga que le atribuimos al instituto de la reticencia, así se ha dicho:

a) No es posible aceptar la imposición de una carga antes de la existencia del contrato.

567.-A lo cual contestamos que el concepto de carga como imposición legal de conducta en el ejercicio regular de un derecho, resulta un arbitrio del hacedor de la ley. Este puede no imponer ninguna forma, modo o tiempo en que el orden normativo exija como debe ejercerse un derecho subjetivo, puede también establecer como carga la forma, modo o tiempo en que debe ejecutarse un acto jurídico o manifestarse una información.

568.-Debe aceptarse que la oferta de contrato es un acto jurídico y que su emisor tiene derechos subjetivos vinculados a la presentación de la misma. De tal manera es dable concluir que el ordenamiento normativo haya establecido una carga para sostener y amparar ese derecho subjetivo.

569.-Como la carga se impone a los derechos que dimanan del acto jurídico de la oferta de contrato, lógico es concluir que resulta una carga precontractual que afecta a la oferta y por ende al contrato. Inclusive hay autores que entienden que la carga precontractual es una consecuencia de la diferencia entre reglas de validez y de comportamiento en la formación del contrato, estos autores entienden que la imposición de cargas precontractuales se vincula al concepto de buena fe

contractual([423]), otros autores parten de un concepto económico del contrato ([424]) para concluir igualmente en una naturaleza de carga de declarar las circunstancias conocidas sobre el "riesgo".

b) No es posible que el efecto de la inobservancia de una carga pudiera ser una nulidad, ya que siempre es la caducidad.

570.-A esto contestamos que no resulta posible confundir aquello que es de la esencia de un concepto u objeto de lo que es natural al mismo. Aceptamos que es de la naturaleza de las cargas que la sanción por su inobservancia es regularmente la caducidad de un derecho, pero no es de la esencia y por tanto el legislador bien puede atribuirle otro efecto, como el de la nulidad.

571.-El artículo 36 de la ley 17418, también nos suministra una respuesta favorable a esta crítica replica, pues cuando establece: *" Cuando por esta ley no se ha determinado el efecto del incumplimiento de una carga u obligación impuesta al asegurado, las partes pueden convenir la caducidad de los derechos del asegurado....."*

---

[423] **D Amico Giovanni**, Regole di validit e regole di comportamento nella formazione del contratto, en Rivista Di Diritto Civile Anno XLVIII, Gennaio-Frebbraio 2002, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, p. 45 quien especialmente manifiesta: *La vicenda concettuale degli obblighi precontrattuali di informazione e la conseguenza piu inmmediata e vistosa della loro epifania, vale a dire la construzione della reticenza come caus di annullabilita del contrato ha constituito il primo e, al momento, il piu importante (e, apparentemente, riuscito) tentativo di aggredire la cittadella del principio di autonomia tra regole di validita e regole di buona fe. A conclusione di questa battaglia, uno dei suoi sostenitori, puo scrivere che da quando la giurisprudenza ha equiparato il dolo omisivo al dolo commissivo (debe ritenersi che) la violazione de la buone fede precontrattuale puo pordure effecto invalidante del contratto.* . En igual sentido ver **Visintini Giovanna** Contributo allo studio della reticenza nella formazione dei contratti, en Rivista Di Diritto Civile, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, Anno XV, 1969, p.62; **Visintini Giovanna** ob. cit. **Visintini Giovanna** La reticenza come causa di annullamento dei contratti en Rivista Di Diritto Civile, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, Anno XVIII, 1972, p. 157

[424] **Russo Claudio,** Transparenza ed informaziones nel contratto di assicurazione, La prospettiva dell analisi economica del diritto, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 2001, quien manifiesta: *In questa prospettiva, il ocntratto diventa anche il mezzo deputato a ripartire tra le parti i rischi derivanti dall operazione economica. La rilevanza del profilio economico e l alea che e insita nel contratto impongono, infatti di considerarlo come funzionale alla distribuzione dei rischi derivanti dall affare che i contrenti intendono porre in essere* y agrega: *In particolare, nei contratti per i quali non vigono obblighi informativi (duty of disclosure), la prassi negoziale ha introdotto varie tecniche per attenuare le conseguenze negative derivanti dalla asimmetrie. Le clausole adottate possono riguardare sia la fase precontrattuale che la conclusione od esecuzione del contratto.* . Concluyendo en la p.56 bajo el título L assicurazione como operazione economica. La nozione tecnica di premio e la cd comunione dei rischi, las razones técnicas que imponen el establecimiento de la carga de que las parte se informen sobre lo que saben del riesgo.

nos informa que puede haber más de una posibilidad como efecto del incumplimiento de una carga y para el caso en que la ley no estableció cual es ese efecto, las partes pueden convenir sólo la caducidad.

572.-Por último y aceptando a guisa de mera hipótesis que ciertamente el único efecto posible de la inobservancia de una carga fuera la caducidad, nos cabe también argüir que la caducidad de la oferta hace nulo el contrato por inexistencia de un elemento esencial del acuerdo de voluntades, ya dijimos que sin oferta no puede haber aceptación válida Entonces, caducada la una e inválida la otra, no puede haber acuerdo de voluntades, por tanto es nulo el contrato.

c) No existe ninguna razón jurídicamente trascendente para aceptar se establezca ese carácter de "carga precontractual".

573.-A esto contestamos que además de los argumentos dados en el punto A) inmediato anterior, en contra de quienes ven en el instituto de la reticencia una aplicación del régimen general de los vicios de la voluntad o uno especial y particular del orden normativo del contrato de seguro, cabe recordar y destacar nuevamente que la razón jurídica se asienta en los antecedentes fácticos que se regulan.

574.-El seguro es un complejo técnico, económico-financiero y jurídico, que posee una identidad especial, la cual informa (respetando los usos y costumbres, como la historicidad propia del derecho mercantil) muchas de sus instituciones normativas.

575.-Puede haber operaciones que por su naturaleza y alcance justifique sean asimilables al seguro (artículo 3 de la ley 20091) aún cuando en esencial no lo son. Pueden existir contratos que sean técnica y económicamente considerados operaciones de seguro, cuando no lo son jurídicamente (ver artículo 7 ley 20091 para los seguros de caución y crédito).

576.-Por tal motivo no es de extrañar que además de las manifestaciones volitivas que se exteriorizan en la oferta y aceptación de oferta, propias de todos los contratos, en el régimen de seguros se haya impuesto una carga aneja a la oferta como regla de comportamiento y por tanto deban cumplirse

antes de la aceptación y conclusión del contrato, o sea una carga precontractual.

577.-Debe destacarse que la Corte de Casación francesa distinguía entre reticencia e inobservancia de la declaración requerida expresamente en el cuestionario que se subordina a la caducidad. Para ella hay reticencia cuando se viola la obligación genérica de ser sincero (artículo 348 del Código de Comercio francés) y hay inobservancia del contrato cuando se falsea u oculta la verdad respecto de la pregunta hecha expresamente (marzo 30 de 1892, Simonin 1,99 Rev. L.L. t. 6, p. 727).

578.-Resulta además desacertado manifestar que el cuestionario previo a la aceptación de la oferta de contrato implica una obligación contractual. Ciertamente pareciera que este antecedente ha confundido durante años a muchos autores que concluían oponiéndose a la posibilidad de existencia de una "carga" a ser observada antes de quedar concluido el contrato. Afirmaban que todas las cargas de la ley de seguros se establecían para una vez que quedara concluido el contrato, sin observar siquiera el antecedente de la ley francesa de 1930 que disponía: *"Independientemente de las causas ordinarias de nulidad y con reserva de la disposición del artículo 81, el contrato de seguro es nulo en caso de reticencia o de falsa declaración intencional de parte del asegurado, cuando esta reticencia o falsa declaración cambia el objeto del riesgo o disminuye su apreciación por el asegurador, aún cuando el riesgo omitido o desnaturalizado por el asegurado no haya influido sobre el siniestro".*

579.-También centran su crítica en las disposiciones del artículo 429 del Código de Comercio italiano (vigente en la década de 1930): *"cualquier declaración falsa o errónea y cualquier reticencia de circunstancias conocidas por el asegurado, es causa de nulidad del seguro, cuando la declaración o la reticencia sea de tal naturaleza que el asegurador no habría dado su consentimiento al contrato o no lo habría prestado en las mismas condiciones si hubiera conocido el verdadero estado de las cosas. El seguro es nulo aunque la declaración o la reticencia se refiera a circunstancias que, efectivamente no han influido sobre el daño o la pérdida de las cosas aseguradas"*, pues entienden que este artículo establece claramente la vinculación del informe del asegurable y el conocimiento del asegurador, a la manifestación de voluntad de este último al expresar su consentimiento a la oferta de contrato. De tal claridad resulta esta disposición en su concepción de la naturaleza jurídica que atribuye (a nuestro

entender erróneamente) a la institución de la reticencia, que si su redacción no se ve repetida, ni es similar al artículo 5 de la ley 17418 Argentina, resulta entonces forzoso aceptar que nuestro régimen no se refiere entonces al consentimiento del asegurador.

580.-Igualmente la doctrina italiana de aquella época, a la que parecieran seguir embelesados aquellos que sostienen la naturaleza jurídica de vicio de la voluntad, aún cuando mayoritariamente se inclinaba por esta concepción del "vicio de la voluntad", mantenía extremas discrepancias frente a tan claro y determinante texto legal respecto al carácter de vicio que afectaría el consentimiento del asegurador. Por su parte la ley alemana del contrato de seguro de 1908 establecía claramente el concepto de carga precontractual de denunciar el estado de riesgo, como parte de todas aquellas cargas de información.

581.-Por último y sosteniendo similar criterio al que propugnamos en nuestra tesis, la ley austriaca de 1917 establecía que: "*Si el contratante en el acto de la conclusión del contrato ha contestado inexacta o incompletamente a preguntas sobre circunstancias importantes del riesgo que le fueron formuladas por el asegurador de manera precisa y no ambigua mediante un cuestionario u otra forma escrita, el asegurador puede apartarse del contrato como si el mismo no se hubiera celebrado...*"

582.-Por tanto y como puede verse de la breve exposición de estos añosos antecedentes, no existe razón para seguir aquellos italianos con preferencia de los austriacos o franceses, incluso los lusitanos (tan poco mentados y de tanta trascendencia como antecedente de nuestro artículo 498 del Código de Comercio), para atribuirle a nuestra posición (en favor del concepto de carga precontractual), no estar fundada jurídicamente.

d) Este es un forzado análisis del cual resulta una mera cuestión terminológica.

583.-A esto contestamos, que no existe un solo elemento del análisis realizado que violente los principios lógicos silogísticos, ni que pudiera merecer una refutación de esa índole, como para tener que aceptar la calificación de "forzado análisis".

584.-En cuanto a la segunda crítica referida a la descalificación del análisis, atribuyéndole un mero juego de "palabras",

contestamos que no existe en nuestra tesis una sinécdoque o evidencia que permita verificar que se ha trocado simplemente "vicio de la voluntad" por "carga precontractual". Realmente son conceptos diversos y no se mantiene con el supuesto cambio de palabras el mismo concepto. Se ha explicado claramente que sendas expresiones se corresponden a ideas y naturalezas jurídicas bien distintas y diferenciadas.

585.-Asimismo contestamos que la coherencia del discurso se encuentra en el respeto de aquellos principios que nos informara el Estagirita y que en el caso podemos verificar que la tesis resulta una aserción que pudiéramos sostener por medio del razonamiento, por contrarias que ellas sean a las opiniones vulgares. Asimismo y en el ámbito específico en que nos manifestamos se debe destacar que desde el punto de vista de la filosofía es preciso tratar de las cosas en toda su verdad, pero en dialéctica basa con la verosimilitud y la probabilidad y por último que el estudio de las diversas denominaciones de las cosas es útil, en cuanto da claridad a las discusiones. Se sabe mejor lo que se sostiene cuando se conocen los diversos sentidos de la cosa sobre que se cuestiona, si no se saben perfectamente todos los sentidos de la cosa, es muy posible que el que interroga y el que responde no hagan recaer su pensamiento sobre el mismo objeto ([425])

586.-Por lo tanto entendemos que nuestro septentrión ha de ser un análisis jurídico de la particular naturaleza del instituto de la reticencia como carga precontractual y no una especulación discursiva de etimologías. Entonces se debe partir aceptando que "carga" es una palabra que no designa de ninguna manera un concepto jurídico similar al que denota la palabra "vicio". Entonces la cuestión no se centra en una cuestión terminológica, sino a lo sumo en la posibilidad de dirimir si el efecto inmediato del incumplimiento de la carga pudiera significar un vicio de la voluntad del asegurador, con lo cual las diferencias doctrinarias serían aparentes y tan sólo se estarían refiriendo a una misma cosa, pero en dos tiempos distintos de su devenir.

587.-Mas no bien se efectúa un análisis del particular desarrollo de las cargas en el ámbito normativo del contrato de seguro, se verifica que los efectos particulares o subjetivos que resulten del incumplimiento de las cargas legales resultan legalmente

[425] **Aristóteles**, Tratados de Lógica ob. cit. Tópicos de la dialéctica...p.230 y ss

indiferentes. Así la inobservancia de la carga de denuncia del siniestro (artículos 46 y 47 ley 17418) trae aparejada la caducidad del derecho del asegurado, sin necesidad que el asegurador deba acreditar la ocurrencia de algún efecto particular o subjetivo propio y tal situación se verifica igualmente entre otras en las cargas establecidas en los artículos 67, 82, 103,106, 116 primera parte y 122 de la misma ley.

e) Siendo los efectos que se atribuyen a la inobservancia de esta carga, similares a los que corresponden a los vicios de la voluntad, no se justifica sostener una opinión contraria a éste último régimen

588.-A esto contestamos que no resulta cierto afirmar que los efectos son los mismos, pues hemos tenido oportunidad de ver las sustanciales diferencias existentes entre el régimen subjetivo del error y el dolo, de aquel objetivo de la carga precontractual de informar el estado del riesgo.

589.-Si no fuera suficiente que a los fines de analizar el instituto nos hayamos remontado históricamente para comprobar justamente el carácter de "carga" que tenía el débito del asegurable, o que hayamos verificamos en las más modernas legislaciones que se atribuya aún más claramente este carácter, nos cabe entonces recordar que en conteste opinión doctrinaria y jurisprudencial el régimen establecido por la ley 17.418 es eminentemente tuitivo de los intereses del asegurado. Por tanto parvo favor se hace a tal concepción tuitiva, regular en forma especial los vicios de la voluntad de la parte fuerte y distinta de aquella que se quería proteger. Y mucho más incongruente con aquel principio defensivo de la parte débil es que tal regulación sea en forma tan gravosa a sus intereses, estableciendo un régimen "objetivo" contrario a la regulación general de los vicios de la voluntad.

590.-En este sentido cabría preguntarse si puede ser de aplicación la disposición impeditiva del artículo 932 inc. 4to. del Código Civil cuando ante la invocación de reticencia que como defensa hiciera el asegurador frente a una reclamación indemnizatoria, el asegurable respondiera invocando y acreditando una aserción de algo falso o disimulación de lo verdadero por parte de aquel([426]).

[426] Tal podría ser el caso de un asegurador que oculta sustanciales modificaciones de los últimos informes financieros trimestrales publicados por la Superintendencia de Seguros de la Nación y que sin ninguna duda son determinantes de la voluntad contractual del asegurable.

f) El instituto de la reticencia se refiere a los vicios de la voluntad del asegurador, pero la causa del deficiente consentimiento, puede ser el incumplimiento de una carga específica o de la genérica de obrar de buena fe ([427])

591.-Este planteo es una evidente metonimia y omite diferenciar reglas de conducta y de validez pues a partir de inferir ello de lo prescripto en el artículo 1198 del Código Civil se concluye que existe una carga genérica que se refiere a que los contratos deben "celebrarse" de buena fe . De tal manera el orden normativo esta imponiendo esta regla de conducta como una carga genérica de obrar y ejercer un derecho subjetivo.

592.-Por eso contestamos que la existencia de la carga genérica de obrar de buena fe en la celebración de todos los contratos, no requería que la Ley de Seguros lo reiterase estableciendo nuevamente esa misma carga para cuando el proponente no obrase con buena fe en la emisión de la oferta, impidiendo que el asegurador se hubiera cerciorado del verdadero estado del riesgo. Lo que se ha de aceptar es que en principio las reglas de conducta como la buena fe precontractual se articulan mediante el establecimiento de cargas a diferencia de las reglas de validez que se refieren a los presupuestos "volitivos" del negocio jurídico, los que al verse afectados ("viciados") afectan justamente la validez del acto([428]).

593.-Por tal razón contestamos que el artículo 5 de la Ley de Seguros impone una carga estableciendo una regla de conducta y de manera alguna impone reglas de validez, pues en tal caso debería ser considerado una reiteración del régimen general, pues sin como pretenden algunos autores es una especificación de aquel régimen general respecto de un contrato especial no cabría presumirlo y así lo hubiera tenido que exponer la ley en forma explícita. Ciertamente es dable esperar que exhibiendo una lógica coherencia un legislador que ha sido en extremo detallista y reglamentario hubiera tenido que establecer tal

[427] **Duarte Pedro, Rodolfo**, Celebración del Contrato de Seguro, Poliza Falsedad y Reticencia, Ponencia de la AIDA Sección Paraguaya en la VII Jornada Nacional de Derecho de Seguros, Rio Hondo 1996
[428] **D Amico Giovanni**, ob. cit.

especificación con una expresa indicación al régimen general ([429]).

594.-Como el capítulo único del título I del libro segundo del Código de Comercio no regula aquellas situaciones a las que se refieren los capítulos I y II del Libro II, Sección II, Título I del Código Civil, por imperio de lo dispuesto en el artículo 207 de la normativa mercantil la remisión de la ley especial de seguros, debería haberse referido directamente a las disposiciones del Código Civil.

595.-De tal manera la Sección II del Título I, capítulo I de la ley 17418 hubiera tenido que exponer como epígrafe "Vicios de la Voluntad Contractual del Asegurador" y a continuación el artículo 5 expresaría que además de la aplicación del régimen general de los vicios de la voluntad contractual, se regirán por las disposiciones de esta sección aquellos casos en que el asegurador hubiera aceptado la propuesta habiendo incurrido en vicio de error o mediado dolo por cuanto le fuese comunicado acerca del estado del riesgo asegurable, de comprobarse que esa información no se correspondiera efectivamente con el verdadero estado del riesgo.

596.-En tanto que otro argumento expresa: si bien resulta cierto que estamos ante una carga en virtud a la cual el oferente debe declarar veraz y plenamente el estado del riesgo, lo cierto es que el incumplimiento de tal carga produce un vicio en la voluntad del asegurador y por ende invalida la misma permitiendo la impugnación del contrato.

597.-A esto contestamos además de lo expuesto en el punto A), que no resulta cierto que la sanción de nulidad contractual corresponda al vicio de la voluntad provocado por el incumplimiento de la carga de declarar el verdadero estado del riesgo, puesto que si aceptamos la existencia de la carga, entonces lo primero que cabe verificar será la disposición imperativa que la afirma. Nuevamente se evidencia la metonimia y se confunde causa con efecto, sin considerar que la ley establece un efecto al incumplimiento de la carga distinto del correspondiente a los vicios de la voluntad.

---

[429] Pues fácil es advertir que en materia de seguros el legislador ha utilizado reiteradamente las remisiones (art.6 remite al 5 y al 45; art. 7 remite al 5 y al 6; art. 40 remite al 39, el 45 lo hace al 41;el 47 y el 48 remiten al 46;el 49 envía al 56, y éste último remite al 46, otro tanto ocurre en la ley 20091 y mucho más en la 22400 que en varios artículos remita a la ley 20091)

598.-La normativa se impone estableciendo una sanción de nulidad del contrato para aquellos casos en que se hubiera incumplido la carga instituida, sin hacer referencia alguna a un supuesto efecto de la inobservancia de la carga vinculado a los vicios de la voluntad contractual.

599.-Cierto es que el artículo 5 establece un sistema de juicio pericial para vincular el incumplimiento de la carga con la certeza en el conocimiento del estado del riesgo de manera que se hubiese impedido el contrato o se hubiera celebrado en otras condiciones.

600.-Pero a esto también contestamos que, es igualmente cierto que además de cuanto se expusiera sobre el término "cerciorado", tal exigencia se refiere exclusivamente a la gravedad o a la importancia que debe existir en las diferencias habidas entre el estado del riesgo informado y el real estado del riesgo. De tal manera que no observa se haga ninguna indicación a una afectación de la voluntad contractual del asegurador.

Definición y Delimitación del concepto

Concepto genérico de reticencia

601.-Ya nos hemos venido refiriendo al mismo, entonces podemos concluir que el instituto regulado en la ley 17418 bajo el título de "Reticencia" (Título I, Capítulo I, Sección II) establece la carga precontractual por la cual se impone al emisor de la propuesta de contrato de seguro adune a la oferta, una declaración de "todo" cuanto sepa y deba saber sobre el verdadero estado del riesgo, sin omitir o retacear nada, haciendo llegar al asegurador dicha información([430]).

Concepto específico de reticencia

[430] ver **Landel James, Fausses** Declarations et Reticences, Ed. L Argus, Paris, 1982 ; **Revol Sylvie** Declarations Fruduleuses de Risque, Ed. Presses Univ. D Alix Marseille, Marseille, 1984;*Gasperoni (Le assicurazioni ; Milano 1966, p. 72), pone especial énfasis en que el presupuesto para la aplicación del instituto de la reticencia, es que la inexacta representación del riesgo por parte del asegurador puede ser provocada por una declaración incompleta y equívoca , a lo que hay que agregar lo sostenido por Viterbo (ob. cit., p.212), para quien el asegurado es reticente cuando no dice lo que sabe y cuando dice la verdad pero no toda la verdad*. Del voto de Morandi en el fallo que se transcribe en la addenda

602.-En los términos de la actual ley de seguros además, esa declaración total debe ser idónea para que el asegurador sea cerciorado del verdadero estado del riesgo[431]. Y que según el juicio de peritos esa falta de certeza en el conocimiento total del estado del riesgo hubiese impedido el contrato o modificado sus condiciones

603.-De tal manera que a la falta de una total o veraz declaración del estado del riesgo, se agrega también una falta de convicción o certeza en el conocimiento por parte del asegurador, falencia cognoscitiva que será analizada conforme el discutible juicio de peritos.

604.-Pero además hay que destacar que para la ley resulta indiferente si el proponente tuvo la leal creencia (buena fe) de haber declarado veraz y completamente el estado del riesgo, pues en principio se impone objetivamente una comparación de la información suministrada con el verdadero estado del riesgo para verificar su efectiva concordancia

605.-De tal manera que en esta ecuación lógica se debe dar la conjunción de todos los elementos o presupuestos para arribar al resultado nulidad y que analizaremos detalladamente *infra.*

Análisis crítico general del artículo 5 de la Ley de Seguros

606.-Antes de examinar y describir los presupuestos de la reticencia, conviene exponer algunos análisis críticos que en general se

[431] Vivante (Del contrato de seguro , Buenos Aires, 1952, t. I, p. 263), analizando el art. 429 del cód. de com., italiano de 1882 (derogado), dice que se imponen al asegurado dos obligaciones: a) ser exacto en todo lo que dice; b) decir todo lo que sabe. Si viola el primer precepto, comete una declaración errónea, si viola el segundo, comete una reticencia. Pero tanto en un caso cuanto en otro, el asegurador puede pedir la nulidad del contrato si las circunstancias inexactamente declaradas o silenciadas fueron de tanta importancia como para dar un consentimiento que, de haber conocido la verdad, se hubiese rehusado. La nulidad con que sanciona la ley el seguro concluido por error por la compañía, tiene la finalidad de restituir las cosas al estado en que se encontrarían de no haber sido inducida a hacer el contrato, y quita al asegurado el beneficio de un contrato que no hubiera obtenido si hubiera abierto los ojos del asegurador sobre toda la entidad del riesgo. Donati (Trattato , cit., t. II, p. 310), sostiene que la violación puede consistir: a) en una declaración reticente, cuando una circunstancia que debe ser declarada e influyente sobre el riesgo no es declarada del todo, enteramente o bien es declarada de modo incompleto o no claro ; b) hay declaración inexacta cuando una circunstancia que debe ser declarada por su influencia sobre el riesgo, es declarada de una manera que no corresponde a la verdad. Del voto de Morandi que se transcribe en la addenda

pueden efectuar de este primer artículo que la ley titula:"Reticencia concepto".

607.-Inicialmente resulta extraño que luego de haber acometido la discutible definición en el texto legal del contrato de seguro y de denotar el concepto de cada una de las cargas impuestas en todo el cuerpo normativo, se haya omitido hacer otro tanto con la carga precontractual de declarar el estado del riesgo.

608.-Si bien en la exposición de motivos se hace expresa mención al antecedente del artículo 498 del Código de Comercio (el cual tampoco contenía tal denotación conceptual), lo cierto es que los demás antecedentes históricos ya analizados, el derecho comparado más actualizado y la doctrina local de cada una de esas legislaciones se mostraron siempre favorables a una definición y establecimiento de la carga, como también de una concreta vinculación entre las declaraciones del oferente y el formulario de interrogatorio que le debe suministrar el asegurador.

609.-Así destacamos el artículo 992 del *Código Boliviano* establece que el asegurado([432]) está obligado([433]) a declarar objetiva y verazmente los hechos y circunstancias que tengan importancia para la determinación del estado del riesgo, tal como lo conozca, en su caso, mediante cuestionario proporcionado por el asegurador. Para luego en la siguiente disposición establecer el concepto de reticencia.

610.-El artículo 880 del *Código de Comercio de Guatemala*, también dispone en un solo artículo que el solicitante([434]) está obligado a declarar por escrito al asegurador, de acuerdo con el cuestionario respectivo, todos los hechos que tengan importancia para la apreciación del riesgo, en cuanto puedan influir en la celebración del contrato, tales como los conozca o deba conocer en el momento de formular la solicitud.

611.-El Artículo 8 de la *ley Federal Mexicana de Seguros* dice que el proponente estará obligado a declarar por escrito a la empresa

[432] Debió decir proponente o asegurable, ya que sin que se hubiera aceptado la oferta todavía no reviste el carácter de asegurado.
[433] Tampoco corresponde exponer la posibilidad de obligaciones precontractuales, en su lugar debió decir "debe" estableciendo claramente la imposición de un débito propio de las cargas
[434] Destacamos que la lógica jurídica de la normativa guatemalteca no le atribuye al asegurable el carácter de oferente o proponente contractual sino el de solicitante de celebración contractual

aseguradora, de acuerdo con el cuestionario relativo, todos los hechos importantes para la apreciación del riesgo([435]) que puedan influir en las condiciones convenidas, tales como los conozca o deba conocer en el momento de la celebración del contrato, en tanto completa el siguiente que si el contrato se celebra por un representante del asegurado, deberán declararse todos los hechos importantes que sean y deban ser conocidos del representante y del representado

612.-Por otra parte la legislación de seguros del *Estado de Nueva York de los Estados Unidos de Norteamérica* nos informa en la sección 3105. que el asegurado efectuará una declaración al asegurador de un hecho pasado o presente, o del solicitante, antes de la conclusión del contrato del seguro para que el asegurador acepte celebrarlo. Una falsedad es una manifestación inexacta, pero ninguna falsedad evitará cualquier contrato de seguro a menos que la tal falsedad fuera material. Ninguna falsedad se juzgará material a menos que el conocimiento por el asegurador de los hechos falseado habría llevado a una negativa por el mismo para hacer tal contrato.

613.-Pero lo más importante es el inciso c) en el que se determina la materialidad por intermedio de las preguntas a que fuera sometido el contratante y las prácticas del asegurador en riesgos similares.

614.-También resulta destacable la regulación *española* que obra concordante con la tendencia comunitaria cuando establece por medio de la ley 21/1990 que " El tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. Quedará exonerado de tal deber si el asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se trata de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no están comprendidas en él. El asegurador podrá rescindir el contrato mediante declaración dirigida al tomador del seguro en el plazo de un mes. Corresponde al asegurador, salvo que concurra con dolo o culpa grave por su parte, las primas relativas al período en curso en el

[435] Débese destacar que en principio es correcto que haya impuesto la carga al "proponente", demostrando que acierta en considerarle precontractual, sino que además afirma un principio que luego desarrollaremos, ya que no indica que la apreciación deba ser hecha por un determinado asegurador, ni siquiera el que la recibe, sino que establece una indeterminación propia del justo medio, de lo que es lógico ordinario y común en un determinado lugar y tiempo.

momento que haga esta declaración. Si el siniestro sobreviene antes de que el asegurador haga esta declaración a la que se refiere el párrafo anterior, la prestación de éste se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocida la verdadera entidad del riesgo. Si medió dolo o culpa grave del tomador del seguro quedará el asegurador liberado del pago de la prestación.

615.-Igualmente el artículo 1058 del *Código de Comercio de Colombia* impone que el tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinen el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador. La reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieran retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro. Si la declaración no se hace con sujeción a un cuestionario determinado, la reticencia o la inexactitud producen igual efecto si el tomador ha encubierto por culpa, hechos o circunstancias que implique agravación objetiva del estado del riesgo. Si la inexactitud o la reticencia provienen de error inculpable del tomador, el contrato no será nulo, pero el asegurador sólo estará obligado, en caso de siniestro, a pagar un porcentaje de la prestación asegurada, equivalente al que la tarifa o la prima estipulada en el contrato represente respecto de la tarifa o la prima adecuada al verdadero estado de riesgo, excepto lo previsto en el artículo 1160.

616.-Por su parte y siguiendo una similar regulación a la de nuestra ley sin establecer relación alguna entre las declaraciones y el formulario conteniendo el interrogatorio suministrado por el asegurador, está el *Código Chileno* que establece en el artículo 556 que el asegurado ([436])que el asegurado está obligado a declarar sinceramente todas las circunstancias necesarias para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión de los riesgos y el 557 indica que el seguro se rescinde por las declaraciones falsas o erróneas o por las reticencias del

[436] En este artículo se verifican varias diferencias sustanciales con nuestra ley: a) se refiere al asegurado y al contratante, tomador u oferente, por lo cual se podría interpretar que la declaración es posterior a la celebración del contrato, b)ratificando lo antedicho establece una obligación de declarar y no una carga, de manera tal que incumplida daría acción al asegurador para reclamar el cumplimiento compulsivo, c) concordante con lo antes expuesto el inc. 1ro que nos ocupa impone identificar la cosa asegurada y no la asegurable, de manera que estaríamos ante una evidencia más que la obligación declarativa nace una vez concluido el contrato y ante la existencia de una cosa ya asegurada. Definitivamente el art. 557 siguiente establece como causal de rescisión y no de nulidad la existencia de declaraciones falsas o erróneas (expresión muy mejorada de objetividad sobre la de nuestra ley que expresa: "aun hechas de **buena fe**") o reticentes.

asegurado, acerca de aquellas circunstancias que, conocidas por el asegurador, pudieran retraerle de la celebración del contrato o producir alguna modificación sustancial en sus condiciones.

617.-También el artículo 18 de la *ley de Seguros de la Federación Rusa*, sigue la línea normativa que prescinde establecer relación alguna entre las declaraciones y el formulario conteniendo el interrogatorio suministrado por el asegurador, cuando indica que el asegurado([437]) se obliga informar al asegurador, bajo pena de dar por concluido el contrato de seguro, sobre todas las circunstancias conocidas por el asegurado que sean significantes para asegurador

618.-Por último y en esta misma tendencia el añoso *Código Civil Brasileño* en su artículo 1444 mantiene esa vieja y ya superada regulación, que lamentablemente sigue nuestra ley.

Toda declaración

619.-El artículo 5 subexámen, comienza con esta expresión referida a "toda declaración", la cual entendemos debe ser precisada y analizada. Resulta "toda" un adjetivo singular que cuando es seguido de un sustantivo singular sin articulo (declaración) toma de ese sustantivo el valor de plural y por tanto se puede colegir:

.- Que la norma se habría referido ciertamente a "todas las declaraciones". Esta inicial contestación no da respuesta suficiente al interrogante referido a la razón en el uso del plural cuando la información sobre el estado del riesgo se suministra, de consuno, en un solo acto y mediante una única declaración. Quedando entonces por resolver la forma de interpretar la expresión normativa en los casos que el acto declarativo fuera uno sólo, aún cuando contuviera múltiples interrogaciones, y como desentrañar el sentido en los casos que se presenta una sola declaración que contiene una respuesta a la única pregunta.

.- También se puede entender que "todas" se refiere a las formas declarativas, así fueran estas verbales o escritas, o bien a los tipos según la información fuese suministrada espontáneamente por el proponente o

[437] La versión inglesa consultada parece referirse al asegurado y no al asegurable

rendida sobre la base del interrogatorio que le suministrase el asegurador. También puede referirse a aquellas otras declaraciones que se deben suministrar complementariamente y más allá de las requeridas en el formulario de preguntas.

.- Otra interpretación se puede referir a la vinculación de la palabra "todas" con las circunstancias declaradas y por lo tanto aceptar que el adjetivo en su forma plural se está utilizando como sinónimo e indicando al término "cada". Así la lectura que se impondría habría de ser que "cada" circunstancia declarada debe ser veraz y completamente informada. Pero en ese caso la aparente omnicomprensión declarativa habrá que analizarla restrictivamente y entenderla en relación a lo que esté vinculado con lo que fuera mínimamente necesario para que el asegurador fuera cerciorado del verdadero estado del riesgo. Así dejaría de ser "toda" para ser "aquellas" declaraciones necesarias para que el asegurador fuera cerciorado.

.- Otra interpretación de "toda" puede referirse implícitamente a las cualidades de lo "declarado" y entonces entender que la norma pretende afirmar terminantemente que no se hace distinción respecto que lo declarado se refiera a las cualidades esenciales, accidentales o accesorias del estado del riesgo, o las circunstancias intrínsecas, extrínsecas, propias o ajenas, directas o indirectas.

.- Y una última posibilidad sería desestimar cualquier significado jurídicamente trascendente a dicha expresión y concluir que la misma tuvo un mero sentido coloquial. Así por ejemplo verificar si reemplazando el adjetivo "toda" por el pronombre "la" pudiera resultar que no cambiase sustancialmente el sentido del artículo([438]. Pero a poco que verificásemos realmente el resultado de la sustitución comprobamos que de esta manera no resolvemos la cuestión subexamen sino que la eliminamos y realmente se modifica el significado.

[438] *"LA"* declaración falsa o *"LA"* reticencia de circunstancias conocidas por el asegurado, aún hechas de **buena fe**, que a juicio de peritos hubiesen impedido el contrato o modificado sus condiciones si el asegurador hubiese sido cerciorado del verdadero estado del riesgo..."

620.-Por todo lo expuesto forzoso resulta concluir que la palabra "toda" tiene una multivocidad que dificulta en sumo grado su uso e interpretación, máxime cuando se omitió establecer una descripción y definición de la carga referida al "debito comunicacional de informar sinceramente todo el conjunto de las circunstancias sobre el estado del riesgo.

621.-Por nuestra parte entendemos que para comprender el significado de la expresión en el uso dado por el legislador, ésta se debe vincular con aquella otra que indica: "aun hechas de buena fe". O sea "toda comunicación" diligentemente rendida (fuera espontánea, sobre la base del interrogatorio o espontáneamente complementarias del mismo) sobre circunstancias del estado del riesgo (circunstancias esenciales, accidentales o accesorias, intrínsecas, extrínsecas, propias o ajenas, directas o indirectas) y "aun aquellas hechas de buena fe". Todas estas formas y tipos deben "comunicar" el estado del riesgo y relacionarlo objetivamente con el conocimiento del asegurador.

622.-Otra cuestión que también tiene su importancia y a la cual nos hemos referido *ut supra* es al vocablo "declaración". Este proviene del vocablo latino *"declaratio"* , el que a su vez derivada del verbo *declarare,* originado por la composición del prefijo *de-* y del adjetivo *clarus* que significa anunciar en alta voz. Por tanto entendemos que inicialmente pareciera que el legislador ha limitado el acto informativo a una única forma comunicacional referida a la fonética.

623.-Por su parte comunicar (*del lat. communico*) que significa hacer a otro participar de lo que uno tiene, es descubrir y manifestar o hacer saber a otro una cosa y tiene como raíz el "compartir" hacer "común", que en nuestro caso se refiere al conocimiento sobre el estado del riesgo.

624.-Declarar es una de las maneras de la comunicación, es un hecho que entre los hombres también se puede realizar mediante otras formas simbólicas no fonéticas o gráficas, tales serían las comunicaciones informativas mediante el uso de gestos (que algunos denominan mímicas), o bien mediante la mera exhibición física de una cosa o persona.

625.-Así mismo entre las comunicaciones gráficas existen muchas que no resultan propiamente declarativas, tales como las radiografías, electrocardiogramas, electroencefalogramas,

miogramas, tomografías axiales computadas, resonancias magnéticas, reproducciones fílmicas y fotográficas.

626.-Por tal motivo corresponde dar una interpretación mucho más amplia a la carga precontractual y concluir que se refiere a todas aquellas representaciones simbólicas fonéticas, gráficas, instrumentales, gestos y demás formas por las cuales el proponente cumple su carga de "comunicar" al asegurador el estado del riesgo.

627.-Pero además cabe resolver aquellos casos que revelan una laguna de la ley y se refiere a las situaciones en las cuales objetivamente y con evidencia manifiesta denotan que el asegurador se manifestó expresamente o evidenció tácitamente no estar interesado en recibir ninguna información sobre el estado del riesgo o exteriorizan una insuficiente voluntad de querer ser cerciorado del verdadero estado del riesgo.

628.-A la luz de algunos casos jurisprudenciales haremos un análisis particular que de alguna manera nos permita concordar con la inducción con que se han elaborado principios como normas de Derecho en la materia([439]).

<u>Caso 1</u>:

629.-El asegurador entrega al proponente (o solicitante ([440])) un formulario conteniendo una mono-interrogación la cual requiere solamente se comunique si "Se considera sano".

.- No cabe sancionar el deber de informar aquello que no considera la empresa aseguradora como un elemento

[439] Debiéndose destacar que *En materia de seguros la interpretación de la prueba de la reticencia ha de ser restrictiva, inclinánsoe en caso de duda a favor del asegurardo* CNACyC Santiago del Estero Marzo 11-1990 Abraham Edic Amilcar c/Caruso Cía de Seguros Sentencia 10653 SAIJ sumario Z0105287

[440] Naturaleza jurídica que podemos atribuirle a las personas que desean incorporarse al grupo de asegurados de un contrato de seguros de vida colectivo. Ciertamente el contrato se haya celebrado entre el asegurador y el proponente o tomador, en tanto que los asegurados se incorporan voluntaria u obligatoriamente, según fuera el caso, sobre la base de cumplimentar ciertos requisitos de selección de riesgo. Una operatoria muy común de este tipo de seguros se ver funcionar en aquellos grupos de ahorro para fines determinados, en los cuales el administrador o mandatario del grupo contrata el seguro y quienes suscriben los contratos de incorporación al grupo de ahorro que resultan a su vez solicitantes de los seguros de vida colectivo que en caso de fallecimiento de esa persona, habrá de satisfacer el pago de las cuotas pendientes a vencer a partir del óbito.

alternante del estado del riesgo (CNCom., sala A, marzo 19-976 ED 68-406)

.- *Cuando la compañía aseguradora propone taxativamente un pliego de preguntas por ella estimado como bastante, bien poco ecuánime sería que el seguro quedara afectado de nulidad, nada menos, por reticencia en algún aspecto ajeno a aquel pliego, que en su hora, cuando se trataba de contratar parecía plenamente satisfactorio (Capel CC Rosario, Sala III, octubre 16-968 Piccinini Felipe c/Instituto Italo Argentino de Seguros* (Rep. LL. Año 1969 p. 2029)

.- *Es un error considerar sano al individuo por el solo hecho de que no se confiesa enfermo: el asegurador cae en culpa - más o menos grave según el caso- cuando del silencio deduce la afirmación de buena salud* (CNACom. Sala B, mayo 14-958 LL 93-219)

630.-En síntesis y tal como indica Halperin([441]) sobre este punto cabe señalar el agudo considerando con que el Juez Estrada rechaza un pedido de nulidad de seguro de vida, sobre la base de una pretendida falsedad de la edad del asegurado, en cuya prueba había exteriorizado la aseguradora una diligencia extrema:" Las compañías de seguros que poseen tan poderosos medios de información cuando llega la oportunidad de pagar, debieran emplearlos con más provecho cuando van a contratar" (Jurisp. Trib. Nac. Octubre 1911, p. 285) y entonces por inducción dejar establecido que:

> *El proponente tiene el deber de actuar lealmente y comunicar a aquel al cual hace llegar su oferta de contrato de seguro, toda información que ese asegurador le haya hecho creer era necesaria para conocer el verdadero estado del riesgo.*

<u>Caso 2</u>:

631.-El asegurador no efectúa requerimiento informativo alguno a partir de publicitar una forma en extremo simplificada de contratación y da por concluido el contrato sobre supuestos alternativos referidos a determinados estado del riesgo, referidos

[441] **Halperin Isaac** Importancia del hecho falseado u ocultado al asegurador, reticencia como causa de nulidad del seguro, en Rev. L.L. t. 6 p. 726

a supuestas comunicaciones informativas que no le fueron requeridas al asegurable, y que además éste nunca realizó. Así por ejemplo existen redacciones contractuales que indican: "El presente contrato se extiende en virtud a que la vivienda particular de material ladrillo posee rejas en las ventanas y cerraduras doble paleta, pero si no las posee las indemnizaciones correspondientes se reducirán en un determinado porcentaje", o bien "El presente contrato se extiende en virtud a las declaraciones realizadas por el asegurado referidas a la existencia de rejas en las ventanas y cerraduras doble paleta, si no poseyera estas medidas de seguridad queda suspendida la cobertura hasta que la vivienda se ajuste a estas exigencias"([442]).

.- Aceptar que la aseguradora invoque reticencia basada en la ocultación del destino del automotor cuando emitió la póliza sin el dato correspondiente, es violar el principio de la buena fe que debe imperar en todo contrato de seguro (CNACom. Sala E, julio 25-984, Rev. L.L. 1985-A, 148).

.- Los contratos de formulario deben ser interpretados a la luz de las normas de la ley de protección al consumidor (art. 1 y 2 ley 24240) esto es en el sentido más favorable al consumidor, receptando de esa manera el principio de "favor debilis". (JUBA CCO101 MP 100301 RSI CARATULA: Gonzalez, María Ester c/ Persa S.A. s/ Cumplimiento de contrato Indemnización daños y perjuicios PUBLICACIONES: ED 174, 494 - LLBA 1998, 389 - LL 1998 B, 170.

.- En la etapa precontractual de la solicitud al sistema de tarjetas de crédito, el oferente está obligado, conforme la regla de la buena fe a informar a la otra parte sobre las circunstancias de hecho y de derecho relativas al contrato, que puedan tener aptitud para influir sobre su decisión a aceptar. En la práctica las instituciones crediticias no cumplen con este deber de información, limitándose a la comunicación de datos referidos a las ventajas de la utilización del sistema, omitiendo las cuestiones relativas a

[442] Como ocurre con los seguros combinado familiar y que concretamente hacia fines del año 2001 publicitaban el asegurador La Caja indicando que la celebración del contrato se podía concluir por teléfono o Provincia Seguros que anunciaba que en caso de contratarse el seguro de la rama automotor el correspondiente a la vivienda era "gratuito" y automático con sólo indicar su ubicación y si era vivienda de material ladrillo o de madera, inclusive aquellos que se pueden requerir en supermercados o estaciones de servicios.

la ejecutabilidad de la deuda, conformación del título, tasas aplicables y procedimiento para su cálculo, no adecuándose, los contratos de adhesión conformados por la "solicitud de tarjeta" a las pautas derivadas de la ley de defensa al consumidor (JUBA CCPLEN MP 106754 RSD 322-98 P 10-11-1998 CARATULA: Banca Nazionale del Laboro S.A. c/Valentin Carlos Héctor y otro s/ejecución. Publicaciones LLBA 1998, 1398).

.- Además de estos antecedentes jurisprudenciales resulta conveniente destacar que las leyes 17418 y 22400 se han visto modificadas (o bien complementadas) por los decretos 855/94 y su resolución reglamentaria([443]).

632.-En este caso también cabe concluir que ese leal actuar diligente de los contratantes es un camino de doble vía, el asegurador debe informar lo más ampliamente posible, fuera de manera directa (por medio de sus dependientes) o indirectamente (por medio de los productores asesores de seguros con los que se vincula) la existencia de la carga que impone al proponente el deber de comunicar determinadas características referidas al estado del riesgo y que le resulta técnicamente necesarias conocer. Realmente y tal como lo desarrollaremos *infra* no se satisface este débito con la mera transcripción del artículo 5 de la ley 17418 en los formularios que de consuno se entregan a los proponentes para que estos los completen. Así se induce nuevamente que:

El Asegurador debe procurar informar al asegurable de la manera más simple y ampliamente posible que éste tiene el deber de actuar lealmente y comunicar toda información que ese asegurador le haya efectivamente requerido y hecho creer era necesaria para conocer el verdadero estado del riesgo

[443] Decreto 855/94 Libéranse las restricciones establecidas en la ley 22400 Del 3 de junio de 1994 Publicado en el B. O. el 8 de junio de 1994 1. Las restricciones que respecto de la intermediación de seguros se establecen en la ley 22400, no son aplicables a aquellas operaciones de seguros que se ofrezcan al público en general y que se encuentren inscriptas en un registro especial que a tales efectos habilitará la Superintendencia de Seguros dentro de los sesenta (60) días posteriores al dictado del presente decreto. En igual plazo, este organismo dispondrá en qué ramas podrá operarse bajo la modalidad antes referida incluyendo las pautas generales que deberán reunir tales contratos para obtener su inscripción en el referido registro. 2. La Superintendencia de Seguros evaluará la factibilidad de establecer un régimen general que permita optimizar los actuales sistemas de percepción y liquidación de cobranzas de las entidades aseguradoras, y propondrá al Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos las normas que estime correspondan para su instrumentación. 3. Comuníquese, publíquese, dése a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese

Caso 3:

633.-El asegurador recibe una declaración con manifiesta evidencia de ser reticente, por carecer de respuesta concreta a determinadas preguntas que obraban en el cuestionario entregado *ad hoc* por el mismo asegurador al proponente. No obstante lo cual y sin requerimientos suplementarios para completarle, o actividad para verificar por otros medios el verdadero estado del riesgo (vgr. someter al proponente a examen médico) concluye el contrato, evidenciando desinterés frente a la declaración incompleta.

.- Figurando en blanco el casillero destinado a declarar el uso del vehículo, en la correspondiente solicitud, ello demuestra que para la aseguradora no tenía trascendencia el destino del vehículo y que si emitió la póliza sin que se aclare la circunstancias, ahora no puede invocar la pretendida reticencia (CNACom.,sala E, julio 25-984. Cassaglia Pedro a c.Betania Coop. de Seg., Rev. L.L 1985-A 148).

.- Si en la planilla de declaraciones del solicitante del seguro se responde negativamente a todas las preguntas, entre ellas haberse hecho análisis de sangre u orina, y así por el estilo, declaraciones que, aun en esta época, resultan claramente anormales, y frente a tales contestaciones no intentó someterlo a un examen médico sino que, por el contrato, decidió lisa y llanamente contratar, resulta evidente que las mencionadas circunstancias dan un cariz especial a la contratación, cuyas consecuencias debe ahora asumir íntegramente. Cuando se trata de seguro sin reconocimiento médico no es aceptable que la reticencia atribuida al asegurado se juzgue con estrictez mayor que la disposición del asegurador a tomar dicho seguro. (CNACom., sala C, junio 6.974, Grinberg de Wolberg Beatriz y otros c/El Mundo Cia de Seguros, Rev. L.L. 156-127).

.- Si el asegurador extendió la póliza, tolerando que el asegurado omita la contestación a determinadas preguntas o sin formularlas, no puede invocar después que el asegurador ha incurrido en ocultación (CApel. CC Rosario, sala III, abril 23.964 Rep. LL XXVII, 1724 sum 14).

.- Nulo e o pacto securitario diante de reticencias, falsas ou contraditorias declaraçoes quando estas possam induzir a erro. Abstendo-se a empresa de colher informaçoes que cofirmen. neguem ou conpletem as resposatas ao questionario, entende-se que renunciou fazer valer a nulidade, ainda mais quando recebeu regularmente o premio. Irrecusavel, nessa conjuntura, a cobertura do evento (TJSC AC una. Da 1ra. Cam. Civ. Publi em 07-11-1994 ap 44.613 Seguros Gerais S.A. c/ Benilde Colzani

634.-De estos antecedentes jurisprudenciales podemos inducir que el asegurador debe desplegar una conducta diligente y activa frente a la comunicación informativa que emite el proponente, asumiendo las consecuencias de las omisiones en el estudio y análisis pormenorizado de la misma y por tanto concluir que:

El Asegurador debe procurar informar al asegurable de la manera más simple y ampliamente posible que éste tiene el deber de actuar lealmente y comunicar toda información que ese asegurador le haya efectivamente requerido y hecho creer era necesaria para que actuando diligente y activamente pueda y deba efectivamente conocer el verdadero estado del riesgo.

Caso 4:

635.-El asegurador efectúa un completo examen médico al proponente de un seguro individual de vida, al cual no le solicita declaración alguna sobre el estado del riesgo (o sea que sólo se le requiere comunique algunos antecedentes familiares, hábitos como fumador o tomador de alcohol, etc.), pero el solicitante se presenta al profesional examinador simulando un estado psicofísico mejor al real. O sea que no habría existido "declaración" falsa ni reticente, sino una "comunicación" falsa o reticente.

a) Al ponerse el asegurado a disposición del médico designado por el asegurador los errores o deficiencias corren por cuanta del último. El Médico del asegurador no debe limitarse a recibir una confesión lacia sobre el estado de salud, sino que debe investigar exhaustivamente, teniendo la finalidad de determinar cual es la probabilidad

> *mínima de vida. El examen médico debe presumirse serio y completo.* (Capel. CC Rosario, sala II, set. 1-969 Novo de Lucaioli Irma c/La Unión Gremial, Rev. LL 137-243, JA 970-7-782)

636.-De lo cual cabe inducir también que el asegurador debe desplegar una conducta diligente y activa para investigar y conocer el verdadero estado del riesgo. Como se demostrará oportunamente no resulta cierto el presupuesto que reiteradamente esgrimen determinados autores en defensa de una extrema interpretación del instituto en favor de una posición totalmente pasiva del asegurador invocando supuestas dificultades o imposibilidad del mismo en procurarse el conocimiento del estado del riesgo, por cierto con el concurso del proponente.

637.-En definitiva la expresión "toda declaración" con la que comienza el artículo 5 de la ley 17418 debe entenderse referida a:

> *Cualesquiera comunicaciones que el asegurador haya informado previamente* (al proponente) *resultan técnicamente requeridas y haya hecho creer eran necesarias o solicitase le efectué para procurar que investigando y actuando el mismo asegurador diligente y activamente pudiera, debiera y le permitiera efectivamente conocer el verdadero estado del riesgo.*

Toda declaración falsa

638.-Ahora nos cabe analizar el último de los vocablos con los cuales se completa la expresión subexamen y referido al calificativo "falsa" con la cual se intentó indicar la discordancia entre lo que concluye conociendo el asegurador y lo conocido por el proponente al efectuar la comunicación informativa sobre el estado del riesgo.

639.-El uso del vocablo "falsa" ha sido explicado y justificado en el sentido que brinda la lógica para calificar a lo que resulta contrario a aquello que es verdadero. De manera se ha de comprobar entonces la existencia de una discordancia entre el estado del riesgo declarado y las cualidades significativas del estado del riesgo al momento de hacerse aquella declaración.

640.-Pero, cabe aclarar cual es el concepto de "verdad" y "falsedad" a la cual se ha referido la norma, pues en esto también se impone la mejor denotación conceptual y de tal manera siguiendo a Santo Tomas ([444]) podemos inicialmente enunciar que la verdad es la adecuación o conformidad del intelecto y la cosa, esa adecuación se da formalmente en el acto del juicio verdadero, el que se afirma ser lo que es y no ser lo que no es, es el acto de ser de la cosa, la causa de la verdad del conocimiento que tenemos de la cosa ([445]).

641.-Este es el núcleo de la concepción objetivista u ontológica del conocimiento, que constituye la plataforma básica del sentido común ([446]). En definitiva se reafirma nuestra postura respecto de la vinculación útilmente necesaria entre la "cosa" asegurable (*latu sensu*) y el conocimiento que de su estado debe tener el asegurador.

Reticencia

642.-En cuanto al vocablo reticencia la ley no le da similar tratamiento que al precedentemente expuesto y referido a toda declaración falsa. Ciertamente podría entenderse que en este caso también la norma se refiere a una declaración realizada en forma incompleta, omisiva, guardándose el declarante información, pero si así fuera el caso la ley hubiera manifestado entonces:" toda declaración falsa *o reticente"*, lo que por cierto no ocurre.

643.-El concepto de reticencia resulta entonces mucho más significativo y amplio que aquel referido a lo "declarado" inexactamente, pues la cuestión referida a todas las omisiones se refiere de tal manera a toda forma comunicativa, fueran estas declarativas o fuese el permitir en forma amplia la inspección de la cosa, o bien el someterse lealmente a los exámenes médicos. Podemos entonces concluir que la norma impone una acción de máxima lealtad, exactitud y plenitud comunicativa

Circunstancias conocidas

[444] Santo Tomas de Aquino, Suma Teológica, I, 16 ob.cit.
[445] Santo Tomas de Aquino, ob. cot. I, 16 ad 3, in I Sent 19.5.1. ob.cit.
[446] **Cravero Jos M.J.** El Tomismo en la filosofía contemporánea de la economía, Ed. EDUCA, Buenos Aires, 1997, p.44

644.-Inicialmente esta expresión circunscribe y especifica el ámbito comunicativo respecto de la "cosa" sólo a las circunstancias de la misma, lo que por cierto ha de entenderse referido tanto a las cualidades intrínsecas, como también a las extrínsecas que se vinculan con la misma.

645.-No se limita la actividad comunicativa a describir la cosa y sus cualidades([447]) sino también todo aquellas situaciones que particularmente determinan la ubicación de la cosa en un contexto general y más amplio de cosas ([448]).

646.-Pero a poco que se observe la calificación de cual de todas las circunstancias de la cosa exige la norma deben ser comunicadas verificamos que sólo las "conocidas" por el comunicador([449]).

[447] Así respecto de un objeto su antigüedad, estado de conservación, antecedentes que lo hubieran afectado. En el caso de coberturas referidas a conductas de terceros (hurto, robo, deslealtades) si existieron intentos anteriores de desapoderamiento, si algunos tuvieron éxitos parciales. En los seguros de personas todo el historial médico y aún aquellas situaciones que si bien no requirieron atención profesional resultan "molestias" crónicas.

[448] Así para el caso de un seguro de incendio, no existiera identidad entre dos viviendas particulares de material ladrillo de planta baja y primer piso, de igual antig edad y conservación, si una de ellas tiene medianera de por medio a un depósito de maderas, en tanto el otro tiene por vecinos otras viviendas particulares. Tampoco en el caso de un seguro de personas, no habría identidad entre dos personas de la misma edad, estado psicofísico hábitos y ocupación, si uno de ellos gerente de personal al igual que el otro, se desempeña en una empresa que ha tenido graves conflictos gremiales, en virtud a los cuales este gerente habría recibido serias amenazas de muerte y antecedentes de frustrados atentados al tal efecto.

[449] Pero no obstante esa orientación objetiva de la ley 17.418; tanto la jurisprudencia como la doctrina, se han inclinado por sostener que debiendo la reticencia aplicarse solamente respecto de aquellas circunstancias conocidas por el asegurado y que éste las oculte o declare incorrectamente, sin importar que ello suceda aún de **buena fe** y en la creencia de que ellas carecían de importancia-, la reticencia, por lo menos, debe ser culposa, ya que no puede declararse cuanto se ignora *(ver Donati, Trattato del Diritto delle Assicurazioni Privati , Milano 1952-1956, t. II, p.312; Viterbo, Las declaraciones del asegurado , Ensayos de Derecho Comercial y Económico , Buenos Aires, 1948, p. 213; Halperín, Seguros. Exposición crítica de las leyes 17.418 y 20.091 , edición actualizada por J. C. F. Morandi, Buenos Aires, 1983, T. I, ps. 276/277; Morandi, La reticencia y la falsa declaración precontractual en el seguro de vida y la incontestabilidad del contrato en la legislación argentina , Etudes ofertes a Antigono Donati , Roma 1970, t. I, p. 378).No podría llamarse reticencia, la omisión por parte del contratante de hechos ignorados por él y, la nulidad del contrato no procedería porque habría faltado la ocultación (ver Lafaille, Seguro de vida a favor de tercero , Buenos Aires, 1907, p. 154). La expresión* ***buena fe*** *utilizada por la ley, no puede interpretarse pues como un deber de declarar lo que se ignora porque no puede callarse ni declararse falsamente aquello que no se conoce (ver CNCom., Cap., octubre 13-1937, autos Hall, Orosman H. C. Sun Life Assurance Cº of Canada , LL, 8-1083; ídem, octubre 20-1937, autos Salvai, Juan c. Compa ía Aseguradora Argentina, LL, 8-1104); si bien cabe destacar que es necesario que esa ignorancia no sea culposa o negligente por parte del asegurado (ver CCom., Cap., mayo 6-1929, autos Suárez de García, Enriqueta c. La Rural, Compa ía de Seguros , GF, 80-80; ídem, mayo 14-1958, in re, Mercado Luisa O. Comaschide c. Sud América, Cía. de Seguros , JA, 1960-1-110, Morandi, El riesgo en el contrato de seguro , Buenos Aires, 1974, p.104).,*del voto de

Esto ha llevado a que algunos autores entiendan que de esta manera se subjetivizaba aquella formula inicialmente objetiva de vicios de la voluntad que ellos mismos atribuían como naturaleza jurídica del instituto, mas como nosotros hemos refutado esa concepción, entendemos que real y lógicamente lo establecido en esta tan poco feliz formulación ha sido la necesaria culpabilidad del incumplidor de la carga comunicativa.

647.-Por otra parte otros autores expresan que la correcta interpretación de esta formula debería concluir que las circunstancias que deben ser comunicadas no son solamente las conocidas sino que también aquellas que el comunicador debería haber tenido que conocer actuando diligentemente.

648.-En definitiva quien no comunica por que desconoce en virtud a un actuar negligente, incurre en culpa y como ya dijimos la norma requiere una inobservancia culposa o dolosa de la carga comunicativa para concluir con la sanción establecida.

649.-Es que quienes así se manifiestan respecto a la comunicación relativa no sólo a lo conocido sino también a lo que se debería conocer, incurren en una defensa de la formula que hemos calificado de poco feliz.

650.-Al ser preferible que el legislador teniendo similar idea que otros antecedentes del derecho comparado([450]) lo hubiera escrito siguiendo esos más depurados estilos, no podemos aceptar que en pos de defender o intentar superar el error de estilo se establezca toda una teoría que le hace decir a la norma lo que ella no dice, aumentando la confusión.

651.-Tampoco aceptamos la tesis de quienes sobre la base de una estricta concepción positivista encerrada exclusivamente en las palabras de la norma desechan todo aquello que el comunicador debería haber tenido que conocer actuando diligentemente, pues en alguna medida incurre en el mismo fallo que aquellos otros antes analizados al limitar su análisis a esta formulación

---

Morandi en el fallo que se transcribe en la addenda

[450] El artículo 1892 del Código Civil Italiano dice: *Dichiarazione inesatte e reticenze con dolo o colpa grave Le dichiarazioni inesatte e le reticenze del contraente relative a circostanze tali che l assicuratore non avrebbe dato il suo consendo o no lo havrebbe dato alle medesime condizione se avesse conosciutto il vero stato delle cose, sono causa dei annullamento del contrato quando il contrente ha agito con dolo o colpa grave...*

normativa que solamente quiso imponer la sanción por el incumplimiento de la carga a un actuar culposo o doloso. ([451])

Quien debe conocer las circunstancias y comunicarlo

652.-Aquel que en los términos de la ley resulta el oferente es en principio el que debe cumplir la carga de comunicación para que el orden normativo le reconozca al acto jurídico de la oferta suficiencia y plena validez. El proponente cuya oferta es aceptada resulta el co-contratante llamado "tomador" fundamentalmente para diferenciar su carácter de celebrante contractual de aquel otro que corresponde al asegurado, que resulta ser el titular del interés asegurado (pudiendo muchas veces coincidir sendos caracteres en una misma persona([452])).

653.-Por tanto el primer obligado al cumplimiento de la carga es el tomador, sea que contrate por cuenta propia o ajena, solo o con otros, sea personalmente o por medio de representante, pero como la ley también impone este deber al asegurado se plantean algunas cuestiones al respecto, fundamentalmente trataremos el caso del asegurado incapaz y aquellos en que el carácter de asegurado se encuentra en cabeza de varias personas.

.- Incapaz

654.-El artículo 10 no efectúa ninguna distinción respecto del tipo de representación a la cual se refiere y a las cualidades del representado y como justamente éste no es quien celebra el contrato puede ocurrir que la actuación de un representante se vea impuesta por la incapacidad de hecho de aquel.

655.-De conformidad con lo establecido en los artículos 127, 152 bis, 897 y 921 del Código Civil no obstante la incapacidad de hecho del asegurado pesa sobre éste el deber de cumplir la carga comunicacional si fuera menor púber, demente en intervalo lúcido al tiempo en que su representante celebra el contrato de

[451] Conclusión que se condice con la lógica que impera en toda la temática referida al tema de cargas en la ley de seguros. Así el artículo 36 dice: "...si el incumplimiento obedece a su culpa o negligencia....", el 40: "....incurra en la omisión o demora sin culpa o negligencia", el 47:"...salvo que acredite caso fortuito, fuerza mayor o imposibilidad de hecho sin culpa o negligencia" el 72:" si el asegurado viola esta obligación dolosamente o por culpa grave...", el 105:" ....si maltrato o descuidó gravemente al animal, dolosamente o por culpa grave..."
[452] **Stiglitz, Rub n,** Derecho..ob. cit. p. 503

seguro o inhabilitado cuando la sentencia respectiva no le hubiera impedido tal acto de administración.

.-Condominio

656.-En este caso existe coincidente opinión respecto a que cada uno de los condóminos es titular de un interés asegurado respecto de su parte indivisa y por tanto con independencia de cual de ellos resulta a la sazón quien celebre el contrato en su carácter de tomador, lo cierto es que la carga comunicacional debe ser cumplida por todos los condóminos. A esta conclusión llega la mayoría de los autores que entienden por aplicación de la disposición del artículo 10 de la ley de seguros que el tomador es representante del condominio y éstos los representados a que se refiere tal disposición ([453]).

657.-Sin duda que en virtud de la representación, las declaraciones de voluntad del representante produce sus efectos jurídicos directamente en la persona del representado como si este hubiese celebrado el negocio, mas es dable destacar primero que la carga comunicacional no resulta una declaración de voluntad y segundo que la cuestión planteada es inversa a aquella que expone la teoría de la representación, pues en el caso resulta necesario verificar si no obstante diferir la actuación a un representante, el representado se ve impedido de liberarse del cumplimiento de la carga.

658.-Ciertamente el cumplimiento de la carga por parte del representado se verifica cuando éste transmite todo su conocimiento al representante para que actuando lealmente dentro de los límites de su representación comunique al asegurador todo cuanto sabe el asegurado.

659.-Por lo tanto si a resultas de esa relación representativa el uno omite transmitir al representante todo cuando conoce y debe ser comunicado, o bien el otro omite comunicar todo lo que se le informó (o además personalmente conoce) no cabe duda que estamos frente al incumplimiento de la carga que impide al asegurador cerciorarse del verdadero estado del riesgo. Pero si el tomador informa claramente al asegurador estar actuando en nombre y por cuenta del condominio y sus representados desconocían la celebración del contrato en tales circunstancias,

[453] **Halperin Isaac, Barbato Nicol s** Seguros, ob.cit. p.313, **Stiglitz, Rub n**, Derecho..ob. cit. p. 504

no se podrá aplicar en contra de los asegurados la regulación del artículo 10 de la ley de seguros.

.- Sociedad anormal o de hecho

660.-En virtud a lo establecido en el artículo 24 de la ley 19550 cualquiera de los socios representa a la sociedad, en tanto que el artículo 23 señala que tanto los socios o quienes contrataron en su nombre quedan solidariamente obligados.

661.-Por ello pareciera que no existe diferencia alguna respecto del principio general establecido en los artículos 10 y 26 de la ley de seguros, de manera que para juzgar la reticencia hase de tomar en cuenta el conocimiento y la conducta del representado y del representante, pero realmente en este caso entendemos que no rige la limitación del artículo 26 de la ley de seguros, puesto que aún cuando se haya comunicado al asegurador que se actuaba por cuenta de la sociedad de hecho, o bien se hubiera omitido tal aclaración.

662.-Lo cierto es que el orden normativo no puede proteger a quienes se han marginado del mismo prescindiendo de adoptar alguna de las formas societarias tipificadas por lo cual es indiferente el conocimiento que tenga alguno de los socios respecto de la celebración del contrato de seguros, ya que su diligente actuación en los términos del artículo 59 de la ley de sociedades y la propia irregularidad societaria adoptada le impone "conocer" cuanto realizan sus socios en representación de la sociedad sin limitación alguna.

.- Sociedad de personas (conocimiento del socio que no ejerce la representación).

663.-No obstante la clara diferencia entre la personalidad de la sociedad y la de sus socios, en estos tipos societarios, con independencia de quien ejerce contractualmente la representación y uso de la firma social, resulta que muchas veces existe una activa participación de uno o alguno de los socios en el devenir administrativo social. Acreditado el extremo participativo, resultaría conveniente y necesario conocer si el conocimiento que estos socios tuvieran del estado del riesgo, diferente al que posee y comunica el representante societario

puede hacer aplicable las disposiciones del artículo 10 y 26 de la ley 17418.

664.-Entendemos que a diferencia de las sociedades irregulares, en estos casos el órgano de administración es representativo de la sociedad y de ninguna manera de los socios que a los efectos del contrato de seguros son terceros ajenos al mismo. Por lo tanto el asegurador no podrá invocar la omisión informativa por parte de algún socio, toda vez que no es asegurable, titular del interés asegurado, mandante, ni representado por al órgano de administración social.

.- Propiedad Horizontal (conocimiento de los consorcistas)

665.-Respecto de los casos referidos a seguros contratados a favor de una propiedad horizontal debemos efectuar dos aclaraciones previas, la una que la ley 13512 impone la contratación de seguros sobre el edificio, así que estamos ante una cuestión eminentemente práctica y segundo que toda la doctrina nacional que se manifiesta a favor o en contra de reconocerle personalidad jurídica al consorcio de copropietarios, omite toda distinción respecto al número de consorcistas que componen esta "persona".

666.-Ciertamente Gabás([454]) no obstante atribuir al administrador el carácter de mandatario impuesto por ley y no por decisión de sus mandantes y considerar que a la actuación del mismo se aplican las disposiciones del Código Civil sobre mandato, concluye que la mayoría de la doctrina y jurisprudencia entienden al consorcio como una persona jurídica. Igualmente Constantino([455]) se pronuncia a favor de la naturaleza jurídica del consorcio como persona, pero además atribuye al administrador el carácter de órgano legalmente necesario y permanente y representativo del consorcio.

667.-Por su parte Rodolfo V. Arada ([456]) confirma que un amplio sector de la doctrina y de la jurisprudencia, que él considera dominante, encuentra en el consorcio de copropietarios un sujeto de derecho, una persona jurídica distinta de la

[454] **Gab s Alberto Anibal**, Derecho Práctico de Propiedad Horizontal, Ed. Hammurabi, Bs. As. 1992
[455] **Constantino Juan Antonio**, El Administrador en el consorcio de copropietarios de propiedad horizontal, Ed. Depalma Buenos Aires, 1989, ps. 59
[456] **Arata Rodolfo V**. Responsabilidad Civil Administración Consorcio Consorcistas, Vecinos, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1986

personalidad de sus integrantes. Finalmente Gonzalo Lavalle ([457]) comentando un fallo del Superior Tribunal de Mendoza con voto de la Dra.Kemelmajer de Carlucci efectúa un interesante análisis para aquellos casos en que estuviera en juego los particulares intereses de los consorcista, atribuyendo a estos el carácter de litisconsortes necesarios y legitimados pasivos con independencia del consorcio([458]).

668.-Frente a la carencia de una regulación normativa específica relativa a la naturaleza jurídica del consorcio de copropietarios, no obstante lo dispuesto en el artículo 33 inc. 2 del Código Civil y los últimos proyectos de modificación del mismo([459]), entendemos que debería distinguirse los "pequeños consorcios" de aquellos otros de mayor tamaño y complejidad (que son justamente los que más permiten atribuirles el carácter de personas jurídicas). Los pequeños consorcios que se pueden definir como aquellos en los cuales actualmente no existe obligación reglamentaria de contratar personal encargado permanente, que no poseen más de un piso alto, o menos de cinco unidades funcionales, deberían estar regulados bajo similares principios a los del condominio, en atención a la necesaria participación personal de los consorcistas.

669.-Hasta que esta propuesta tuviera acogida legal y en orden a lo prescripto en los artículos 10 y 26 de la ley 17418 entendemos que para resolver aquellos casos en que el asegurador pretendiera la aplicación de las prescripciones del artículo 10 sobre la base de la conducta y conocimiento del estado del riesgo que tuviera el consorcista representado, debería previamente establecerse una distinción fáctica entre pequeños y grandes consorcios para aplicar a los primeros aquellos

---

[457] **Lavalle Gonzalo**, La Garantía Constitucional de Defensa en Juicio El Problema de la personalidad del consorcio de propietarios y su capacidad para estar en juicio, Rev. ED 146-281

[458] En los autos Caretta Pons de Zeballos C.A. y otro c/Consorcio de calle Rivadavia 38/42/46 de ciudad (SC Mendoza Sala I, Dic. 18-1991 ED 146-281), los actores demandaron al consorcio de copropietarios para lograr la modificación del reglamento de copropiedad, rechazándose la legitimación del accionado, toda vez que para la formación del reglamento se requería el concurso de la voluntad individual de cada uno de los consorcistas (fuera expresa concurriendo a la asamblea, fuese tácita omitiendo asistir al acto deliberativo al cual fue debidamente convocado).

[459] En el proyecto de Código Civil según texto aprobado por la HC de Diputados (orden del día 1064 de 1987) tampoco propone una especificación de la naturaleza jurídica del consorcio, como tampoco lo hizo el proyecto de la comisión designada por decreto 468/92. Mientras que el proyecto elaborado por la comisión designada por el decreto 685/95 en el artículo 1979 zanja toda discusión al atribuir al consorcio la naturaleza de persona jurídica.

principios que indicamos *supra* para los condóminos y a los segundos los que corresponde a las sociedades de personas.

.- Productor asesor de seguros

670.-Cuestión por demás interesante se presenta respecto del intermediario productor asesor de seguros, que no obstante carecer de facultades representativas([460]) del proponente y del asegurador tiene de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la ley 22400 la obligación de informar al asegurador el estado del riesgo

671.-Toda vez que la actuación del productor asesor carece, como afirmamos, de facultades representativas su actuación no suple ni exime al proponente de cumplir la carga precontractual de comunicación informativa del estado del riesgo, pero toda vez que el fin particular de esta carga es que el asegurador tome conocimiento, si tal aprehensión cognoscitiva ocurre porque el productor asesor de seguros, en cumplimiento de sus propias y especiales obligaciones contractuales de intermediación, informa aquello que el proponente omitió comunicar, no será posible que el asegurador pudiera impugnar validamente el contrato.

672.-De tal manera es dable entonces aclarar que existen tres contratos que se celebran o funcionan contemporáneamente:

.- El contrato que celebra el proponente invitado a realizar ofertas de seguro, con el productor asesor de seguros y que establece un marco de actuación profesional de asesor técnico e intermediario.

.- El contrato que celebra el asegurador con el productor asesor de seguros para que en su nombre invite a hacer ofertas y ejerza las funciones no representativas de recibir propuestas, entregar el instrumento contractual, cobrar primas y emprender todas las demás funciones y

[460] En contra **Soler Aleu, Amadeo**, Agentes y productores de seguros, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1981

A favor **Etcherverry, Ra l Aníbal** El productor asesor de seguros delimitación de su figura jurídica, responsabilidad que genera su actuación, en Revista del Derecho Comerecial y de las Obligaciones, nro. 1980 p. 1, **Steinfeld, Eduardo** R. El agente institorio, en Revista La Ley del 3/12/1993 p. 4**, Soto H ctor Miguel,** Intermediación en el Cotrato de Seguros, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2000,**Barbato, Nicol s H ctor**, Agentes de Seguros, en Revista Derecho Económico año I nro. 8, p. 702

obligaciones indicadas en la ley 22400 y compatibles con ese carácter profesional de asesor técnico e intermediario.

.- El contrato que celebran proponente y asegurador con el auxilio del intermediario.

673.-La carga precontractual de comunicar el estado del riesgo se refiere exclusivamente a este último negocio jurídico, pero no obstante existen consecuencias del mismo que se proyectan a los otros dos, así

.- El productor asesor de seguros está obligado a desempeñarse conforme las disposiciones legales y a los principios técnicos aplicables a la operación en la cual interviene y actuar con diligencia y buena fe (arg. artículo 12 ley 22400).

.- El productor deberá informar al asegurador acerca de las condiciones en que se encuentre el riesgo y responderá por los daños y perjuicios que pudiera causar su incumplimiento.

.- También está obligado asesorar al asegurado acerca de sus cargas y por ende responderá por los daños y perjuicios que su omisión o defectuoso asesoramiento hubiera causado al proponente, tomador asegurado y beneficiarios.

Concepto especial de buena fe en el instituto de la reticencia.

674.-En atención a cuanto manifestamos anteriormente respecto al concepto genérico de buena fe (ver *ut supra* nuestra nota sobre el tema), en el caso especial del artículo 5 de la ley 17418 entendemos que la interpretación que se debe dar se corresponde con el de "creencia justificada".De tal manera que el asegurador podrá impugnar el contrato aún cuando el asegurado pudiera acreditar haber actuado con justificada creencia de estar obrando diligentemente en cumplimiento de la carga, si en definitiva omitió comunicar circunstancias que no podía ignorar, impidiendo objetivamente el conocimiento del asegurador, por entender que las mismas no eran trascendentes o importantes.

675.-Esta interpretación se corresponde con lo regulado en el artículo 8 de la misma ley, cuando dice:" Si la reticencia fuese *dolosa o de mala fe..*" se distingue así la voluntaria intención de falsear u ocultar, de aquella situación culposa en la cual no existe justificación para la creencia de estar actuando diligentemente. Pues como ha quedado establecido la "fe" no acepta una gradación axiológica que permita calificarle de buena o mala, de manera que el vocablo que nosotros entendemos mejor se ajusta al concepto es el de "creencia" la que puede ser justificada (buena) atento la coherencia de los propios actos y la correspondencia con la conducta de un diligente arquetipo medio, o bien injustificada (mala) cuando no se puede exhibir tal coherencia o correspondencia y por el contrario se evidencia una culposa indolencia([461]).

Reticencia dolosa

676.-El Derecho Civil utiliza con apariencia de múltiples significados la palabra "dolo" para referirse a situaciones diversas, pero como intentaremos demostrar, en realidad existe una idea central y genética única y común para todas estas conductas.

[461] . *Tal vez conviene aclarar aquí, a fin de tener una idea exacta de la preceptiva de la ley, que la reticencia puede ser alegada por el asegurador aún cuando medie* ***buena fe*** *del asegurado. Con ello se ha querido acentuar el criterio con que el legislador ha encarado el instituto de reticencia, y adviértase que lo ha hecho optando por la solución que consagraba el art. 498 del cód. de com. (derogado), que seguía en este aspecto a los de la época de su sanción, desechando tanto la solución propiciada en el Anteproyecto Halperín de 1959 (ver art. 5 y sigtes. y su comentario, Buenos Aires, edición oficial, 1959, ps. 7/8), como la orientación de las leyes que siguen el criterio llamado subjetivo , como las de Italia (art. 1892); Austria (arts. 3 , 4 y 6); Suecia (art. 4); México (arts. 8 , 47, 48 y 51); Francia (arts. 21 y 22); Suiza (arts. 6 y 8) y Alemania (arts. 16 y 19), que sólo aplican la reticencia en los casos de dolo o culpa grave del asegurado. Este aspecto de la cuestión tiene su importancia, porque según se verá después, la calificación de la conducta y comportamiento del asegurado en oportunidad de efectuar su Declaración de Salud, no podría encontrar asidero, según nuestra opinión, ni siquiera dentro de los esquemas seguidos por las leyes más modernas al legislar la reticencia.. Pero no obstante esa orientación objetiva de la ley 17.418; tanto la jurisprudencia como la doctrina, se han inclinado por sostener que debiendo la reticencia aplicarse solamente respecto de aquellas circunstancias conocidas por el asegurado y que éste las oculte o declare incorrectamente, sin importar que ello suceda aún de* ***buena fe y*** **en la creencia de que ellas carecían de importancia-, la reticencia, por lo menos, debe ser culposa, ya que no puede declararse cuanto se ignora** *(ver Donati, Trattato del Diritto delle Assicurazioni Privati , Milano 1952-1956, t. II, p.312; Viterbo, Las declaraciones del asegurado , Ensayos de Derecho Comercial y Económico , Buenos Aires, 1948, p. 213; Halperín, Seguros. Exposición crítica de las leyes 17.418 y 20.091 , edición actualizada por J. C. F. Morandi, Buenos Aires, 1983, T. I, ps. 276/277; Morandi, La reticencia y la falsa declaración precontractual en el seguro de vida y la incontestabilidad del contrato en la legislación argentina , Etudes ofertes a Antigono Donati , Roma 1970, t. I, p. 378).* Del Fallo 41.123 CNCom., sala B, junio 30-1988. Sucesión de Jorge Risso Patrón y otros c. Círculo Cerrado, S.A. de Ahorro para Fines Determinados y otros. que obra en la adenda del presente (lo destacado nos pertenece)

677.-Para algunos autores esa idea central se encontraría en una intención del agente enfocada directa o indirectamente a la consecución de un resultado jurídicamente disvalioso([462]).

678.-En tanto otros autores([463]), desagregando esos presupuestos referidos a la intención y al resultado disvalioso distinguen sendas posiciones antitéticas([464]):

[462] **Barbato Nicol s H**. Culpa grave y dolo en el derecho de seguros. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1988, p. 33
[463] **Carranza Jorge A.** El dolo en el derecho civil y comercial, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1978, p101

[464] Toda vez que la temática de la reticencia, fuera concebida por algunos autores como vicio de la voluntad fuese como lo consideran otros estudiosos como carga precontractual, concluye estableciendo un régimen punitivo (en nuestro caso mediante la sanción de nulidad) resulta conveniente entonces exponer algunas ideas sobre el concepto de dolo en la sistemática moderna de la estructura del ilícito penal (teoría del delito), que ubica al dolo en el marco del tipo subjetivo, dado los interesantes aportes que al derecho Civil puede tributar este actualizado desarrollo dogmático, que parte de la base del concepto normativo tipificante. La correspondencia entre tipo subjetivo y objetivo es lo que transforma la acción ejecutiva en una acción típica, es decir al tipo subjetivo pertenecen aquellas circunstancias que convierten la realización del tipo objetivo en acción típica (*G nther Jakobs, Derecho Penal, Parte General, Fundamentación y teoría de la imputación. Ed. Marcial Pons, 2 Edición Corregida, 1997, pp. 309)*
A su vez el tipo subjetivo, en particular el dolo debe concurrir conjuntamente con la acción ejecutiva emprendida (comisiva u omisiva), no existe el dolus antecedens como tampoco el dolo subsequens , quien sabe que conducirá un automóvil pero aún así consume bebidas alcohólicas, pero al conducir olvida que ha tomado alcohol, no podrá ser reprochado a título doloso por los actos de su conducción (por falta de conciencia actual), de la misma forma en que no constituye dolo el obrar de quien como encargado de un almacén advierte un incendio y se alegra por ello.
El dolo se refiere específicamente a la <u>*concordancia temporal de conocimientos*</u> con el tipo objetivo, por lo cual si el momento en que el autor concibe su dolo es posterior a la realización de circunstancias del riesgo dado en el tipo objetivo no habrá imputación. Así el esposo que pretende conocer los secretos íntimos de su cónyuge; para lo cual fuerza con una barreta una delicada caja de cristal donde aquella guarda sus cartas, asumiendo que con dicha maniobra se genera el riesgo de romperla (lo que finalmente ocurre), y luego advierte que aquella allí guardaba sus ahorros, los cuales toma para pagar deudas de juego, no comete el delito de robo desde el momento que la fuerza en las cosas no estaba comprendida dentro de la conducta de apoderamiento de cosa parcialmente ajena que nace con posterioridad, estando impune el hurto finalmente cometido por la excusa absolutoria del art. 185 inc. 1 C.P.*(El ejemplo pertenece al Dr.Dr. Marcelo A. Sancinetti, dado en el Seminario de Derecho Penal que realizara en el segundo semestre de 2002 en la U.B.A. sobre el Dolo en Jakobs)*
<u>El dolo como conocimiento</u>: Un tanto más complejo es fundamentar la división entre dolo e imprudencia. El parágrafo 16.1 inc 1 del StGB (código penal Alemán), define el dolo de forma negativa excluyendo su configuración en caso de que se verifique un desconocimiento de alguna circunstancia realizadora del tipo objetivo. Mientras que en nuestro C.P. no existe definición expresa alguna (la tácita emerge del art. 45 C.P.)
Las explicaciones más usuales que fundan el distingo suelen estar construidas de la siguiente forma:
a)La acción dolosa en más fácil de evitar*(SK-Samson, ver en Jakobs ob.cit. pp.312)*, lo que en realidad es falso y meramente psicologisista, en los hechos suelen ser mucho más evitables las acciones calificadas como imprudentes que las dolosas cometidas en estado de emoción violenta, mientras que aún existiendo un caso de culpabilidad disminuida en el segundo supuesto, la acción vale como dolo .
b)Otras pretenden encontrar el distingo en que en las acciones dolosas existe una decisión de lesionar el bien jurídico *(Ziegert, en Jakobs ob.cit. pp 321)*, respecto de ellas se expresa críticamente Jakobs por cuanto carecen de una acabada noción de la función del Derecho Penal.
c)Otro autores exponen que existe una mayor peligrosidad del autor doloso (*Frisch, Vorsatz, en Jakobs ob.cit. pp 312 Frisch, Vorsatz, en Jakobs ob.cit. pp 312)*, lo cual no siempre es cierto en tanto el autor imprudente condiciona de la misma forma la lesión de un bien. Esta definición no es apropiada justamente para que la desarrolle *Frisch* (como finalmente en los hechos hace), o en su caso es una profunda contradicción de su sistema, donde el resultado representa el centro del ilícito; en tanto que un autor que ha realizado una tentativa dolosa de homicidio, en los hechos, ha condicionado mucho menos el bien jurídico, frente aquél autor que ha realizado un homicidio imprudente. Mientras que en el segundo ejemplo la víctima va al cementerio en el primer caso la víctima va a su casa, aún así responde en mayor medida el autor de la tentativa dolosa que aquél que realizo la acción imprudente.
d)Jakobs ensaya como explicación alternativa, y fuera de la definición negativa de la norma, la siguiente: Los hechos imprudentes afectan a la validez de la norma menos que los hechos dolosos, ya

.- las subjetivistas que hacen hincapié principalmente en la víctima, basadas en el dogma de la voluntad, lo juzgan como vicio psicológico.

.- las objetivistas, que prescindiendo de los meandros psicológicos del engañado, haciendo ápice en el principio de la buena y de la confianza, se limitan a comprobar la

---

que la imprudencia pone de manifiesto la incompetencia del autor para el manejo de sus propios asuntos agregando luego ... no existe, pues, para él, certeza alguna de que el resultado de su comportamiento le vaya a ser grato . Esa definición, amén de no ser feliz, tampoco es cierta. Pues el autor doloso puede haber actuado de mala gana y no aceptar las consecuencias de su obrar, mientras que el imprudente se encuentra satisfecho con su acción. Así quien pretende matar a una persona y apunta con un rifle a su cabeza, pero yerra el tiro, porque el mismo pega en un perro de su propiedad, no está nada satisfecho con el resultado final de su obrar, es más podría estar compungido si sintiera cariño por el animal; frente a ello aquella persona que mientras maneja un rodado se distrae por completo del tráfico pensando lo feliz que sería si pudiera matar a un niño, aunque se sienta feliz y el resultado le sea grato , responderá por imprudencia si efectivamente atropella a un niño por no prestar atención al semáforo al estar evadido en sus perversos pensamientos. Tampoco parece convincente la expresión que realiza a renglón seguido, respecto de que: Mientras que la imprudencia no se nutra de un desinterés específico..., sino de una falta de atención no dirigida, general, difusa en sus consecuencias, está gravada con el peligro de una *poena naturalis*, y este riesgo de autor del daño disminuye la importancia del autor imprudente frente al doloso. Esto tampoco es cierto, pues un autor doloso bien puede verse gravado por las consecuencias de su accionar como sería el autor de un atentado queda paralítico por un mal manejo del artefacto explosivo, aún así responderá por dolo. Si bien es cierto que las consecuencias dolosas son aceptables, pues si no el autor no obraría , esta definición no divide el límite entre dolo e imprudencia, y por ende no define ni a una ni a otra, simplemente informa que en todo caso el componente subjetivo que se requiere para que la acción sea típica, es decir para que haya correlación con el tipo objetivo, es un elemento que tiene que ver con el *conocimiento* , mientras que los componentes volitivos pertenecen a la acción. *(de forma contraria a la tradicional definición del dolo).*
A nuestro entender la definición del dolo, como también la de la imprudencia viene dada por el mismo tipo objetivo en la configuración del riesgo de que se trate, es decir que es el síndrome de riesgo contenido en el tipo objetivo el que va a resolver si la acción es dolosa o culposa (de forma contraria a Jakobs que define la culpa como un error de tipo).*(Al respecto Sancinetti, Subjetivismo e imputación objetiva Ed- Ad-Hoc.)*
De todas formas dicha definición tendría en común con Jakobs que el núcleo del dolo es el conocimiento de los elementos del tipo objetivo (todos). Restando expresar que no se trata de cualquier conocimiento, sino de uno que se corresponda con el acontecer terrenal . Quien cree que un curso causal dañoso no se realizará por fuerzas sobrenaturales tiene no obstante dolo, es el caso de quien cree que las personas que escalaron el Aconcagua son inmortales y que por ello si les dispara no morirán, tiene dolo en la medida que posee el conocimiento necesario de que disparar contra otra persona provoca la muerte, sin importar en el caso sus creencias sobrenaturales que lo llevaron a confiar en la realización de acción. A la inversa no vale dolo la acción del autor que se basa en un suceso condicionado sobrenaturalmente (tentativa supersticiosa), como sería el caso de quien no tiene dolo, quien obra con voluntad de matar (aunque no lo consiga, error de tipo al revés: tentativa), pero para ello invoca a dioses paganos que realizaran por él su cometido en la medida que mate unas gallinas en los fondos de su casa. En la sistemática moderna de la estructura del ilícito (teoría del delito), el dolo se ubica en el marco del tipo subjetivo. La correspondencia entre tipo subjetivo y objetivo es lo que transforma la acción ejecutiva en una acción típica, es decir al tipo subjetivo pertenecen aquellas circunstancias que convierten la realización del tipo objetivo en acción típica (*G nther Jakobs, Derecho Penal, Parte General, Fundamentación y teoría de la imputación. Ed. Marcial Pons, 2 Edición Corregida, 1997, pp. 309)*

añagaza([465])u omisión de la conducta previsible e impuesta.

.- los punitivos, que desechando tanto los factores volitivos del engañado como de aquellos fundamentos axiológicos que el legislador hubiera decidido proteger (buena fe, confianza) basan su desarrollo y fundamentación en el orden positivo y en que existe una sanción establecida normativamente frente a la discordancia entre la conducta exigida y la realizada por el agente([466]).

679.-Por nuestra parte participamos críticamente con aquellos autores objetivistas que entiende superar el añoso concepto volitivo de la víctima, de tal manera se verifican las siguientes consecuencias:

.- no obstante que nuestro orden positivo exhibe una regulación del dolo como uno de los supuestos vicios de la voluntad en la celebración de los actos jurídicos, lo cierto es que se requiere una lectura interpretativa superadora de una mera exégesis y concluya aceptando que realmente el vicio de la voluntad es el de "error", ora se deba al propio defecto de la víctima ora al inducido por la otra parte([467]). Por ende la diferencia la hace la conducta del agente activo y es esta es la sancionada y no su resultado.

.- que aceptar objetivar el concepto de dolo en la conducta del agente permite entender que el vocablo se utilice en la celebración de los actos jurídicos, en el incumplimiento de las obligaciones y en el ámbito delictual. En todos estos caso el presupuesto esencial es la conducta del agente activo por acción u omisión.

.- Los demás factores naturales no afectan el principio indicado, sino que especifican en cada caso particular como funciona aquel. Así la llamada "intención" no

[465] **Carranza Jorge A**. Ob. cit. p. 101
[466] **Jakobs G nther**, Estudios de Derecho Penal, Ediciones Civitas,Madrid 1997
[467] Ver **Mosset Iturraspe, Jorge**, Responsabilidad por Daños, Parte General, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1972 t. 1, p. 95, donde el autor señala que al decir de López Olariciregui del haber previsto la ley se transfiere al haber querido, si alguien quiso hacer algo previendo que produciría tal resultado la ley da por establecido que quiso el resultado ya que quien quiere algo lo quiere con sus consecuencias, este concepto muestra influencias de Bekker, Zitelman, Von Liszt, Frank y otros corifeos de la teoría del resultado, facilita en nuestro derecho la conjunción o síntesis entre voluntad (1067, 1072, 1076) y resultado (904, 905)

resulta otra cosa que el presupuesto necesario para imputarle al autor la ejecución voluntaria libre y con discernimiento de un acto trascendente (o que se haya exteriorizado y no se encuentre en etapa preparatoria o interna). Por otro lado, la "intención" en procura de un resultado determinado no es más que la especificación a cada caso particular de aquella conducta

680.-En materia de seguros quien a nuestro entender mejor ha desarrollado el tema([468]) al referirse a la exclusión de cobertura cuando el asegurado provoca el siniestro dolosamente contradice su propio relevamiento de los elementos esenciales del vocablo "dolo" entre los cuales había colocado la "intención" conjuntamente con un contenido "disvalioso", pues en este caso aclara que el dolo que funciona como de exclusión de cobertura está únicamente circunscripto a la conducta del agente (asegurado) con prescindencia de su intención de obtener un resultado disvalioso determinado (una prestación del asegurador a la cual éste no estaría obligado), y así lo determinan varios ejemplos que desarrolla este autor glosado.

681.-De tal manera que congruente con nuestra posición contraria a conceptuar la reticencia como una forma especial de los vicios de la voluntad, continuamos sosteniendo que la distinción entre reticencia no dolosa y dolosa no modifica el real fundamento del instituto como carga precontractual, máxime cuando las únicas diferencias que establece la ley de seguros se encuentran en los efectos establecidos. Así se limita a muy poco significativas situaciones como las previstas en el artículo 6 (posibilidad de reajuste del contrato o imposición de aquel en los seguros de vida), la del confuso artículo 8 ([469]) (referidos al derecho del

[468] Barbato Nicolás H. Ob. cit. p. 50 . *"..El análisis de la letra y de los fundamentos de la norma lleva a la conclusión de que, para que se dé la situación dolosa mentada en el art. 70, bastará la producción del hecho - o el aprovechamiento del hecho ya acaecido independientemente de la voluntad del asegurado- quedando ese suceso fuera de la cobertura. Así acontece, por ejemplo, con el siniestro producido por móviles de venganza (el asegurado embiste con su vehículo asegurado - mediante póliza que incluye la cobertura de responsabilidad civil- a un tercero o a bienes de éste, por odio a dicho damnificado), o por capricho o voluntad injustificada de causar da o o, incluso por piedad o desesperación (muerte del animal gravemente herido, suicidio por causa de desenga o amoroso) etc...."*

[469] Hemos calificado confusa la redacción de este artículo toda vez que pareciera establecer innecesaraiemente otra categoría de reticencia al señalar consecuencias similares según fuese la reticencia "dolosa o de mala fe". Toda vez que la conjunción disyuntiva "o" denota diferencia, separación o alternativa ente dos o más personas o ideas, suele preceder a cada uno de dos o más términos contrapuestos y sólo en determinados contextos (*o sea, o lo que es lo mismo*) denota idea de equivalencia. Por lo tanto se debería aceptar que existen tres categorías de reticencia y falsa declaración: la de **buena fe**, la de mala fe y la dolosa, pero además de no existir otras consecuencias

asegurador al cobro de la prima por un período superior) y por último la situación previstas en el artículo 130 (referido a la incontestabilidad en los seguros de vida).

682.-Así el "dolo" al que nos estamos refiriendo como conducta (activa u omisiva) contraria a la conducta previsible e impuesta normativa resulta indiferente a una voluntad contractual del asegurador. El presupuesto destacable y significativo resulta del incumplimiento de la carga de comunicación informativa y no descansa en las consecuencias que experimenta el aceptante de la oferta por aquella la inobservancia del débito legalmente impuesto.

683.-No obstante, la ley exige cierta trascendencia, una determinada consecuencia al incumplimiento de la carga y consistente en la incertidumbre imprevisible por parte del asegurador. Tal como lo explicaremos *infra* este efecto es el que desorbita la incertidumbre previsible y calculada del asegurador y por tal motivo el artículo 5 con cierta imprecisión dice : "..hubiese sido cerciorado.." en lugar de una expresión que apareciera preliminarmente acorde a la carga comunicacional informativa del proponente, tal como: " hubiera sido informado..".

684.-Ciertamente esta certeza que predica la normativa en análisis se refiere al grado y amplitud de la información que se le debe suministrar y no a los efectos psicológicos de elaboración y aprehensión de lo comunicado por el proponente. Por tanto concluimos en que resulta innecesario continuar distinguiendo la reticencia culposa de la dolosa y en ambos casos los efectos

jurídicas diversas según fuera la reticencia dolosa o de mala fe, tampoco se corresponde con una correcta hermenéutica, pues se agregaría a la confusa redacción una innecesaria equivalente interpretación. Pero tampoco se debería desdeñar sin más esta manifestación del legislador y entonces cabe aceptar alguna razón lógica en esta expresión "dolosa o de mala fe" (que el mismo Morandi reitera en el artículo 14 de su proyecto de armonización del contrato de seguro para Latinoamérica). Remitiéndonos a cuanto expusimos en la nota sobre el concepto de buena y mala fe y nuestro reconocimiento al luengo e histórica uso conceptual de estos vocablos, entendemos que en este criticado artículo 8 la ley pretende señalar que la sanción contra quien ejecutó un acto y omitió realizar el debido, se funda en que ha defraudando la confianza y con ello reafirmar la adscripción normativa a un concepto objetivista del dolo, indiferente a la voluntad contractual del asegurador. Por otra parte como la LS utiliza también la expresión maliciosamente (artículo 48) cabría entonces otra interpretación del artículo 8, pues como dice Borda Guillmermo (La Reforma del Código Civil en Rev. ED T 29, nro 2327) la malicia es un dolo calificado, por la intención de causar daño, por la indiferencia del incumplidor ante las consecuencias dañosas que muy probablemente y previsiblemente surja con motivo de su incumplimiento. En contra Llambias (La Reforma p. 130) para quien es lo mismo y que el cambio de las palabras dolo por malicia en el artículo 521 no significa un cambio de conceptos, pues la palabra malicia (malice del derecho ingles y norteamericano y B sseilligkert alemán) se relaciona con el dolo malo del derecho romano y alude a la naturaleza moral del dolo.

deberán ser los mismos por el simple hecho de haber incumplido la carga. Si se desea buscar conductas punibles resulta más oportuno, como lo manifestamos al comentar el fallo Cinalli, advertir si se han dado los presupuestos establecidos en las reglas de validez y utilizar directamente los principios generales de los vicios de la voluntad contractual establecido en el Código Civil, sin necesidad de acudir a forzosos usos e interpretaciones de las reglas de comportamiento

El juicio de peritos

685.-Esta casi novedosa incorporación por parte del derogado artículo 498 del Código de Comercio ley 17418, con pocos antecedentes en el derecho comparado([470]), genera una serie de interrogantes, cuestionamientos y dudas.

686.-En primer lugar respecto a su constitucionalidad tanto por instituir una norma eminentemente procedimental (prueba reglada) en una ley de fondo, como también al sustraer de las facultades del juez la libre apreciación de la prueba, hasta aquellas cuestiones prácticas referidas a los casos en que la actuación individual de varios peritos pudiera concluir con experticias disímiles y hasta contradictorias.

687.-Anticipando nuestra oposición a esta institución, debemos comenzar con una crítica a la forma gramatical elegida, ya que en conocimiento de las disposiciones forales relativas a los procesos arbitrales, que en orden nacional obran regulados en el título III del libro VI del Código Procesal Civil y Comercial, se hubo generado innecesariamente una posibilidad de dudas y discusiones.

688.-El artículo 773 de la normativa ritual dice justamente que la pericia arbitral procede en el caso del artículo 516 y cuando las leyes establezcan ese procedimiento con el nombre del juicio de árbitros, arbitradores, peritos o peritos árbitros para resolver exclusivamente cuestiones de hecho concretadas expresamente.

[470] Ver **Morandi Juan Carlos F lix,** La reforma del código de comercio en materia de seguros, Rev. Jurisprudencia Argentina, Doctrina 1967 - VI p., 779, en el cual el autor ha elaborado un muy ilustrativo cuadro que exhibe los distintos antecedentes de cada uno de los artículos de la ley 17418, señalando el Proyecto de 1961, Anteproyecto Halperín, ley Alemana, ley Austriaca, Ley Francesa, Código Civil Italiano, Ley Mexicana, Ley de Nueva York, Ley Sueca, Ley Suiza, Código de Comercio Argentino. El artículo 5 no tiene antecedente alguno en el derecho comparado y sólo se consigna el art. 498 del Cód. de Com. Argentino y los proyectos 1961 y anteproyecto Halperin.

689.-Por tal motivo si la intención del legislador fue establecer una prueba legal determinada, necesaria, insustituible y obligatoria incluso para el propio Juez de la causa, hubiera sido preferible hacerlo en tal sentido imponiendo esa actuación mediante una formulación más acertada como por ejemplo "que conforme dictamen de peritos".

690.-Por último en esta crítica gramatical debe agregarse que la elegida palabra "juicio" tiene varias acepciones y resulta por tanto equivoca ([471]) y anfibológica, con lo cual se agrega más confusión que clara determinación a una cuestión tan delicada por sus consecuencias como por su originalidad legislativa([472]).

691.-De tal manera que coincidiendo con Iturraspe resulta lamentable que los legisladores de 1967 hayan seguido conservando esta discutida norma y que salvo la defensa del maestro Halperín y la respetuosa conformidad de Morandi([473]), la repulsa de la doctrina contra esta disposición ha sido demoledora([474]).

692.-Han existido además dos criterios de interpretación a esta prueba, la restringida y la amplia. La primera sostiene que la ley ha instituido una prueba legal de la cual el juez no puede

[471] Además del Juicio de Dios, el juicio final, de los juicios contenciosos, contradictorios, convenidos, declarativos, se utiliza también para denotar la facultad del alma en cuya virtud el hombre puede distinguir el bien del mal, lo verdadero de lo falso, operación del entendimiento que consiste en comparar dos ideas para conocer y determinar sus relaciones. También se utiliza para determinar el estado de la sana razón opuesta a la locura o delirio y por último como sinónimo de parecer, opinión o dictamen.

[472] Ver **Iturraspe Juan Bernardo,** El Papel de los peritos en la apreciación de la reticencia, de la agravación de los riesgos y del reajuste del seguro de vida, en Rev. El Derecho T 48 p. 719, quien encontrase como único antecedente del art. 498 del Código de Comercio al artículo 640 del viejo código de la provincia de Buenos Aires, a la vez que señala la frustración del ilustre profesor Módena en su búsqueda por otros antecedentes o las razones que pudieran haber tenido los legisladores de Buenos Aires para incorporar dicha disposición. No obstante se encontraría un antecedente en el derogado código portugués de 1833, cuya modificación en el año 1888 no llegó a ser conocida por el legislador argentino que mantuvo así un sistema arcaico, e injustificado.

[473] Ver voto de Morandi in re Sucesión Risso Patron (que obra en la addenda de este trabajo) donde el mismo dijo: " Así, en función de lo dispuesto por el art. 5°, de la ley 17.418, que somete al juzgamiento de si existió o no reticencia al juicio de peritos –que es una "prueba legal" cuyas conclusiones se imponen al juez-

[474] **Viterbo Camilo**, Ensayos de derecho comercial y económico, Ed. Tipográfica Buenos Aires 1948 p. 323 quien señala el peligro que representa para el asegurado porque la clientela más frecuente y fructífera de los peritos está constituida por las compañías de seguro, que a cada momento tienen asuntos de esta naturaleza, mientras que el asegurado, considerado como cliente en los seguros de vida, tiene el defecto insubsanable de que sólo fallece una vez. Por ello es humano que la simpatía de los peritos se dirija de modo natural hacia las compañías aseguradoras.

apartarse([475]), es una prueba legal única, no susceptible de examinar, si quedó demostrada la reticencia por otros medios probatorios, ni discutir su valor legal, ni su equidad([476]). Por otra parte la interpretación amplia ha sido sostenida en forma aislada ([477]) pero no sin suficientes fundamentos y objetiva claridad, entiende que resulta una prueba más librada al criterio analítico del juez de la causa.

693.-Ciertamente las concluyentes criticas y análisis doctrinarios([478]) de esta "prueba legal" que en confusa redacción dispensa y atribuye fuerza definitiva a las conclusiones periciales, con

[475] Quienes sostienen esta posición extrema se manifiestan contestes en que los jueces carecen de los conocimientos técnicos necesarios para apreciar la factibilidad técnica del seguro, sin considerar que tampoco poseen el saber necesario para apreciar una ecografía, una operación histopatológica, una radiografía o una hergometría, sin que la fecha se propusiera el juicio de peritos médicos para imponerse al juez en una causa de daños y perjuicios causados por un accidente, ni siquiera el relevante papel de los médicos en el contexto de la ley de riesgos de trabajo llego a tanto pretendiendo eliminar la libre convicción judicial en la apreciación de la prueba al tiempo de intervenir en un conflicto por accidente del trabajo.

[476] **Morandi Juan Carlos F lix**, Estudios, ob. cit. p. 256; **Halperin, Isaac,** Seguros, ed. 1970, p. 180; **Fernandez Rarimundo L.** Ob. cit. t. II p. 430 ,ver Rev. El Derecho, 1-969 fallo 504; 4-174, fallo 1934 ;1-959, fallo 503; 4-176, fallo 1935; 2.376, fallo 720; 13-571, fallo 6932; 13-577, fallo 6938; 11-207, fallo 5890; 22-112, fallo 10091; Rev. La Ley 97-349. Ver reseñas de jurisprudencia en la Rev. El Derecho 1-967 y en Rev. La Ley 12-190 y 93-219

[477] **Malagarriga Carlos C.**, Código de Comercio comentado, ed. 1950 t. II p. 430 (mencionado por Iturraspe) y **Rivarola, Mario A.** Tratado de Derecho Comercial Argentino, Ed. Cia. Argentina de Editores, Buenos Aires, 1940 T. IV, p. 288

[478] **Iturraspe Juan Bernardo**, El papel, ob. cit. p. 723 este autor desarrolla un amplia análisis distintivo entre la prueba legal y la prueba tarifada o tasada y concluye que una cosa es un dictamen impuesto por ley y del cual no puede ni debe prescindirse y otra muy distinta es que tal dictamen obligue al juez, porque esa obligación sólo puede nacer de una imposición expresa de la ley. Por último y analizando el caso de la CSJN Bussio Hnos. c/Capitan y/o armadores del buque Del Oro y otra (ED 18-513, fallo 9537)colige que sus conclusiones son aplicables también a cuanto dispone en el tema el artículo 5 de la ley de seguros. El Alto Tribunal dijo que los vocablos arbitradores, y peritos arbitradores "*no autoriza a decidir que el legislador ha dispuesto que esta clase de causas sean resueltas mediante un juicio arbitral - obligatorio- de amigables componedores y conforme el procedimiento establecido por la ley de forma para ese tipo de juicios*" y continua diciendo que la interpretación contraria fluye y se sustente en el análisis y comparación de distintas disposiciones de la ley mercantil que versan sobre daños y perjuicios en materia de barraqueros y administradores de casas de comercio (art. 128); de los factores o encargados y de los dependientes de comercio (arts. 156 y 158) de los acarreadores porteadores o empresarios del transporte (art. 179, 180 y 182) del mandato y de las comisiones o consignaciones (art. 256) de la compraventa mercantil (art. 456 y 471) de las cartas de crédito (art. 491) de los seguros (art. 498) y del depósito (art. 573) en todos los cuales se hace alusión, indistintamente al juicio de arbitradores o peritos y arbitradores y en ninguno de los litigios originados en esa clase de relaciones se ha sostenido ni resuelto que las partes estén obligadas a someter la cuestión a juicio de árbitros.
Asimismo dice el autor glosado que en nuestro ordenamiento jurídico procesal, la norma general es que los juicios se substancien ante los jueces cuya competencia ha sido fijada por las leyes respectivas, con todas las garantías del debido proceso y que la CSJN (fallos 253-485) le da la razón cuando dice que es principio fundado en la garantía de la defensa en juicio que, a los fines de la solución de las controversias jurídicas individuales, no se excluya compulsivamente la intervención de un tribunal de justicia..

similar factura al antiguo artículo 178 del Código de Procedimientos derogado por la ley 4128 son de tal factura e importancia que nuevamente cabe lamentarse que el proyecto de reforma de la ley 17418 del PEN insista con mantener este instituto([479])

694.-Pero además de los cuestionamientos antes mencionados cabe también desarrollar los siguientes que proponemos:

.- cual habrá de ser la especialidad de los peritos llamados a determinar si probada la reticencia, se hubiese impedido o modificado las condiciones contractuales,

.- a que asegurador se refiere el artículo y

.- que ocurre cuando existen graves y significativas diferencias entre varios dictámenes periciales

.- es aplicable el régimen de la prueba pericial a la opción que concede el artículo 6 de la LS([480])

695.-En principio pareciera que los peritos, con tan importante facultad de decidir la suerte del contrato, deberían ser expertos en aquellos temas vinculados al conocimiento y tratamiento técnico del "riesgo", tales como actuarios,([481]) licenciados en seguros o con la comprobación de experiencias y antecedentes contables que denoten por comparación con otros contratos de seguro similares si en el caso particular se hubiera tomado una

[479] El proyecto del Poder Ejecutivo mantiene en el artículo 5 el juicio de peritos, en tanto el proyecto Baglini en su artículo 15 al regular la reticencia dolosa y 21 de la no dolosa, elimina el juicio de peritos. Por su parte el proyecto de ley modelo sobre contrato de seguro para Latinoamérica elaborado por Morandi, mantiene en su artículo 11 el juicio de peritos

[480] **Ortiz Tulio E. Ortiz Raquel M Cetr** Régimen de la reticencia en los contratos de seguros, en Revista de Derecho de Seguros, año 1 nro 2 Ed. Librería Jurídica, La Plata, 1971, p.109

[481] **Steinfeld Eduardo R.** La prueba de la reticencia en los seguros, Revista Jurídica Argentina del Seguro, la Empresa y la Responsabilidad nro. 17/20 p. 223, autor que llega al extremo de proponer de lege ferenda que "..Estos peritos son los actuarios, especialidad profesional (única) que puede interpretar técnicamente la factibilidad o no, o en que condiciones, del contrato de seguro.." encontrando sustento legal en lo dispuesto en el artículo 24 de la ley 20091.

En contra CNACom. Sala A Dic. 29-988 Cladis Herlan de Berttucci c/Plus Ulta Cia Arg de Seg. SAIJ sumario N0002292 *La calificación de la reticencia no es privativa de los actuarios, y sólo el magistrado se encuentra facultado para su legal apreciación, debe descartarse que en virtud de la ley 17418: los peritos deba expedirse de manera indubitable decisiva e inustituible acerca de si se habría configurado o no la reticencia dolosa o culposa, por ser ésta una cuestión ajena a ellos y resrvada al juez.*

u otra resolución de aceptación, modificación o rechazo de la oferta de contrato. Pero obsérvanse múltiples resoluciones judiciales que hacen mérito de experticias totalmente ajenas a aquellas especialidades([482]).

696.-Con esta vaguedad normativa y vacilante interpretación jurisprudencial pareciera posible aceptar que, cualquiera fuera la especialidad del experto, se habría cumplido el requisito y presupuesto legal para que se imponga al juez declarar la nulidad del contrato, si el perito en su dictamen dijera que el tomador al tiempo de declarar el riesgo no podía ignorar ni desconocer determinadas características del mismo, agregando que es de *"suponer"* que el asegurador de haber conocido esta característica no hubiera celebrado el contrato.

697.-Pero aún sin aceptar otra especialidad de los peritos que aquella referida al conocimiento experto en toda la operatoria técnica del seguro cabe también poner en duda que jurídicamente haya posibilidad en alguna especialidad auxiliar del Juez que pudiera determinar un "*deber ser*". Ciertamente todos los peritos se refieren al mundo del *"ser"*, de aquello que

[482] Así el voto de Morandi en el fallo que obra en la addenda de este trabajo dice en uno de sus considerandos: " a) El perito médico, único de oficio, en su informe corriente a fs. 371, al contestar el punto 4 del cuestionario de la demandada, de fs. 314vta. que dice: "Si puede caber alguna duda razonable sobre la relación de causa efecto entre la enfermedad del causante que él sitúa el 15 de agosto de 1980 y su desenlace fatal el 17 de abril de 1982, teniendo en cuenta los elementos técnico médicos agregados a los autos", contestó: "Se considera que la causal de muerte está en directa relación con la enfermedad que padecía el extinto Jorge Risso Patrón (el subrayado me pertenece).

Posteriormente, cuando se le interroga en la pregunta 5ª , "Si tomando en cuenta la omisión que el extinto hace en su declaración del 27 de abril de 1981, el riesgo de que se trata, a juicio de los peritos hubiera resultado aceptable para la Compañía Aseguradora dentro de sus prácticas habituales y las normales del mercado o por el contrario no hubiera aceptado ni emitido el seguro correspondiente, ni siquiera con una prima especial"; el perito médico, único de oficio, a fs. 371vta., respondió lo siguiente: "De lo que se desprende de la Declaración de Salud del 27 de abril de 1981 el extinto Jorge Risso Patrón no realiza ninguna omisión lo que sí no realiza es un informe detallado de su enfermedad. Si hubiera sido detallada, *seguramente* la compañía de seguros no hubiera aceptado sin revisación médica la emisión del seguro"

Y en autos Glaria Elena R. C/Arco Iris Coop. de Seguros (Rev. LL 1987-D. 633) se dijo que "La prueba legal que exige el art. 5 de la ley 17418 para probar la reticencia del asegurado, no puede considerarse producida con el dictamen médico en la cual el médico legista dictaminó ampliamente sobre las características, etiología, complicaciones, evolución y terapias de la enfermedad que sufrió el asegurado, *mas no expresó juicio ni opinión sobre si esa dolencia hubiese impedido, en caso de ser conocida por la aseguradora, la celebración del contrato de seguro o hubiese modificado sus condiciones*"(el destacado me pertenece).

ocurrió ([483])y recrean ante el Tribunal explicándolo en forma comprensible al mundo y léxico judicial. Pero lo que se le requiere a estos peritos del artículo 5 de la ley de seguros es que digan si el asegurador "hubiera" realizado tal o cual conducta.

698.-También cabe elucidar a que "asegurador" se refiere la normativa legal, pues existen varias posibilidades:

.- los expertos deberán referirse a la posible conducta que hubiera adoptado el asegurador que resulta parte en la litis.

.- Los peritos deberían informar sobre cuanto conocen y verifican de lo que es conducta habitual en las aseguradoras del lugar de celebración del contrato, frente a determinado riesgo.

.- Los entendidos habrán de realizar una comparación objetiva sobre la base de las tablas de primas (medida del riesgo) con las cuales opera un asegurador determinado o el promedio de un determinado lugar.

699.-Si debiéramos interpretar el artículo 5 en cuestión, a la luz de lo establecido en el propio 163 de la misma ley de seguros no resultaría desacertado recurrir al inciso 6 del artículo 218 del Código de Comercio para aceptar que el uso y práctica generalmente observados en el comercio de seguros, en casos de igual naturaleza, y especialmente la costumbre del lugar donde debe ejecutarse el contrato prevalecerán sobre cualquier inteligencia en contrario que se pretenda dar a las palabras.

700.-De tal manera que el asegurador al que se refiere la norma es un arquetipo medio y no especialmente el que resulta parte en la litis, los peritos deberían informar sobre cuanto conocen y verifican de lo que es conducta habitual en las aseguradoras del lugar de celebración del contrato, frente a casos similares([484]).

---

[483] El calígrafo trabajando sobre una firma existente en un documento informará si ésta es auténtica, el contador observando documentos existentes informará si un determinado asiento contable, registro o informe se refiere a los puntos requeridos, el patólogo describirá el estado del cadáver y cuanto observa en el mismo que permite determinar la causa del óbito, el médico efectuando una revisación de un cuerpo determinará las afecciones que padece, el grado de incapacidad y la relación causal de tales con un determinado hecho probado por otros medios, etc.

[484] En contra **Barbato Nicolas H ctor**, Balance de la ley de Seguros 17418, en Revista Estudio de Derecho Comecial, del Instituto de Derecho Comercial, Económico y Empresarial del Colegio de Abogados de San Isidro, nro. 7, 1991, p. 73

701.-Confirmaría esta interpretación que cuando la misma ley de seguros entendió necesario referirse específicamente al asegurador que impugna el contrato invocando la reticencia del proponente, lo hizo diciendo en el artículo 6: " *...y se hubiera celebrado de acuerdo a la práctica comercial del asegurador..",* de manera que para imponer el reajuste del contrato no solo se deberán dar como condición que existiera una reticencia no dolosa, que fuera invocada en el plazo de tres meses de ser conocida, que se trate de un seguro de vida, que fuera perjudicial para el asegurado y que fuera reajustable a juicio de peritos, sino que además ese asegurador, según sus prácticas comerciales hubiera celebrado el contrato con estas distintas condiciones.

702.-Además la diligente y leal conducta precontractual del proponente y del asegurador han de ser juzgadas de conformidad con un arquetipo medio y si el asegurador pretendiera apartarse de ese estándar intentando ser más exigente en su búsqueda de certezas en el conocimiento del riesgo, debería haber tenido y demostrado una conducta afín a tal intención, interrogando específicamente al tomador sobre aquellas circunstancias que le resultan de necesaria percepción o advirtiendo sobre sus particulares exigencias([485]).

703.-Asimismo y lamentando nuevamente la extrema deficiencia lingüística del artículo analizado, debemos disentir con quienes entienden que una de las razones que justifican no sólo genéricamente el instituto de la reticencia, sino también la imposición del "juicio de peritos" se encuentra en los fundamentos técnicos del seguro referidos a la equivalencia entre prima y riesgo([486]), pues si aquella hubiera sido la

[485] Por lo demás si un asegurador determinado se apartase del estándar y tuviera una política comercial más tolerante, o bien no llegaría a impugnar el contrato, ora se estaría frente a un caso en donde tal mayor condescendencia sería indiferente para la resolución del caso, ya que previamente se debería acreditar como presupuesto básico la existencia de una reticencia no pudiendo luego los expertos referirse a la conducta especial de ese asegurador. Sólo el asegurado al socaire de lo prescripto en el artículo 218 inc. 3 del Código de Comercio podría invocar esa mayor lenidad, si por su parte obró leal y diligentemente en cumplimiento de la carga precontractual

[486] ver fallo Suc. Risso Patron en addenda a este trabajo donde Morandi en su voto dijo*:" Así, el art. 5° de la ley citada, mantuvo el principio de la correspondencia objetiva entre el riesgo representado por el asegurado al asegurador y el riesgo real, como "presupuesto de plena validez y eficacia del contrato", en función de una mayor tutela de la mutualidad asegurada (lato sensu), atento que en caso de que el principio de equivalencia entre riesgo y prima no fuese respetado, se produce una grave alteración entre los citados extremos de la ecuación técnica aseguradora, que se base fundamentalmente en que el comportamiento efectivo de los riesgos asumidos por el asegurador, se ajuste a la hipótesis estadística tomada como base del cálculo de*

intención del legislador, otra debió ser la redacción que manifestase con mayor claridad esa idea([487]), máxime cuando en los artículos 6 y 7 se hace referencia directa a esa relación prima y riesgo. Además hubiera sido una guía más adecuada para asignar la especialidad pericial y encausar su trabajo sin necesidad de diferir a incumbencias ajenas a las jurídicas informar a un Tribunal si un asegurador determinado hubiese celebrado un contrato o modificado sus condiciones([488]).

704.-Por último en el caso de que la reticencia sea culposa el asegurador puede optar a su exclusivo juicio entre anular el contrato con devolución de las primas cobradas previa deducción de los gastos o bien reajustar los términos del contrato. Esta norma le hace decir a Zavala Rodríguez ([489]) que se pone en las exclusivas manos del asegurador la nulidad o reajuste del contrato lo cual sería una prueba más de su tesis de que la ley en general ha sido creada para favorecer a las

---

probabilidad siniestral, de manera tal, que entre "previsión" y "realidad", no existan diferencias y, desde un punto de vista teórico, el monto de las primas debería ser exactamente proporcional a las necesidades de capital para afrontar los siniestros (ver Hermannsdorfer, "Seguros Privados", Madrid, 1933, p.200).

Cuando este resultado no se logra, por efecto negativo, el fondo de primas es insuficiente y se altera la base elemental sobre la cual debe funcionar la industria aseguradora, y de aquí la presencia en el contexto de la ley de seguros, de dos institutos claves para garantizar el precitado principio de equivalencia: la reticencia y la agravación del riesgo.

De aquí, que la exacta declaración del riesgo, constituye un "deber" impuesto por la ley al asegurado; que tiene un linaje de siglos, y por finalidad, en primer lugar, que se pueda cumplir la correspondencia entre riesgo y prima a que se ha aludido precedentemente, como base técnica de la mayor importancia.

[487] Así por ejemplo hubiera podido expresarse de la siguiente manera:*" Toda comunicación que el proponente hiciera al interrogatorio o control del asegurador acerca de todas las circunstancias del riesgo, aún hechas de* ***buena fe*** *y que a juicio de peritos no se correspondiese con la equivalencia técnica entre la prima facturada con el verdadero estado del riesgo, hacen anulable el contrato".* De tal manera se hubiera reemplazado el concepto subjetivo de reticencia y falsa declaración por el objetivo de efectiva equivalencia entre lo comunicado y el verdadero estado del riesgo y a su vez se reafirmaría el principio técnico de relación entre prima y riesgo.

[488] Además nos cabe exponer como parte del conocimiento técnico empírico adquirido durante el desempeño como Gerente Técnico de una aseguradora, que en muy pocas oportunidades y casos los aseguradores nacionales pueden exhibir un fundado estudio y elaboración de las primas en los seguros no vida, en tanto que en los seguros de personas desde siempre se utilizan tablas de mortalidad y tablas de clasificación de riesgos elaborados en otros países y referidos a contextos algo disímiles a nuestro medio. Ver en especial la carencia de estudios y cálculos técnicos en todo lo que resulta la cobertura de la responsabilidad civil **(** Lic. **Mareque, Jes s**, Responsabilidad Civil Comprensiva, en Revista Argentina del Seguro la Empresa y la Responsabilidad, nro. 3-4 p.188 **Quintana, Enrique J**. Seguro de Responsabilidad Civil Comprensiva, en Teoría y Técnica del Seguro Solidario, Ed. Intecoop. Buenos Aires, 1982)

[489] Mencionado por Ortiz, Regimen ... op. Cit. p. 109 indicando la nota de revista Jurisprudencia Argentina 1968-II-744

compañías aseguradoras. En tanto Halperin respondió que reconociendo la defectuosa redacción debe entendérsela en forma armónica con el artículo 5 y que luego del juicio de peritos recién el asegurador podrá optar por la nulidad o el reajuste.

705.-Por nuestra parte coincidiendo con los autores glosados entendemos que *ubi lex non distinguit nec nos desiguit debemus* y si la ley no establece el previo juicio de peritos en el artículo 6, no existe tal obligación, además de no ser armónica la interpretación que sustentaba Halperin, pues también debe armonizarse todo esto con la facultad que tiene el asegurador de subsanar la reticencia o bien dejar que transcurra el tiempo de tres meses sin impugnar el contrato.

706.-Así que el artículo 6 no altera el principio que faculta la defensa contra el incumplidor de la carga y por supuesto que queda al arbitrio del asegurador articular dicha defensa o subsanar el tema reajustando el contrato como hubiera sido celebrado de conocerse el verdadero estado del riesgo.

707.-Si el asegurado no aceptase el reajuste entonces quedará sometido a las consecuencias propias de la opción por impugnar el contrato que en definitiva le quedará como única alternativa al asegurador.

Impedimento del contrato o modificación de las condiciones contractuales.

708.-La importancia de la inexacta o reticente comunicación informativa se encuentra vinculada a la potencialidad impeditiva del contrato y este ha sido, entre otras, la principal causa de confusión de quienes propugnan una naturaleza jurídica del instituto como especial regulación de los vicios de la voluntad. Ciertamente coligen que la inexacta e incompleta información vició el conocimiento del asegurador al tiempo de emitir la aceptación y por tanto es correcto que la ley exija ese grado de importancia en la causa del vicio.

709.-Pero ciertamente, si se ha aceptado una objetivización del sistema, haciendo aplicable sus consecuencias aún a la falsedad o reticencia de buena fe, luego no se podría interpretar por arte de birlibirloque trocando a un subjetivismo y exigir que la conducta comunicativa del proponente deba haber tenido la

entidad suficiente de conmocionar el animo([490]) contractual del asegurador confundiéndole al aceptar la propuesta.

710.-Insistiendo en el principio básico interpretativo de la supervivencia contractual, también debe destacarse que es de añeja raigambre jurídica el que no se puedan prohijar declaraciones de nulidades por un mero mecanismo ritual (la nulidad por la nulidad misma) y entonces con independencia de la supuesta afectación al llamado "ánimo" contractual del asegurador, lo que debe verse es una manifestación de pura lógica en el ordenamiento racional que establece un límite en beneficio del asegurado, aún en favor de quien hubiera actuado dolosamente.

711.-De tal manera el instituto sólo funcionaría cuando un riesgo determinado no hubiera sido aceptado por un asegurador estándar de determinado medio (arg. inc. 6 artículo 218 del Código de Comercio) o de haberlo hecho, las condiciones contractuales y en especial la prima hubiera sido distinta.

El asegurador cerciorado

712.-Tal como lo expusimos *ut supra*, tampoco ha sido muy atinado el uso de la expresión "hubiese sido cerciorado", ya que nuevamente nos enfrentamos a un dilema gramatical con la consiguiente dificultad interpretativa.

713.-La palabra cerciorar proviene del latín de certiorari, certior, certus, y tiene su raíz en "cierto ". Cerciorar es un verbo transitivo que en su conjugación pretérita pluscuamperfecta con el auxiliar "ser" intenta reafirmar y potenciar el concepto significando el asegurar a alguno la verdad de una cosa, hacer seguro un conocimiento con anterioridad a un acontecimiento pasado, colocando al receptor en un estado de soportar la acción

[490] Como lo hemos expuesto en el capítulo referido a los contratos mercantiles aleatorios, al ser las aseguradoras sociedades comerciales, organizadas profesionalmente como empresas, no existe en estos entes morales una persona ánimo contractual y los diversos pasos de formación de la voluntad se realizan sobre la base de un orden normativo administrativo **trascendente** (a diferencia de las personas de existencia real en que tales etapas quedan en el ámbito interno de su conciencia). Esa correlación y acumulación de actuaciones de factores dentro de un orden y organización administrativo es el principal elemento que sin necesidad de insistir en juicios periciales impuestos al juez, debe ser apreciado por el magistrado para juzgar si el asegurador hubiera celebrado el contrato o lo hubiera hecho en otras condiciones. Justamente **Morandi** en sus exposiciones insistía siempre que la mejor lectura del inciso 4 del art. 218 del Código de Comercio debía vincularse a la "***organización haciendal***"del asegurador para comprender la intención del mismo al celebrar el contrato.

del otro. De tal manera esta certeza coloca sorpresiva y aparentemente al asegurador en una posición totalmente pasiva. Ya no se le requiere una actividad leal diligente al tiempo de celebrar el contrato, sino que a él debe llegar no solo la comunicación informativa veraz y completa en su forma extrema y absoluta, sino que además esa comunicación debe lograr que el asegurador obtenga una "certeza", una "seguridad en el conocimiento" del verdadero estado del riesgo.

714.-Sucesivamente nos confrontamos entre lo que se debería entender resulta el decir de la norma, con lo que realmente expresa gramaticalmente e inquirir porque no existe correlación entre lo querido y lo propuesto. Pareciera que el legislador pretendió calificar la idoneidad de la información que debe suministrar el proponente, de manera que la misma fuese lo más exacta, amplia y suficiente para lograr la más absoluta aprehensión de las cualidades del objeto a conocer por parte del asegurador.

715.-Pero en ese caso no se atina a comprender la diversidad de criterios entre aquel que al inicio pone en cabeza del declarante solo manifestar lo que fuese de su conocimiento, sin imponerle de manera adicional la carga de procurarse con leal diligencia un mayor saber sobre las circunstancias del riesgo ([491]), para luego suplementariamente exigirle que además de informar exactamente lo que sabe, deba con su acción lograr que el receptor logre la certeza y el más seguro conocimiento de todo lo que es verdadero y real respecto del riesgo.

716.-Resulta por tanto incongruente con la equilibrada actuación leal de confianza mutua de los contratantes, exigirle solo a uno de ellos el cumplimiento de una carga precontractual de comunicación informativa para que la otra en una cómoda posición pasiva sea cerciorado del verdadero estado del riesgo.

717.-Así que entonces no nos cabe otra interpretación y debemos dar a esta última parte del primer párrafo del artículo 5 de la ley de seguros una lectura lógicamente congruente con el contexto general de la norma:

[491] Como sería haber expuesto:" de circunstancias conocidas o que actuando diligentemente hubiera podido conocer"
tal como lo propone indirectamente **Morandi** (Estudios, ob. cit. p. 237) al señalar que la reticencia o la falsa declaración debe cuanto menos ser culposa, ya que no puede declararse aquello que **- sin negligencia-**.

.- Solo en caso de comprobarse que el proponente ha realizado una comunicación omisiva o inexacta al asegurador.

.- Que aquello no comunicado o inexactamente informado al tiempo en que se realizó resultaba necesario y relevante técnicamente al conocimiento de un asegurador estándar para calificar y clasificar el riesgo propuesto, tarifarle y delimitarle contractualmente.

.- Permite que el asegurador impugne el contrato celebrado sobre la base de tal conocimiento parcial y defectuoso del riesgo.

718.-De tal manera que en la lectura interpretativa debería sustituirse la palabra "cerciorado" por "informado" que es justamente lo que conforma la carga del proponente: realizar una comunicación informativa.

Nulidad del contrato.

719.-Para concluir con el análisis de este primer párrafo del manido artículo 5 nos vemos nuevamente obligados a observar la incorrecta postulación, pues según la norma el incumplimiento de la carga precontractual de informar al asegurador sobre el estado del riesgo hace nulo el contrato.

720.-Con buen tino el proyecto de modificación propuesto por el diputado Baglini dice: "..hace anulable el contrato.." y señala en los fundamentos de su proyecto que "el asegurador alegará la anulación o la anulabilidad del contrato, pero no la nulidad y menos la absoluta, entre otras razones, porque la establecida por el artículo tiene carácter relativo, ya que no es factible de ser invocada por el asegurado quien es precisamente el autor de la falsedad o de la reticencia y sólo se impone en protección del interés del asegurador..".Por lo tanto no cabe duda que el contrato no es ni se hace nulo, sino resulta anulable a pedido del asegurador.

<u>La Reticencia como acción de impugnación del contrato.</u>

721.-Por un parte la ley dice que el asegurador debe impugnar el contrato dentro de los 3 meses de haber conocido la reticencia o falsedad en tanto que el proyecto Baglini en el artículo 16 establece que la anulación del contrato podrá ser deducida como pretensión, excepción o reconvención, por su parte el proyecto de reforma enviado por el PEN sostiene que el asegurador debe invocar la nulidad del contrato notificando por escrito al asegurado dentro de los treinta (30) días de haber conocido la reticencia o falsedad, sin necesidad de promover acción alguna.

722.-El artículo 498 del Código de Comercio no establecía disposición alguna al respecto, mientras que el anteproyecto de armonización de ley de contrato de seguro elaborado por Morandi, señala que el asegurador pierde el derecho de impugnar el contrato, si no lo hace por vía de acción dentro de los tres meses de conocida la inexactitud o la reticencia.

723.-En el informe de la Sección Argentina de la A.I.D.A.([492]) se dice que no existe jurisprudencia que consagre que la impugnación del contrato deba efectuarse por vía de acción judicial iniciada dentro del plazo de tres meses, o que bastaría la impugnación extrajudicial al tomador y en su caso al asegurado, para luego oponer la defensa ante el reclamo de éstos.

724.-Mientras otros autores insisten en el carácter de acción judicial que debe revestir la impugnación([493]) creemos que la más original y acertada interpretación es aquella que sostiene armónicamente la existencia de una carga del asegurador por la que éste debe notificar dentro del plazo de tres meses, al tomador y asegurado su voluntad de propiciar la impugnación del contrato y luego promover la acción judicial de nulidad correspondiente dentro del término de un año (conf. Artículo 58 ley 17418) ([494]).

725.-Ciertamente si la ley no ha impuesto la necesaria interposición de una acción judicial peticionando la anulación del contrato, no

[492] **Bulló, Emilio H**. La declaración del estado del riesgo por el proponente del contrato de seguro. La **buena fe** y las Tratativas precontractuales,. La reticencia y falsa declaración del tomador. La propuesta de Seguros. Capítulo del informe Perfeccionamiento del contrato de seguro, en Revista Jurídica Argentina del Seguro la Empresa y la Responsabilidad, nro.21/22, Ed. El mundo del Seguro , Buenos Aires, p. 85)

[493] **Halperin Isaac, Seguros** ....3ra ed. Actualizada y ampliada por **Nicolas H. Barbato**. Ob. cit. p. 335,

[494] **Estebenet, Carlos A** Revista El Derecho tomo 190 p. 725**, Bulló Emilio H**. El derecho de Seguros, ob. cit. p.190 y ss

cabe exigir al asegurador cumpla tal requisito, siendo suficiente que comunique fehaciente la impugnación contractual.

726.-Esta interpretación entendemos resulta congruente con lo dispuesto en otros artículos de la ley de seguros, así

.- El Artículo 12 establece la facultad del asegurado de reclamar dentro del mes de haber recibido la póliza si observa diferencias entre el texto de la póliza y el contenido de la propuesto, para luego agregar al final del artículo: " la impugnación no afecta la eficacia del contrato....". De tal manera el legislador utiliza con igual significado reclamar e impugnar.

.- En el artículo 18 cuando se permite a las partes estipular en los seguros no vida una cláusula rescisoria, establece que el asegurador que pretenda ejercer esta facultad deberá dar un preaviso (debiéndose entender comunicar con un preaviso).

.- En el artículo 31 se establece que el asegurador podrá rescindir el contrato con un plazo de denuncia de un mes(aquí la ley utiliza el término denuncia en lugar de preaviso) sin quedar obligado por un eventual siniestro durante dicho plazo, después de los 2 días de notificada la opción de rescindir.

.- El artículo 39 suspende la cobertura frente a la agravación del riesgo provocada por el tomador, debiendo el asegurador notificar su decisión de rescindir. En esta oportunidad la ley no utiliza la palabra preaviso o denuncia, sino simplemente notificar, cuando no puede caber duda alguna que el preaviso y la denuncia también deben ser notificados, entendiéndose por ello que la comunicación debe ser expedida y dirigida al último domicilio declarado, entendiendo que resulta congruente que tal comunicación sea realizada por escrito y mediante forma que permita su acreditación.

.- Por su parte el artículo 56 establece que el asegurador debe pronunciarse acerca del derecho del asegurado dentro de un plazo legal determinado y que la omisión de pronunciarse importa aceptación. De ello se colige que el pronunciamiento debe ser una acción que trascienda al

mismo asegurador, o sea que debe ser comunicado al asegurado.

727.-Por lo tanto vemos que el legislador utiliza como sinónimos reclamación e impugnación, como también en determinados casos en forma indistinta usa las palabras preavisar, denunciar, y notificar, entonces no debe extrañar que se interprete el segundo párrafo del artículo 5 afirmando que el mismo establece un término para notificación de la impugnación contractual y no una imposición de promover durante el mismo una acción judicial de nulidad.

Subsanación de la reticencia

728.-El conocimiento que el asegurador pudiera o debiera tener por otra vía distinta que la comunicación informativa del tomador, le impedirán impugnar el contrato. Conforme señala la doctrina ([495]) la comisión consultiva revisora del anteproyecto eliminó el artículo 6 del mismo, que regulaba expresamente estas cuestiones, por entender que era una solución obvia según los principios generales.

729.-Por nuestra parte no compartimos el criterio de la mentada comisión, ya que el artículo 5 en su actual redacción no establece una carga de comunicación para hacer llegar al conocimiento del asegurador una información, sino que requiere que el mismo sea "cerciorado". Tal como dijimos *ut-supra* pareciera colocarse a esta persona jurídica profesionalmente organizada como empresa con el objeto exclusivo de realizar negocios jurídicos asegurativos, en la posición de un mero agente pasivo que vería limitada su diligencia precontractual solamente a "recibir" información.

730.-En cuanto a esta posibilidad que tiene el asegurador de conocer por otros medios el estado del riesgo, también se ha abierto un debate respecto a su deber de actuar diligentemente para conocerlo y que le impondría investigar el estado del riesgo y la veracidad de las declaraciones del proponente.

731.-Ciertamente entendemos que no corresponde auscultar exegeticamente la ley especial en búsqueda de una solución al

[495] **Halperin Isaac, Seguros**..... Ed. Actualizada y Ampliada por **Barbato Nicol s**, ob. Cit. p.317

dilema planteado, cuando con tanta precisión general el artículo 1198 del Código Civil estableció una respuesta suficiente al mismo. Así el contrato de seguro, como cualquier otro debe celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y conforme lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión([496]).

732.-En la celebración de los contratos de seguro de grandes riesgos la conducta de ambas partes en toda la etapa anterior a la conclusión de la convención está determinada por la entidad e importancia particular de los celebrantes, de manera que se aplican al caso los principios generales que hemos enunciado en el capítulo III para los contratos paritarios (o negociados).

733.-En cuanto a los contratos de pequeños riesgos celebrados masivamente por adhesión a cláusulas y condiciones predispuestas por el asegurador no cabe duda que también se aplica el principio de diligente lealtad a la confianza que es de esperar y prodigarse las partes entre si. El proponente debe cumplir la carga que le impone el deber de comunicación informativa y el asegurador debe actuar como se espera de una empresa profesionalmente organizada con el objeto societaria exclusivo de hacer seguros.

734.-Son múltiples los ejemplos jurisprudenciales que han resuelto la aplicación de estos principios enunciados:

.- La inspección cuidadosa de la cosa hace presumir la inexistencia de reticencia([497]).

.- Las sociedades de seguros que poseen tan poderosos medios de información cuando llega la oportunidad de

[496] En igual sentido los artículos 966 y 967 del PD685/95: *Las partes deben actuar de* ***buena fe*** *durante la celebración y ejecución del contrato y El contrato obliga con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor, incluyendo a las consecuencias ritualmente comprendidas en él, conforme a su naturaleza, a las negociaciones previas, a la conducta ulterior de las partes, a las prácticas establecidas entre ellas, a los usos si no han sido excluidos expresamente y a la equidad, teniendo en cuenta la finalidad del acto y las expectativas justificadas de la otra parte...* Así también el segundo párrafo del artículo 1197 del Proyecto de Reformas al Código Civil de la Comisión Especial de Unificación Legislativa Civil y Comercial CND 1987: *Los contratos deben celebrarse, ejecutarse y, cuando no correspondienre la interpretación restrictiva, interpretarse de buena fe y de acuerdo con lo que, verosímilmente, las partes entendieron, o pudieron entender obrando con cuidado y previsión...* . Por último en el proyecto de la comisión decreto 468/92 en el artículo 930 dice en forma por demás sintética y concluyente que : *Los contratos deben ser interpretados de acuerdo a la buena fe.*

[497] CNCom. Set,26-1904, fallos II: 137 mencionado en Halperin Isaac, ob. cit actualizada y ampliada por Nicolás H.Barbato, p. 317

pagar, debieran emplearlos con más provecho cuando van a contratar ([498]).

.- El asegurador pierde el derecho de alegar la reticencia si acepta respuestas incompletas ([499])

735.-Asimismo deben considerarse otras conductas del asegurador que permiten presumir su conocimiento de las circunstancias sobre el estado del riesgo:

.- En los seguros de incendio cuando el mismo asegurador ha celebrado anteriormente otros contratos de la misma rama respecto de inmuebles linderos que aumentan el riesgo del nuevo inmueble([500]), no podría alegar que el proponente omitió hacer conocer que los linderos aumentaban el peligro.-

.- Cuando el mismo asegurador celebra un contrato o indemniza un siniestro respecto de un determinado riesgo que le permite tomar conocimiento del estado de otro tipo de riesgo o contrato. Así por ejemplo cuando el proponente de un contrato de seguro contra el riesgo de robo señala la existencia de construcciones inferiores de material madera o techos de madera, lo que posteriormente omite señalar al celebrar un contrato de seguro de incendio. O el caso en que con motivo de un siniestro de robo el asegurador toma conocimiento de determinadas circunstancias respecto del riesgo de incendio que también tiene asegurado.

.- Cuando las condiciones contractuales establecen una diversidad de cobertura según se declarase determinada circunstancia o no se lo hubiera hecho. Así por ejemplo cuando la suma indemnizable en caso de robo se ve disminuida al 70% si el asegurado omitió informar al tiempo de la celebración que los techos no eran de loza o bovedilla (chapa o fibrocemento), o que la vivienda no

[498] CNCom. Agosto 6 928 GF 76-12: Abril 28-931 GF 92-43 mencionado en Halperin Isaac, ob. cit actualizada y ampliada por Nicolás H.Barbato, p. 317

[499] CCv. 2da La Plata Dic. 31-940 JA 73-714 mencionado en Halperin Isaac, ob. cit actualizada y ampliada por Nicolás H.Barbato, p. 317

[500] En esta rama los aseguradores con el fin de conocer la exposición a riesgo máxima respecto de determinados bienes inmuebles y sus contenidos y determinar la información y participación del reasegurador, mantenían actualizado un registro clasificando por ubicación los bienes inmuebles y contenidos (ficha de block) de manera que pudieran tener conocimiento de las sumas aseguradas de las fincas de una misma manzana o departamentos de una misma propiedad horizontal.-

contaba con cerradura doble palera o rejas en las ventanas.

.- Cuando el asegurador procede a la conclusión de un nuevo contrato ("renovación automática del contrato") por otro período, sin interrogar al asegurado ni requerirle información alguna sobre el estado del riesgo([501]).

.- En los seguros de personas cuando el asegurador emite la invitación a realizar propuestas sobre la base de interrogar al proponente sobre una única y exclusiva circunstancia del riesgo y referida a sí éste se considera sano y si al tiempo de la celebración está bajo tratamiento médico([502]). En este caso resulta evidente que el asegurador carece de interés y necesidad de conocer el estado del riesgo, pues las consideraciones u opiniones que pudiera tener el proponente sobre su estado del riesgo carecen de relevancia cognoscitiva sobre el riesgo y centran el requerimiento en lo que el proponente considera y no en lo que su salud es.

.- En los seguros de personas cuando el asegurador somete al proponente a un examen completo realizado por un médico de aquel y no obstante el profesional, incurriendo en mala practica médica, omite observar y asentar lo que era evidente inclusive para cualquier lego([503]).

.- Cuando el asegurador establece un interrogatorio sobre cuestiones que resultan evidentemente íntimas a sabiendas que no se guarda, ni establece un sistema que permita tener a buen cuidado la reserva de las mismas

[501] En este caso conviene aclarar que no se puede estrictamente decir que habiendo existido reticencia en el primer contrato la misma se puede tener por transmitida al nuevo que renueva al anterior. El contrato cuya nulidad pudo ser peticionada ha concluido como también los efectos por expiración del término por el cual fue celebrado y el nuevo no se realizó sobre la base de propuesta de contrato alguna. Lisa y llanamente el asegurador procedió a dar por concluido un nuevo contrato emitiendo el instrumento respectivo (póliza) aguardando que el asegurado expresa o tácitamente acepte esta renovación pagando la prima respectiva. Uno de los seguros masivos de mayor difusión en nuestro país suele operar de esta manera, es el caso del seguro de la rama automotores donde se evidencian prácticas comerciales que no sólo concluyen la celebración del contrato por teléfono, Internet, o fax, sino que al cabo del período de duración inicialmente pactado y con el fin de mantener a su clientela, proceden a concluir un nuevo contrato sin requerir previamente la voluntad concurrente del asegurado.

[502] Cuestionarios muy habituales en los seguros colectivos referidos a los grupos de deudores de un acreedor.

[503] Ver nota titulada La ocultación de enfermedades al contratar los seguros de vida en J.A. t. 27 p. 597/605 con acopio de jurisprudencia extranjera.

respecto de intermediarios y empleados administrativos([504]).

736.-Por último queda referirnos al conocimiento que pudiera tener el productor asesor de seguros y su conducta al tiempo de asesor y contribuir en la confección de las respuestas a los interrogatorios confeccionados por el asegurador.

737.-Atento lo prescripto en los artículos 53 y 54 de la ley 17418 y la ley 22.400 este auxiliar autónomo resulta un profesional intermediario independiente carece de facultades representativas, de manera que inicialmente el conocimiento que el mismo pudiera tener no compromete al asegurador, pero existen situaciones en las cuales este principio debe ceder:

.- Cuando el asegurador sin facultar al productor asesor a concluir el contrato, le ha diferido el inspeccionar verificar e informar sobre el estado del riesgo([505]).

.- Cuando por cualquier otra forma el asegurador conociendo la forma de desempeñarse del productor asesor permite y consciente que este actúe y se manifieste públicamente con la apariencia de representar a aquel.

.- Cuando las respuestas al cuestionario o algunos claros son confeccionados o completados por un agente o empleado del asegurador([506]).

---

[504] Así por ejemplo una de las preguntas habituales en los seguros de personas cuando se trata de mujeres, es el referido al haber experimentado abortos, en cuyo caso se interroga adicionalmente respecto a cuando ocurrieron y en que cantidad. O cuando se interroga sobre las costumbres y prácticas sexuales con el fin de averiguar si el proponente las mantiene con personas del mismo sexo o que acostumbran inyectarse drogas.

[505] Hay que distinguir este caso de aquellos en que el proponente acepta que el productor asesor complete el cuestionario o deja claros en algunas respuestas para que sean completados por el productor, ya que en estos casos el tomador ha conferido mandato al productor para actuar y realizar esta tarea y por ende recaen sobre él las consecuencias de la conducta del mandatario.

[506] En este caso no coincidimos con Halperin quien señala: *que no cabe aducir que hay culpa del dependiente y por ende responsabilidad refleja del principal, por la no inclusión de la circunstancia omitida cuando él redacta la oferta por el tomador, porque no hay culpa en conocer la verdad, salvo que enga e al tomador y le haga creer que la propuesta está {a en forma.* Si bien el Maestro se refiere en forma genérica al agente diferenciándole según tuviera facultades de concluir el contrato o de no tenerlas al indicar su carácter de dependiente no es necesario que el mismo tenga la entidad de ser un agente institorio, su relación laboral dependiente lo convierte en el material ejecutor del asegurador (ver último párrafo art. 58 ley 20091)

El reajuste, la incontestabilidad

738.-La fundamental razón técnica por el cual se instituyera la carga precontractual de comunicación informativa del estado del riesgo determina la regulación jurídica que la determina y limita. El artículo 1034 del PD685/95 siguiendo una luenga tendencia jurisprudencial y doctrinaria establece con mayor precisión que el inc. 3 del artículo 218 del Código de Comercio, el principio de conservación del contrato([507]).

739.-Es por tal razón que no coincidimos con quienes entienden que la LS ha establecido atenuaciones de los efectos de la reticencia buscando obviar un elemento de inseguridad que parecieran observar en la gravedad de la sanción impuesta aún en los casos en que la reticencia o falsa declaración ha sido de buena fe.

740.-El sistema de reajuste y la incontestabilidad configuran justamente una regulación armónica con los principios técnicos que impusieron el establecimiento de la carga de comunicación informativa del estado del riesgo, de manera que aún cuando no hubiera concordancia entre esa información y la real efectiva magnitud del riesgo, se mantiene igualmente en otra relación una equivalencia matemática posible entre la prima y el riesgo.

741.-Entonces el reajuste si fuera posible a juicio de peritos y el contrato se hubiera celebrado de acuerdo a las prácticas comerciales de ese asegurador, se impone cuando la nulidad fuere perjudicial para el asegurado, como así también cuando ocurrido el siniestro resulta posible reducir proporcionalmente la prestación a cargo del asegurador.

742.-Así también la LS prevé para los seguros de personas ([508]) un plazo a partir del cual el contrato es incontestable([509]), es decir el asegurador no podrá invocar la reticencia o falsa declaración, salvo que fuese dolosa ([510]) habiéndose justificado este instituto

---

[507] *Principio de conservación Si hay duda sobre la eficacia del contrato, o de alguna de sus cláusulas, debe procurarse interpretarlos de modo que sean eficaces. Si esto resulta de varias interpretaciones posibles, corresponde entenderlos en el alcance más adecuado al objeto del contrato.*

[508] *Transcurridos tres a os desde la celebración del contrato, el asegurador no puede invocar la reticencia, excepto cuando fuere dolosa*

[509] **Morandi, Juan Carlos F lix**, La Incontestabilidad del Contrato de Seguro de Vida, en Revista de Derecho de Seguros, Ed. Librería Jurídica, año 1 nro. 2, La Plata, 1971 p. 11

[510] Aun cuando contractualmente podría ampliarse la aplicación de la incontestabilidad también la reticencia dolosa, toda vez que el Derecho impide la dispensa del dolo futuro no del pasado, y resulta obvio que el contrato se celebra con posterioridad a la declaración doloso del estado del riesgo.

de diversas maneras([511]) lo cierto es que cualquiera fuese la naturaleza jurídica que se le asigne, la razón técnica con la que se sustenta la carga de comunicación informativa, también da su impronta a este instituto de la incontestabilidad. Esto se ve claramente evidenciado en los seguros colectivos de vida en los que las cualidades individuales de un riesgo personal se ven diluidas en la suma de riesgos individuales combinados en el grupo y que conforman la unidad técnica de riesgo asegurado y en los cuales se establece un plazo de incontestabilidad de un año.

743.-Pero a partir de un correcto sistema de reajuste y cálculo del mismo, como nos permitimos proponer, entendemos que no habría necesidad de este sistema de caducidad para la invocación de la reticencia o inexacta declaración.

744.-Ciertamente de comprobarse con el transcurso del tiempo la llamada bondad del riesgo, es obvio que ese período obró como medio de selección y calificación del riesgo demostrando que entonces estuvo igualmente bien tarifado y no habría necesidad técnica posibilidad de efectuar reajuste alguno.

745.-Otra de las razones expuestas a favor de este instituto en favor de los seguros plurianuales es aquella que señala como poco equitativo se permita al asegurador luego de un largo período de vigencia del contrato, con percepción de primas, se invoque la reticencia y se impugne el contrato. Pero la solución dada a esta posibilidad no ha atendido a principio técnicos del seguro de vida, ni a la diversidad de planes y combinación de estos seguros pues:

.- No se ha atendido a la edad del asegurado, ya que no es lo mismo la reticencia de una determinada circunstancia por parte de un asegurado vida de 60 años de edad que si el mismo tuviera 20 años.

.- No se tuvo en cuenta los diversos planes de seguros temporarios, como son aquellos contratados a 5 años o anuales automáticamente renovables.

[511] Así conforme **Morandi Juan Carlos F lix** La reticencia... ob. cit para Salandra sirve para dar certeza acerca de la validez del contrato evitando exponer al asegurado al pago de primas durante un largo período con la duda de que en caso de siniestro pudiese el contrato ser anulado, resultando vano su acto de previsión, en tanto que para Halperin este período sería una etapa de prueba para controlar la bondad del riesgo. En tanto que para Vivante este período funcionaba como un plazo ex lege de prueba de la lealtad con que ha procedido el asegurado.

.- Tampoco se consideró el caso de aquellos contratos de vida entera de pago único o pagos limitados y su diferencia respecto de los de prima nivelada.

.- Por otro lado no se consideró la facultad que se estipula en muchos contratos de seguros de vida permitiendo que el asegurador pueda someter a reexamen médico al asegurado luego de transcurrido un determinado tiempo de vigencia del contrato.

.- Por último se omitió considerar los casos en que la reticencia es conocida por el asegurador mucho tiempo después de ocurrido un siniestro por cláusula adicional de vida, que se pagó o se encuentra en pago([512]).

746.-Por lo tanto guardamos cierta reserva con este sistema y su regulación, considerando que sería preferible discriminar mucho mejor su funcionamiento para todas las variantes enunciadas y en todo caso que en los seguros plurianuales se establezca normativamente la posibilidad de reverificar periódicamente el original estado del riesgo, con los siguientes resultados:

.- Resolutivo contractual para el caso de resistencia injustificada de parte del asegurado.

.- Con pérdida de derecho de invocar la reticencia o inexacta declaración del riesgo, si el asegurador omite realizar tales reverificaciones.

.- Con renovación periódica de la carga de declarar el estado original del riesgo, facilitando al asegurado una nueva declaración o interrogación y que solicite y obtenga un reajuste de su contrato conforme los que fuera el real y original estado del riesgo.

[512] Como sería el pago de las sumas aseguradas proporcionales por aplicación de la cláusula adicional a los seguros de vida por accidentes, en las cuales el asegurador bien puede limitar las comprobaciones médicas a verificar una pérdida organica o funcional de un determinado miembro, sin con ello tomar conocimiento de alguna circunstancia fisiológica omitida de declarar al tiempo de celebrar el contrato. O el caso en que un asegurado producto de un accidente perdiera completamente la vista y por aplicación de la cláusula adicional de exención de pagos de prima y renta mensual por incapacidad, dejase de pagar las primas y comenzase a cobrar la renta vitalicia, qeudando igualmente asegurado por el riesgo muerte.

Plazo para alegar la reticencia Caducidad de la impugnación y el término de prescripción

747.-Ya tuvimos oportunidad de referirnos *ut supra* al tema del plazo de impugnación y los efectos de la caducidad de este derecho por el transcurso del término legalmente establecido. Asimismo hemos indicado que la impugnación a la que se refería el artículo 5 de la LS no establecía la necesidad de promover la acción de impugnación dentro del término de caducidad, cabe ahora entonces referirnos al tiempo prescriptivo de la acción de nulidad.

748.-Quienes entienden que el régimen de la reticencia es una regulación especial de los vicios de la voluntad dan por sentado que el término prescriptivo es el de dos años establecido en el artículo 4030 del Código Civil.

749.-Otros entienden que el término de prescripción es coincidente con el de caducidad, por lo cual además de impugnar el contrato en el plazo de tres meses desde conocida la reticencia se debe promover la acción de nulidad.

750.-Y por último quienes entendemos que en principio se debe aplicar el criterio establecido en general en el artículo 58 de LS toda vez que la acción de nulidad se encuentra fundada en el propio régimen y contrato de seguro cuya impugnación se impetra, aún cuando este artículo diga que el plazo se computa desde que la correspondiente obligación es exigible.

751.-A los fines de buscar una justificación lógica argumental a nuestro planteo, debemos distinguir los contratos plurianuales de aquellos que se celebraron por el término establecido en el artículo 17 de la ley 17418.

752.-Pero además y como ya vimos en los seguros de personas en los casos de reticencia o falsa declaración no dolosa una vez transcurrido tres años desde la celebración del contrato ha caducado el derecho a impugnar el contrato, por lo tanto la cuestión se presenta en los seguros de vida antes de los tres años de su vigencia, en los seguros de vida en que la reticencia o falsa declaración fuera dolosa y en los seguros patrimoniales plurianuales.

753.-Ciertamente y por una razón lógica, además de práctica nadie podría exigir que un asegurador promueva una demanda de nulidad de un contrato con posterioridad al tiempo de vigencia establecido en el mismo, pues no existen efectos ulteriores que pudieran obligarlo([513]).

754.-De haber ocurrido el siniestro durante la vigencia del contrato si la denuncia de éste o la reticencia o falsa declaración llegase a conocimiento del asegurador con posterioridad a la terminación de la vigencia del contrato, el asegurador se limitará a rechazar el pago de la indemnización con causa en el incumplimiento de la carga y en atención a lo establecido en el artículo 9 de la LS, sin necesidad de impugnar el contrato o promover la acción de nulidad.

755.-En atención a lo dispuesto en el artículo 3986 del Código Civil, el temperamento del Supremo Tribunal a partir de la sentencia in re Cornes Guillermo J.J. c/Massuh S.A. División Adamas([514]) debemos aceptar que una vez conocida la reticencia o falsa declaración el asegurador debe impugnar el contrato dentro de los tres meses, sirviendo la notificación respectiva a los fines de tener por suspendido el plazo prescriptivo por el término de un año, al cabo del cual continuará corriendo dicho plazo para que el asegurador promueva tempestivamente la acción de nulidad.

756.-Concluyendo consideramos que el menor término prescriptivo anual del artículo 58 de la LS en lugar del bianual del artículo 4030 del Código Civil resulta no solo adecuado a nuestra concepción del instituto de la reticencia como una carga precontractual y no como vicio de la voluntad, sino que también resulta:

.- Que es más equitativo respecto de la obligación de pagar las primas en los casos de reticencia dolosa, durante el periodo corrido y el del período en cuyo transcurso el asegurador invoque la reticencia o falsa declaración.

---

[513] Salvo el caso de los seguros de responsabilidad que cubren bajo el sistema de ocurrencia . En estos el contrato de consuno tiene un vigencia de un año, mas si durante el mismo ocurrió un hecho del cual pudiera surgir la eventual responsabilidad del asegurado y luego éste es demandado varios después, puede entonces ocurrir que el asegurador tome conocimiento de la reticencia con motivo de la citación en garantía que se incoase contre él y de los mismos términos y hechos alegados en la demanda.

[514] Dic. 3-991 en ED 147-302 reafirmado poco después y específicamente en un caso relativo a un contrato de seguro en Jakim, Horacio S. C/Amparo Compañía de Seguros S.A. Marzo 10-992 (J35CCIII R.H.)

.- Que da mayor seguridad y certeza al asegurado de buena fe para esperar el reajuste o imponérselo al asegurador en los casos previsto en el artículo 6 de la LS.

.- Que es prácticamente dificultoso estimar que sin mediar un siniestro algún asegurado se notifique de la impugnación del contrato, dentro de los tres meses de haber conocido el asegurador la reticencia y no obstante ello opte por mantener dicho contrato pagando las primas durante toda la vigencia, aguardando que transcurrida la prescripción de la acción de nulidad (al año o dos años según la tesis que se invoque) renazcan sus derechos a ser indemnizado por siniestros que ocurrieran con posterioridad.

.- Que una vez que el asegurado toma conocimiento de la impugnación procurará dar por concluido el contrato y celebrar otro, de forma que efectivamente pueda estar a partir de este nuevo contrato a cubierto de los riesgos antes mal asegurados por haber mediado un incumplimiento de la carga precontractual de comunicación informativa.

.- Que de haber ocurrido un siniestro, cuando el asegurado es notificado tempestiva y validamente del rechazo del mismo y que el asegurador entiende estar liberado de toda prestación a su favor, al socaire de lo prescripto en el artículo 58 de la LS, tendrá un año para promover las acciones judiciales que entienda corresponder para que se reconozcan sus derechos emergentes del contrato.

757.-Desarrollados estos supuestos la cuestión queda circunscripta a dos situaciones solamente y determinadas por:

.- el tiempo que pudiera mediar entre la promoción de la demanda del asegurado y el que disponga el asegurador para esgrimir en su defensa la impugnación del contrato. O sea que en el supuesto de un seguro plurianual en que ha ocurrido un siniestro y el asegurador tomó conocimiento de la reticencia o falsa declaración, habiendo impugnado el contrato deberá promover la acción de nulidad antes de que prescriba la misma, pues concomitantemente y durante el año siguiente al rechazo del siniestro el asegurado pudo promover acción por su parte sin dar traslado de la misma con anterioridad al

vencimiento del término en que el asegurador pudiera esgrimir validamente como defensa la nulidad del contrato.

.-La otra posibilidad estaría dada en los casos de contratos de responsabilidad civil en los cuales el asegurador puede ser citado en garantía muchos años después de ocurrido el hecho del que pudiera nacer la eventual responsabilidad del asegurado. Sin duda que si la citación ocurriera una vez vencido el término de la prescripción para que el asegurador hubiera accionado por nulidad del contrato ya no podrá esgrimir validamente la defensa de reticencia o falsa declaración

758.-En ambos casos quienes concebimos que se aplica el más breve término de prescripción establecido en el artículo 58 entendemos que justamente mediante éste se brinda mayor seguridad y certeza en las relaciones contractuales entre el asegurador, asegurado y tercero.

La reticencia como defensa del asegurador en caso de siniestro.

759.-El artículo 9 de la ley 17418 ha regulado la posible ocurrencia del siniestro durante el término que tenía el asegurador para impugnar el contrato, previendo en estos casos que el asegurador no adeuda prestación alguna.

760.-Se han esgrimido diversas interpretaciones sobre esta particular liberación del asegurador, así se afirma que: " *el caso- por cierto, el más frecuente- es aquel en que el vicio de falsedad o reticencia del asegurado es descubierto por el asegurador con motivo de la ocurrencia de un siniestro. Y aquí va operar la norma del artículo 9 de la LS*"([515]). Para luego agregar que se ha creado una duplicidad de previsiones provocando una confrontación entre el mentado artículo 9 y los artículos 5 segundo párrafo y el 56 de la LS provocando dudas sobre el lapso habilitante para la impugnación. Por último estiman que el artículo 9 ha establecido un causal de suspensión de cobertura.

[515] Del parágrafo 17 bis (a) con que **Nicol s Barbato** actualizara y ampliara la obra Seguros de **Halperin**

761.-Entendemos, no obstante estas muy fundadas glosas, que no se atina a considerar fundamentalmente que la ley establece sin lugar a duda alguna que el asegurador debe impugnar el contrato dentro de los tres meses de **haber conocido** la reticencia o falsedad.

762.-Por tanto el término de impugnar comienza a partir del conocimiento que el asegurador adquiere del verdadero estado del riesgo y que éste no fue coincidente con aquello que le fuera declarado al tiempo de la celebración del contrato.

763.-Ahora bien, cuando el artículo 9 señala que si el siniestro ocurre **durante** el plazo para impugnar, está indicando, también sin lugar a duda alguna, que el evento es posterior a que el asegurador haya tomado conocimiento de la reticencia o falsa declaración

764.-No es posible que algo ocurra durante el plazo si el mismo no ha comenzado a correr, tampoco es admisible que se pueda asignar a la palabra "durante" un significado distinto que "mientras" referido a un acontecimiento que acaece luego de otro.

765.-Si la ley hubiera previsto y regulado la hipótesis referida a que el asegurador tomase conocimiento de la reticencia al tiempo en que recibe la denuncia o con motivo de la investigación del siniestro o del hecho del cual pudiera surgir la responsabilidad del asegurado, otra hubiera sido la redacción del artículo 9 de la LS.

766.-Ciertamente la norma hubiera tenido tres párrafos, uno inicial general estableciendo la liberación del asegurador, otro referido a la posibilidad indicada en el punto anterior y una última respecto a la única hipótesis que hasta ahora viene regulando ([516]).

---

[516] Así por ejemplo la redacción hubiera sido: *"En todos los casos, de ocurrir el siniestro el asegurador no adeuda prestación alguna, salvo el valor de rescate que corresponda en los seguros de personas, debiendo impugnar el contrato en el término establecido en el segundo párrafo del art. 5.*
En los casos en que el asegurador tomase conocimiento de la reticencia o falsa declaración con motivo de la comunicación del acaecimiento del siniestro, o durante las indagaciones o investigaciones del mismo, deberá pronunciarse acerca de su liberación dentro del plazo establecido en el artículo 56.
Si el siniestro ocurre durante el plazo para impugnar, éste no se suspende, ni interrumpe para atender indagaciones o investigaciones de aquel

767.-Es de destacar que en la actual redacción del artículo 9 no hay posibilidad alguna para que funcione el presupuesto normativo del artículo 56, pues si el asegurador ha tomado conocimiento de una reticencia o falsa declaración y durante el plazo para impugnar, el tomador, derechohabientes o beneficiarios denunciaran un siniestro, no existiría posibilidad, ni necesidad para que el asegurador pudiera requerir información para verificar el siniestro o la extensión de la prestación a su cargo o para realizar indagaciones a tal fin.

768.-Si el asegurador no adeudaba prestación alguna al recibir la denuncia del siniestro, o sea que por imperio de la ley no tenía obligación, lógico es colegir que el asegurado o los beneficiarios tampoco tenían derecho alguno. De tal manera que el asegurador no tiene la carga de pronunciarse sobre algo que no existe: "el derecho del asegurado"(artículo 56), solo persiste la carga de impugnar el contrato ([517]).

769.-Las situaciones previstas por estos dos artículos son bien distintas, la una se refiere a la carga del asegurador para ejercer tempestivamente el derecho de impugnar el contrato por reticencia o falsa declaración y la otra a la carga del asegurador para comunicar las diversas causales de liberación de su obligación de efectuar prestaciones con motivo de un siniestro.

770.-Puede acontecer que ocurrido el siniestro durante el plazo para impugnar, el asegurador rechace atenderlo con causa en la reticencia, pero luego omita impugnar el contrato, de manera que en caso de ocurrir otro siniestro con posterioridad al plazo del artículo 5 el asegurador ya no podrá esgrimir otra vez la causal de reticencia para liberarse de la prestación a su cargo. Como también es posible que el asegurador atienda el siniestro ocurrido durante el plazo para impugnar, para luego igualmente invocar la nulidad del contrato.

771.-No obstante lo antedicho entendemos conveniente desarrollar varias hipótesis para ver como funcionarían los plazos de los artículos 5 y 56:

---

[517] **En contra** CNACom . Julio 31-1991 Rolon Ramon c/Belgrano Soc. Coop.- Ltda. de Seg. SAIJ Sumario N0005047 *Acontecido un siniestro durante el plazo para impugnar del art. 5 LS (reticencia), rige también lo dispuesto en el art. 56 de la ley 17418 para pronunciarse acerca del derecho del asegurado dentro de los 30 días de recibida la información complementaria prevista en los párrafos 2 y 3 del art. 46 por lo que el asegurador debe impugnar en el menor plazo conferido por ambos artículos.*

a) El siniestro ocurre durante el plazo para impugnar y es denunciado con posterioridad a dicho plazo.

772.-En este caso es de suponer que el asegurador ha procedido a impugnar el contrato antes de recibir la denuncia de siniestro, pues en caso contrario por aplicación de la previsión del segundo párrafo del artículo 5 habría perdido su derecho por inobservancia de la carga impuesta para su ejercicio.

773.-Si el asegurador ha impugnado a su debido tiempo el contrato, no deberá expedirse nuevamente frente a la denuncia del siniestro que le hagan llegar con posterioridad a la expedición de la impugnación (arg. artículo 15 de la LS)

b) El siniestro ocurre y es denunciado dentro de los 30 días anteriores al vencimiento del plazo para impugnar.

774.-En este caso, antes del vencimiento del plazo establecido en el segundo párrafo del artículo 5 de la LS, el asegurador deberá expedir la notificación fehaciente de la impugnación, consignando que no adeuda prestación alguna. Pues con un conocimiento de la reticencia o falsa declaración, anterior a la denuncia del siniestro, no existe posibilidad que atienda, investigue o solicite información complementaria con motivo de tal denuncia.

c) El asegurador toma conocimiento de la reticencia o falsa declaración con motivo de la denuncia del siniestro y no obstante ello requiere información complementaria y realiza indagaciones para verificar el siniestro o la extensión de la prestación a su cargo.

775.-De conformidad con la teoría de los actos propios y mediante una aplicación analógica del plenario Caucholite([518]) podría alegarse que el asegurador ha renunciado tácitamente a rechazar el siniestro con causa en la reticencia o falsa declaración, pues teniendo conocimiento de la misma en lugar de proceder a rechazar el siniestro realizó actos encaminados a

[518] CNCom. Sala B, Oct. 30-963 , Plenario CNCom. Feb.29-972 en **Stiglitz Rub n S.** Cargas y Caducidades Ed. Librería Jurídica La Plata, La Plata 1973, p.44

verificar otras circunstancias liberatorias o necesarias para su liquidación. Esta obligación de atender las prestaciones con motivo de ese siniestro no obsta a que igualmente el asegurador pueda impugnar el contrato por el término de vigencia pendiente de ejecución

d) El asegurador toma conocimiento de la reticencia o falsa declaración con motivo de la verificación e investigaciones del siniestro.

776.-Esta resulta la más habitual de las situaciones y respecto de la cual algunos autores señalan aquellas desarmonías entre las previsiones del artículo 5 y el 56 de la LS. Insistiendo en que "impugnación" y "siniestro" son dos cuestiones distintas que deben ser atendidas independientemente, el asegurador deberá rechazar el siniestro con causa en la reticente o falsa declaración en el término establecido en el artículo 56 y por su parte impugnar el contrato en plazo del artículo 5, siendo posible hacerlo en un mismo acto([519]).

777.-Cabe señalar que no existe lógica ni prácticamente posibilidad alguna que por aplicación de las previsiones del artículo 46 segundo párrafo de la LS pudiera ocurrir se supere el plazo de tres meses del artículo 5. Pues si ocurrido el siniestro y denunciado en tiempo y forma, existiera un requerimiento de información complementaria o investigaciones que llevasen el término definitivo para que se pronuncie el asegurador (artículo 56) más allá de los tres meses de la ocurrencia del siniestro o de su denuncia, el término de impugnación del contrato comienza única e indefectiblemente a partir del conocimiento por parte del asegurador de la reticencia o falsa declaración y entonces resultará indefectiblemente de aplicación cuanto hemos expuesto en el primer párrafo de este punto.

[519] *El plazo del art. 5, párr 2 , de la ley 17418 debe computarse desde que el asegurado tomó conocimiento de la reticencia o falsedad o desde el momento que debió conocerla de haber actuado con un mínimo de diligencia, lo que le es exigible por aplicación rigurosa de lo normado en el art. 902 del Cód. Civil. Si el asegurado puso en conocimiento de su aseguradora la existencia del accidente y de las actuaciones labradas en la justicia penal correccional, un mínimo de diligencia de su parte le imponía la obligación de cerciorarse de su contenido, razón por la cual al haber transcurrido el plazo de tres meses establecido por el artículo mencionado a partir de la comunicación, sin haber impugnado el contrato de seguro, la defensa de nulidad de la póliza por reticencia del asegurado opuesta recién al contestar la demanda deviene extemporánea. (CNApel Civl Sala F, Julio 14-997 De la fuente Caferino L y otro c. Orange Renta Car S.R..L. LL 1998-E-834).*

778.-Por último queda entonces explicar porqué entonces si nuestro análisis fuera el que se ajusta funcional y armónicamente mejor a la interpretación de la LS, el legislador ha entendido necesario reafirmar la liberación del asegurador en caso de ocurrir el siniestro durante el plazo para impugnar.

779.-Es que no obstante el texto del artículo 5 primer párrafo estableciendo que el contrato es nulo([520]), realmente la sanción es la de anulabilidad relativa del mismo([521]). La nulidad es una sanción legal que priva de efectos propios a un acto jurídico, en virtud de una causa existente durante su celebración, causa que en nuestro caso es el incumplimiento de una carga precontractual.

780.-Cuando la ley puede por si misma y sin la cooperación de otro órgano o poder, aniquilar el acto, lo que ocurre cuando la imperfección es taxativa, rígida, determinada, insusceptible de más o de menos, cuando existe en la misma dosis en todos los actos de la misma especie se dice entonces que el acto es propiamente nulo (conf. artículo 1038 del Código Civil) . Pero en los casos en que se requiere una definición y determinación judicial se dice que el acto es anulable([522]).

781.-Ahora bien, una de las principales diferencias entre los actos nulos y anulables es que los primeros carecen de aptitud obligacional *ex tunc*, desde su génesis en tanto los segundos se reputan válidos mientras no sean anulados y sólo se tendrán por nulos *ex nunc* desde el día de la sentencia que los anulase. Además la anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado.

782.-Por eso la LS estableció en el artículo 8 que en el caso de la reticencia dolosa el asegurador tiene derecho a las primas de los períodos transcurridos y del período en cuyo transcurso invoque la reticencia, y comienza el artículo 9 señalando: "en todos los casos". O sea no sólo en los dolosos sino también en los de buena fe.

---

[520] Al igual que el anteproyecto Halperin, Proyecto del PEN, en contra estableciendo la anulabilidad ver proyecto Baglini y Proyecto de Ley Modelo sobre Contrato de Seguro para Latinoamérica de Juan Carlos Félix Morandi

[521] **Morandi, Juan Carlos F lix,** La reticencia y la falsa declaración precontractual ...ob. cit. p. 393

[522] **Llambías, Jorge Joaquin,** Tratado de Derecho Civil Parte General, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1964 t.II p. 548

783.-Y es que el legislador entendió necesario preservar el derecho al cobro de la prima contra las previsiones del artículo 1052 del Código Civil, como también resguardar al asegurador de la obligación de efectivizar una prestación fundada en un siniestro, para luego darle la acción de repetición de lo pagado después de obtenida la declaración judicial de nulidad.

784.-De tal manera y en forma por demás práctica la ley libera al asegurador de una prestación aún antes de realizada la impugnación y de la sentencia judicial que decrete la nulidad. Esa es la única razón y situación a la que se refirió el artículo 9 de la LS, por lo tanto no hay ninguna cuestión, duda o conflicto entre lo dispuesto en el artículo 5, 2º párrafo y el 56 de la LS.

La relación causal entre la reticencia y la causa del siniestro

785.-Otra cuestión debatida en torno al instituto de la reticencia se refiere a la existencia o no de una necesaria relación causal entre las circunstancias sobre el estado del riesgo omitidas de comunicar o informadas falsamente y las causas del siniestro para permitir que los aseguradores se liberen de las prestaciones a su cargo con motivo de la ocurrencia del evento([523]).

786.-En principio, aunque el siniestro tenga por causa una circunstancia distinta de la que fue silenciada o mal declarada, el asegurador puede oponer la violación del deber de informar([524]). Ello es así, porque esta última, deber tomarse en cuenta con referencia al momento de la conclusión del contrato([525]), sin embargo, cierta doctrina ([526]) fundándose en la solución adoptada por algunas legislaciones ([527]) de mediados del siglo pasado, sostiene que el asegurador no puede, salvo fraude, oponer la falsa declaración o la reticencia, si ella no influyó en le siniestro ni en la medida de la prestación.

[523] Esta cuestión ha sido introducida principalmente por **J.C.F Morandi** ver su trabajo desarrollado en La Reticencia y la falsa declaración... ob. cit. p. 391
[524] **Halperin Isaac, Seguros,** Ed. Depalma, Buenos Aires, 1964 p. 147/148
[525] **Fontanarrosa, Rodolfo O.** La declaración del riesgo en el contrato de seguro Reticencia y falsa declaración, Rosario 1942(separata) ps. 12/13
[526] **Fern ndez Raymundo**, Código de Comercio de la República Argentina Comentado, Ed. Del autor, Buenos Aires 1962 t. II p. 431
[527] Ley alemana art. 21, ley austriaca art. 4, ley sueca art. 6, ley suiza art. 8

787.-Estos autores concluyen sosteniendo en favor de su postura algunos añosos casos de jurisprudencia([528]) y una petición de prudencia en su aplicación para los casos en que el asegurador impugna el contrato con posterioridad al siniestro.

788.-Pareciera que contribuye a sostener esta posición el argumento práctico que suelen exponerse algunos autores, referido a los casos de seguros de personas en que resultaría de una inequidad manifiesta permitir se impugnara el contrato sobre la base de una reticencia no dolosa referida a una enfermedad determinada, cuando el siniestro se produce por el fallecimiento del asegurado pasajero, en un accidente aéreo.

789.-No obstante entendemos que todo el régimen ha sido establecido en función de mantener y preservar la equivalencia entre el efectivo y real riesgo y la prima facturada por aplicación de las tarifas referidas al riesgo declarado([529]) y aun cuando el deber de declarar con veracidad no se limita a las circunstancias que afectan materialmente al bien o la persona sino también a las que influyen en la justa apreciación del riesgo, aún cuando nos se reflejen en la prima, es decir incluso las que constituyen el llamado riesgo subjetivo o azar o moral, porque afectan la personalidad del asegurado, lo cierto es que siempre se refieren a circunstancias que al ser conocidas permiten decidir la asegurabilidad del riesgo, su clasificación, determinación y delimitación contractual y que en nada se vincula a una posible ocurrencia del siniestro con causa en esa circunstancia omitida de declarar.

La reticencia y la exclusión de las enfermedades preexistentes en los seguros de personas

790.-En los últimos tiempos a fin de evitar el sistema impugnatorio de la reticencia ha comenzado a aparecer cláusulas que pretenden excluir la cobertura de sucesos ocurridos en virtud de

[528] CNCom. Ago. 16-928 t. 28 p. 165, idem Junio 4-961 LL t. 105 p. 522.

[529] **Morandi, Juan Carlos F lix,** La reticencia. Ob. cit. p. 379 quien expone contradiciendo su tesis a favor de la relación causal que: debemos aclarar que entre las circunstancias que sirven para formarse una exacta opinión del riesgo se pueden distinguir, las que tienen una influencia en las tarifas de primas y las que no la tienen. Las que influyen sobre las tarifas, son todas aquellas que son esenciales al riesgo y determinan el precio del seguro. Es en consideración a ellas que el asegurador hace las tarifas y calcula la prima del seguro. Las que no influyen sobre las tarifas deben declararse para que el asegurador se forme una exacta opinión del riesgo, son las concernientes a la persona del asegurado y se refieren a su moralidad, diligencia y solvencia. Estas circunstancias relativas a la personalidad del asegurado también pueden llevar al asegurador a rechazar el riesgo.

causas nacidas con anterioridad a la contratación (así vrg. enfermedades preexistentes, en los seguros de vida o de salud ([530])). Se pretendería así enunciar que el sistema objetiva de tal manera la cuestión con alguna finalidad o intención especial, tales como evitar juzgar los conceptos de dolo y culpa, evitar el régimen de reajustabilidad previsto en la LS condicionando a la ausencia de mala fe, pero realmente y como se ha señalado([531]) realmente lo que existe es una perniciosa tendencia a la traducción literal de cláusulas contractuales en uso por aseguradores extranjeros y que han desarrollado las mismas sobre la base de sus particulares regímenes legales.

791.-Por cierto tales sistemas normativos resultan muy disímiles al nuestro. En mucho de estos sistemas no se encuentra regulado el régimen de la carga precontractual de declarar el estado del riesgo y cuando la doctrina define el concepto de enfermedad preexistente termina estableciendo similares presupuestos a los que nuestra legislación indica en el artículo 5 de la ley 17418.

792.-Por su parte Barbato admite que ello llevará al planteo de un nuevo problema el referido a la legitimidad de tal mecanismo, ante el carácter inmodificable otorgado por el artículo 158 al artículo 5 de la LS ([532]), pero además podría ser de aplicación también el criterio interpretativo que establece el artículo 3 de la LS ya que el tomador al tiempo de la conclusión del contrato desconocía la existencia del factor genético del siniestro (enfermedad preexistente).

793.-Pero además y tal como lo indicásemos en el desarrollo de la mentada ponencia también estaríamos ante la nulidad de la cláusula contractual que pretendiera establecer esta exclusión de cobertura en virtud a la preexistencia de una enfermedad (por cierto desconocida por el asegurado), por que su redacción resulta oscura, anfibológica y contradictoria.

794.-Primero debemos coincidir con el concepto de enfermedad como complejo de alteraciones estructurales o funcionales, inducidas en el organismo por cualquier causa nociva externa o interna,

---

[530] Párrafo de la actualización y ampliación de Barbato Nicolás a Halperin Isaac, Seguros, ob. cit. p. 309

[531] **Schiavo Carlos A.** La cláusula adicional por invalidez en los seguros colectivos de vida, en Revista Jurídica Argentina del Seguros la Empresa y la Responsabilidad, nro. 9, p. 29

[532] ver **Schiavo Carlos A**. Ponencia ante en las VII Jornadas Nacionales de Derecho de Seguro, Termas de Río Hondo, 1966 en la que se expone el problema y se concluye contra la validez de tales cláusulas

contra la cual el mismo organismo se halla capacitado para operar una reacción defensiva.

795.-Las enfermedades pueden clasificarse, según diversos criterios:

.- en relación a su origen: en hereditarias

.- según su extensión: en locales y generales

.- según su naturaleza en física, químico, tóxicas, microbiano-vírica, alimenticia y parasitaria

.- según su curso clínico en agudas, subagudas, subcrónicas y crónicas.

.- Por último están aquellas conocidas como criptógenas, cuyo origen y naturaleza aún no se ha logrado averiguar.

796.-Ciertamente existe un número importante de enfermedades que son congénitas o hereditarias de manera tal que desde el nacimiento o aún antes del mismo, las personas podrían estar afectadas con éstas e impedidas de ser asegurados de un seguro de vida, lo cual no solo es irrazonablemente discriminatorio, sino que carece de todo fundamento técnico.

797.-Las tarifas de los seguros vida están elaboradas sobre la base de tablas de mortalidad sobre la conmutación matemática de la experiencia empíricamente colectada con anterioridad a la celebración de un nuevo contrato y la determinación de las sobretasas para los riesgos tarados que se desvían particularmente del promedio estándar considerado en la mentada tablas de mortalidad. Pero de manera alguna se ha verificado la realización de estudios estadísticos de enfermedades ocultas preexistentes a las celebraciones de los contratos de vida.

798.-También existen enfermedades cuyo tiempo de desarrollo es altamente variable según las características físicas de cada persona, en tanto también se ha verificado en la realización del mapeo genético humano una predisposición desencadenante de determinadas afecciones y que se pueden leer en el genoma de cada persona, con lo cual todos los asegurados vida tendrían enfermedades o afecciones preexistentes a la celebración del contrato haciendo entonces que se desnaturalice el seguro.

799.-Hay otras afecciones y enfermedades de desconocido origen, grado y tiempo de evolución, como es el caso de la llamada "ventana" del HIV ([533]). Estos casos se dan cuando una persona se realiza todos y los más completos y modernos estudios para verificar si es portador del virus de HIV y no obstante dar un resultado negativo, la persona es igualmente portadora del mismo, ya que los estudios se efectuaron durante un período en que el virus permanece oculto y latente. Con lo cual de aplicarse la exclusión de preexistencia se rechazaría atender la prestación en caso de siniestro.

La reticencia y el genoma humano

800.-A los efectos de tratar el tema partimos por manifestar que entendemos por genoma humano, siguiendo a E. Deutsch –citado por el profesor Menéndez en su ponencia El código genético y el contrato de seguro([534]) –la sustancia hereditaria de un organismo o la suma de información hereditaria existente en una célula de modo que se puede afirmar que en este momento ya es posible hablar del análisis del genoma para obtener informaciones sobre la herencia y, entre ellas, información sobre la predisposición hereditaria a determinadas enfermedades.

801.-Centrada así la significación para el Derecho del genoma humano, podemos pasar a poner en relación con la parte del Derecho que se dedica a la regulación del contrato de seguro y, más en concreto por lo que se refiere a la carga de comunicación informativa previa en los contratos de seguros de personas. Aunque también es cierto que la información genética no se circunscribe exclusivamente a los seguros de personas, sino que puede afectar también a otros seguros, puede tener una relación, siquiera sea remota, con determinados seguros contra daños (por ejemplo, en el seguro de responsabilidad civil derivado de la circulación de vehículos automóviles, respecto de ciertas predisposiciones en la persona del conductor).

802.-En principio pareciera que en la colisión normativa, entre la que regula la reserva y privacidad de la información genética y aquellas que en el ámbito del seguro imponen al proponente la

[533] Información suministrada entre otros por las Fundaciones Mantovano, Huésped, San Francisco, por The Body an aids and hiv information resource, por Internet

[534] **Almajano Pablos Luis M.** Información Genética y artículo 89 de la ley de Contrato de Seguro, en El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano, Ed. Fundación BBV, Vol. III, p.59

carga precontactual informativa, incluyendo el permitir los exámenes médicos necesarios ([535]), se ha de hacer primar a las primeras([536]), lo que supone que la aseguradora no podrá exigir, en ningún caso, la información genética como requisito previo a la celebración de un contrato de seguro sobre la vida.

803.-Si la información genética pertenece a la esfera más íntima de los derechos de la personalidad, podría preliminarmente aceptarse que la salvaguarda de esa esfera del asegurado estaría salva si se contase con su previo y expreso consentimiento para superar el valladar y que este permita requerir o verificar estudios genéticos.

804.-Ahora bien, la pregunta que surge inmediatamente es si tal consentimiento, aún previamente informado el declarante de los derechos a preservar su reserva y libremente brindado por éste, es suficiente para entender que la intimidad no queda desprotegida. No obstante que según la generalidad de la doctrina el consentimiento del interesado eliminaría la ilegitimidad de las invasiones de la esfera privada([537]), coincidimos con quienes entienden que se sobrevalora el consentimiento.

805.-En efecto, transfiriendo la indagación desde el plano formal al de la realidad, se ve inmediatamente cómo es ilusoria una tutela fundada sobre el consentimiento([538]).¿Qué enfermo en condiciones desesperadas rehusará dar su consentimiento para la arriesgada experimentación de un fármaco nuevo? ¿Qué cliente de un banco rehusará dar su consentimiento a la libre utilización de las informaciones sobre su cuenta, si esto aparece como la única condición para obtener un crédito que necesita?.¿Qué asegurado, en definitiva, negará su consentimiento a suministrar la información genética a la

[535] **Berberich, Kerstin**, Ampliación de la selección de riesgos en el seguro de vida en relación con las pruebas genéticas?, en El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano, Ed. Fundación BBV, t. III, p.75

[536] **Cirillo Francesco Maria,** La Progressiva Conoscenza del Genoma Umano Tutela Della Persona e Problemi Giuridici Connessi Con la Protezione dei Dati Genetici, en Rivista di Diritto Civile, Anno XLVII Maggio Giugno 2002, Casa Editrice Dott. Antonio Milna, Padova p. 399

[537] **Mangialardi, Eduardo**, de su conferencia en Portugal sobre Genética y Seguro El Proyecto Genoma Humano. La discriminación y el Seguro, tomado vía Internet www.aprose.pt/dicursosMangialardi.doc. y en El Proyecto Genoma Humano. La discriminación y los Seguros de Personas Revista del Derecho Privado y Comunitario, tomo 19 Seguros I, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe1999.

[538] Lo que ya hemos enunciado al manifestar el efectivo agravio moral que afecta la libre y diligente declaración del riesgo en los interrogatorios médicos que son completados sin un digno respeto de reserva o por personal idóneo.

entidad aseguradora si ésta lo exige como requisito imprescindible para la celebración de un contrato de seguro sobre la vida?

806.-Debería regularse que el consentimiento del interesado debe ir acompañado en éste ámbito de una garantía, de modo que su negativa a prestarlo no pudiera ser utilizada por la entidad aseguradora como fundamento para su oposición a la celebración de un contrato de seguro sobre la vida, aunque en un plan o a un costo distinto([539]). O, dicho en términos positivos, debe poder celebrarse un contrato de seguro sobre la vida sin que en el deber de información previa a su celebración tenga que incluirse la información genética del asegurado, esto ratifica todavía más el derecho a la intimidad del asegurado que comprende también el derecho a no conocer su propia información genética.

807.-No nos oponemos permitir la utilización de las pruebas genéticas como instrumento de diagnóstico dentro del proceso de selección de riesgos, lo que supone que puedan acreditarse o excluirse, por medio de dichas pruebas genéticas, determinados síntomas del estado de salud del solicitante que pudieran indicar una determinada enfermedad. Ciertamente la aplicación de pruebas genéticas como instrumento de diagnóstico no es una cuestión polémica en la literatura especializada, aparentemente en este caso se evalúan como cualquier otro examen médico para determinar una enfermedad. Pero además del consentimiento del proponente para su realización, se debe imponer planes alternativos que no incluyan estas pruebas.

808.-Por el momento no existe una gran cuestión sobre el tema e inclusive algunas asociaciones de compañías de seguros de vida no ven la necesidad de que su rama emplee o postule pruebas genéticas por el ahora. Así la asociación alemana es de la opinión de que por ahora el artículo 16 de la VVG (Ley Alemana del Contrato de Seguro) ofrece protección suficiente, sin embargo, rechaza una exclusión de las pruebas genéticas debida a principios fundamentales y reconoce la posibilidad de una mejor clasificación de riesgos. La asociación alemana finalmente subraya que las pruebas genéticas también pueden tener ventajas para los solicitantes (por ejemplo, los que se encuentran

[539] Obviamente no se podría permitir que mediante la violación de las prescripciones del artículo 26 de la ley 20091 se estableciera primas arbitrariamente discriminatorias y abusivas de manera que se imponga al proponente por esta vía que acepte someterse a los examenes genéticos.

en una situación de mayor riesgo debido a sus antecedentes familiares).

809.-La asociación inglesa ha restringido la utilización de las pruebas genéticas hasta 1995, ya que la situación no cambia sustancialmente.

810.-La asociación holandesa renuncia a recurrir a las pruebas genéticas. Incluso renuncia a la indicación de las pruebas genéticas ya efectuadas cuando se soliciten seguros por importes inferiores a determinados valores.

811.-La mayoría de las asociaciones destacan su necesidad de tener acceso a cualquier información medica pertinente a los fines de la selección de riesgos, incluyendo las pruebas genéticas ya efectuadas.

812.-Posiblemente, la cuestión de la admisibilidad de pruebas genéticas tenga que ser juzgada en relación con el tipo de predisposición genética. En lo que respecta a enfermedades graves causadas por factores monogénicos con una alta tasa de mortalidad, el solicitante tiene que enfrentarse de repente a esta enfermedad amenazadora, aunque hasta ahora la evolución científica en la materia no reconoce un alto índice de certeza en los diagnósticos predisponentes, ni existen asociaciones de aseguradoras que hayan demostrado serios estudios técnico estadísticos y actuariales que demuestren sustanciales modificaciones a las actuales previsiones y manuales de clasificación de riesgos.

813.-Por último además de refiriéndonos a la posible exigencia o imposición al proponente de pruebas genéticas en forma previa a la celebración del contrato, cabe ahora tratar dos temas referido exclusivamente a:

.- La posibilidad que el asegurador pueda requerir información genética al tomador, en el cuestionario que suministra el asegurador([540]).

[540] En la reunión Internacional sobre el Derecho ante el Proyecto Genoma Humano (Bilbao España, 1992) se emitió la llamada Declaración de Bilbao , en la que se manifestó expresamente el *Rechazo a la utilización de los datos genéticos que originen cualquier discriminación en el ámbito de las relaciones laborales, del seguro o en cualquier otro.* . E igualmente en la declaración de Valencia de 1990 se dijo que *como principio general, la información genética sobre un individuo debería ser obtendida sólo con autorización de dicho individuo o de representante legal. Cualquier excepción a este principio requere una fuerte justificación legal y ética* En tanto en Junio de 1991 el Comité Consultivo Nacional de Etica de Francia, se pronunció a favor de una reglamentación de la técnica de

.- Si en la comunicación informativa espontánea y libremente realizada por el proponente este tiene la carga de comunicar los resultados de cualquier estudio genético que se hubiera realizado.

.- Como se habrá de juzgar la omisión o inexacta información genética con posterioridad a la celebración del contrato, fuera esta requerida o no.

814.-En cuanto al contenido de la comunicación informativa y acorde con nuestra tesis, entendemos que no se puede exigir que el proponente declare aquello sobre lo que no fue interrogado, de manera que existiría una causal legítima (legalmente amparada) a la reserva informativa sobre los resultados de pruebas genéticas que se hubiera realizado el proponente por su cuenta y con causa o motivo distinto al de celebrar el contrato de seguro vida.

815.-El tema resultaría distinto si el asegurador incorporase al cuestionario preguntas relativas a la posible realización por parte del proponente de pruebas genéticas y cuales habrían sido los resultados. Primero poniendo en duda que el asegurador estuviese habilitado a interrogar sobre tales cuestiones, debemos distinguir dos situaciones posibles:

.- Si el proponente en respuesta a tales preguntas contestase amparándose en su derecho y reserva de privacidad para requerir entonces otro plan de seguro de vida que no contenga esa interrogación, resulta obvio que el asegurador no debería aceptar esa propuesta de seguro y continuar las negociaciones precontractuales respecto de los otros planes a que nos referimos, no debiendo estarle permitido aceptar la propuesta parcialmente, modificando el costo con una extraprima o estableciendo cláusulas de exclusión no incluidas en la propuesta, pretendiéndose prevalerse del texto del artículo 12 de la LS . Pero si el asegurador aceptó la propuesta obviando toda cuestión respecto a esta respuesta afirmativa de la reserva de privacidad, no

---

estudios genéticos *para evitar cualquier abuso el Comité entendió que debe prohibirse a los terceros (especialmente empleadores y aseguradores), no solo tener acceso a los datos contenidos en el registro de información genética, sino también reclamar a los interesados que se los provean*

tendría luego posibilidad alguna de impugnar el contrato.

.- Distinta es la cuestión si frente a las preguntas señaladas, el proponente contesta inexactamente que no se realizó tales estudios, o bien que habiéndoselos realizado, los resultados fueron buenos o normales. En este caso coincido con Mangialardi que el proponente habría incumplido la carga de comunicación informativa siendo pasible de las consecuencias de la impugnación contractual que podrá validamente invocar el asegurador.

816.-La Sala I de la Corte de Casación Francesa, tuvo oportunidad de decir al respecto en un caso de similares características:"

Considerando que para garantizar el pago de un préstamo otorgado por un banco Gaëtan P. adhirió en 1990 a un seguro colectivo suscripto por el banco con la compañía Generali, destinado a cubrir los riesgos de muerte e invalidez; que en el formulario de adhesión él respondió negativamente a las preguntas: ¿ está afectado de una enfermedad ? ¿ ha seguido o debe seguir un tratamiento regular cualquiera que sea? ¿ tiene otra cosa que agregar concerniente a su estado actual o anterior de salud?; que para justificar el cese de su actividad laboral, a partir del 1º de marzo de 1991, y de su invalidez remitió al asegurador cuya garantía solicitó, un certificado médico que contiene la mención seropositivo HIV después de 1989; que luego demandó a la compañía Generali para que fuera condenada a tomar a su cargo la restitución del préstamo, que esta compañía haciendo valer que el cese del trabajo fue consecuencia de la seropositividad de Gaëtan P. conocida por este último al hacerse el examen prenupcial, en agosto de 1989 reconvino por nulidad de la adhesión por reticencia o falsa declaración intencional por aplicación del art. 113-8 del Código de Seguro; que luego de la muerte de Gaëtan P. en 1993 el proceso fue retomado por su esposa.
Considerando que Mme P. se queda contra la sentencia que ataca (C.A. Rennes 9.11.95) por haber hecho lugar a la reconvención siendo que la seropositividad no es una enfermedad; que la Corte de Apelaciones ha violado los artículo L 113-2 y L 113-8 del Código de Seguros al considerar que su esposa, que no seguía entonces ningun tratamiento fue culpable de reticencia o falsa declaración

intencional por haber omitido, al momento de su adhesión, indicar espontáneamente su seropositividad a la compañía Generali siendo que en el cuestionario de salud sólo se le había preguntado si se sabía afectado de una enfermead o si seguía un tratamiento particular.
Pero considerando que la Corte de Apelaciones ha entendido que la seropositividad es una afección de naturaleza que produce consecuencias graves para la salud de quien está afectado, incluso mortales; que ha constatado que al momento de la adhesión de Gaëtan P. tenía conocimiento de su seropositividad por habérsela comunicado con anterior; que en el estado de esas enunciaciones y constataciones, ha entendido en el ejercicio de sus poderes soberanos de apreciación sque repondiendo por la negativa al conjunto de preguntas formuladas Gaëtan P por reticencia o falsa declaración intencional, dejó creer al aseguradr que estaba en buen estado de salud modificando la opinión del riesgo que él debia garantir; que la Corte de Apelaciones entonces ha justificado su decisión que en consecuencia el recuso no puede ser acogido, Por estas motivaciones se rechaza el recurso, se condena a Mme P. a las costas (Fdo. Mlemontey, relator Mme Marc abogado general, Mme Petit, abogados M. Balac SCP Peignot et Garreau" ([541])

817.-En cuanto a cuales habrán de ser las consecuencias por las omisiones o inexactitudes en las que hubiera incurrido el proponente en su comunicación informativa del estado del riesgo y referidas al conocimiento que este tuviera respecto de resultados de estudio genéticos a los que se hubiera sometido, debemos distinguir:

.- si en el caso concreto él fue expresamente interrogado respecto a la existencia de estudios genéticos y advertido de su derecho a no contestar solicitando otro plan de seguro que no incluya estas preguntas, tal como lo hemos desarrollado anteriormente, el silencio o la inexactitud del proponente permitirá validamente la impugnación del contrato por incumplimiento de la carga precontractual informativa.

[541] **Kemelmajer de Carlucci Aida,** El Seguro de vida y el seropositivo en la Corte de Casación Francesa, en Rev. Derecho Privado y Comunitario. T 20. Seguros II p. 111, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, año 1999

.- si se tratasen de preguntas genéricas y amplias referidas a estudios médicos o conocimientos de resultados de los mismos, o bien el cuestionario se limitase a inquirir sobre si el proponente se considera sano o bien si estuviera enfermo o bajo tratamiento médico, o directamente el asegurador no se hiciera pregunta alguna, entendemos que el asegurador en esa oportunidad, plan o caso concreto ha demostrado un desinterés en conocer específicamente la existencia de estudios genéticos y por tanto debería desestimarse la impugnación del contrato con causa en esta cuestión.

818.-Definitivamente consideramos que en el tema del genoma como del HIV y afecciones similares en donde existe un conflicto normativo entre aquellas disposiciones que reconocen, sostienen y ampara el derecho de la persona a preservar su intimidad y a no ser arbitraria y artificialmente discriminada con aquellas otras legislaciones que en el ámbito del contrato de seguro imponen la carga precontractual de comunicación informativa sobre el estado del riesgo, debe resolverse de la siguiente manera:

.- Todo plan de seguro en virtud al cual un asegurador incluya en el cuestionario o desee conocer cuestiones vinculadas a situaciones médicas cuya reserva se encuentra amparada legalmente, deberá establecer la obligación de insertar al inicio del interrogatorio una advertencia expresa y destacada para que el proponente tome conocimiento que no está obligado a contestar dichas preguntas y que puede entonces requerir otro plan similar que no contenga tales interrogatorios.

.- Igualmente si el plan de seguro incluye una verificación previa del estado psicofísico del proponente, mediante el cual se someterá al mismo a exámenes médicos y análisis completos de sangre y orina, deberá contener la advertencia expresa y destacada para que el proponente tome conocimiento que no está obligado someterse a tales estudios y análisis, pudiendo requerir otro plan similar que no contenga tales interrogatorios.

.- Los casos en que el proponente, advertido en la forma antes expuesta resulta reticente o mendaz en su

declaración del estado del riesgo, se deben aplicar las normas específicas del seguro con preeminencia de aquellas generales que reconocen, sostienen y amparan el derecho de la persona a preservar su intimidad y a no ser arbitraria y artificialmente discriminada.

VII.- TESIS DE LA RETICENCIA

Hipótesis:

Es necesaria una reforma integral de la ley 17418

Se dice en contra de ello:

819.-Que no es conveniente una reforma de un cuerpo normativo que ha venido regulando las relaciones contractuales durante tanto tiempo generando conductas acorde a sus principios estructurales, a su vocabulario y que sólo hay que ir retocando y modificando algunas cuestiones puntuales en especial aquellas que fueron resueltas e interpretadas jurisprudencialmente.

Inicialmente Contestamos:

820.-En el transcurso del capítulo anterior hemos ido desarrollando varios de los fundamentos de nuestra tesis y propuesta de regulación normativa respecto de los contratos de seguro, su celebración y en especial acercar de la carga precontractual de comunicación informativa sobre el estado del riesgo.

821.-Ciertamente es oportuno cuestionarse si resulta conveniente una ley del contrato de seguro como la actual que establece principios generales y que además regula especialmente algunos tipos de seguros, incluyendo los de personas. O bien, es preferible que por una lado haya una ley que sólo establezca principios generales, en tanto mediante otras leyes especiales se vaya regulando en forma completa específica y sistemática los principales tipos de seguros (crédito y caución, seguros combinados o multiriesgos como automotores, combinado familiar y combinado comercio, seguro técnico, seguros contra la responsabilidad civil general y responsabilidad civil profesionales, seguros de personas, etc).

822.-Inicialmente todos los proyectos de reforma inclusive el de armonización para Latinoamérica elaborado por Morandi, reconocen la vetustez de una ley concebida sobre la base de ideas directrices trazadas hace cincuenta años, que pretendía actualizar una ya luenga regulación del código de comercio y cuyas fuentes principalmente europeas no habiendo registrado toda la revolución normativa que significó el funcionamiento de la unión europea.

823.-Entendemos que la estructura de la actual ley de seguros no resiste más los embates que la evolución de la actividad comercial y económica mundial ha registrado en las dos últimas décadas, ya no es hora de meros retoques de maquillaje para mantener con apariencia de lozanía a una ley cuya estructura progresiva en la época de su sanción, impoluta y sin modificaciones hasta la fecha, se ha tornado un obstáculo a la efectiva solución de los eventuales conflictos interindividuales y que no ha hecho la docencia alampada para modificar disvaliosas conductas empresarias.

Hipótesis:

No se debe mantener en una ley especial definiciones

Se dice en contra de ello:

824.-Que la función de la ley no sólo es aquella de establecer imperativos que establezca el orden de las conductas a las cuales va dirigida. En el caso específico de la ley 17418 no podría regularse un contrato en especial si no se dice cual es éste, asimismo la ley 20091 que regula la actividad aseguradora, al ser un disposición atributiva de competencia necesita el máximo de precisión sobre el tipo de contratos que realizarán en cumplimiento de su objeto exclusivo las sociedades bajo control estatal.

Inicialmente Contestamos:

825.-No entendemos que se justifique que las disposiciones generales sobre el contrato de seguro contengan definiciones más propias de la doctrina, ni siquiera adscribimos a la técnica de otros regímenes legales en los que se establece un tesauro con el significado asignado por el legislador a cada voz por la normativa.

826.-Ya tuvimos oportunidad de criticar y analizar la disposición del artículo 1 de la LS y es que ninguna otra definición legal podrá tampoco superar el inconveniente que significa dedicarse a tales cuestiones doctrinarias.

827.-La ley debe establecer los elementos esenciales para que un determinado negocio jurídico pueda ser conceptuado como contrato de seguro y no como otro tipo de convención, la ley

puede indicar las características de un contrato para establecer de esta manera la delimitación conceptual del negocio, pero nada de ello se logra con definiciones.

Hipótesis:

No es conveniente una ley reglamentarista

Se dice en contra de ello:

828.-Existen diversas razones para establecer normas procesales y disposiciones reglamentarias en una ley nacional con el fin de uniformar dentro de nuestro sistema federal diversos sistemas cuya diversidad podría atentar con el correcto funcionamiento de la misma ley.

829.-También se indica que las disposiciones reglamentarias dentro de una ley tienden a determinar conductas que estando bajo control estatal son importante que así se lo indique para justificar inclusive la propia actuación del ente de contralor.

Inicialmente Contestamos:

830.-No entendemos conveniente una ley reglamentarista en extremo como la actual u otros proyectos de reforma que propugnan un mayor formalismo, por el contrario es preferible se establezcan sólo principios generales rectores, con un mínimo inderogable de formas a las que se debería someter el negocio jurídico contractual del seguro.

831.-Luego y como lo han demostrado([542]) los diversos entes de control se puede ir reglamentando por la vía de resoluciones administrativas todas las cuestiones meramente instrumentales

Hipótesis:

Deberá distinguir dos regímenes de seguros.

[542] Sería suficiente comparar todas las indicaciones que en la práctica constan un frente de póliza, con las indicaciones del artículo 11 de la LS. Ciertamente la SSN ha establecido otras indicaciones relativas a la intermediación, la Secc. de Comercio respecto al tamaño de la letra y la indicación referente a la firma impresa, la AFIP las indicaciones relativas a la percepción del IVA, etc.

832.-De conformidad con nuestra hipótesis y propuesta novedosa para nuestro medio, no encontramos objeción alguna a la misma, por el contrario a partir del actual sistema y tendencia europea vemos que la misma es conveniente y oportuna. Por ello nuestra propuesta de distinguir dos regímenes diversos de contratos, uno para los seguros de grandes riesgos y el otro para los de pequeños riesgos, de contratación masiva, domésticos o de consumo final.

833.-Claro está que la aceptación de esta hipótesis y el proyecto que en su consecuencia se efectúa impone que también se deberá definir cual podría ser la mejor técnica legislativa y la más apropiada:

.- Una que contenga un título inicial común y luego regular cada tipo de contrato repitiendo los mismos capítulo sobre los diversos institutos en los respectivos títulos, pero con regulaciones propias según fuera para los contratos de grandes riesgo o de pequeños.

.- por el contrario si es más conveniente, como resulta el actual sistema que regula en general cada instituto en el respectivo capítulo distinguiendo en cada norma y cuando así corresponda, la excepción o bien una determinación especial cuando no resulta de aplicación a los seguros de personas. De tal manera que se establecería capítulos con títulos comunes y en los diversos artículos se iría estableciendo si tal disposición se aplica a los seguros de grandes riesgo o no.

Hipótesis

Dentro de la reforma integral de la LS se debe observar en particular un cambio fundamental al régimen actual de la reticencia.

834.-Como entendemos haber desarrollado ampliamente este tema lo que cabe dilucidar en atención a lo que se desarrolló en el capítulo de tesis respecto de los principios generales de los contratos mercantiles aleatorios, es si aquellos principios propuestos son suficientes o por el contrario en la regulación de los contratos de seguros se debería establecer una

determinación más específica respecto de aquellas normas generales antes planteadas.

835.-También en este último caso cabe cuestionarse entonces si adoptaremos en forma clara y determinada el sistema de carga precontractual o por el contrario se dejará el indefinido sistema actual que permite algunas interpretaciones a favor de entenderle como un régimen complementario de los vicios de la voluntad. Y así mismo se habrá de decidir en favor de un coherente sistema subjetivista u o bien objetivo, también determinarse por un sistema de libre exposición de la información o por el establecimiento del cuestionario.

836.-Por último resolver la sanción por incumplimiento de la carga y concluir regulando el sistema de impugnación contractual, las formas de comunicación, la conveniencia de mantener el dictamen pericial, el tiempo en que se debe realizar, el mantenimiento de una caducidad, y el término prescriptivo. También debemos resolver si se debe establecer la necesaria y única posibilidad impugnatoria mediante la acción de nulidad o bien si se puede utilizar como defensa.

Contestaciones a las objeciones y Propuestas

Ley General y Leyes Especiales

837.-Nos encontramos mucho más inclinados en favor del establecimiento de una ley que regule en forma solamente general los elementos de los contratos de seguro y que otras leyes especiales se refieran y normen cada contrato especial, pero no propiciamos (porque además no lo creemos posible) que se deba realizar en un único acto legislativo el establecimiento de todas estas nueva leyes y la derogación de la actual 17418.

838.-Por tal motivo consideramos conveniente revisar, modificar y establecer una nueva ley reguladora de los principios generales de los contratos de seguro, derogando de tal manera los actuales artículos 1 a 84 y del 157 al 163, manteniendo en un primera etapa las demás disposiciones que regulan determinados seguros en especial bajo un nuevo título que podría ser: " *Ley De los Contratos de Seguro en Particular*", para luego ir estableciendo los nuevos cuerpos normativos para cada uno de estas particulares ramas de seguro.

839.-Las razones en las cuales fundamos nuestra tesis y propuesta se encuentra en el necesario reglamentarismo particular que cada tipo de actividad sometida a un determinado riesgo habrá de imprimir a las disposiciones referidas a los seguros específicos.

840.-Así por ejemplo las actuales secciones IX y X del Capítulo II del Título I, que se refieren a los seguros de la actividad agricologanadera deberían estar contenidos en las respectivas normas que regulan estas actividades. Otro tanto podrá decirse del seguro de automotores (debiendo destacar que el riesgo de hurto y robo no se encuentra establecido en la actual LS), el de responsabilidad civil médica, y otras actividades.

841.-No se perdería unidad conceptual y coherencia dogmática del Derecho de Seguros, sino que manteniendo estos principios se establecería un sistema más dinámico y particularmente consustanciado con cada actividad significativa y sometida a riesgos propios e inclusive con regulaciones normativas que ya ahora establecen dispersas y discordinadas reglas sobre algunos tipos de seguros. Además el eje central sobre el cual reposará el mantenimiento de la coherente unidad dogmática del Derecho de Seguros seguirá estando en el régimen del Control de la actividad aseguradora por parte de la Superintendencia de Seguros de la Nación.

Definición del Contrato y Tesauros

842.-Existen autores que entienden conveniente y necesario aquellas definiciones contenidas en determinados contextos normativos cuando la delimitación conceptual se impone para resolver legislativamente posibles disputas doctrinarias y dispersión jurisprudencial que atentaría contra la armónica coherencia propia de la ley de que se trate([543]).

843.-Por nuestra parte no participamos de esta tendencia, que justamente en el caso de la ley 17418 en lugar de delimitar y aclarar confunde aún mas las cuestiones que debería resolver([544]).

---

[543] **Morandi, Juan Carlos F lix**, Prologo al Libro El Nuevo Contrato de Seguros de Amadeo Soler Aley, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1969, p. XI

[544] Ver fundamentos del proyecto Baglini que solo se limita a criticar el uso innecesario de expresiones intercambiables como lo constituyen la prima o cotización y en segundo lugar que resultaría conveniente enfatizar que la obligación de resarcir el daño se encuentra en la medida de los

844.-En primer lugar el artículo 1 no ha resuelto la disputa doctrinaria sobre la unicidad conceptual entre los contratos patrimoniales indemnizatorios y los de personas y lo único que puede colegirse del mismo es que una de las partes se denominará asegurador.

845.-Ciertamente se ha dicho que el concepto de prima se vincula a los seguros indemnizatorios y el de cotización a los de personas, pero ello no se ve reflejado en el capítulo III del Titulo I, además no hay artículo alguno en la ley en que vuelva a utilizar la palabra cotización.

846.-En segundo término este cuestionado artículo que establece que el asegurador ha de recibir una cotización obligándose a cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto, es de tal generalización indeterminada que bien puede ser aplicado a cualesquiera de los demás contratos aleatorios a los que ya nos hemos referido.

847.-De tal manera entendemos conveniente modificar este artículo primero con el fin de establecer los caracteres y naturaleza particular de los contratos de seguro, sin necesidad de adoptar una técnica que no es muy utilizado en nuestro medio como aquellas que establecen una guía de voces que son utilizadas, regulando normativamente el significado que le asignará la ley ([545]).

Reglamentarismo o principios generales

848.-La doctrina es conteste en la naturaleza reglamentarista de la actual LS, mas no por ello hay coincidencia en la conveniencia de tal sistema ni de sus virtudes dogmáticas y prácticas.

849.-Es de la esencia de la norma la generalización y mucho más debería ocurrir en materia mercantil tal como lo expusimos en el capítulo referido al análisis crítico de los contratos comerciales, el excesivo reglamentarismo suele devenir a poco que comienza a funcionar el nuevo cuerpo normativo, en confuso sistema contradictorio e insuficiente para adecuarse a la vertiginosa

límites acordados. Con lo cual se reafirma la necesidad de definir legalmente al contrato y se discute cual es la mejor definición, sin atinar a comprender que la cuestión es dejar definir y delimitar normativa innecesariamente.

[545] Ver artículo 1 Ley Belga

dialecticidad propia de la actividad mercantil entrando en conflicto con otras disposiciones contractuales impidiendo de tal manera inducir principio generales.

850.-A guisa de mero enunciado nos permitiremos destacar brevemente algunas objeciones a diversas disposiciones que entendemos comprueban la certeza de las críticas que levantamos contra el excesivo reglamentarismo que termina reiterando otras disposiciones similares o generales que resultan sin duda aplicables al caso.

851.-En otros casos, entendemos que también se establecen innecesarias tautologías enunciando un principio permisivo, para luego señalar que eso antes autorizado resultara así reconocido por la ley, salvo que la misma ley u otra disposición no lo permita.

.- La ley 17418 en su artículo 2 establece lo que enunciamos como una tautología en virtud a la cual el contrato de seguro puede tener por objeto toda clase de riesgos si existe interés asegurado, *salvo prohibición expresa de la ley.* Resulta de toda lógica que la LS con el fin de no producir un conflicto normativo o de interpretación, no podría permitir en su artículo 2 lo que estuviera prohibido en otro artículo de la misma o de otra ley. Pero además cabe destacar que ninguna disposición normativa general obligatoria puede enunciar un imperativo condicionado a que no estuviera prohibido Ciertamente, qué significado tendría o que se agregaría al orden normativo el enunciado de un artículo que dijera que una determinada conducta está autorizada si no está prohibida.

.- En su artículo 4 establece la naturaleza consensual del contrato para luego agregar que los efectos del mismo empiezan aún antes de emitirse un instrumento que la misma ley no impone como obligatorio (conf. artículo 11), enunciando innecesariamente lo que ya se encuentra establecido en el artículo 1140 del Código Civil

.- El artículo 13, 2do. Párrafo reitera la disposición establecida en los artículos 731 inc. 1º y 732 del Código Civil.

.- El artículo 18 primer párrafo, establece un comienzo y terminación de cobertura, indicando que ello será *salvo que las partes hayan pactado en contrario*, siendo este último enunciado una reiteración de lo indicado en el artículo 158, por tratarse esta previsión del artículo 18 una disposición claramente modificable por las partes.

.- El artículo 27 2do. párrafo repite la disposición de los artículos 818 y 819 del Código Civil.

.- El artículo 28 repite lo regulado en el artículo 728 del Código Civil, ya que de mediar oposición del asegurado este no estará obligado respecto del tercero porque en nada le habrá sido de utilidad a aquel.

.- El artículo 30 establece que la entrega de la póliza sin percepción de la prima hace presumir la concesión de crédito para su pago, pero omite indicar cual es el plazo de tal crédito, por lo cual de conformidad con lo establecido en el artículo 618 del Código Civil esta discutida disposición de la LS se torna en una complicación más que en un acertado principio de simplificación de la relación contractual.

.- El artículo 50 reitera lo dispuesto en el artículo 507 del Código Civil.

.- El artículo 51 último párrafo, reitera lo dispuesto en el artículo 509 del Código Civil

.- El artículo 57 intentó prohibir la convención anticipada de un compromiso arbitral([546]), mas estableció solamente la veda de incluir cláusulas compromisorias en "la póliza" ([547]) generando una razonable duda respecto a la posibilidad de acordar el arbitraje conjuntamente con la celebración del contrato, pero instrumentándole en un documento separado de la póliza([548]).

---

[546] Ver **Anaya Jaime L.** La olvidada pericia arbitral, rev. E.D. t. 134 p.605

[547] **Schiavo, Carlos A**. El arbitraje en el contrato de Seguros. En Derecho y Empresa, año 1997 nro. 7 y 8 en homenaje a Juan C.F. Morandi, p.225

[548] Ver Revista Iberoamericana de Arbitraje en www.servilex.com.pe/aribtraje/panama, **Pucci Adriana** El Arbitraje su visión desde la perspectiva brasileña rev. J.A. 1998-IV-843, **Spinillo Alessandro y Blackaby Miguel**, La nueva legislación s/arbitraje en Inglaterra Rev. J.A. 1998-IV-831

.- El artículo 60 reitera lo establecido en el artículo 2 de la misma ley.

.- El Artículo 61 en su primer párrafo establece que la obligación de resarcir el daño causado por el siniestro no incluye el lucro cesante, *salvo pacto en contrario,* siendo este último enunciado una reiteración de lo indicado en el artículo 158, por tratarse esta previsión del artículo 61 una disposición claramente modificable por las partes y además no tiene en cuenta lo que la misma ley estableció en el artículo 11 cuando impone en su reglamentarismo que la póliza debe contener la descripción del riesgo cubierto.

.- El segundo párrafo del artículo 61 vuelve a reiterar una disposición legal que sólo funcionará si la ley no la prohíbe.

.- El artículo 71 vuelve a repetir la situación señalada respecto del primer párrafo del artículo 61

.- Y concluyendo con este sintético enunciado de algunos inconvenientes del reglamentarismo, permítasenos destacar lo innecesario del artículo 97, cuando simplemente el título que antecede al 91 pudo haber sido:" *Granizo y Helada"* en tanto el respectivo artículo pudo enunciarse diciendo: *"El asegurador responde por los daños causados exclusivamente por el granizo o la helada a los frutos y productos asegurados....."*

852.-De tal manera creemos haber enunciado brevemente aquello que queríamos demostrar y las razones de nuestra adscripción a una regulación de los principios generales que solamente se imponga reglamentar aquellas muy pocas situaciones que, por cuestiones de política legislativa y en salvaguarda del orden público, se entiendan conveniente someterlas a un mínimo inderogable.

Distinción de los contratos de seguros de grandes riesgo y de pequeños riesgos o masivos.

853.-Este es tal vez el punto principal sobre el cual versa nuestra propuesta de reforma, pues a partir de un análisis sociológico se

ha de comprobar que el hombre se desenvuelve e interactúa en distintos y diversos grupos sociales de pertenencia([549]).

854.-Así también esta igualmente comprobado que las personas no son entes abstractos tal como los considera la decimonónica legislación civil, el hombre se ubica socialmente tanto por la pertenencia a un determinado grupo productivo económico, cultural, educacional, político, como a los diversos niveles de adhesión grupal de interacción([550]) .

855.-Entonces resulta lógico concluir que si los hombres detentan distinciones y diferencias, sólo se podrá mantener una efectiva igualdad si se acepta que la ley está obligada a distinguir para establecer el equilibrio entre igualdades fácticas o compensadas([551]).

856.-Así lo viene reconociendo toda la dogmática y legislación en materia de protección del consumidor([552]), porque se ha entendido que en los contratos celebrados por adhesión a cláusulas predispuestas con contratos tipos y realizados en forma masiva no existe igualdad entre los celebrantes como en aquellos contratos de colaboración empresaria o los cuales ambas partes están organizadas como empresas.

857.-Entonces se puede concluir que una ley que pretenda ser tuitiva de la llamada parte débil, una normativa que intenta ser exigente con la parte que ejerce la preeminencia dominante de la relación negocial, no debería ser también la misma que regule los negocios jurídicos que celebran grandes complejos económicos, empresas multinacionales, organizaciones

---

[549] Afirmación que no pretende desconocer que el hombre es el fundamento del orden social, que el hombre es un horizonte entre dos mundos (Lamas, Félix Adolfo Lamas, Ensayo sobre El Orden Social, Ed. Del autor, Buenos Aires, 1985, p 186), y como dice el autor glosado cada hombre lejos de ser un mero individuo aislado, está ya desde su nacimiento determinado en buena medida por vínculos sociales que lo afectan, que incluso llegan a conferirle los contornos o puntos de referencia concretos de su propio pensamiento y conciencia.

[550] **Homans, George** C. El Grupo Humano, Ed.Eudeba, Buenos Aires, 1968 p. 333 **Davis Kingsley,** La Sociedad Humana, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1984,p.275, **Asch Solomon**, Psicología Social, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1964, p. 148 y ss.

[551] La igualdad que llamamos factica es aquella que se da efectivamente en los hechos, en tanto las compensadas son el resultado de desequilibrios normativas que compensan aquellos que se dan en la realidad, de manera que se establece un nuevo equilibrio, todas estas situaciones que fueran claramente tratadas y resueltas por Aristóteles en Etica a Nicomaco (Ετικον Νικομακιον, Ed. Oxford University New York)

[552] **Bergel Salvador D. Y Paolantonio Martín E.**, La directiva de la Comunidad Económica Europea sobre las Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en Revista de Derecho Privado y Comunitario Tomo 5 Consumidores, Ed. Rubizal Culzoni, Santa Fe 1996, p. 191

profesionalmente establecidas como empresas y jurídicamente como sociedades comerciales.

858.-Realmente se puede verificar que la actual LS resulta en muchas disposiciones excesivamente rigurosa con el asegurado masivo y de una inexplicable lenidad con aquellos grandes asegurados empresarios. Uno de estos casos se da justamente en el régimen de la reticencia, pero también en disposiciones como:

.- posible prórroga de la jurisdicción dentro del país.

.-El término para denunciar el acaecimiento del siniestro que se estableció en días, sin aclarar si deben ser hábiles o corridos y entonces por aplicación del artículo 28 del Código Civil resulta corridos, debiendo el asegurado masivo de pequeños riesgos acreditar caso fortuito, fuerza mayor o imposibilidad de hecho sin culpa o negligencia. Por lo cual y en virtud a lo dispuesto en el artículo 15 de la LS los aseguradores son estrictos en la aplicación del artículo 47, toda vez que el asegurado tenía a su disposición la vía telegráfica de denuncia, aún cuando las oficinas de la aseguradora estuvieran cerradas durante los tres días siguientes al inicio del término de denunciar.

.- El artículo 52 de la LS estableció un sistema que en nada protege a los consumidores masivos de seguros de pequeños riesgos. Muy por el contrario los perjudica propiciando casos de evidente abuso de derecho de los aseguradores que declinan atender un determinado siniestro por no haberse notificado previamente un cambio de titular del interés asegurado, aún cuando fuera de fácil comprobación que en estos tipos de seguros la persona del titular del interés asegurado le es indiferente al asegurador.

859.-En cuanto a los principios de discriminación entre los seguros de grandes riesgos de aquellos contratos celebrados en masa o de pequeños riesgos, consideramos oportuno establecer varios aspectos distintivos de manera que en la práctica se pueda realizar esa división de la mejor manera posible sin por eso incurrir en un innecesario casuismo.

860.-Así entendemos que cualquiera fuera el monto de primas y sumas aseguradas, todo contrato de seguro celebrado por el Estado Nacional, Provincias, Municipios, entidades autárquicas, sociedades estatales, organismos descentralizados, sociedades anónima, cooperativa o mutua que no tuviera las características para ser considerada por las normativas específicas como PYMES, debe considerarse de grandes riesgos, en atención a la organización empresaria profesional que deben tener estos tipos societarios o asociativos.

861.-También deberán considerarse como seguros de grandes riesgos aquellos en que las sumas aseguradas y prima anual facturada supere un determinado valor, que para mantenerle a buen resguardo de los regulares inestables procesos económicos argentinos, debería señalarse en pesos oro argentinos.

862.-Por último los contratos de seguros interfronterizos también deberán ser considerados de grandes riesgos, quedando por verificar la conveniencia de diferir a la reglamentación por parte de la autoridad de control, el determinar algunas ramas y planes como de grandes riesgos con prescindencia de las sumas aseguradas y primaje anual facturado([553]).

863.-En cuanto a los seguros de pequeños riesgos se deberá decidir regular algunas cuestiones prácticas y que se verifican habitualmente en el negocio asegurativo nacional y que se imponen ser definidas más claramente, así:

.- Si se puede vedar la retractación de la propuesta por un determinado tiempo o bien si la misma habrá de tener vencimiento.

.- Si se puede establecer la aceptación tácita de la propuesta.

.- Si la entrega de valores que de consuno se efectúan a los productores asesores de seguros, conjuntamente con la propuesta, se ha de considerar como entrega "ad referéndum" del asegurador, como seña (ver artículo 475 del Código de Comercio), o a cuenta de prima y como principio de ejecución del contrato.

[553] Así el caso de determinados riesgos atómicos, algunos tipos de contratos de seguros de crédito, caución y seguro técnico, en los que propugnamos la imposición legal de la intermediación de un profesional especializado asesor productor de seguros.

.- Si el asegurador como predisponente contractual, también puede ser considerado con igual carácter respecto de las formas y condiciones que debe contener la oferta de contrato que él invita se le formule.

.- Si el asegurador puede cargar con las consecuencias y presunciones adversas por los casos dudosos que se produzcan con motivo de las formas y condiciones de emisión de oferta que predispusiera.

Regulación complementaria particular de las declaraciones precontractuales sobre el estado del riesgo

864.-Tal como lo hemos expuesto en el desarrollo de los contratos mercantiles aleatorios, las partes deben actuar en la celebración de estos contratos con una suerte de mayor o más determinada diligencia en orden al cumplimiento de la carga precontractual de procurar toda la información que delimite el "riesgo" objeto del contrato y comunicar a la otra parte con veracidad y amplitud sobre todo cuanto se sabe sobre el alea a delimitar de la mejor forma posible y para que además sirva como base para determina el "mutuo y coincidente" ámbito de la incertidumbre, o mejor dicho que ambas partes tengan igual conocimiento de las "certezas"

865.-Respecto del contrato de seguro el mismo se vería sometido como contrato aleatorio a los mismos principios, pero entendemos oportuno que la LS efectúe una regulación complementaria particular acerca de las formalidades, tiempo y particularidades de las declaraciones precontractuales sobre el estado del riesgo al que habrá de referirse el contrato.

Regulación especial objetiva de la carga precontractual

866.-En este tema deberemos definirnos en favor de alguno de los sistemas, o bien el subjetivo, o por el contrario aquel objetivo, y en este último caso por un objetivismo extremo o en su caso por un sistema objetivo morigerado.

867.-Toda vez que en nuestra propuesta existe una distinción entre los seguros de grandes riesgos de aquellos contratos celebrados masivamente, hemos de establecer un complejo sistema mixto:

.- Para los seguros de grandes riesgos, entendemos conveniente que aquella máxima de *ubérrima bona fide*([554]) se aplique concretamente a la solución normativa de las declaraciones específicas sobre el estado del riesgo y por tanto en estos casos para juzgar la discordancia entre el riesgo asegurado y el efectivo y real estado del mismo se establezca el más objetivo principio, exigiendo:

.- Por un lado que el proponente organizado profesionalmente haya recurrido al auxilio de técnicos, especialistas y asesores convenientes e idóneos para procurarse toda la necesaria y suficiente información sobre el estado del riesgo con el fin de comunicar al asegurador.

.- Por otra parte el asegurador demuestre que el riesgo declarado y asegurado no se correspondía técnica y tarifariamente con el que efectivamente resultase ser el verdadero estado del riesgo.

.- Por último entendemos conveniente que para estos casos las partes hayan podido establecer en el contrato. el sistema de arbitraje, o de pericia arbitral

.- Para los seguros de contratación masiva o de pequeños riesgos, nos adscribimos ampliamente al sistema de cuestionario en virtud al cual todo el sistema gira en función a que solamente aquello sobre lo que el asegurador interrogó será considerado trascendente para juzgar el necesario conocimiento sobre el estado del riesgo que se requería y las omisiones o inexactitudes del proponente.

[554] Principio que nosotros redifimos como: *Actuación leal conforme la expectativa que la otra parte tuvo para contratar confiando en la diligencia de él y que le impone oportunamente una dinámica probatoria de su propia efectiva acción y creencia de haber hecho totalmente lo que se esperaba hiciera.*

Impugnación, formas, término, caducidad y prescripción.

868.-Respecto a la impugnación del contrato consideramos conveniente superar el confuso actual sistema, estableciendo la carga del asegurador de notificar fehacientemente, al asegurado y al tomador, su voluntad de impugnar la validez del contrato, dentro del plazo de 30 días de haber tomado conocimiento de la reticencia o falsa declaración.

869.-También entendemos que debería establecerse imperativa y pautadamente un mínimo informativo en el texto de la notificación impugnatoria. Aún cuando tal propuesta pareciera contradecirse con nuestra oposición a los casuismos reglamentarios en el caso sería la aplicación concreta de un principio general que proponemos se instituya en lo que hoy es el artículo 15, imponiendo al asegurador detallar clara y ampliamente los hechos en los cuales funda determinada resolución([555]).

870.-Así entendemos que la notificación fehaciente de la impugnación debería contener:

.- La fecha y modo en que el asegurador tomó conocimiento de la reticencia o inexactitud.

.- Las circunstancias sobre el estado del riesgo que fueron comunicadas reticente o inexactamente.

.- Las razones técnicas y antecedentes comerciales que el asegurador invoca hubieran impedido el contrato o modificado sus condiciones.

.- La notificación concreta y determinada de la impugnación y de la liberación del asegurador frente a la ocurrencia de

[555] Tales como son los casos de impugnación por reticencia, por agravación, rechazo de un siniestro, y demás. Empricamente y conforme la experiencia profesional nos ha tocado observar en reiteradas oportunidades textos de notificaciones emitidos por aseguradores indicando vgr. que conforme el artículo 5 de la ley 17418 se impugnaba el contrato y rechazaba el siniestro, o bien que conforme lo establecido en el artículo 48 de la ley 17418 se rechazaba el siniestro, sin indicación alguna de los hechos, conductas y antecedentes que se invocaban o reprochaban para concluir con la resolución notificada y justificada en alguna disposición legal o contractual. Inclusive en una oportunidad me cupo intervenir en un caso en el cual el asegurador declinaba el pago de un siniestro comunicando al asegurado mediante una generalización y con vaguedad extrema que conforme lo establecido en la ley de seguros y la póliza de la referencia se rechazaba en tiempo y forma el siniestro.

un siniestro.

.- La información sobre el cálculo final y definitivo de la prima que se debe pagar.

.- La designación del arbitro de parte para someter la eventual controversia al juicio arbitral de haberse establecido el correspondiente acuerdo compromisorio al tiempo de celebrarse el contrato.

871.-Asimismo nuestra propuesta intenta superar las dudas que ha generado el actual sistema en orden a correlacionar el artículo 9 y el 56, estableciendo con mayor precisión las dos situaciones posibles impugnatorias según se concrete o no un siniestro con posterioridad a que el asegurador tome conocimiento de la reticencia o falsa declaración.

872.-En caso que el asegurador tome conocimiento de la reticencia o falsa declaración con motivo de la denuncia del siniestro o a partir de la verificación a partir aporte de la información o documentación complementaria (artículo 46 LS), será de aplicación el artículo 56, sin que el conocimiento de la reticencia interrumpa o suspenda el tiempo corrido establecido en este artículo.

873.-En tanto que si el asegurador tomase conocimiento de la reticencia o falsa declaración y durante el plazo impugnatorio ocurriera un siniestro, se deja aclarado que tal circunstancia no interrumpe ni suspende el término de 30 días para impugnar el contrato.

874.-No obstante se deja establecido que igualmente estarán corriendo contemporánea y paralelamente sendos términos: el de impugnación (a partir del conocimiento) y el establecido en el artículo 56 por el cual quedaría subsistente la posibilidad de rechazar el siniestro por otra causal (si la misma existiera), si no se hubiera llegado a impugnar el contrato.

875.-Efectuada la notificación fehaciente y en la forma legalmente establecida, el asegurador puede ejercer la acción judicial impugnatoria dentro del año de realizada la mentada notificación o bien ejercer y oponer como defensa la impugnación contra la acción que impetrase el tomador.

Prueba del incumplimiento de la carga

876.-Definitivamente propugnamos desterrar de nuestro sistema el régimen de prueba pericial que como hemos visto en poco ha contribuido a solucionar y aclarar las cuestiones planteada.

877.-Para los seguros de grandes riesgos el asegurador deberá entonces acreditar:

.- La fecha y circunstancias en virtud a las cuales ha tomado conocimiento de la discordancia entre el riesgo declarado por el proponente y el real estado del riesgo al tiempo de celebrarse el contrato.

.- Que esas diferencias determinaban distintas magnitudes y estimaciones técnicas entre el riesgo cubierto y el riesgo real y por ende diferencias tarifarias.

.- Que el proponente no se comportó diligentemente en procurarse y brindar toda la información necesaria sobre el estado del riesgo.

878.-El asegurado deberá acreditar en su defensa y contra el asegurador:

.- Que a la fecha de expedirse recepticiamente la notificación fehaciente de la impugnación ya había transcurrido el término de 30 días.

.- Que él se comportó diligentemente en procurarse y brindar toda la información necesaria sobre el estado del riesgo.

.- Que las diferencias entre el riesgo declarado y el verdadero estado resultaban indiferente o poco significativas tarifariamente.

.- Que el asegurador había omitido advertir al tomador la particular política comercial de aceptación de riesgos, por la cual se apartaba del estándar medio del lugar en que se celebró el contrato.

879.- Respecto de los seguros masivos o de pequeños riesgos el asegurador deberá entonces acreditar:

.- La fecha y circunstancias en virtud a las cuales ha tomado conocimiento de la discordancia entre el riesgo declarado por el proponente conforme el interrogatorio al que lo sometiera y el real estado del riesgo al tiempo de celebrarse el contrato.

.- Que esas diferencias determinaban distintas magnitudes y estimaciones técnicas entre el riesgo cubierto y el riesgo real y por ende diferencias tarifarias.

.- Que el proponente, fue inexacto en sus declaraciones al interrogatorio al que lo sometiera el asegurador, de cuanto conocía y fue informado debía y era su carga informar.

880.-El asegurado deberá acreditar en su defensa y contra el asegurador:

.- Que a la fecha de expedirse recepticiamente la notificación fehaciente de la impugnación ya había transcurrido el término de 30 días.

.- Que él contestó veraz y completamente todo el cuestionario, conforme su conocimiento de las circunstancias del riesgo y que oportunamente se le hubiera informado que era su carga y debía manifestar.

.- Que las diferencias entre el riesgo declarado y el verdadero estado resultaban indiferente o poco significativas tarifariamente.

.- Que el asegurador había omitido advertir a sus productores asesores y por su intermedio al tomador sobre la particular política comercial de aceptación de riesgos, por la cual se apartaba del estándar medio del lugar en que se celebró el contrato.

Reajuste e incontestabilidad.-

881.-En este tema reafirmando lo expuesto anteriormente

entendemos que en todos los casos en que resulte posible técnicamente el reajuste el mismo debe imponerse al asegurador, sin necesidad de circunscribirlo solamente a los seguros de vida o cuando cause perjuicio al asegurado, pero en el cálculo deberán atenderse todos los factores económicos financieros que inciden en el precio del seguro y no sólo la equivalencia matemática técnica entre tarifa aplicada y tarifa que se debió aplicar([556]), como así también la incidencia del reaseguro que afectase a ese contrato en especial([557]).

882.-Asimismo e insistiendo en desterrar definitivamente la imposición del llamado juicio de peritos, consideramos que el reajuste que se puede imponer al asegurador es aquel por el que se demuestre, por todos y cualquiera de los medios de prueba, resulta posible sea realizado por el mismo.

883.-Asimismo entendemos conveniente dejar establecido como principio general que el reajuste sólo será posible imponerlo al asegurador, de no mediar la ocurrencia de un siniestro. De tal manera se deja abierta la posibilidad para que este recalculo de prima y modificaciones contractuales se establezca como regla especial en determinadas regulaciones de seguros específicos, como sería el caso de los seguros de vida.

884.-En cuanto a la incontestabilidad, ya nos hemos manifestado al respecto y en nuestra propuesta de tesis insistimos en la necesidad de un complejo normativo particular y especial para los seguros de vida, en el cual se podrá establecer con mayor amplitud y precisión las excepciones al régimen general que proponemos para la ley de contratos de seguro.

Relación causal entre las circunstancias no declaradas y el siniestro.

---

[556] No resultaría equitativo que un asegurado o el beneficiario, obtuvieran luego de 2 años de vigencia del contrato un determinado reajuste proporcional de la prima a pagar o suma asegurada a cobrar sin considerar la incidencia de la pérdida de disponibilidad e inversiones de las sumas que debieron ser pagadas oportunamente de haberse tarifado el verdadero riesgo, facturado y cobrado en tal sentido las primas resultantes. En este postulado no estamos incluyendo factores distorcionantes ajenos a la técnica asegurativa, como podría ser la inflación, sino que nos referimos específicamente al factor de descuento, su necesaria compensación con el interés técnico o puro y las rentas excedentes que en muchos planes son capitalizadas a favor de la masa de asegurados, o actuarialmente permiten la actualización de las sumas aseguradas y primas (ver seguros unit link)

[557] En materia de reaseguros, fueran estos proporcionales o no, haya existido siniestro o no, lo cierto es que los costos y pagos realizados están determinados de conformidad con una específica composición de cartera, y la alteración posterior de la misma también modifica y afecta al asegurador, lo que también debe ser comprendido en el recalculo y reajuste.

885.-Manteniendo nuestra idea al respecto y reafirmándola entendemos que sería oportuno establecer normativamente la indiferencia de la reticencia y falsa declaración de las circunstancias referidas al estado del riesgo y la causa del siniestro.

886.-En principio de manera general insistimos que no es posible aceptar la existencia de un "seguro residual" en virtud al cual el asegurado, aún cuando estuviera sometido a la posible nulidad del contrato, atento haber incurrido en una declaración reticente o inexacta, tendría un seguro residual latente y accesorio al que no alcanzaría la nulidad contractual, por el sólo hecho que la causa del siniestro es ajena o distinta a las circunstancias que se omitieron declarar o que fueron informadas inexactamente.

887.-Esto sería agregar un alea nueva adicional y ajena al riesgo contractual. Además permitiría que el proponente obtuviera ese seguro residual como prestación obligacional adicional legalmente o doctrinariamente impuesta y ajena al régimen de la reticencia.

888.-Además en cuanto a los casos de los grandes riesgos, no se justificaría beneficiar a una parte en detrimento de la otra, con una determinada "benevolencia" interpretativa, máxime cuando estamos frente a contratantes de equivalente importancia.

Adecuaciones del texto de otras disposiciones de la ley de seguros de conformidad con las modificaciones propuestas.

889.-Ya nos hemos expedido a favor de una reformulación integral de la ley de seguros propiciando una ley general para todos los contratos de seguro y leyes especiales para las diversas ramas y eventualmente planes cuya significación así lo impongan.

890.-Por tal motivo y circunscribiendo nuestra tesis al establecimiento de dos tipos diferentes de contratos de seguro (de grandes riesgos y de pequeños riesgos) y a un nuevo sistema respecto de la carga precontractual de comunicar el estado del riesgo, las propuestas de modificación que efectuamos en el presente trabajo, se limitan a las normas que en la materia entendemos deberían ser aquellas que regulen estos dos institutos, sin dejar de reconocer que tales imponen también

una adecuación de otras disposiciones vinculadas a los temas en cuestión, tales como:

.- Diferencias entre la propuesta y la aceptación: estableciéndose dos sistemas diferentes según se trate de seguros de grandes o de pequeños riegos.

.- Denuncias y declaraciones: igualmente se impone regular las mismas de diferente forma según los diversos tipos de contratos de que se trate.

.- Toda la Sección del plazo o período de seguro requiere una reformulación a partir de un análisis crítico de todo el actual sistema que resultan de una total supletoriedad innecesaria frente a los seguros de grandes riesgos y mucho más respecto de la predisposición contractual por parte del asegurador en los de pequeños riesgos.

.- Respecto de la prima entendemos conveniente determinar los conceptos de prima, prima de tarifa y premio, que a la sazón resulta el importe total a pagar y que figura en la factura o en la póliza. Se impone también regular en forma mucho más clara y vinculado a los habituales medios de pagos en vigor actualmente, el actual artículo 29.

.- También con relación a la prima es oportuno establecer con mayor precisión el tema referido a la exigibilidad de la prima y el llamado crédito tácito. Otro tanto deberá proponerse con relación a la mora.

.- Otra de las modificaciones sustanciales que se deben establecer en nueva la ley de seguros es el referido al régimen de la agravación de riesgos, el cual en alguna medida sigue las bases ya analizadas y criticadas del régimen de la reticencia.

891.-Por tal motivo cabe coincidir que excederían los límites propios del tema propuesto y de la tesis respectiva, el desarrollo de todo el plexo normativo de una nueva ley de seguros que proponemos se realice, justamente, sobre la base fundamental de la distinción entre contratos de seguros de grandes riesgos, de aquellos otros de pequeños riesgos, masivos o domésticos.

892.-Respecto de las diversas legislaciones que deberán ir regulando cada uno de las diversas ramas y planes de seguros que significativamente así lo impongan, entendimos oportuno que también cabía efectuar una propuesta legislativa en torno a la regulación específica de la carga precontractual de comunicación informativa sobre el estado del riesgo en los seguros de personas.

893.-También elaboramos dentro de la propuesta normativa, un capítulo referido a los principios particulares de interpretación contractual de los distintos tipos de contratos, intentando no reiterar aquellos generales que ya existen en el Código de Comercio, en la ley de defensa del consumidor y aquellos otros que además proponemos para los contratos mercantiles aleatorios en el capítulo respectivo([558]).

894.-Por último hemos proyectado algunas disposiciones que entendemos debería contener una futura reforma del Código de Comercio y de las disposiciones generales sobre el contrato de seguros y sobre una nueva ley de seguros de personas en lo referente a los temas referidos a sistemas de selección de riesgos, carencias, reticencia e incontestabilidad.

[558] En la propuesta de estos principios de interpretación contractual se verificó también aquellas elaboradas por Morandi, Juan Carlos Felix en el proyecto de ley uniforme para Latinoamérica, el proyecto Baglini, el PD685/95, el proyecto de reforma al Código Civil decreto 468/92, la ley 24.240 y los comentarios de Mosset Iturraspe Jorge en Introducción al Derecho del Consumidor (Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1996, tomo 5, p. 7) de López Cabana, Roberto M en La contratación en la ley de Defensa del Consumidor (Revista de Derecho ob. cit p. 53) Tupinambá Miguel Castro do Nascimento (en Comentarios ao código do consumidor ley 8078/1990, Ed. Aide, Rio de Janeiro 1991, p. 68) , Ureba, Alberto Alonso, (Derecho del Consumidor Normas Generales, Ed. McGraw Hill, Madrid 1996, p. 397 y ss.), Rezzónico Juan Carlos, Contratos con cláusulas predispuestas, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 447) Directiva 97/7CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia

Proyecto de Reforma Parcial del Código Comercio ([559])

LIBRO SEGUNDO

DE LOS CONTRATOS MERCANTILES

TITULO I
De los contratos y de las obligaciones mercantiles en general

Capítulo III

Contratos Mercantiles Aleatorios

Principios Generales

Concepto
Artículo..: El contrato mercantil aleatorio es aquel, bilateral, consensual, oneroso y que como tal tiene por causa la asunción profesional de un riesgo, en el cual una o ambas partes son personas profesionalmente organizadas como empresas comerciales.

Artículo..: Las relaciones que se establezcan entre los consumidores y las empresas profesionalmente organizadas que actúan como concesionarios administrativos de personas de derecho público por actividades de juego, casinos, rifas, sorteos y loterías se regirán por las disposiciones de los contratos mercantiles y en especial por las establecidas en el presente capítulo.

Negocios de riesgo
Artículo..: No serán considerados contratos mercantiles aleatorios y por tanto resultan excluido de las prescripciones del presente capítulo:

a) la asunción profesional de riesgos en forma abstracta, autónoma, literal y accesoria a títulos circulatorios.

[559] No obstante el PD685/95, estimamos conveniente mantener la vigencia del codigo de comercio y propiciar la reforma parcial del mismo a partir del artículo 207 en especial estableciendo aquellos principios generales de la contratación y de las obligaciones mercantiles.

b) la participación profesional o de consumo en condominios de títulos valores

c) todos aquellos negocios mercantiles de riesgos que por disposición legal expresa sean excluido de las disposiciones propias de los contratos mercantiles aleatorios.

Tipos de contratos
Artículo..: Los contratos mercantiles aleatorios pueden ser:

a) Paritarios: que son aquellos celebrados entre personas profesionalmente organizadas como empresas.

b) De consumo: que son aquellos celebrados entre una persona profesionalmente organizada como empresa y un consumidor final. Entendiéndose por consumidor aquella persona definida como tal por la ley especial de defensa del consumidor.

Artículo..: Se aplicarán las reglas de los contratos mercantiles aleatorios de consumo a las relaciones entre sociedades comerciales profesionalmente organizadas como empresas y las Pequeñas y Medianas Empresas. Entendiéndose por Pequeña y Mediana Empresa aquellas personas definidas como tal por las leyes especiales para PyMEs, las que a los efectos de este capítulo serán considerados consumidores.

De la celebración
Artículo...: En toda celebración de contratos mercantiles aleatorios además de las cargas establecidas como reglas generales de conducta de las partes, estas deberán:

a) En los contratos paritarios: las partes deberán efectuarse la más amplia comunicación informativa de cuanto conozcan y deban saber, actuando con la debida diligencia conforme su profesionalidad, sobre las circunstancias del riesgo.

b) En los contratos de consumo: la persona profesionalmente organizada deberá ilustrar a la contraparte e interrogarla sobre toda circunstancia particular y del conocimiento personal de ésta que aquella necesite conocer sobre el riesgo.

Imprevisión
Artículo...: En los contratos mercantiles aleatorios de consumo siempre se presumirá que es previsible a la empresa profesionalmente organizada toda mayor onerosidad por acontecimientos aún extraordinarios o que aparezcan como extraños al riesgo

propio del contrato. No podrá la empresa peticionar la resolución y será de interpretación restrictiva el pedido de reajuste en aquellos casos en que pudiera corresponder una mejora equitativa de los efectos del contrato en favor de la empresa

Señal o Arras

Artículo...: En los contratos mercantiles aleatorios de consumo cuando el consumidor hubiera dado bienes muebles o dinero en concepto de señal, de pago a cuenta, pago a imputar, o pago imputado respecto de instrumentos contractuales a los que adhiere y que deben ser emitidos, en tanto su oferta no hubiera sido dada como temporalmente irrevocable y aún no hubiera transcurrido el tiempo por el que la prestó, puede arrepentirse del contrato con pérdida de la señal.

Artículo...: La empresa profesionalmente organizada que recibió una señal, pago a cuenta, pago a imputar o pago imputado respecto de instrumentos contractuales predispuestos por ésta a emitir, no podrá arrepentirse ni siquiera cuando la señal se refiriera a una oferta suya emitida ad referéndum y se entenderá siempre respecto de la empresa que aquello que recibió fue como ratificación de la celebración del contrato.

Lesión

Artículo...: En los contratos mercantiles aleatorios de consumo, el consumidor podrá demandar la nulidad o la modificación cuando la empresa profesionalmente organizada por acción u omisión aprovechando su posición preeminente contractual y explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia del consumidor, obtuviera por medio de ello una ventaja patrimonial evidentemente injustificada y extraña al equilibrio proporcional del riesgo contractual.

Mora

Artículo...: En todos los tipos de contratos mercantiles aleatorios la mora en el cumplimiento de aquellas prestaciones que deban verificarse antes de ocurrido el evento al que se refiere el riesgo, suspende todos los derechos que el moroso pudiera tener emergentes del contrato.

Artículo...: En todos los tipos de contratos mercantiles aleatorios el deudor moroso deberá igualmente la prestación comprometida, vencida y en mora, sin que por ello pudiera tener derechos retroactivos a la fecha del pago, por circunstancias o por ocurrencia del evento al que se refiere el riesgo del contrato, ocurrido durante el tiempo de la suspensión

Proyecto de Reforma Parcial de la Ley de Seguros ([560])
Tipos de contratos
De las formas de celebración
Comunicaciones informativas sobre el estado del riesgo

TITULO I
Del Contrato de Seguro
Disposiciones Generales

Capítulo I
Caracteres - Celebración

Sección I
Caracteres Contractuales

Caracteres, objeto y causa
Artículo 1: El contrato de seguro es típico, bilateral, consensual, oneroso y como mercantil aleatorio tiene por objeto toda clase de riesgos, si existe interés asegurable([561]).

Sección II
Distintos tipos de contratos de seguro

De los tipos
Artículo 2: Los contratos de seguros son de alguno de los siguientes tipos y por ello sometidos a diferentes principios de celebración, interpretación y ejecución:

a)de grandes riesgos,

b)de pequeños riesgos.

Seguros de Grandes Riesgos

[560] En la elaboración del mismo se ha tenido en cuenta los principios establecidos en el marco del proyecto Digesto Jurídico Argentino (ley 24.967) que bajo la dirección de Alejandro D Alessio, Atilio Aníbal Alterini, Daniel Ricardo Altmark,. Ramón Gerónimo Brenna, Omar lvarez elaboró el Manual de Técnica legislativa.

[561] Aclaramos en esta oportnidad y tal como lo desarrollamos en nuestro trabajo en elaboración sobre Seguros de Personas, que participamos de la tesis del concepto múltiple para los seguros de personas en los cuales debe existir interese asegurable y autorización de aquella persona cuya vida es asegurada por otra.

Artículo 3: Los contratos de seguros de grandes riesgos son:

a) Aquellos en que la prima anual facturada, neta de tasas, impuestos y recargos financieros, sea igual o superior a la suma de cien (100) pesos oro argentinos.

b) Cualquiera fuera el monto de prima anual facturada, cuando son celebrados entre un asegurador y una persona jurídica de carácter público, o Sociedades Anónimas, Cooperativas o Mutuas que no tuviera las características para ser consideradas por las normativas específicas como PyME.

c) Cualquiera fuera el monto de prima anual facturada, cuando son celebrados por un asegurador argentino y un Estado extranjero, sobre bienes o personas existentes o residentes en el territorio argentino.

d) Los contratos de seguros interfronterizos celebrados entre un asegurador nacional y un tomador extranjero sobre bienes o personas existentes o con residencia fuera del territorio argentino.

e) Aquellos planes que no teniendo algunas de las características indicadas en los incisos anteriores, por cuestiones técnicas especiales resulta conveniente que la Autoridad de Control mediante resolución fundada general y uniforme establezca que sean considerados de grandes riesgos.

De los contratos de pequeños riesgos
Artículo 4: Los contratos de seguros de pequeños riesgos son aquellos:

a) En que la prima anual facturada, neta de tasas, impuestos y recargos financieros, fuese inferior a la suma de cien (100) pesos oro argentinos.

b) Los seguros individuales de personas cualquiera fuera el monto de la prima anual facturada.

c) Toda incorporación individual de un asegurable a un contrato de seguro colectivo de personas.

Artículo 5: En caso de duda respecto a que tipo de contrato se trata o de las reglas y principios de celebración, interpretación y ejecución que rigen determinada cuestión, la misma se someterá a las reglas que corresponden a los seguros de pequeños riegos.

Sección III
Celebración del Contrato

De los contratos de grandes riesgos
Artículo 6: El proponente y el asegurador podrán establecer libremente y según entiendan conveniente las formalidades a las que someterán la emisión de la propuesta y su aceptación. Sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias que para el asegurador y sobre la materia dicte la Autoridad de Control de Seguros.

De los contratos de pequeños riesgos
Artículo 7: El asegurador en su invitación a efectuar propuestas de contratos de seguro, deberá informar y hacer saber de manera expresa:

a) El contenido de todas las condiciones contractuales a las cuales habrá de adherir el proponente de celebrarse el contrato.

b)Que la oferta de contrato que realiza el proponente es irrevocable por el término de 5 días hábiles desde que fue emitida.

c) Si el contrato contiene la cláusula predispuesta de renovación automática a su vencimiento por otro período similar al propuesto inicialmente.

d) Sobre la carga precontractual en virtud a la cual se impone al proponente, asegurado y representante de éstos, actuar diligentemente para comunicar toda información que conozcan sobre circunstancias del estado del riesgo que les fuera expresamente requerida por el asegurador en el correspondiente cuestionario escrito.

e) Sobre las formas, datos e información que debe contener la propuesta.

f) Que la expedición de recibo oficial del asegurador por valores imputados a: póliza en tramite , a cuenta , o expresión similar es legalmente considerado como principio de ejecución de contrato.

g) Cuando la propuesta se considerará aceptada tácitamente por el asegurador de no mediar su expreso rechazo expedido en el plazo de 5 días hábiles.

h) Si la aceptación de la propuesta se supeditará a la previa verificación y valoración de determinadas circunstancias del riesgo.

Inobservancia formalidades en la invitación a ofertar en seguros de pequeños riesgos

Artículo 8: En los seguros de pequeños riesgos el asegurador asume las consecuencias de los casos dudosos por su inobservancia de las formalidades establecidas en el artículo 7, presumiéndose en su contra y en favor del proponente. En caso que el asegurador hubiera recibido valores conjuntamente con la propuesta se entiende que los recibió como pago de prima, aceptación de oferta y principio de ejecución de contrato.

Formas de la propuesta y la aceptación en los seguros de pequeños riesgos.
Articulo 9: La propuesta podrá ser efectuada por escrito, no obstante el asegurador puede establecer libremente las formas en que se le debe formular y hacer llegar la oferta de contrato, asumiendo las consecuencias de los casos dudosos en que no exigió se observase la forma escrita y la firma personal del proponente o su representante.

Sección IV
Comunicación informativa precontractual sobre el estado del riesgo

Carga de comunicación en los contratos de grandes riesgos
Artículo 10 El proponente y el asegurable tienen el deber de obtener diligentemente el más completo conocimiento del estado del riesgo objeto del contrato y comunicar al asegurador en forma veraz y exacta toda información que tuvieran sobre el mismo.

No quedarán exonerados de tal carga, aún cuando:

a) el asegurador no formulase cuestionario alguno,

b) habiéndose formulado cuestionario, el asegurador omitiera preguntar explicita y concretamente sobre determinadas circunstancias del riesgo que debían obrar en conocimiento del proponente o asegurable.

c) el asegurador realizara verificaciones, investigaciones o inspecciones de las cuales resultase que no ha podido informarse sobre determinadas circunstancias del riesgo que debían obrar en conocimiento del proponente o asegurable

Prueba de la diligencia en procura de información en los contratos de grandes riesgos
Artículo 11: Pesa sobre el tomador y el asegurado que controvirtiesen la impugnación contractual, acreditar la propia actuación diligente para procurar la necesaria información sobre todas las circunstancias del estado del riesgo y de su comunicación. Se presume falta de diligencia cuando hubieran omitido hacerse auxiliar y asesorar profesionalmente con tal finalidad.

Carga de comunicación en los contratos de pequeños riesgos
Artículo 12: El proponente y el asegurable tienen el deber de informar veraz y exactamente todo cuanto conozcan y se les pregunte en el cuestionario al que les someta el asegurador para conocer el riesgo objeto del contrato.

Quedarán exonerados de tal carga en los casos en que:

a) El asegurador no efectuase ningún tipo de cuestionario o inquisición al proponente o asegurable

b) cuando el asegurador formulase el cuestionario, omitiendo preguntar explicita y concretamente sobre determinadas circunstancias, aunque las mismas pudieran luego influir en la valoración del riesgo,

c) cuando el asegurador habiendo formulado el cuestionario con preguntas explicitas y concretas, igualmente aceptase la comunicación informativa que contuviera claros, omisiones o inexactitudes manifiestas y evidentes.

Exoneración del asegurable en los seguros de pequeños riesgos
Artículo 13: Queda exonerado el asegurable en los seguros de pequeños riesgos, de las consecuencias del incumplimiento de la carga por parte del proponente, cuando:

a) el contrato se celebró sin su conocimiento,

b) con anterioridad a la impugnación del contrato y a la ocurrencia del siniestro, corrige la inexactitud y comunica al asegurador la exacta información preguntada en el cuestionario

c) resultando posible el reajuste, acepta las modificaciones al contrato que realice el asegurador.

Nulidad contractual
Articulo 14: En la celebración de cualquiera de los tipos de contratos, el incumplimiento de la carga de comunicación informativa del estado del riesgo, afecta la validez de la oferta y hacen anulable al contrato.

Nulidad prescripción
Artículo 15: La nulidad de cualquiera de los tipos de contratos podrá ser deducida por el asegurador, como pretensión, excepción o reconvención, dentro del plazo de

prescripción correspondientes a las acciones que nacen del contrato de seguro.

Nulidad contractual causas
Artículo 16: La nulidad de cualquiera de los tipos de contratos, sólo será admisible cuando el asegurador de haber sido informado sobre el estado del riesgo y conforme los usos, practicas comerciales y principios técnicos generalmente observados y aceptados en casos de igual naturaleza, no hubiera celebrado el contrato o lo hubiera hecho modificando sus condiciones.

Impugnación contractual
Artículo 17: El asegurador podrá impugnar el contrato a partir de tomar conocimiento:

a) En los seguros de grandes riesgos: de la reticente o inexacta información de circunstancias del riesgo que debían ser conocidas por el proponente o el asegurable e informadas.

b) En los seguros de pequeños riesgos: de la inexactitud de las respuestas brindadas en los cuestionarios

Impugnación contractual, plazo
Articulo 18: El asegurador debe impugnar cualquiera de los tipos de contratos, dentro del plazo de 1 mes de haber tomado conocimiento de la reticente o inexacta información sobre el estado del riesgo. La omisión de impugnación dentro del plazo importa desistimiento a invocar en la acción, excepción o reconvención, la nulidad del contrato.

Impugnación, formas
Artículo 19: La impugnación de cualquiera de los tipos de contratos, deberá ser hecha mediante comunicación fehaciente remitida al tomador y asegurado, indicando expresamente para que la impugnación sea válidamente oponible:

a) La fecha y modo en que el asegurador tomó conocimiento de la reticencia o inexactitud.

b) Las circunstancias sobre el estado del riesgo que fueron comunicadas reticente o inexactamente en los seguros de grandes riesgos y las preguntas del cuestionario que fueron comunicadas inexactamente en los seguros de pequeños riesgos.

c) Las razones técnicas y antecedentes comerciales que invoca el asegurador habrían impedido el contrato o modificado sus condiciones

y que impiden su reajuste.

d) La notificación concreta y determinada de la impugnación y de la liberación del asegurador frente a la ocurrencia de un siniestro.

e) La información sobre el cálculo final y definitivo de la prima que se debe pagar al asegurador.

f) En los seguros de grandes riesgos, además deberá comunicar la designación del arbitro que propone el asegurador, para someter la eventual controversia en juicio arbitral de haberse establecido el correspondiente acuerdo compromisorio al tiempo de celebrarse el contrato.

Reajuste y modificaciones en cualquiera de los tipos de contratos.
Artículo 20: Cuando con anterioridad a la ocurrencia de un siniestro, técnica y comercialmente, al asegurador contratante le fuera posible el reajuste y modificación de las condiciones contractuales, el tomador o el asegurado podrán imponer dicho reajuste y modificaciones si aceptan las que corresponda efectuar al asegurador. Como principio general el asegurador no estará obligado al reajuste una vez ocurrido un siniestro.

Conocimiento con motivo del Siniestro en cualquiera de los tipos de contratos
Artículo 21: Cuando el asegurador tomase conocimiento de la reticencia o inexacta información con motivo de la denuncia de un siniestro o su verificación, no adeuda prestación alguna y el término para impugnar el contrato no interrumpe ni suspende el plazo establecido para que el asegurador se expida sobre el derecho del asegurado respecto de ese siniestro.

Siniestro ocurrido durante el plazo para impugnar en cualquiera de los tipos de contratos
Artículo 22: En todos los casos, si el siniestro ocurre durante el plazo para impugnar el asegurador no adeuda prestación alguna y la denuncia del siniestro no interrumpe el plazo impugnatorio contractual.

Indiferencia de relación causal con el siniestro en cualquiera de los tipos de contratos
Artículo 23: En todos los casos no se podrá considerar, bajo ningún concepto, como causa impeditiva de la nulidad contractual o de la liberación de las prestaciones del asegurador, la falta de relación entre las circunstancias del riesgo comunicadas en forma reticente o inexacta, con la causa del eventual siniestro.

Oponibilidad a terceros

Artículo 24 En todos los casos la impugnación contractual es oponible a terceros, inclusive en aquellos que se cite en garantía al asegurador en virtud a contratos de responsabilidad civil.

Capítulo II
Principios de Interpretación Contractual

Articulo 25: Siendo necesario interpretar la voluntad común contractual, las cláusulas de cualquiera de los tipos de contratos de seguro y el efectivo cumplimiento de las cargas y obligaciones contractuales, servirán para ello los principios siguientes:

Para todos los tipos de contratos

a) Todas las cuestiones jurídicas se rigen por esta ley en general y la respectiva ley referida a la rama o plan de seguro de que se trate en particular, por los principios generales del derecho de seguros y de los contratos mercantiles aleatorios.

b) La extensión del riesgo y de la cobertura, así como los derechos de los beneficiarios, convenidos en el contrato, deben interpretarse literalmente y de conformidad con los usos, practica y principios técnicos generalmente observados en la actividad aseguradora.

c) Las restricciones a la libre actividad del asegurado deberán interpretarse literalmente y de conformidad con la claridad y amplitud de la información suministrada por el asegurador para imponer las mismas.

d) Para determinarse la observancia de las cargas y convencionales y de los medios y medidas de prevención legal y contractualmente impuestos, debe tenerse en cuenta más el cumplimiento sustancial de los mismos y su eficacia, que su cumplimiento literal o formal.

e) Las cláusulas contrarias a las disposiciones inmodificables de esta ley, son nulas y serán reemplazadas de pleno derecho por las correspondientes disposiciones de la misma y ante la falta de tales, integrado el contrato con cláusulas de uso, practica y principios técnicos generalmente observados en la actividad aseguradora en casos similares.

Para los seguros de grandes riesgos:

a) La organización haciendal, los ordenes normativos internos, manuales administrativos internos, notas de ordenes e instructivos, registros y documentos trascendentes de la administración, la diligencia y probidad con que actuasen en la etapa precontractual y durante la vigencia del contrato, el asegurador, el proponente, el tomador y el asegurado, servirán para el mejor conocimiento de la conformación de la voluntad contractual y para juzgar el cumplimiento del débito del leal comportamiento comercial de las partes.

b) Las cláusulas particulares y las especiales prevalecen sobre las condiciones generales específicas y las condiciones generales. Las condiciones generales específicas prevalecen sobre las condiciones generales y, las cláusulas manuscritas o mecanografiadas predominan sobre las impresas.

Para los seguros de pequeños riesgos:

a) Además de lo establecido para todos los tipos de contratos en el presente artículo, para los seguros de pequeños riesgos también se tendrán en cuenta y serán aplicables las disposiciones y normas dictadas en defensa del consumidor, tanto para determinar las prácticas abusivas del asegurador en la etapa de invitación a emitir ofertas, como al tiempo de la celebración y ejecución del contrato.

b) Las cláusulas predispuestas que contengan exclusiones de cobertura, caducidades de derechos del asegurado, que fueran abusivas o redactadas de manera que generen dudas sobre la extensión del riesgo se las tendrá por no convenidas.

c) El proponente, tomador, asegurado y beneficiarios deberán acreditar aquellos actos que demuestren su leal y diligente actuación contractual que confirme la presunción legal en su favor de haberse comportado en la creencia que su conducta se conformaba a derecho y a las disposiciones del contrato.

Para los seguros de pequeños riesgos
Artículo 26: Serán consideradas abusivas y nulas las cláusulas predispuestas cualquiera sea su especie, aunque hayan sido dictadas o aprobadas por la autoridad de control:

a) Cuando tengan por objeto o por efecto provocar el desequilibrio entre los derechos, cargas y obligaciones de las partes derivados del contrato, en perjuicio del asegurado.

b) Cuando la imposición de la carga que no tenga una justificada razón técnica a favor de la masa de primas.

c) Cuando el eventual incumplimiento de una carga u obligación no causase efectivo perjuicio al equilibrio técnico de la masa de primas.

d) Cuando no tenga por fin inmediato y exclusivo sancionar conductas que denoten una evidente deslealtad del asegurado a la confianza contractual, aún cuando no causen perjuicio técnico a la masa de primas.

e) Cuando establezcan la competencia judicial en razón del territorio, en un lugar distinto al domicilio del asegurado.

PROYECTO PARCIAL
PARA LA CONFECCION DE UNA FUTURA
LEY SOBRE SEGUROS DE PERSONAS

TITULO I

Capítulo I

Sección...

Comunicaciones Informativas Sobre el Riesgo,
Capacidad Patrimonial y de Ingresos

Artículo:... En los Seguros de Personas el proponente y el asegurable deberán cumplir con la carga de comunicación informativa sobre el riesgo, establecida en general para todos los contratos de seguros con las especificaciones y particularidades de la presente ley.

Artículo...: El asegurable deberá comunicar leal, veraz y completamente toda información de cuanto cuestionario le efectúe el asegurador respecto de sus antecedentes médicos, clínicos, estado de salud, capacidad patrimonial e ingresos

Artículo..: Cuando el asegurador requiera que el asegurable se someta a exámenes médicos estudios clínicos y brinde comunicación informativa patrimonial y de ingresos, se entiende que la aceptación de la propuesta queda supeditada al conocimiento de los resultados de dichos exámenes, estudios y verificación patrimonial y de ingresos.

Artículo...: Cuando el tomador o asegurable hubieran dado bienes muebles o dinero en concepto de pago a cuenta, se considera que dichos valores serán usados por el asegurador para solventar el costo de los exámenes médicos, estudios clínicos y verificación patrimonial y de ingresos, previos a la aceptación de la propuesta y por tanto no serán considerados como señal o arras, ni principio de ejecución de contrato. Cuando el asegurador aceptarse la propuesta dichos valores entregados como pago a cuenta serán imputados al pago de la prima.

Artículo:... Cuando el asegurador efectúe cuestionario para el conocimiento de las circunstancias respecto del estado del riesgo y declaración patrimonial y de ingresos, deberá requerir directamente al asegurable las contestaciones, sin que le quepa al

asegurador delegar esta tarea en favor de intermediarios productores asesores de seguros. En los seguros de contratación colectiva tampoco podrá delegar esta tarea en favor del tomador contratante.

Artículo:... En caso que el asegurador no observara las prescripciones del artículo anterior asumirá las consecuencias de las deficientes, incompletas o inexactas contestaciones en que el asegurable pudiera incurrir.

Artículo....: El asegurable que se hubiera sometido a todos los exámenes y estudios clínicos requeridos por el asegurador, deberá igualmente responder leal, completa y verazmente el cuestionario que se le efectúe para conocer las circunstancias sobre el estado del riesgo, capacidad patrimonial y de ingresos.

Artículo...: El asegurable deberá someterse a todo examen médico y estudio clínico que le requiera el asegurador, salvo que mediante dichos exámenes médicos o estudios clínicos se pretendiera conocer, sin expresa autorización previamente dada en forma específica y mediante consentimiento informado del asegurable:

a) la existencia del virus del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (HIV), fuera esta sintomática o asintomática.

b) el genoma del asegurable.

Artículo...: El asegurador no podrá rehusar una propuesta de seguro de personas por la negativa del asegurable a someterse a estudios genéticos o informar sobre los que se hubiera realizado, salvo que:

a) La suma asegurable propuesta sea desproporcionada respecto de los bienes e ingresos que el asegurable hubiera indicado en su declaración patrimonial y a su vez éste se rehusase a celebrar el contrato en base a una suma inferior a la inicialmente propuesta.

b) El asegurable se negase a aceptar la aplicación de primas correspondientes a tarifas especialmente elaboradas sobre bases técnicas que no hubieran incluido estudios genéticos.

Artículo...: Son nulas de pleno derecho y no se tendrán por convenida las cláusulas predispuestas que en forma abusiva y violando la inmodificabilidad de las disposiciones sobre comunicaciones informativas del estado del riesgo, establezcan como exclusión de cobertura cualquier situación en las cuales el siniestro hubiera podido ocurrir por causa de una enfermedad preexistente, cuando la misma hubiera

sido desconocida por el asegurado o tomador al tiempo de la celebración del contrato o el asegurador no hubiera efectuado en el cuestionario preguntas expresas al respecto.

BIBLIOGRAF A

Acevedo, Carlos Alberto, Ensayo Histórico Sobre la Legislación Comercial Argentina, Editorial Alsina, Buenos Aires, 1914.

Aguado Josep Llobet I, El deber de información de los contratos, Editorial Marcial Pons, Madrid 1996.

Airé Narciso, The portuguese contribution in the field of insurance, en Versicherumgs Wissenschafliches Archiv, 1957

Alegria Héctor, El Aval, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982, p.23

Alegría Héctor, Las Garantías Abstractas o a Primera Demanda en el Derecho Moderno y en el Proyecto de Unificación Argentina, en Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones, Ed. Depalma, Buenos Aires, nro. 20, 1987

Alemann Juan A. y Sauret Héctor C. Cartas enviadas por sendos autores al Director de la Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones Sobre el problema de la desnacionalización de empresas, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1972 p. 437.

Almajano Pablos Luis M. Información Genética y artículo 89 de la ley de Contrato de Seguro, en El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano, Editorial Fundación BBV, Madrid,1994

Almeida Do Valle, Christino, Contrato Teoría Práctica e Jurisprudencia, Editorial Aide, Rio de Janeiro 1993.

Alsina Atienza, Dalmiro, El Proyecto de Unificación de Normas Civiles y Comerciales Algunas de sus muy graves falencias, en Revista El Derecho nro 6844 del 19 de Octubre de 1987

Alsina Atienza Dalmiro, El respeto a la ley en el pensamiento Jurídico de Héctor Lafaille (Reflexiones sobre la función del juez, la ley y la sentencia como fuentes del derecho) Revista La Ley 124-1221

Alterini, Atilio Anibal, El proyecto de Código Civil de 1998 Perspectiva y Prospectiva, en Instituciones de Derecho Privado Moderno, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001

Alterini Atilio Anibal, Ameal Oscar José, López Cabana Roberto M., Curso de Obligaciones, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993

Alvarez Vigaray, Rafael, Los Contratos Aleatorios, Anuario de Derecho Civil 1968 Jul-Set XXI (III) Universidad Complutense de Madrid.}

Anaya, Isaac L. Código de Comercio y leyes complementarias, comentados y concordados, Editorial Omeba Buenos Aires, 1965

Anaya Jaime Luis La olvidada pericia arbitral, Revista El Derecho t. 134.

Anaya, Jaime Luis, La Unificación del derecho privado un replanteo necesario, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anales año XXXV, segunda época, nro. 28

Anaya, Jaime Luis, Notas sobre la empresa, en revista Derecho Comercial, notas, fallos y doctrina, Editorial Educa, Buenos Aires, 1997

Arata Rodolfo V. Responsabilidad Civil Administración Consorcio Consorcistas, Vecinos, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1986.

Araux Castex Manual de Derecho Civil, Parte General, Editorial Empresa Técnicojurídica, Buenos Aires, 1965.

Ariza, Ariel Carlos, La Oferta en la Ley del Consumidor, en Revista Jurisprudencia Argentina nro. 5962 del 6/12/1995

Aristóteles Tratado de Lógica (El Organon), Refutaciones Sofistas, Editorial Porrúa, México 1993.

Aristóteles, Retórica, Traducción Antonio Tovar, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

Arraga, Julio, Seguros en General, (tesis), Editorial Imprenta Nacional, Buenos Aires, 1883.

Ascarelli Tullio Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil, Editorial Bosch, Barcelona, 1964

Ascarelli, Tullio Introducción al Derecho Comercial Parte General de la Obligación Comercial, Editorial Ediar S.A. Buenos Aires, 1947

Asch Solomon, Psicología Social, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1964

Aubry C. y Rau C Cours de Droit Civil Francais, Editorial Cosse Marchal, Paris, 1871, 4ta Editorial

Baeza Pinto, Sergio, El Seguro, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1981.

Barbato Nicolás Héctor En Halperin Isaac, Barbato Nicolás Seguros Exposición Crítica de la leyes 17418,20091 y 22400, Editorial Depalma, Buenos Aires 2001.

Barbato Nicolás Héctor Culpa grave y dolo en el derecho de seguros. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1988.

Barbato, Nicolás Héctor, Las Cargas y el seguro, Revista de Derecho de Seguros, Editorial Librería Jurídica, La Plata, 1971, p. 107.

Barbato, Nicolás Héctor, Agentes de Seguros, en Revista Derecho Económico año I nro. 8,

Barbato Nicolás Héctor, Balance de la ley de Seguros 17418, en Revista Estudio de Derecho Comecial, del Instituto de Derecho Comercial, Económico y Empresarial del Colegio de Abogados de San Isidro, nro. 7, 1991, p. 73

Barbieri, Pablo C. Contratos de Empresa, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998, p.25

Barreira Delfino, Eduardo y Boneo Villegas Eduardo, Factoring nueva fórmula de financiación, en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Editorial Depalma, Buenos Aires, nro. 16, 1983

Barrón de Benito José Luis, Condiciones Generales en la Contratación y Contrato de Seguro, Editorial Dykinson, Madrid, 1999

Bastin Jean, El Seguro de Crédito, Editorial Mapfre, Madrid 1993, p. 223

Bataller Grau, Juan, Boquera Matarredona Josefina, Olavaria Iglesia Jesús (coordinadores) El Contrato de Seguros en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Baudry – Lacantinerie G. Wahl Albert, Traité Théorique et practique de Droit Civil, Des contrats aléatoires du mandat du cautionnement de la transaction. Editorial Libreaire de la Société Du Recueil Gra des Lois et de Arrets, Paris, 1899.

Benclowicz, Oscar, Schiavo Carlos Las Crisis Financieras en la República Argentina y su Repercusión en la Actividad Asegurdora, ponencia de la delegación Argentina al V Congreso Iberolatinoamericano de Derecho de Seguros Madrid 1997

Berberich, Kerstin, ¿ Ampliación de la selección de riesgos en el seguro de vida en relación con las pruebas genéticas?, en El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano, Editorial Fundación BBV, Madrid 1994

Bernal Gutiérrez Rafael y Molina Grisales María del Pilar, La Fe Pública Mercantil, en Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1990-B

Bergel Salvador D. Y Paolantonio Martín E., La directiva de la Comunidad Económica Europea sobre las Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en Revista de Derecho Privado y Comunitario Tomo 5 Consumidores, Editorial Rubizal Culzoni, Santa Fe 1996

Berliner Baruch, Limites de la Asegurabilidad de Riesgo, Editorial Mapfre, Madrid 1982.

Bielsa, Rafael, Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1964.

Bin Marino, Informazione e contratto di assicurazione Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile 1993

Boffi Boggero, Luis María, Estudios Jurídicos, Primera Serie, Editorial Cooperadora Centro de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1960.

Borda Guillermo A. Tratado de Derecho Civil, Parte General, Duodécima edición actualizada, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.

Brevet Karel W y Wansink John, International Encyclopaedia of Laws Volumen 3 Insurance Law, The Netherlands National Monograph, The Hague, London 1996,

Brodecki Zdzislaw, y Janusz Witold, International Encyclopaedia of Laws Volumen 2 Insurance Law, The Poland National Monograph, Deventer Boston 1994.

Bufano Roig, Antonio Roberto, Imperatividad y Orden Público Revista El Derecho t. 117.

Bulló, Emilio H. El derecho de seguros y de otros negocios vinculados, Editorial Abaco, Buenos Aires, 1999.

Bulló, Emilio H. La declaración del estado del riesgo por el proponente del contrato de seguro. La buena fe y las Tratativas precontractuales,. La reticencia y falsa declaración del tomador. La propuesta de Seguros. Capítulo del informe Perfeccionamiento del contrato de seguro, en Revista Jurídica Argentina del Seguro la Empresa y la Responsabilidad, nro.21/22, Editorial El mundo del Seguro, Buenos Aires

Buttaro Luca In tema di dolo e di colpa grave nella descrizione precontractuale del rieschio assicurato, Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1962 anno XVI

Buttaro, Luca, Contrato di Assicuraziones, Enciclopedia del Diritto, vol. III. Giuffre, Milano 1958.

Cámara Héctor, Letra de Cambio y Vale o Pagaré, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1970.

Cámara Héctor Una aproximación al proyecto de unificación Legislativa Civil y Comercial, en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1987

Camerini Marcelo Alejandro La Calificación de Riesgo, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2000

Capitant Henri, De la Cause des Obligations, Editorial Librairiez Dalloz, Paris, 1923

Carames Ferro, José M. Curso de Derecho Romano, Editorial Perrot, 8va Editorial Buenos Aires, 1964.

Cardini, Eugenio Osvaldo, El Orden Público, Monografías Jurídicas, nro. 13 Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1959.

Carmona Molina Francisco, El Seguro de Crédito a la Exportación, Editorial Cocin, Barcelona, 1988,

Carnelutti, Francesco, La Muerte del Derecho, en Crisis del Derecho, Editorial Jurídica Europa América, Buenos Aires, 1961.

Carranza Jorge A. El dolo en el derecho civil y comercial, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978.

Carranza Jorge A. Notas sobre desarrollo, empresa y cambio social, en Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones Editorial Depalma, Buenos Aires, 1972.

Castan Tobeñas José Derecho Civil Español Común y Foral, Editorial Reus, Madrid, 1976.

Caumont Arturo La denominada contratación moderna, en Instituciones de Derecho Privado Moderno, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001

Chartered Insurance Institute, Aspectos Legales y Económicos del Seguro. Colección Temas de Seguro, Editorial Mapfre, Madrid.

Cirillo Francesco Maria, La Progressiva Conoscenza del Genoma Umano Tutela Della Persona e Problemi Giuridici Connessi Con la Protezione dei Dati Genetici, en Rivista di Diritto Civile, Anno XLVII Maggio Giugno 2002, Casa Editrice Dott. Antonio Milna, Padova

Colombres, Gervasio R. El Orden Público en el Código de Comercio, en el Libro del Centenario del Código de Comercio, Editorial Comisión Nacional de Homenaje a los Doctores Dalmacio Velez Sarsfield y Eduardo Acevedo, Buenos Aires, 1966.

Constantino Juan Antonio, El Administrador en el consorcio de copropietarios de propiedad horizontal, Editorial Depalma Buenos Aires, 1989.

Cossio Carlos, ¿Cómo ve Kelsen a la Teoría Egológica del Derecho?, Revista La Ley del 31/12/1946.

Cruz Barney, Oscar, El Riesgo en el Comercio Hispano.Indiano: Préstamos y Seguros Marítimos durante los siglos XVI a XIX, de la Biblioteca Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de Mexico

D'Amico Giovanni, Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto, en Rivista Di Diritto Civile Anno XLVIII, Gennaio-Frebbraio 2002, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova

D´Ors, Alvaro, Los Romanistas ante la actual crisis de la ley, Editorial Ateneo Madrid 1952.

David Baigun y Salvador Dario Bergel, El fraude en la administración societaria, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1988.

Davis Kingsley, La Sociedad Humana, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1984

De Gasperi, Luis, Tratado de Derecho Civil, Editorial TEA, Buenos Aires, 1964.

De La Fuente H. Principios Generales de la Caducidad, en Revista Jurisprudencia Argentina 1983-IV, p. 716.

De los Mozos José Luis, La Buena Fe en el proyecto de código civil de la República Argentina, en Obligaciones y Contratos en los Albores del Siglo XXI, Homenaje al profesor Dr. Roberto M. López Cabana, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires,2001

Di Pietro, Alfredo, Derecho Privado Romano, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1996.

Donati, Antigono, Los Seguros Privados, Manual de Derecho, Editorial Bosch, Barcelona 1960

Dromi José Roberto, Manual de Derecho Administrativo, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987.

Duarte Pedro, Rodolfo, Celebración del Contrato de Seguro, Póliza Falsedad y Reticencia, Ponencia de la AIDA Sección Paraguaya en la VII Jornada Nacional de Derecho de Seguros, Río Hondo 1996

Duce Sanchez de Moya, Ignacio El Contrato Swap, en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Editorial Depalma, Buenos Aires nro 28, 1995

Dunning John H, La empresa multinacional, en Revista de Derecho Comercial y las Obligaciones Editorial Depalma, Buenos Aires, 1971

Echevarría de Rada, Teresa, Los Contratos de Juego y Apuesta, Editorial Bosh, Barcelona 1996.

Ecio Perin Junior A teoria da vontade na formação dos contratos e a autonomia do Direito Comercial em relação ao Direito Civil face ao projecto do novo Código Civil, Editorial Jus Naviganti, dominio www1.jus.com.ar/doutrina:

Enneccerus, Ludwig, Kipp Theodor y Wolff Martin, Tratado de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, Editorial Bosch, Barcelona, 1959

Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1984.

Etcherverry Raúl Aníbal Manual de derecho Comercial, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1983

Etcheverry Raúl Aníbal, Derecho Comercial y Económico, Obligaciones y contratos comerciales, Parte General, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988.

Etcherverry, Raúl Aníbal El productor asesor de seguros delimitación de su figura jurídica, responsabilidad que genera su actuación, en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Editorial Depalma, Buenos Aires, nro. 1980

Farina Juan M Hecho Jurídico, Acto Jurídico, Negocio Jurídico, en Revista Jurisprudencia Argentina, 1975, Doctrina, p. 545.

Farina Juan M. Contratos comerciales modernos, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999

Favier Dubois, Eduardo Mario, Los Seguros, Editorial El Coloquio, Buenos Aires, 1978.

Favier Dubois, Eduardo M. Y Solari Brumana Juan A,. La difusa, confusa y un tanto abstrusa novedad del factoring, en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Editorial Depalma, Buenos Aires, nro 5, 1972,

Fernández Dirube, Ariel, El Seguro Su estructura y función económicas, Editorial Schapire, Buenos Aires, 1966.

Fernandez Escalante Fernando M, Dirección y Organización de Empresas Públicas y Privadas, Editorial Macchi, Buenos Aires, 1973

Fernandez Raymundo, L. Código de Comercio de la República Argentina comentado, Buenos Aires, 1961.

Fernando Toscano de Puelles, Sainz de Andino, El Hacedor de Leyes, Editorial Diputación Provincial de Cádiz, San Fernando, 1987.

Ferreira Edgar A. Contratos Aleatorios, Cuaderno de los Institutos de la Universidad de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Derecho Civil, Boletín 1958

Fiorentino, Adriano, La descrizzione del rischio nella assicuraziones secondo el Codice Civile, Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto General delle Obbligaziones vol. XLII, 1944.

Fontanarrosa Rodolfo O. Derecho Comercial Argentino, Parte General, Editorial Zavalia, Buenos Aires, 1994.

Fontanarrosa Rodolfo O. Derecho Comercial Argentino, Doctrina General de los Contratos Comerciales Editorial Victor P. Zavalia, Buenos Aires, 1979

Gabás Alberto Anibal, Derecho Práctico de Propiedad Horizontal, Editorial Hammurabi, Buenos Aires. 1992.

Garchtrom de Malamud en Revista Jurídica Argentina del Seguro, la Empresa y la Responsabilidad. Nro 6

Garibotto, Juan Carlos, La Causa Final del Acto Jurdico, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1985

Garrido Roque Fortunato, Zago Jorge Alberto, Contratos civil y comercial, Editorial. Universidad, Buenos Aires, 1995

Garrigues, Joaquin, Contrato de Seguro Terrestre, Segunda Edición Editorial Garrigues, Madrid 1982.

Garrigues Joaquin, Temas de Derecho Vivo, Editorial Tecnos, Madrid 1978, p. 117 (sobre Derecho Mercantil y Derecho Civil conferencia pronunciada en el ilustre Colegio Notarial de Madrid el 27 de Marzo de 1962)

Gastaldi, José María, La Moderna contratación en el Código Civil, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1983, p. 16 (separata de la revista jurídica del colegio de abogados de Mercedes, año I, nro. 1 1983).

Gastaldi José Maria, Contratos, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994.

Gastaldi Jose María y Centarnaro Esteban, Contratos Aleatorios y Reales, Editorial Belgrano, Buenos Aires, 1997

Giavarino, Magdalena Beatriz, El deber de buena fe en las relaciones contractuales en Obligaciones y Contratos en los Albores del Siglo XXI, Homenaje al profesor Dr. Roberto M. López Cabana, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001

Giorgi Jorge, Teoría de las Obligaciones Editorial Reus, Madrid 1977.

Gnedenki B.V. y Jinchin A.I., Introducción al cálculo de probabilidades, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1962 .

Goldschmidt Werner, Introducción Filosófica al Derecho, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1978.

Gomes Julio, O Dever de Informacâo do tomador do seguro na fase pre-contractual en Memorias del II Congresso Nacional de Direito dos Seguros, Editorial Almedina, Lisboa, 2001.

Gonzalez, Norberto y Tomasini Roberto, Introducción al Estudio del Ingreso Nacional, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1986

Gramajo, Arturo, Seguros, (tesis), Editorial Imprenta La Nación, 1880.

Gumieri Valério Marco Aurelio, Anida sobre a unificaçäo do direito privado no Brasil, Editorial Jus Naviganti, dominio www1.jus.com.br/doutrina

Gutierrez Falla, Laureano, El Código de Comercio del Futuro y el Futuro del Derecho Mercantil, en Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones, Editorial Depalma, Buenos Aires, año 1992.

Halperin Isaac Importancia del hecho falseado u ocultado al asegurador, reticencia como causa de nulidad del seguro, en Revista La Ley t. 6

Halperin Isaac, El Juez y la aplicación del contrato de seguro, Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones, Editorial Depalma, Buenos Aires, t. 3 .

Halperin Isaac, Seguro, empresa y servicio público impropio, Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones Editorial Depalma, Buenos Aires, t. 7.

Halperin, Isaac, Seguros Exposición Crítica de las leyes 17418 y 20091, Segunda Edición Actualizada por MORANDI, Juan Carlos Félix, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1983.

Hodgin Ray The Doctrine of Utmost Good Faith in Insurance Contracts in The law and practice of insurance in the single european market, Editorial Adrew McGree e Wolfgand Jeusel, Era Bundessanzeiger Koln 1995.

Homans, George C. El Grupo Humano, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1968

Illescas Ortiz Rafael, La unificación del derecho de obligaciones una visión española, en Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones, Editorial Depalma, Buenos Aires año 1987

Iturraspe Juan Bernando, El Papel de los Peritos en la apreciación de la reticencia de la agravación de los riesgos y del reajuste del seguro de vida , Revista El Derecho. T. 48.

Ize, Alberto, Compendio de Seguros, Editorial Centro Norte, Buenos Aires, 1992.

Jaege, **Wener** Paideia, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, duodécima reimpresión 1996.

Jakobs Günther, Estudios de Derecho Penal, Ediciones Civitas, Madrid 1997.

Jimenez Castro Wilburg, Introducción al Estudio de la Teoría Administrativa, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1968

Jiménez Vargas-Machuca Roxana, El principio de la buena fe en Obligaciones y Contratos en los Albores del Siglo XXI Homenaje al profesor doctor Roberto M. López Cabana Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001

Kemelmajer de Carlucci Aida, El Seguro de vida y el seropositivo en la Corte de Casación Francesa, en Revista Derecho Privado y Comunitario. T 20. Seguros II p. 111, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999

Lamas, Félix Adolfo, La experiencia Jurídica, Editorial Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomas de Aquino, Buenos Aires, 1991.

Lamas, Félix Adolfo, Editorial de Revista Humana Philosophia, Buenos Aires, 1998.

Lambert Faivre, Yvonne, Droit des Assurances, Editorial Dalloz, Paris, 1979.

Landel James, Fausses Declarations et Reticences, Editorial L'Argus, Paris, 1982

Landrove Dias, Gerardo, Los Fraudes Colectivos, Editorial Bosch, Barcelona 1933.

Laurent F. Principes de Droit Civil Francais, Editorial BC&Cie, Paris 1887.

Lavalle Gonzalo, La Garantía Constitucional de Defensa en Juicio El Problema de la personalidad del consorcio de propietarios y su capacidad para estar en juicio, Revista El Derecho 146-281.

Legaz y Lacambra, Luis, Kelsen, Estudio Crítico de la Teoría pura del Derecho y del Estado de la Escuela de Viena, Editorial Bosch, Barcelona, 1933.

Leiva Fernandez, Luis F.P. El Alea en los Contratos, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2002

Le Pera Sergio, Cuestiones de Derecho Comercial Moderno, Editorial Astrea Buenos Aires, 1979, p.281

Lisoprawski Silvio V. , Gerscovich Carlos G. Factoring Análisis integral del negocio, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1997

Llambias, Jorge Joaquin, Tratado de Derecho Civil Parte General, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1964.

López Cabana, Roberto M. La Demora en el Derecho Privado, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989

Luhmann, Niklas, Confianza, Editorial Anthropos, Barcelona, 1996.

Lyngso, Preben International Encyclopaedia of Laws Volumen 2 Insurance Law, The Denmark National Monograph, The Hague, London 1996, p.53

Mandó Matteo Dichiarazioni inesatte e reticenze nella fase precontrattuale del contratto di assicuraziones, Revista Diritto ed economia dell'asicurarione 1966

Mangialardi, Eduardo, Genética y Seguro El Proyecto Genoma Humano. La discriminación y el Seguro, del discurso pronunciado en Portugal y tomado via internet (www.aprose.pt/discursos Mangialardi.doc)

Mangialardi, Eduardo, El Proyecto Genoma Humano. La discriminación y los Seguros de Personas Revista del Derecho Privado y Comunitario, tomo 19 Seguros I, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999

Mareque, Jesús, Responsabilidad Civil Comprensiva, en Revista Argentina del Seguro la Empresa y la Responsabilidad, nro. 3-4

Martorell Ernesto Eduardo Tratado de los contratos de empresa, Editorial Depalma Buenos Aires, 1993

Masnatta, Héctor, El Contrato Necesario, Monografías Jurídicas, nro. 91. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires.

Mazeaud H. J. Et, L Mazeaud Jean y Chabas F.. Leçons de Droit Civil, , Editorial Montchrestien, Paris, 1960,

Messineo Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial, Editorial Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1971.

Moitinho de Almeida, J.C. O Contrato de Seguro no Direito Portugés e Comparado, Livraria Sá da Costa Editora, Lisboa, 1971.

Montejano(h), Bernardino, Curso de Derecho Natural, Editorial Abeledo Perrot, 5ta. Editorial Buenos Aires, 1994.

Monti, José Luis, La Buena fe y la equidad en el contrato de seguro. Breve esbozo sobre algunas aplicaciones jurisprudenciales, En Derecho de Seguros, Libro Homenaje a Juan Carlos Félix Morandi, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2001.

Morandi, Juan Carlos Félix, Evolución, estructura y causa del contrato de seguro, Revista La Ley, T. 110 Secc. Doctrina

Morandi, Juan Carlos Félix, Estudios de Derecho de Seguros, Editorial Pannedille, Buenos Aires, 1971.

Morandi, Juan Carlos Félix, La ley 20091 De los aseguradores y su control, en Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones, Editorial Depalma, Buenos Aires T. 1978 .

Morandi, Juan Carlos Félix, La reforma del Código de Comercio en Materia de Seguros, Revista Jurisprudencia Argentina Secc. Doctrina, 1967

Morandi, Juan Carlos Félix, Proyecto de ley modelo de Seguros Para Iberolatinoamerica, Exposición del autor en el 1er Encuentro Internacional de Seguros y Reaseguros, Lima Perú 1995.

Morandi, Juan Carlos Félix, Seguros, en Elementos del Derecho Comercial, Editorial Astrea, cuaderno 29

Morandi, Juan Carlos Félix, La Incontestabilidad del Contrato de Seguro de Vida, en Revista de Derecho de Seguros, Editorial Librería Jurídica, La Plata, año 1, nro. 2, 1971

Morandi, Juan Carlos Félix, "La reticencia y la falsa declaración precontractual en el seguro de vida y la incontestabilidad del contrato en la legislación argentina", "Etudes ofertes a Antigono Donati", Roma 1970,

Morandi, Juan Carlos Félix, Hacia una reforma del régimen legal de superintendencia de seguros, (de las conclusiones de la tesis del autor sobre Régimen Legal de la Empresa de Seguros en la República Argentina) Editorial Alfgar, Buenos Aires, 1959

Morandi, Juan Carlos Félix El riesgo en el contrato de seguro Editorial Astrea, Buenos Aires, 1974,

Morandi, Juan Carlos Félix, Prologo al Libro El Nuevo Contrato de Seguros de Amadeo Soler Aley, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1969

Morin, Anne, Contribution a l'étude des contrats aléatoires, Ed. Les Presse Universitarires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, , Clermont Ferrand, 1998

Mosset Iturraspe, Jorge, Contratos, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1981.

Mosset Iturraspe, Jorge, Introducción a los negocios a título gratuito, en Estudios de Derecho Civil, Libro en Homenaje al Profesor Luis Moisset de Espanés, Editorial Universidad Buenos Aires, 1980.

Mosset Iturraspe, Jorge, Responsabilidad por Daños, Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1972

Mosset Iturraspe, Jorge, Contratos Conexos, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1998,

Nasio Ricardo, El Consumidor, Editorial Del País, Buenos Aires, 1999

Oberti y Denis, Antonio El Contrato de Seguro, (tesis), Editorial Imprenta de la Universidad, Buenos Aires, 1887.

Orgaz Alfredo Hechos y actos o negocios jurídicos Editorial Zavalia, Buenos Aires, 1963.

Ortiz Tulio E. Ortiz Raquel M Cetrá Régimen de la reticencia en los contratos de seguros, en Revista de Derecho de Seguros, año 1 nro 2 Editorial Librería Jurídica, La Plata, 1971

Ossa, J. Efrén, El Estado Asegurador y el Seguro Privado, Informe al II Congreso Panamericano de Derecho de Seguros, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1969.

Paillusseau Jean, Los contratos de negocios, Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones, Editorial Depalma, Buenos Aires 1988,

Padilla René A. La Mora en las Obligaciones, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1983.

Palmero Juan Carlos, Estado de la Unificación Civil y Comercial en la República Argentina, en Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones Ed. Depalma, Buenos Aires, nro. 22, 1989

Paolantonio Martín E., Fondos Comunes de Inversión, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1994

Park Semin, The Duty of Disclosure in Insurance Contract Law, Dartmouth Publishing Company Ltda. Aldershot Brookfield USA, 1966 .

Pavarini, **Massimo** Dentro y fuera de la justicia penal, Apuntes y reflexiones sobre las estrategias emergentes en las políticas criminales, Revista Doctrina Penal 1985.

Pedemonte Gotardo C Elementos de Cultura Aseguradora, Editorial Index, Buenos Aires, 1968.

Perel Vicente L. Administración de Empresas en la Argentina, Editorial Macchi, Buenos Aires, 1969

Perelman, Ch, Lógica Jurídica y Nueva Retórica, Traducción de Diez Picazo, Editorial Civitas, Madrid 1988.

Perez Ruiz, La Buena Fe en el contrato de seguros y en especial en el de transporte en Revista La Ley t. 147- 934.

Platon El Político Editorial Porrua, México, 1999.

Pleyer Klemens, Recientes Evoluciones en el Derecho Bancario y en el Derecho de Valores de la República Federal de Alemania, en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Editorial Depalma, Buenos Aires, nro 14, 1981

Pucci Adriana El Arbitraje su visión desde la perspectiva brasileña Revista Jurisprudencia Argentina 1998-IV-843

Quintana, Enrique J. Seguro de Responsabilidad Civil Comprensiva, en Teoría y Técnica del Seguro Solidario, Editorial Intecoop. Buenos Aires, 1982.

Radresa, Emilio, Bolsas y Contratos Bursátiles, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1995

Requião Rubens, Aspecos Modernos de Direito Comercial, Editorial Saravia, Säo Paulo, 1977

Revol Sylvie Declarations Fruduleuses de Risque, Editorial Presses Univ. D'Alix Marseille, Marseille, 1984

Rezzonico, Juan Carlos, Contratos con cláusula predispuestas Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987.

Richard, Efrain Hugo y Romero Jose Ignacio, Los usos y costumbres en perspectiva actual, en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Editorial Depalma, Buenos Aires, año 1997

Ripert Georges y Boulanger Jean, Tratado de Derecho Civil, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1988.

Ripert, Georges, Evolución y Progreso del Derecho, en Crisis del Derecho, Editorial Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1961.

Risolía, Marco Aurelio, Grandeza y Desprestigio de la Ley, Abledo Perrot, Buenos Aires, 1961.

Risolía, Marco Aurelio, Soberanía y Crisis del Contrato, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1958.

Risolía, Marco Aurelio, Nota a los autos F.E. c/Suarez Emilio y otro CNCIV Sala C en la Revista La ley 1983-D-47

Rivarola, Mario A. Tratado de Derecho Comercial Argentino, Editorial Cia. Argentina de Editores, Buenos Aires, 1940.

Rivera Julio César, La doctrina de las bases en el proyecto de unificación legislativa en Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones, Editorial Depalma, Buenos Aires año 1987

Rokas Ionnis, International Encyclopaedia of Laws Volumen 2 Insurance Law, The Hellas Monograph, The Hague, London 1996

Romain Jean François, Théorie critique du principe general de bonne foi en droit privé, des ateintes a la bonne foi en general et de la fraude en particular (fraus omnia corrumpit), Editorial Bruylant, Bruxelles 2000

Romero José Ignacio, Apuntes sobre la idea de empresa, en Revista de Derecho Comercial y las Obligaciones, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1974.

Rotman, Edgardo Responsabilidad penal de los Directores de Sociedades Anónimas en el Derecho Argentino, Revista de Derecho Penal y Criminología Editorial La ley, Buenos Aires, 1971.

Rubio Jesus, Sainz de Andino y La Codificación Mercantil, Editorial Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid 1950.

Ruiz Rueda, Luis, El Contrato de Seguro, Editorial Porrúa, México, 1978.

Russo Claudio, Transparenza ed informaziones nel contratto di assicurazione, La prospettiva dell'analisi economica del diritto, Editorial Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 2001

Salandra Vittorio, Corso di diritto commerciale, Editorial Del Foto Italiano, Roma, 1939

Salleilles, Raymond, De la déclaration de volonté, Paris, 1901.

Sánchez Román, Estudios de Derecho Civil, según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo derecho de Castilla, Editorial Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1889, t. IV

Sanchez Urite, Ernesto A. La oferta de contrato, fuerza vinculante, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975.

Sant'Anna Rubens, Contratos Comerciais, Editorial Aide, Rio de Janiero, 1990.

Santarém Pedro de "O tratado de seguros" (en Amzalak, O seguros segundo Pedro de Santarem jurisconsulto portuges do século XVI,) Editorial Superintendencia de Seguros de Portugal, Lisboa 1917,

Santo Tomás de Aquino, Suma Teológica. Editorial Club de Lectores, Buenos Aires, 1990

Santo Tomás de Aquino, Suma Contra los Gentiles, Editorial Prorrúa. México, 1991

Sauret, Héctor C. La desnacionalización del control de la economía Argentina y la legislación antimonopolio en Revista del Derecho Comercial. y las Obligaciones Editorial Depalma, Buenos Aires, 1970.

Savatier René, La theorie des obligarions, Editorial Dalloz, Paris, 1969.

Savigny M.F.C, Sistema del Derecho Romano Actual, Editorial Góngora y Cia, Madrid 1879.

Scalfi, Gian Guido, Consideración sui contratti aleatori, en la Revista di Diritto Civile, Editorial Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM) Padova, t. VI-I, 1960

Schiavo, Carlos Alberto, Las Cargas y Caducidades del Asegurador, en Revista Jurídica Argentina del Seguro la Empresa y la Responsabilidad nro. 10/12

Schiavo Carlos Alberto, El Dolo como vicio de la voluntad del asegurador, comentario de este autor al fallo Cinalli Lia Raquel c/ Asorte S.A. y otro en Revista Jurídica Argentina del Seguro, la Empresa y la Responsabilidad Nº 23

Schiavo, Carlos Alberto. El arbitraje en el contrato de Seguros. En Derecho y Empresa, año 1997 nro. 7 y 8 en homenaje a Juan C.F. Morandi,

Schiavo, Carlos Alberto El concepto aristotélico de equidad, Revista La Ley Actualidad, nros. 162 y 165.

Schiavo, Carlos Alberto Control de las operaciones asimilables al seguro. Competencia de la Superintendencia de Seguros, en Revista Jurídica Argentina del Seguro, la Empresa y la Responsabilidad Nº 28.-

Segovia Lisandro, El Código Civil de la República Argentina, explicación critica bajo la forma de notas, Editorial La Facultad, Buenos Aires, 1933.

Soler Aleu, Amadeo, El Nuevo Contrato de Seguro, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978.

Soler Aleu, Amadeo, Seguro de Incendio, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1980.

Soler Aleu, Amadeo, Agentes y productores de seguros, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981

Sotelo, La Estafa de Seguro, en Revista del Instituto de Derecho de Seguros del Colegio de Abogados de San Isidro, Nro. 1

Soto Héctor Miguel, Intermediación en el Contrato de Seguros, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2000

Soto Héctor Miguel Notas al Régimen Jurídico de la Actividad Aseguradora, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2002.

Soto, Héctor Miguel, Contrato Celebración Forma y Prueba (con especial referencia al contrato de seguro), Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001.

Spinillo Alessandro y Blackaby Miguel, La nueva legislación sobre arbitraje en Inglaterra Revista Jurisprudencia Argentina 1998-IV-831

Spota, Alberto G. Instituciones de Derecho Civil, Contratos, 5ta reimpresión, Editorial Depalma, Buenos Aires 1996.

Steinfeld Eduardo R. La prueba de la reticencia en los seguros, Revista Jurídica Argentina del Seguro, la Empresa y la Responsabilidad nro. 17/20 p. 223.

Steinfeld, Eduardo R. Aspectos del Nuevo régimen legal del contrato de seguros, en Revista La Ley, T. 134 Secc. Doctrina, p. 1130.

Steinfeld, Eduardo R. El agente institorio, en Revista La Ley del 3/12/1993

Stiglitz, Rubén S. Cargas y Caducidades Editorial Librería Jurídica La Plata, La Plata 1973.

Stiglitz, Rubén S. Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro, Editorial Abeledo Perrot Buenos Aires, 1994.

Stiglitz, Rubén S. Derecho de Seguros, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.

Stiglitz, Rubén S. Autonomía de la voluntad y revisión del contrato, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1992

Suarez Francisco P. Tratado de las Leyes y de Dios Legislador, Editorial Hijos de Reus, Madrid, 1918.

Tale, Camilo, Los aportes del Derecho Canónico al Derecho Actual de las Obligaciones y los Contratos, en Revista El Derecho 9172 del 17 de Enero de 1997.

Tarr, Anthony International Encyclopaedia of Laws Volumen 1 Insurance Law, The Australian National Monograph, Deventer Boston 1992.

Tau Anzoátegui, Victor, El poder de la costumbre, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 2000.

Tirado Suárez, Francisco Javier Reflexiones sobre la buena fe y el contrato de seguro, En Derecho de Seguros, Libro Homenaje a Juan Carlos Félix Morandi, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2001.

Torres Lacroze, Federico A. Ensayos Iusnaturalistas, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994.

Troplong M. Le Droit Civil expliqué suivant l'ordre du code, Editorial Société Typographique Belge, Bruxelles, 1846.

Turrin Daniel Mariano, Un ilustrativo fallo sobre las consecuencias del "status" de contratante profesional del Tribunal de Nimes Francia, Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Editorial Depalma, Buenos Aires año 1990-B.

Turrin Daniel Mariano, Las obligaciones de información, consejo y claridad de los precontratantes, en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1990-A

Vallespino, Carlos Gustavo, El contrato por Adhesión a condiciones generales, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984.

Visalli, Nicoló, I profili giuridici del Factoring, en Rivista di Diritto Civile, Anno XLVIII, n.2 Marzo Aprile, 2002, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova

Visintini Giovanna La reticenza nel contratto di assicurazioni, Rivista di Diritto Civile Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1971 ano XVII, parte prima

Visintini Giovanna Contributo allo studio della reticenza nella formazione dei contratti, en Rivista Di Diritto Civile, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, Anno XV, 1969

Visintini Giovanna La reticenza come causa di annullamento dei contratti en Rivista Di Diritto Civile, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, Anno XVIII, 1972, p. 157

Viterbo Camilo, Ensayos de derecho comercial y económico, Editorial Tipográfica Buenos Aires 1948.

Vítolo Daniel Roque, Contratos Comerciales, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1993

Vivante Cesar, Del contrato de seguro, Derecho Comercial, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1952.

Vivante, Cesar, Derecho Mercantil, Editorial La España Moderna, Madrid 1927.

Vivante, Cesar, Tratado de Derecho Mercantil, Editorial Reus, S.A. Madrid, 1932, 5ta. Ed

Vivante, Cesar, Asurances Maritimes, Editorial A. Pedona, Paris 1898

Von Tuhr, A. Tratado de las Obligaciones, Editorial Reus, Madrid reeimpresión 1ra. Editorial 1999.

Wald Arnoldo Algunos Aspectos de la Garantía a Primera Demanda en el Derecho Comparado, en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Editorial Depalma, Buenos Aires nro. 23, 1990

Winizki, Ignacio Responsabilidad Penal de los Directores de las Personas Jurídicas, Editorial Arayú Buenos Aires, 1954.

Zago, Jorge Alberto, El contrato oneroso de renta vitalicia, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1990

Zago, Jorge Alberto, Supervivencia del Contrato Clásico, en Revista Jurisprudencia Argentina, nro. 5911, 14/12/1994

Zavala Rodríguez, Carlos Juan, Código de Comercio y Leyes Complementarias. Comentados y Concordados, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1971.

ADDENDA

Fallo 41.123 CNCom., sala B, junio 30-1988. Sucesión de Jorge Risso Patrón y otros c. Círculo Cerrado, S.A. de Ahorro para Fines Determinados y otros.

2da. INSTANCIA – Buenos Aires, junio 30 de 1988. – La sentencia apelada ¿es arreglada a derecho?

El doctor *Morandi* dijo:

1°. En estos autos se debate, principalmente –entre otras cuestiones—, si Jorge Risso Patrón, fallecido el 17 de abril de 1982, incurrió o no, en la reticencia calificada por el art. 5° de la ley 17.418 [ED, 20-920], en oportunidad de contratar su seguro con Plus Ultra Compañía Argentina de Seguros, S.A., a fin de satisfacer la exigencia requerida en tal sentido, para adherir a uno de los planes de la entidad Circulo Cerrado, S.A. de Ahorro para Fines Determinados, por el cual se convino el destino de los fondos, para la adquisición de un chasis nuevo, 0 kilómetro, marca Mercedes Benz, tipo L-1114/42, por un importe nominal de $a 181.456.515, correspondiente al valor de la unidad a la fecha de la suscripción (abril de 1981).

2°. El seguro que contrató con Plus Ultra a través de la póliza colectiva de vida N° 501.589, suscribiendo Jorge Risso Patrón la "Solicitud y Declaración de Salud" que contiene un cuestionario en cuya contestación manifestó escuetamente que había tenido una intervención quirúrgica el 15 de agosto de 1980; que no estaba bajo tratamiento médico el 27 de abril de 1981 –fecha de la solicitud—, expresando afirmativamente que le practicaron radiografías, electrocardiogramas, análisis de sangre, orina y otros, en fecha 12 de marzo de 1981, durante el tratamiento de la intervención. También afirmó que tenía como médico de consulta al doctor R., cuyo domicilio consignó expresamente.

Con fecha 30 de junio de 1981 Círculo Cerrado, S.A. de Ahorro para Fines Determinados le comunicó a Jorge Risso Patrón que la solicitud había sido aceptada, incluyéndose al causante en el grupo 51, orden 30, pagando éste las cuotas hasta el mes de abril de 1982, en que fallece.

3°. La entidad aseguradora demandada pidió a fs. 168, el rechazo de la demanda aduciendo que Jorge Risso Patrón había incurrido en reticencia maliciosa en la contratación de su seguro.

Dice que con fecha 1 de junio de 1979, emitió la póliza de seguro de vida colectivo N° 501.589, a nombre de Círculo Cerrado, S.A. de Ahorro para Fines Determinados, como tomador, cubriendo el riesgo de muerte e invalidez total y permanente de los suscriptores de dicha entidad de ahorro previo.

Agrega que el 12 de febrero de 1981 ingresó una solicitud de seguro de Jorge Risso Patrón en la que denunció la existencia de un "tumor cerebral" desde el 15 de agosto de 1980, su intervención quirúrgica consistente en la extracción del tumor alojado en el lóbulo temporal derecho con el consiguiente tratamiento radioterapéutico a partir de esta última fecha hasta la actualidad (solicitud firmada en octubre 15 de 1980). También en dicha solicitud se hizo la indicación de que el

doctor C. era su médico de consulta. Adiciona el causante que se le han practicado radiografías, electrocardiogramas, análisis de sangre, orina y otros; además de tomografías computadas, arteriografías, neumoencefalografías, y otras que menciona.

4°. Dice la demanda que esta declaración fue sometida al control del asesor médico de la Compañía, el cual ante la gravedad de los hechos denunciados, requirió someter a "examen médico" a Jorge Risso Patrón, a quien se lo citó por carta que le fue dirigida el 23 de febrero de 1981, con indicación de día, lugar y hora para practicar dicho examen.

Jorge Risso Patrón, ante tal requerimiento, omitió someterse el examen médico aludido, ya que no produjo ninguna respuesta, razón por la cual la solicitud presentada fue archivada sin extenderle la aseguradora cobertura de ninguna clase.

5°. Continúa manifestando la accionada que con fecha 20 de julio de 1981, llegó a la Aseguradora una nueva solicitud de Jorge Risso Patrón, de fecha 27 de abril de 1981, la que carecía de todas las circunstancias detalladas en la anterior, pero en virtud de haberse ésta archivado, el asesor médico de la Compañía no reparó que se trataba de una nueva presentación, no advirtiendo la maliciosa actitud del causante que utilizó este ardid para confundir a la Compañía Aseguradora acerca de la gravedad de su estado de salud, y, consecuentemente, del verdadero estado del riesgo. La Aseguradora solicita, pues, el rechazo de la demanda, por haber incurrido Jorge Risso Patrón en la reticencia prevista en el art. 5° de la ley 17.418.

6°. El *a quo* ha dictado su sentencia a fs. 480/485, condenando a Plus Ultra a pagar a la sucesión de Jorge Risso Patrón la suma reclamada, revalorizada según las pautas que se determinan en los considerandos de la sentencia.

Dice el juez de grado, que las diferencias que se advierten entre las solicitudes del 27 de abril de 1981 y del 15 de octubre de 1980, constituyen la cuestión central de la existencia o no de la reticencia, juntamente con la actitud adoptada por la Aseguradora en cada caso.

Así, en función de lo dispuesto por el art. 5°, de la ley 17.418, que somete al juzgamiento de si existió o no reticencia al juicio de peritos –que es una "prueba legal" cuyas conclusiones se imponen al juez-, analiza el *a quo* la pericia médica de fs. 371, apoyada por el consultor de la parte actora y, la pericia actuarial de fs. 380, también apoyada por el consultor de la accionante –ambas en disidencia de los consultores de la parte demandada-, en virtud de las cuales el sentenciante decide la suerte del caso sometido a su consideración, en cuanto en ambos "dictámenes mayoritarios", se concluye que "Jorge Risso Patrón no incurrió en reticencia, ni culpable ni dolosa", y las impugnaciones vertidas en los escritos de fs. 389 y 435, de la perdidosa, resultan inaudibles en tanto tratan de conmover las conclusiones "técnicas" de una pericia con fuerza de prueba legal, porque la "apreciación de la trascendencia queda librada al juicio de peritos", y ésta es una prueba ineludible, decisiva, insustituible, irremplazable e indispensable, y "en autos no ha estado en juego la prueba de la existencia de la reticencia, y por lo demás, los dictámenes periciales no aparecen afectados por vicios procesales, ni la parte demandada los ha cuestionado desde ese ángulo".

7°. La sentencia del juez de grado ha sido apelada, en el aspecto que se analiza, por Plus Ultra, según escrito de fs. 488, expresando sus agravios mediante escrito de fs. 505/512, sobre la base de los argumentos que a continuación se exponen y que serán materia de posterior estudio:

a) El sentenciante –así dice la apelante-, para nada ha analizado la cadena de hechos documentado que acrediten la maniobra del causante para lograr un beneficio indebido a favor de sus sucesores. La sentencia que se ataca es arbitraria en forma manifiesta, porque no es derivación razonada de los hechos probados de

la causa con aplicación al derecho que los encuadra. Dicho decisorio no es un fallo judicial en lo sustancial ni siquiera en lo formal, porque ha soslayado la consideración de pruebas documentales reconocidas en autos que llevan a una solución contraria a la del fallo.

b) El *a quo* ha dejado de lado toda la prueba documental, testimonial e informativa, así como las impugnaciones a los informes periciales, basándose exclusivamente en una suerte de cómputo aritmético, de suma de opiniones coincidentes de dos de los tres peritos médicos y de dos de los tres peritos actuarios, recordando incorrectamente el judicante, que en los casos de reticencias maliciosas, el "juicio de peritos" (a que alude el art. 5°, ley 17.418), es el que debe tomarse en cuenta por el juzgador para definir la cuestión.

c) La actora presentó en el proceso la declaración de salud fechada el 27 de abril de 1981, y la demandada la de fecha 15 de octubre de 1980, que contienen diferencias en las declaraciones de Jorge Risso Patrón, siendo la última citada, objeto de especial reconocimiento posterior por la sucesión del causante, a fs. 179; de lo que surge la maniobra instrumentada por el asegurado tendiente a ocultar las circunstancias que impidieron el progreso de la primera solicitud, permitiendo con la segunda, la emisión de la póliza.

d) El fallo apelado es arbitrario –dice-, por ser incompleto, y equivocada la correlación de los hechos probados en la causa, en función del derecho aplicable y, en cuanto deja toda pauta de razonabilidad, ínsita en todo fallo judicial, especialmente en el caso en que se ventila, donde la prueba pericial no sólo "no" es unánime, sino que se contradice con la documental y testimonial y, con la secuencia de los hechos probados que demuestran la existencia de una "maniobra" del causante para obtener un provecho indebido.

La diferencia de ambas solicitudes, escritas con el solo intervalo de algunos meses, no ha merecido ni de los peritos mayoritarios, ni del *a quo*, el menor comentario, cuando en realidad, esa sola comparación documental, demuestra la existencia irrefutable de una "reticencia maliciosa", clara, indiscutible, insoslayable y concreta, que el juzgador ha dejado de lado sin explicación alguna.

e) La pericia actuarial mayoritaria, que corre a fs. 436/438, más que un dictamen técnico asegurador, explica el sistema de ahorro para fines determinados, que no tiene nada que ver con el régimen legal de seguros, aclarando que la primera solicitud datada el 15 de octubre de 1980, correspondió al Plan de Ahorro Grupo 4, solicitud 1369; en cambio la segunda, lo fue para el Grupo 51; orden 30, consignando Jorge Risso Patrón en la primera, poseer cédula de identidad 3.597.660 y, en la segunda, su libreta de enrolamiento 5.612.490, tratando de confundir al asegurador –dice-, con el único propósito de que la primera solicitud –cuyo seguro no prosperó- no fuese fácilmente individualizada.

f) El *a quo* no ha tenido en cuenta las conclusiones a que arriba el consultor médico propuesto por la demandad, doctor B., sin explicar las razones que mediaron para ello, al igual que no ponderó lo informado a fs. 374, por el doctor B., perito médico de la actora, el cual estima que a marzo de 1981, "eventualmente", podría haberse sostenido un resultado semejante a cura (como dice Ribbins), que la evolución posterior demostró no ser así, al evidenciar una lesión más maligna que la de antes.

Igual sucede con la manifestación de este experto en el sentido de que no cabe duda alguna sobre la "relación de causalidad" entre la enfermedad del causante, que él sitúa el 15 de agosto de 1980, y su desenlace fatal el 17 de abril de 1982.

8°. El caso en examen nos coloca frente a circunstancias nada comunes en materia de reticencia, que obligan a profundizar en

> diversos aspectos de este instituto a fin de arribar a una solución que no se presenta fácil, atento las disímiles posiciones mantenidas por las partes en estos autos, y las discrepancias existentes entre los expertos intervinientes, que no han escatimado, en casi todos los casos, ahondar en la cuestión debatida, a lo que hay que agregar el esfuerzo realizado por los profesionales de una y otra parte, los cuales en la defensa de los respectivos intereses de sus clientes, han colocado un ponderable esfuerzo, el que si bien coadyuva a la tarea de esclarecimiento que debe acometer este Tribunal, obliga a penetrar en detalles que en principio no se presentan como sencillos.

Destaco expresamente la correcta atención que han brindado los profesionales intervinientes en este pleito tanto en calidad de peritos como de abogados y apoderados de los litigantes, porque no es común encontrar tal prolijidad en el desarrollo y desenvolvimiento de un proceso en trámite ante nuestros tribunales comerciales. Esto sea manifestado, con total independencia del resultado a que se arribe en este pleito, según se verá seguidamente.

9°. La ley 17.418 regula la reticencia y la falsa declaración precontractual (ver Sánchez Calero, "Efectos de la declaración inexacta del asegurado", Madrid, "Revista Riesgo y Seguro", III trimestre, 1965, N° 11, p.65), para todos los contratos de seguro, en los arts. 5°/10, incluyendo normas especiales sobre la materia, al referirse a los seguros de vida (arts. 130/133).

Esta ley en términos generales siguió los lineamientos del art. 498 del cód. de com. (derogado), en cuanto a la calificación de la reticencia, si bien elaboró un sistema más completo, sobre todo teniendo en cuenta la "buena fe del asegurado", previéndose un régimen especial de reajuste y reducción en los seguros de vida, y, según que el asegurador hubiese denunciado el contrato antes o después de ocurrido el siniestro.

Así, el art. 5° de la ley citada, mantuvo el principio de la correspondencia objetiva entre el riesgo representado por el asegurado al asegurador y el riesgo real, como "presupuesto de plena validez y eficacia del contrato", en función de una mayor tutela de la mutualidad asegurada (*lato sensu*), atento que en caso de que el principio de equivalencia entre riesgo y prima no fuese respetado, se produce una grave alteración entre los citados extremos de la ecuación técnica aseguradora, que se base fundamentalmente en que el comportamiento efectivo de los riesgos asumidos por el asegurador, se ajuste a la hipótesis estadística tomada como base del cálculo de probabilidad siniestral, de manera tal, que entre "previsión" y "realidad", no existan diferencias y, desde un punto de vista teórico, el monto de las primas debería ser exactamente proporcional a las necesidades de capital para afrontar los siniestros (ver Hermannsdorfer, "Seguros Privados", Madrid, 1933, p.200).

> Cuando este resultado no se logra, por efecto negativo, el fondo de primas es insuficiente y se altera la base elemental sobre la cual debe funcionar la industria aseguradora, y de aquí la presencia en el contexto de la ley de seguros, de dos institutos claves para garantizar el precitado principio de equivalencia: la reticencia y la agravación del riesgo.

De aquí, que la exacta declaración del riesgo, constituye un "deber" impuesto por la ley al asegurado; que tiene un linaje de siglos, y por finalidad, en primer

lugar, que se pueda cumplir la correspondencia entre riesgo y prima a que se ha aludido precedentemente, como base técnica de la mayor importancia. En segundo término, para que pueda satisfacerse el interés del asegurador en este aspecto, ya que en un seguro "sin examen médico", como el de autos, el asegurador debe "confiarse" en la declaración del riesgo que le hace el asegurado, que es quien conoce sus particularidades hasta en los detalles (ver Vivante, "Trattato de Diritto Commerciale. Le obligación", Milano 1928, t. IV, p. 394).

10. Tal vez conviene aclarar aquí, a fin de tener una idea exacta de la preceptiva de la ley, que la reticencia puede ser alegada por el asegurador aún cuando medie "buena fe" del asegurado. Con ello se ha querido acentuar el criterio con que el legislador ha encarado el instituto de reticencia, y adviértase que lo ha hecho optando por la solución que consagraba el art. 498 del cód. de com. (derogado), que seguía en este aspecto a los de la época de su sanción, desechando tanto la solución propiciada en el Anteproyecto Halperín de 1959 (ver art. 5° y sigtes. y su comentario, Buenos Aires, edición oficial, 1959, ps. 7/8), como la orientación de las leyes que siguen el criterio llamado "subjetivo", como las de Italia (art. 1892); Austria (arts. 3°, 4° y 6°); Suecia (art. 4°); México (arts. 8°, 47, 48 y 51); Francia (arts. 21 y 22); Suiza (arts. 6° y 8°) y Alemania (arts. 16 y 19), que sólo aplican la reticencia en los casos de "dolo o culpa grave" del asegurado.

Este aspecto de la cuestión tiene su importancia, porque según se verá después, la calificación de la conducta y comportamiento del asegurado en oportunidad de efectuar su Declaración de Salud, no podría encontrar asidero, según nuestra opinión, ni siquiera dentro de los esquemas seguidos por las leyes más modernas al legislar la reticencia.

11. Pero no obstante esa orientación "objetiva" de la ley 17.418; tanto la jurisprudencia como la doctrina, se han inclinado por sostener que debiendo la reticencia aplicarse solamente respecto de aquellas circunstancias "conocidas" por el asegurado –y que éste las oculte o declare incorrectamente, sin importar que ello suceda aún de buena fe y en la creencia de que ellas carecían de importancia-, la reticencia, por lo menos, debe ser culposa, ya que no puede declararse cuanto se ignora (ver Donati, "Trattato del Diritto delle Assicurazioni Privati", Milano 1952-1956, t. II, p.312; Viterbo, "Las declaraciones del asegurado", "Ensayos de Derecho Comercial y Económico", Buenos Aires, 1948, p. 213; Halperín, "Seguros. Exposición crítica de las leyes 17.418 y 20.091", edición actualizada por J. C. F. Morandi, Buenos Aires, 1983, T. I, ps. 276/277; Morandi, "La reticencia y la falsa declaración precontractual en el seguro de vida y la incontestabilidad del contrato en la legislación argentina", "Etudes ofertes a Antigono Donati", Roma 1970, t. I, p. 378).

No podría llamarse reticencia, la omisión por parte del contratante de hechos ignorados por él y, la nulidad del contrato no procedería porque habría faltado la ocultación (ver Lafaille, "Seguro de vida a favor de tercero", Buenos Aires, 1907, p. 154).

La expresión "buena fe utilizada por la ley, no puede interpretarse pues como un deber de declarar lo que se ignora porque no puede callarse ni declararse falsamente aquello que no se conoce (ver Ccom., Cap., octubre 13-1937, autos "Hall, Orosman H. C. Sun Life Assurance Cº of Canada", LL, 8-1083; ídem, octubre 20-1937, autos "Salvai, Juan c. Compañía Aseguradora Argentina, LL, 8-1104); si bien cabe destacar que es necesario que esa ignorancia no sea culposa o negligente por parte del asegurado (ver CCom., Cap., mayo 6-1929, autos "Suárez de García, Enriqueta c. La Rural, Compañía de Seguros", GF, 80-80; ídem, mayo 14-1958, *in re*, "Mercado Luisa O. Comaschide c. Sud América, Cía. de Seguros", JA, 1960-1-110, Morandi, "El riesgo en el contrato de seguro", Buenos Aires, 1974, p.104).

12. En el *cas d'espése*, surge claro en mi concepto, el conocimiento del asegurado respecto de la enfermedad que lo aquejaba al tiempo de formular la

solicitud del 27 de abril de 1981, porque en la del 15 de octubre de 1980, informa, contestando el pertinente cuestionario, que está enfermo, que padece de trastornos sicomotores, alteración del ritmo encefálico desde el 6 de mayo de 1980, que está en tratamiento médico actualmente, por la presencia de un tumor cerebral desde el 15 de agosto de 1980, fecha en que fue intervenido quirúrgicamente, extrayéndosele un tumor alojado en el lóbulo temporal derecho, soportando un tratamiento radioterapéutico, y practicándosele todo tipo de análisis, además de tomografías computadas, arteriografías, neumoencefalografías, y electroencefalogramas, a partir del 12 de agosto de 1980.

Esta Declaración de Salud de Jorge Risso Patrón ingresó a la aseguradora demandada, el 12 de febrero de 1981, y dio lugar a que el asesor médico de la entidad aconsejase un "examen médico" respecto de su real estado de salud, cursándosele el 23 de ese mes, la carta cuyo texto corre en fotocopia a fs. 157, por la cual se le expresaba (con relación a su Declaración de Salud, de fecha 15 de octubre de 1980), que debía cumplimentar el examen médico respectivo, para lo cual debía concurrir al consultorio del doctor B., sito en Rodríguez Peña al 700 de la Capital Federal, en el horario de 14 a 18 horas, pedido que le fue enviado a través de Círculo Cerrado, S.A. de Ahorro para Fines Determinados, según informa el perito contador a fs. 308, pero sin que obre en autos prueba demostrativa que el causante recibió fehacientemente dicha correspondencia, tal como resulta de la declaración testimonial del jefe de la sección vida de la demandada, corriente a fs. 329/332, quien al responder a la pregunta 8ª , expresa, que al no habérsele practicado a Jorge Risso Patrón el examen médico se procedió al archivo de esa solicitud "junto con otras tantas de este Grupo a la espera del requisito solicitado para la posterior evaluación por la Asesoría Médica". Este testigo, al contestar la 1ª repregunta, a fs. 330vta. (si se le comunicó al causante que su solicitud del 15 de octubre de 1980 no había sido aceptada por la aseguradora y, en su caso, por cuál medio fehaciente), agrega que, "Las relaciones son entre compañía aseguradora y contratante del seguro, al que se le comunicó por nota el requisito del examen médico y no se lo incluyó en el listado del personal asegurado"; adicionando, que escapa a su entender si Círculo Cerrado, S.A. de Ahorro para Fines Determinados notificó al causante; afirmación ésta última que queda ratificada por el declarante al responder a la 6ª repregunta, a fs. 331.

No obstante este resultado negativo de la prueba demandada (tendiente a demostrar la recepción de la carta por la que se lo cita a Jorge Risso Patrón a concurrir al consultorio del doctor B., a cumplimentar el examen médico respectivo), llama sobremanera la atención el proceder del asegurado en la emergencia, al "no continuar" el trámite iniciado con esa primera Declaración de Salud, que fue abandonada por el causante, sin que exista otra explicación, que la de haber recibido la citación para efectuar un examen médico. De lo contrario, no surge clara la circunstancia por la cual el causante dejó fenecer esa primera gestión, para iniciar otra, a menos de tres meses, haciendo una nueva Declaración de Salud, fechada el 27 de abril de 1981 que difiere fundamentalmente de la anterior (se volverá sobre este tema en los consids. 15 y 26).

En efecto, en esta última declaración no se hace referencia a su operación de extirpación de un tumor cerebral, ni a sus trastornos sicomotrices, ni tampoco a la alteración de su ritmo encefálico, ni a su tratamiento radioterapéutico, ni a las tomografías computadas, arteriografías, neumoencefalografías y electroencefalogramas. Al contrario, sólo se alude a la circunstancia de haber padecido una operación quirúrgica sin otros detalles o aditamentos.

13. El perito médico –único de oficio-, que produce el informe de fs. 371/372, manifiesta, respondiendo a los puntos de pericia de la demandada, que lucen a fs. 314/vta., que de acuerdo con lo descripto en la historia clínica firmada por el doctor C., corriente a fs. 339/342, se desprende con claridad que el extinto Jorge

Risso Patrón al momento de confeccionar la Declaración de Salud "...el mismo tenía conciencia de enfermedad, lo que no significa que tuviera conciencia de gravedad o que esa gravedad lo ponía en peligro inminente de muerte". Cabe aclarar que el perito se refiere a la solicitud fechada el 27 de abril de 1981, que es sobre la que se le efectuó la pregunta.

Posteriormente, al responder el experto al punto 3°, del pliego precitado, sobre "si el diagnóstico inicial de la enfermedad que fue causa eficiente del fallecimiento de Jorge Risso Patrón ocurrido el 27 de abril de 1982, se tradujo en hechos y padecimientos que el extinto no pudo ignorar desde su origen hasta su muerte aunque no tuviera conocimiento científico de la índole diagnóstica y pronóstica de su enfermedad"; el perito médico respondió: "El extinto Jorge Risso Patrón, como versa en contestación de los puntos 1 y 2, tenía conocimiento de enfermedad cuando comienza con sintomatología, ya que concurre al médico y realiza tto. (*sic*) de la misma. Esto no significa que el mismo supiera el desenlace que se produciría casi un año después". Personalmente considero que el perito se ha querido referir con la abreviatura "tto." a la palabra "tratamiento".

14. El doctor B., consultor técnico médico de la actora que produce su informe profesional a fs. 373/377 –más prolijo que el del perito único designado de oficio-, dice a fs. 374, luego de analizar la historia clínica del doctor C. de los meses de febrero y marzo de 1981, que: "Esto nos permite suponer que fue operado la primera vez en el grado 1, que a la fecha de marzo de 1981, eventualmente podría haberse obtenido un resultado semejante a cura (como dice Ribbins), que la evolución posterior desgraciadamente demostró no ser así al evidenciar una lesión más maligna que antes", adicionando más adelante el doctor B., que: "No es aventurado pensar que esta mejoría haya sido percibida por Jorge Risso Patrón y creído de ella hizo la Declaración de Salud del 27 de abril de 1981".

Más adelante, el mismo consultor técnico, a fs. 376vta., al contestar la pregunta 6ª , del interrogatorio preparado por la parte demandada, a fs. 314/vta., acerca de si las declaraciones formuladas por Jorge Risso Patrón en su Declaración de Salud del 27 de abril de 1981, encuadran más allá de toda duda razonable en la reticencia a que se refiere el art. 5° de la ley 17.418, expresa, luego de otras consideraciones: "En cuanto a la solicitud del 27 de abril de 1981, hecha por el mismo Jorge Risso Patrón, ante el mismo Círculo Cerrado, S.A. de Ahorro para Fines Determinados y ante la misma Compañía de Seguros, en un momento de evolución de su enfermedad, que como hemos considerado precedentemente en forma suficientemente clara, pasaba por un período asintomático, en esa solicitud que debe ser considerada la continuación de la efectuada el 15 de octubre de 1980, así posiblemente lo consideró Jorge Risso Patrón y también debió considerarlo la Compañía de Seguros".

15. Demás está decir, que si Jorge Risso Patrón hubiese aludido en su Declaración de Salud del 27 de abril de 1981, a lo declarado el 15 de octubre de 1980, la suerte de este pleito estaría sellada en contra de la entidad aseguradora, que no podría alegar su propia torpeza para excusarse de responder con la pertinente indemnización, ya que no estaría en condiciones de alegar la reticencia del asegurado, porque habría tenido conocimiento acabado de "todas las circunstancias del riesgo que se pretendía cubrir".

Pero es el caso de advertir, que fue el propio causante quien desvinculó ambas declaraciones, al celebrar sus dos contratos de ahorro previo; uno, que dio lugar a la primera solicitud, que fue abandonada por el adherente; otro, el que motivó la declaración del 27 de abril de 1981.

Si Jorge Risso Patrón, como dice el consultor técnico médico de la actora; a fs. 376vta., "posiblemente" consideró que la segunda solicitud era una continuación de la anterior, ¿por qué no continuó con el trámite de la primera? Y si tal fue "posiblemente" su forma de pensar, ¿por qué hizo una nueva solicitud fechada el

27 de abril de 1981, sin referirse en ella a su vinculación con la anterior?.

Reflexiona el mismo profesional, a fs. 376vta., que "si hubiese habido reticencia maliciosa lo lógico hubiera sido emplearla en la primera solicitud y no en la segunda; considero –añade-, que si hubiese habido mala intención se hubiera redactado una solicitud más viable?.

Si bien comparto la opinión del profesional, en lo que se refiere a su primera afirmación, disiento en cuanto a la segunda, ya que Jorge Risso Patrón frente al fracaso de su primera Declaración, intentó la fechada el 27 de abril de 1981, haciéndola más viable por su parquedad y adecuándola a sus objetivos. Además, desde el punto de vista procesal, cabe tener en cuenta, que la parte actora al iniciar su demanda, no dice nada respecto de que esta solicitud del 27 de abril de 1981, tenía una directa conexión con la del 15 de octubre de 1980, así como que las mismas se complementaban.

Quien incorporó a los autos la Declaración de Salud del 15 de octubre de 1980, fue la parte demandada, y posteriormente a fs. 179, al contestar la actora el traslado de la prueba documental presentada por Plus Ultra, es que reconoce la autenticidad de la solicitud datada el ya recordado 15 de octubre de 1980; "vinculándola" con la de fecha 27 de abril de 1981, presentada acompañando la demanda.

16. Cabe reflexionar ahora, con respecto a lo manifestado por el perito médico, único de oficio, a fs. 172, cuando según su criterio Jorge Risso Patrón no incurrió en reticencia maliciosa teniendo en cuenta que él no supo la evolución de su enfermedad, había presentado la Declaración de Salud del 15 de octubre de 1981, y existía la posibilidad real de la Compañía de Seguros de efectuarle una revisación médica "…es ésta la que no utiliza sus derechos".

Aparte de que el experto "conecta" la Declaración del 15 de octubre de 1980, con la del 27 de abril de 1981, aspecto sobre el cual he dado ya mi opinión en el apartado anterior, en el sentido de no otorgarle a dicha afirmación virtualidad argumental suficiente a favor de la parte actora, atento que ambas declaraciones correspondieron a dos contratos de ahorro previo diferentes; conviene sin embargo ahondar en lo relativo a la veracidad de la Declaración de Salud hecha por Jorge Risso Patrón el 27 de abril de 1981.

Adviértase que a la pregunta, "si ha sufrido alguna intervención quirúrgica", el causante contestó que sí. Después al interrogársele, "en qué consistió", respondió: "intervención quirúrgica", aludiendo como fecha de la misma a la del 15 de agosto de 1980, pero omitiendo exponer las consecuencias de la citada intervención. Más adelante, a la pregunta del cuestionario: "si se le practicaron radiografías, electrocardiogramas, análisis de sangre, orina u otros", dijo que sí; agregando como "motivo"; durante el tratamiento de la intervención; y en "fecha"; 12 de marzo de 1981.

Es evidente, en mi concepto, que en esta solicitud las respuestas fueron "insuficientes", y según la tradicional doctrina en materia de reticencia, la declaración del asegurado es reticente cuando la circunstancia influyente sobre el riesgo es "omitida", "declarada en forma incompleta" o de "manera confusa"; siendo falsa, cuando la circunstancia es declarada de un modo que no corresponde a la realidad.

Vivante ("Del contrato de seguro", Buenos Aires, 1952, t. I, p. 263), analizando el art. 429 del cód. de com., italiano de 1882 (derogado), dice que se imponen al asegurado dos obligaciones: a) ser exacto en todo lo que dice; b) decir todo lo que sabe. Si viola el primer precepto, comete una declaración errónea, si viola el segundo, comete una reticencia. Pero tanto en un caso cuanto en otro, el asegurador puede pedir la nulidad del contrato si las circunstancias inexactamente declaradas o silenciadas fueron de tanta importancia como para dar un consentimiento que, de haber conocido la verdad, se hubiese rehusado. La nulidad

con que sanciona la ley el seguro concluido por error por la compañía, tiene la finalidad de restituir las cosas al estado en que se encontrarían de no haber sido inducida a hacer el contrato, y quita al asegurado el beneficio de un contrato que no hubiera "obtenido" si hubiera abierto los ojos del asegurador sobre toda la entidad del riesgo.

Donati ("Trattato", cit., t. II, p. 310), sostiene que la violación puede consistir: a) en una declaración reticente, cuando una circunstancia que debe ser declarada e influyente sobre el riesgo no es declarada del todo, "enteramente" o bien es declarada de modo "incompleto" o "no claro"; b) hay declaración inexacta cuando una circunstancia que debe ser declarada por su influencia sobre el riesgo, es declarada de una manera que "no" corresponde a la verdad.

17. Ahora bien, estudiada la Declaración de Salud del causante de fecha 27 de abril de 1981, llegó a la conclusión de que se trata de una declaración reticente por lo que paso a exponer a continuación:

a) Cuando se le pregunta en el consid. 1°, "si sufre o ha sufrido algún malestar físico o enfermedad", manifiesta que sí. Cuando se le interroga que en caso afirmativo diga cuáles y en qué fecha, contesta: "intervención quirúrgica (agosto 15-1980)".

Esta respuesta, en mi opinión, es reticente, porque al asegurado se le está preguntando sobre la existencia de algún "malestar físico" o "enfermedad" que tenga o haya tenido.

Al decir simplemente intervención quirúrgica, no alude ni a los importantes trastornos que tuvo antes (ya los veremos cuando se verifique la historia clínica del extinto: sicomotores y de ritmo encefálico), ni a que la intervención quirúrgica consistió en la "extracción de un tumor cerebral".

Atento el nivel cultural del solicitante, no se le ha podido pasar desapercibido, que su contestación genérica era "insuficiente", "incompleta" y "equívoca", como declaración veraz de su riesgo, porque la incompletividad de la respuesta, se manifiesta con nítidos caracteres, cuando responde ambiguamente lo que se le pregunta.

Debe tenerse en cuenta que según el informe del médico por el que se denuncia a la entidad aseguradora el fallecimiento del asegurado, se declara como ocupación de éste la de "comerciante". Lo mismo surge de la historia clínica del doctor C. a fs. 339 (ver consid. 18 *infra*).

Gasperoni ("Le assicurazioni"; Milano 1966, p. 72), pone especial énfasis en que el presupuesto para la aplicación del instituto de la reticencia, es que la inexacta representación del riesgo por parte del asegurador puede ser provocada por una declaración "incompleta" y "equívoca", a lo que hay que agregar lo sostenido por Viterbo (ob. cit., p.212), para quien el asegurado es reticente cuando no dice lo que sabe y cuando dice la verdad pero no toda la verdad. Esto viene a cuento frente a la afirmación del consultor médico de la parte actora, cuando a fs. 375 alude a que las respuestas de Jorge Risso Patrón en su declaración del 27 de abril de 1981, son "evidentemente veraces" pero que requerían un pedido de aclaración, lo que en principio conlleva a una contradicción, porque no puede ser veraz una Declaración de Salud que expone la verdad a medias, ocultando la parte sustancial de la verdad que se tendría que haber declarado y no se declaró.

Si bien podría aceptarse, por vía de hipótesis, que Jorge Risso Patrón hacía 45 días que se encontraba en un estado de salud que le habría permitido considerar que al momento de suscribir la solicitud fechada el 27 de abril de 1981, estaba sano; es indudable para mi que ello bajo ningún concepto lo podía llevar a ocultar los "malestares", "trastornos" y "padecimientos" que lo aquejaban desde hacía más de un año, como resultará de toda evidencia de la historia clínica del doctor C., sobre la que tendremos oportunidad de volver más adelante.

b) En la pregunta 3ª de la solicitud ya recordada, del 27 de abril de 1981, se le

interrogó a Jorge Risso Patrón, si había sufrido alguna operación quirúrgica, a lo que contestó que si; pero cuando se le requirió que diga, "en qué consistió", vuelve a repetir: "operación quirúrgica", en fecha "15 de agosto de 1980".

La contestación es a todas luces equívoca e incompleta porque sobre lo que se le interroga al asegurado, es acerca de lo que sabe sobre la intervención quirúrgica que se le practicó. El propio Jorge Risso Patrón al hacer su declaración del 15 de octubre de 1980, respondió a esa misma pregunta lo siguiente: "Extracción tumor alojado en el lóbulo temporal derecho".

Debe tenerse en cuenta que las preguntas que se analizan bajo las letras a) y b), fueron formuladas haciendo referencia al tiempo pasado y no al presente de su Declaración del 27 de abril de 1980; "pasado" respecto del cual el causante al momento de declarar, no ha podido alegar ignorancia excusable alguna, ya que se trataron de hechos vividos con toda intensidad por él como ya se verá (Halperín, "Contrato de Seguro", Buenos Aires, 1964, p. 125).

Por esta razón la insuficiente Declaración del asegurado se traduce en un grave ocultamiento que debe ser meritado en sentido desfavorable respecto de quien hizo la Declaración.

c) La 4ª pregunta de la solicitud, dice lo siguiente: "¿Le practicaron radiografías, electrocardiogramas, análisis de sangre, orina u otros?"; manifestando el asegurado: "Sí"; y cuando se le pide el motivo, responde: "Durante el tratamiento de la intervención", dando como fecha el 12 de marzo de 1981.

Estas contestaciones tipifican también en mi concepto una clara reticencia del asegurado, especialmente en cuanto oculta su "tratamiento radioterapéutico", sobre el que informó en su declaración del 15 de octubre de 1980, así como la omisión a las "tomografías computadas", las "arteriografías", las "neumoencefalografías" y los "electroencefalogramas", también aludidos en la solicitud últimamente citada.

En cuanto a las fechas. En la última solicitud, se hace la siguiente aclaración: "A partir del 12 de agosto", se entiende de 1980, mientras en la solicitud del 27 de abril de 1981, se indica como fecha el 12 de marzo de 1981.

En mi opinión la ocultación en que incurre el asegurado respecto de la verdad real, es manifiesta en el presente caso, porque las preguntas se relacionan con la operación a que fue sometido el asegurado el 15 de agosto de 1980, y, por lo tanto, sus respuestas debieron ser ilustrativas y explícitas sobre el particular, atento que la intervención quirúrgica que diera lugar a los exámenes sobre los que se le interrogaba, tenía una importancia que no ha podido pasar por alto el asegurado.

d) Por último, corresponde hacer referencia a la segunda pregunta del interrogatorio de la solicitud que es materia de estudio, la que dice: "¿Está bajo tratamiento médico actualmente?", a lo que el declarante respondió: "No".

No obstante esta negociación tan categórica, en la historia clínica del doctor C. de fs. 329/342, y más precisamente a fs. 341, se hace constar con fecha 31 de marzo de 1981, que el padre del causante informa que no tiene ningún ataque desde hace más de 2 meses. Toma 2 Hepamín y algo más "que le dio un siquiatra". Un T.C. del 13 de marzo de 1981, es superponible a la anterior (pequeña sombra hiperdensa temporal profunda luego del contraste, sin efecto de masa). Parece menos intensa que antes. El examen campimétrico da dudosa restricción campimétrica temporal superior para ojo izquierdo. Hacer en junio nueva T.C. y campimetría.

No obstante lo sintético de la historia clínica, es fácil advertir que al 31 de marzo el asegurado estaba bajo el control del doctor C., ya que refiere la información recibida de su padre en la que hizo alusión a la medicación que le suministraba un siquiatra, cuyo nombre y apellido no se individualiza. También se alude a la tomografía computada del 13 de marzo de 1981 que al parecer fue ordenada por el doctor C. con los resultados que allí se mencionan, a lo que hay

que agregar la necesidad de hacer una nueva T.C. y campimetría en el mes de junio. Todo es indicativo de que el asegurado, al hacer su Declaración de Salud el 27 de abril de 1981, estaba en permanente tratamiento médico.

18. La historia clínica, precitada, contiene algunas referencias de la mayor importancia en la dilucidación del caso que se ventila y, en consecuencia, conviene hacer mención a sus constancias a los fines de que este acuerdo que estamos celebrando, tome una directa aproximación respecto de la situación de salud en que se encontraba el causante. Así puede leerse a fs. 339 y sigtes. Lo siguiente:

16 de mayo de 1980: Apellido y nombres: Risso Patrón, Jorge. Edad: 42 años. Nacionalidad: argentino. Estado: casado. Profesión: comerciante. Domicilio: H. Quiroga al 4200, Mar del Plata. Enviado por: Srta. E. C. Antecedentes Familiares: una abuela diabética. Padres: viven. No antecedentes neurológicos. No cardiopatías. Estrabismo operado a los 6 años.

Antecedentes personales: nacido a término, parto normal. Sarampión. Coqueluche. Varicela, etc. No convulsiones en la infancia. Amigdalectomizado. Pólipos nasales. Estudios: Servicio militar cumplido. Fumador desde los 27 años hasta la fecha, aproximadamente 40 cigarrillos por día. No etilismo. No diabético. Normo-hipotenso. Hace dos años y medio enviudó. Trabajaba en forma muy activa. Entre el 20 y 27 de abril tiene un percance de tipo económico, lo cual lo altera mucho en su esfera afectiva.

El 29 de abril estaba en un hotel en Buenos Aires y se despierta sintiendo olor a caucho quemado en forma intensa.

El 30 de abril toma avión para Oriente (Japón). El 5 de mayo llega a Tokio. El 6 por la madrugada se despierta excitado con sensación de ahogo y el mismo olor. A los 5 minutos la esposa lo ve en cuclillas y con respiración muy ansiosa y disneica (como si fuera una crisis asmática fuerte) y los ojos inyectados en sangre y confuso (aparentemente se golpeaba la cabeza contra la pared). Herida cortante superciliar derecha que necesita cuatro puntadas.

Le aplicaron Decadrón y mejora. Llevado a un hospital donde lo examinan y no le encuentran nada. Sigue en estado confusional por un par de días. El informe médico indica hipotensión ortostática.

A partir de entonces la esposa lo nota con cambio de carácter y disociado con el grupo que lo rodeaba. Llega a Hong-Kong donde le hacen E.E.G. que evidencia una lesión disrítmica en región temporal derecha. Recomienda Scan y lo medican con anticonvulsivante y vitamina B. Mejora con la medicación. El 11 vuelve a despertar con el mismo aura (olor) y cae en sueño profundo que dura aproximadamente 40' y luego se despierta con amnesia.

El 13 de mayo otro ataque igual. Lo ve un neurocirujano en Los Angeles quien encuentra Babinski izquierdo y le aumenta la dosis de anticonvulsivantes a 9 comprimidos por día con lo cual mejora.

Examen neurológico: muy ligero predominio de los reflejos O.T. del lado izquierdo. Plantar indiferente a izquierdo. Resto del examen normal. Fondo de ojos normal. Solicito E.E.G., T.C. y A.C.D.

25 de mayo de 1980: Se efectuó A.C.D. en el Hospital F. (doctor P.) quien me informa verbalmente que no se había encontrado patología. Sin embargo aconsejó efectuar N.E.G.

La T.C. del 16 de mayo de 1980 hecha por L. muestra a mi juicio no sólo la presunta venita flexuosa a nivel del atrio ventricular derecho en la serie con contraste, sino, además, mayor densidad en esa serie, a nivel de cabeza y cuerpo de núcleo caudado derecho lo cual disminuye además el ancho del correspondiente ventrículo lateral.

La A.C.D. del 20 de mayo de 1980, es de muy mala calidad pero no se ve nada patológico.

Un nuevo E.E.G. (doctor R., julio 4-1980), no dio nada focal pero sí salvas

hipersincrónicas de ondas agudas y lentas durante la estimulación.

El doctor B. Lo medicó con 2 Hepamín y un Tegretol, a pesar de lo cual las crisis se hacen más leves viniendo día por medio. Hace 10 días se hacen más intensas por lo cual el doctor R. le suspende el Hepamín y le da 2 Zarontin, 2 Lotoquis y 1 Tegretol, y con eso los ataques se modifican, el olor pasa a segundo plano y tiene en cambio recuerdos de infancia con temor de un vacío o de monos que lo van a atacar con angustia. Está más "palmado" con esta medicación y le falta la memoria. Más lento para hablar y pensar. Deprimido.

Examen: Buen estado general. Anosmia derecha. Leve paresia facial izq. Resto normal. Se pide nueva T.C. Esta muestra la misma vena profunda a nivel de encrucijada ventricular izq. Neumo: pequeño tumor temporal profundo derecho infranormal.

15 de agosto de 1980: Parte quirúrgico: cirujano: doctor C. Ayudantes: doctores G. y M. Anestesista: doctor A. Instrumentista: I.M.

Paciente en decúbito dorsal. Cabeza rotada a izq. Craneotomía temporal a pedículo inferior, baja hasta el cigoma. Se talla plaqueta osteoplástica a pedículo temporal. Se levanta colgajo osteomuscular. Apertura de duramadre en cruz. Se efectúa polectomía temporal s/t. A nivel del uncus del temporal se observa una coloración anormal, grisácea, que corresponde a un fragmento de 1,5 x 1 cm mamelonado, sin plano neto de clivaje. No hay adherencias ni otros tejidos de aspecto patológico. Se controla la hemostasia. Cierre de dura a puntos separados. Reposición de plaqueta a lo Poppen. Galea y piel. s/t.

Postoperatorio: Paciente en muy buena evolución. Sin signos de déficit neurológico motor. Moviliza actualmente los 4 miembros. Pupilas iocóricas. Restricción hemianópsica de hemicampo izq. (cuadrantopsía homónima superior izq. Craneotomía bien).

17 de agosto de 1980: Sigue buena evolución. Herida seca. Neurológicamente s/p. Carácter Irritable. Nervioso. Resto s/p.

18 de agosto de 1980: Se quitan los puntos. Herida bien. Resto s/p. Comienza nuevamente con las crisis olfatorias y el olor a quemado. Gran ansioso. Muy nervioso. Está medicado con anticonvulsivantes. Se recomienda a la familia la consulta psiquiátrica. Alta médica el 20 de agosto de 1980. Se indica cobaltoterapia con acelerador lineal.

Anatomía patológica: Astroblasto-astrositoma.

1 de setiembre de 1980: Continúan las crisis varias veces por día (hasta 7 en un día) muy frecuentemente después de comer se acalora, luego un chucho de frío y sensación de ahogo y mal olor que no puede definir, tiene miedo porque piensa que en cualquier momento va a perder la conciencia. Hipersomne, duerme alrededor de 10 horas diarias.

Lúcido, pero se expresa lentamente. Dice que no ve bien a su derecha y que cuando gira la cabeza y ojos tiene sensación de que inmediatamente se va a desmayar. Tiene miedo constante a que se le caiga una lámpara en la cabeza o a que le golpeen la cabeza.

Estando aquí en consultorio presentó una crisis en la que objetivamente no se apreció ninguna evidencia de acceso comicial. Pidió que se le apantallara y según él se le pasó rápidamente. A veces acompaña deseos de vomitar, aunque nunca lo hizo.

Examen neurológico: Fondo de ojo y campimetría normal a la confrontación digital. R.O.T. vivos y simétricos. Plantares flexores bilaterales. Sensibilidad conservada en todas sus formas. Se le indica radioterapia con acelerador lineal en el Hospital E., hemograma y dosaje de difenilhidantoína en sangre. Se medica con Tofanil 25 mgm x 3 y Cumatil x 4 (en dos tomas).

8 de setiembre de 1980: Sigue deprimido y se repiten los ataques a pesar de tomar 2 Hepamín y 2 Cumatil. Pero el dosaje de anticonvulsivos efectuado cuando

tomaba 3 Hepamín demuestra que no se alcanzaban en sangre los niveles óptimos: Fenobarbital sólo 10,7 (óptimo 15 a 35 mg) Hidantoína 2,5 (óptimo 10 a 20 mg). La T.C. (L.) muestra un pequeño edema cerebral, con profundidad al lado de pedúnculo cerebral derecho.

16 de octubre de 1980: Lleva 16 aplicaciones con el acelerador lineal. Sigue con episodios temporales a pesar de que tomaba 3 Hepamín. El dosaje de Hepamín dio 5 por lo cual el doctor R. le aumentó a 4 Hepamín desde hace 4 días. Desde hace 2 días los episodios son menos intensos y de menor frecuencia (2 diarios en vez de 5). Quedaba mareado y con cefaleas antes, después de la crisis, cosa que no sucede ahora. Examen neurológico normal. Adenopatía submaxilar izq. (problema dentario). Agregar Misoline 2 x día.

10 de febrero de 1981: Anda muy bien. Examen neurológico normal. La T.C. de ayer muestra con contraste, una pequeña zona de captación en parte profunda de polo temporal derecho. Se pide campimetría.

31 de marzo de 1981: Informa el padre que no tiene ningún ataque desde hace más de 2 meses. Toma 2 Hepamín y algo más que le dio un siquiatra.

Un T.C. del 13 de marzo es superponible a la anterior (pequeña sombra hiperdensa temporal profunda luego del contraste, sin efecto de masa. Parece menos intensa que antes. El examen campimétrico de dudosa restricción campimétrica temporal superior para ojo izq. Hacer en junio nueva T.C. y campimetría.

3 de diciembre de 1981: Anda caído. Deprimido. Tiene crisis olfatorias por períodos, con hormigueo y sensación de frío en mano y pierna izq. y ruido como tic-tac de reloj en oído izq. Esto a pesar de tomar 2 Hepamín, 1 Petinal y 2 Caviton, etc.

Trae T.C. del 2 de diciembre que muestra una recidiva tumoral voluminosa a nivel de polo temporal, con intenso edema alrededor y moderado efecto de amsa (deformación de ventrículo y desplazamiento de línea media). Llama la atención el tamaño de la recidiva a pesar de que se le hizo radioterapia intensa con el acelerador lineal. Examen: decaído P.A. 9/6. Fondo de ojo: normal. Cuadrantopsia superior homónima izq. Leve hipotono facial izq. Leve hemihipoestesia izq. Movilidad y reflejos bien. Se indica Duodecadron 1 ampolla c/5 días. Resolverá el padre si se opera o no.

1 de febrero de 1982: Fui a verlo a Mar del Plata a pedido de la familia. Había sido operado en diciembre por el doctor M. resecando parcialmente el tumor recidivado. Había andado bien unos 20 días y luego cae en sopor profundo. La T.C. postoperatoria muestra una imagen similar a la preoperatoria o más grande aún. Se decidió reoperar para efectuar una reseción más amplia por lo cual el paciente fue trasladado a Buenos Aires.

2 de febrero de 1982: Reoperación: Al levantar la plaqueta la duramadre está a tensión elevada. Se la abre y aparecen las circunvoluciones temporales edematosas pero sin signo de tumor superficial. Se efectúa una amplia reseción de los 2/3 anteriores de lóbulo temporal que en profundidad llega por debajo de la ínsula, cuyos vasos son respetados. El tumor subcortical tiene 2 zonas diferentes, una fibrosa y otra más blanda y celular. El doctor C. está presente y efectúa un estudio anatomopatológico inmediato informando que se trata de un Glioblasto-Astroblastoma (es decir, que el tumor es más maligno que antes). Hemostasia perfecta. Plástica con periostio y facia para cerrar la duramadre. Cierre con planos sin drenaje.

Postoperatorio: Bueno. El paciente está despierto. Comienza a levantarse a los 5 días aunque está débil. Se retira del sanatorio al 6° día.

Informe histopatológico: doctor C.: Astroblastoma cerebral con zonas de glioblasoastroblastoma con seudorrosetas y áreas de necrosis. Áreas peritomorales con gliosis reaccional intensa y marcada neoangiogénesis (febrero 5-1982).

11 de febrero de 1982: El padre trae una T.C. hecha ayer, que muestra a nivel de la zona operada, una parte profunda que toma el contraste y que puede corresponder a tumor o a cerebro congestivo. Hay además intenso edema hemisférico y todo ello produce franco efecto de masa.

Llama la atención todo esto ya que en la operación la reseción fue sumamente amplia (unos 60 cc o más de tejido) y además había quedado vacía toda la mitad anterior de la fosa temporal. El paciente está decaído, se orina sin darse cuenta y duerme la mayor parte del tiempo según el padre. No ha tenido convulsiones. Está con 3 Hepamín. Se indica Duodecadrón 1 amp. c/4-5 días y 1 Laxis a la mañana día por medio. Repetir la T.C. dentro de un mes. Hacer quimioterapia.

19. El consultor técnico médico de la parte demandada, en su informe de fs. 412/416, ha aclarado algunas expresiones de esa historia clínica que no se presentan como de fácil significado, circunstancia por la cual, a los fines de una mejor ilustración del Tribunal, conviene dejar constancia de las mismas.

Así, en lo referente a las drogas anticonvulsivantes que se le suministraron al causante en los primeros síntomas, se aclara que se trata de drogas "antiepilépticas", al igual que las crisis de tipo "comicial", son convulsiones de tipo epiléptico. Lo mismo sucede cuando se aclara el significado de la expresión "astroblasto-astrocitoma" con la equivalencia de tumor maligno del tejido nervioso.

Además el experto hace hincapié en la circunstancia de que un mes antes de suscribir la Declaración de Salud, se le efectuó una tomografía computada cerebral en la que se verificaban alteraciones compatibles con cierta recidiva del tumor primitivo.

Termina el perito manifestando sobre este aspecto de la cuestión que es evidente que Jorge Risso Patrón pudo y debió haber consignado en su Declaración de Salud toda esa sintomatología convulsiva, el estar bajo tratamiento con cobaltoterapia y altas dosis de medicamentos y, prueba evidente de la reticencia, es que ha respondido en forma negativa a la pregunta si se encontraba bajo tratamiento médico en ese momento.

La parte actora, a fs. 455/456, ha impugnado el informe del consultor técnico médico de la demandada, fundando sus observaciones en la circunstancia de que ésta ha actuado con culpa en la concertación del seguro, consistente en no haber requerido la historia clínica que ahora se utiliza del doctor C.; no haber oportunamente solicitado un informe a los médicos tratantes del solicitante, cuyos nombres y direcciones fueron anoticiados por aquél (a pesar de que la Compañía se encontraba expresamente autorizada); no citar fehacientemente al interesado para someterlo a examen médico; no cotejar ambas Declaraciones de Salud (la de octubre 15-1980, se encontraba en poder de la Aseguradora) y no contar la misma con un registro adecuado y exigible en razón de su condición de asegurador de vida, profesional.

También se ataca el informe presentado, porque el profesional que lo suscribe, no puede sino ser interesado por su participación personal en los hechos omisivos, descriptos precedentemente. Su carácter de agente culposo, le quita la objetividad y prescindencia exigible a un perito, aunque fuese de parte, por la carencia de imparcialidad necesaria para cumplir su cometido.

La circunstancia de que se impugne el informe a que nos estamos refiriendo, es que se ha tomado especial cuidado de transcribir en detalle la historia clínica del doctor C., en cuanto ella ayuda notablemente a establecer la veracidad o falsedad de la Declaración de Jorge Risso Patrón de fecha 27 de abril de 1981.

En lo relativo a las objeciones fundadas en la culpabilidad de la entidad que la parte actora le atribuye a la Compañía de Seguros y a su médico asesor, serán materia de especial consideración en los considerandos siguientes, cuando esa cuestión se estudie a la luz de lo informado por los peritos actuarios designados.

20. La perita actuaria, única de oficio, y el actuario consultor de

la actora, presentan su informe a fs. 380/387; en el que luego de sostener que el causante no tenía conciencia de su gravedad o que esa gravedad lo ponía en peligro de muerte; agregan: "Lo que sabía el causante, le fue declarado a la aseguradora y como exteriorización de su voluntad informativa; no pueden desvincularse una y otra declaración; pues para su autor no podía ser más que una adicional a la primera".

Fundamentan los peritos tal conclusión en diversas consideraciones que corren de fs. 381vta./383vta.; a saber:

a) No haber sabido el occiso que la primera solicitud no había sido aceptada por la aseguradora;

b) Que se trataba de la misma clase de seguro, con la misma compañía y accediendo al mismo tipo de operación;

c) Que el asegurador pierde el derecho de alegar la reticencia cuando acepta las respuestas incompletas del asegurado;

d) Si el asegurado no responde a una pregunta explícita y el asegurador concluye igualmente el contrato, se puede considerar que él no ha atribuido valor a la circunstancia a que se refería la pregunta;

e) La declaración hecha por el proponente debe tenerse en cuenta en su conjunto, y una declaración incompleta sobre una circunstancia en particular, puede quedar integrada por otra;

f) La aseguradora contaba con los elementos y los medios, dirección del médico de cabecera, Declaración de Salud anterior, del 15 de octubre de 1980 y la posibilidad de realizar una revisación médica adecuada, más constar en la misma; haber sido intervenido quirúrgicamente;

g) La presunta nota de la Aseguradora datada el 23 de febrero de 1981, por la cual se habría citado al causante a una revisación médica es inoponible, pues sólo se ha exhibido una fotocopia, sin que conste dónde fue diligenciada ni a qué persona, ni en qué tiempo, ni por qué medio, no resultando tampoco de la compulsa de la causa, si Círculo Cerrado S.A. de Ahorro para Fines Determinados notificó al causante.

21. Plus Ultra, impugnó la pericia actuarial a fs. 436, en los aspectos a que se refiere el apartado anterior, sobre la base de que los argumentos de los expertos mantienen un sesgo dirigido exclusivamente a calificar una supuesta negligencia de la demandada y al esfuerzo manifiesto de intentar fundar en derecho la procedencia de la demanda; agregando: "Es obvio, señor juez, que la decisión acerca de la aplicación del derecho a las circunstancias del caso, es exclusiva competencia de V.S. y en cambio los expertos designados debieron remitirse a la consideración de los hechos probados en función de la existencia o no de la reticencia maliciosa según las normas técnicas de su profesión, y la realidad del mercado asegurador nacional, atento lo dispuesto por el art. 5° y concs. de la ley 17.418".

Sobre esta misma cuestión vuelve la apelante en su escrito de queja a fs. 508/509, insistiendo en que la primera solicitud datada el 15 de octubre de 1980, correspondía al Plan de Ahorro Grupo 4, solicitud 1369, y en cambio la segunda Declaración de Salud, fue presentada por el causante con relación al Grupo 51, orden 30. Adiciona la recurrente como evidencia de la mala fe del causante la siguiente: En la primera solicitud, Jorge Rizzo Patrón, consignó poseer cédula de identidad 3.597.660; y en la segunda declaración, consignó su libreta de enrolamiento 5.612.490; es decir, trató de confundir al asegurador indicando otro documento de identidad distinto al anterior con el único propósito de que la primera solicitud –cuyo seguro no prosperó- no fuera fácilmente localizada.

21bis. Las anteriores manifestaciones de los peritos actuarios obligan a este Tribunal a ahondar en lo relativo al llamado "juicio de peritos", al que se refiere el art. 5° de la ley 17.418. Igual sucede respecto del informe del perito médico de oficio, de fs. 371/372 y del producido por el consultor técnico médico de la parte actora, de fs. 373 y sigtes.

El tema tiene una gran importancia en la dilucidación de estos autos, porque el *a quo*, después de sostener que la clara disposición que contiene el art. 5° de la ley citada (para el juzgamiento de la reticencia), constituye una "prueba legal"; a fs. 483vta., dice: A la pericia médica de fs. 371 apoyada por el consultor de la parte actora se une la pericia actuarial de fs. 380, también apoyada por el consultor de la parte accionante, en ambos casos con la disidencia de los consultores de la parte demandada. Las precisas conclusiones de los dos dictámenes mayoritarios deciden la suerte de este caso, en cuanto a que Jorge Risso Patrón no incurrió en reticencia, ni culpable ni dolosa y las impugnaciones vertidas en los escritos de fs. 389 y 435 resultan inaudibles en tanto tratan de conmover las conclusiones técnicas de una pericia con fuerza de prueba legal, porque la apreciación de la trascendencia queda librada al juicio de peritos y ésta es una prueba, ineludible, decisiva, insustituible, irremplazable e indispensable (conf., Morandi, "Estudios de Derecho de Seguros", p.255) y en autos no ha estado en juego la prueba de la existencia de la reticencia, y por lo demás, los dictámenes periciales no aparecen afectados por vicios procesales, ni la parte demandada los ha cuestionado desde ese ángulo.

22. A título de avance manifestaré a este acuerdo que estamos celebrando, que el juez de grado al recoger una frase que me pertenece, incluida en uno de los trabajos que comprenden mis "Estudios de Derecho y Seguros", Buenos Aires, 1971, p.255, lo ha hecho de una manera desacertada, porque cuando allí me refiero a que la trascendencia de la reticencia queda librada al juicio de peritos, lo he hecho en el único sentido que da margen el texto de la ley, o sea, si a juicio de peritos el verdadero estado del riesgo hubiese impedido el contrato o modificado sus condiciones.

No pensé que tal expresión pudiera ser interpretada en el sentido de que los peritos pudiesen expedirse de manera ineludible, decisiva e insustituible, acerca de si las circunstancias del caso habían configurado o no una reticencia culposa o dolosa, cuestión que en mi concepto, es ajena a los peritos, y reservada al juez de la causa.

Pero aún en el supuesto de que por las preguntas que formaron el pliego sometido a su consideración, los expertos hubiesen considerado que debieron adentrarse en los vericuetos propios como para opinar sobre si el asegurado incurrió o no en reticencia dolosa o culposa, o si la Compañía se condujo culposamente a la contratación del seguro, al no pedir una ampliación de las respuestas dadas en la Declaración de Salud del proponente; es lo cierto que no me cabe duda alguna, que la opinión de los peritos en estos aspectos que se analizan, no obliga a este Tribunal, y, su dictamen puede no ser acogido por el juzgador, ya que puede apartarse de él cuando merezca observaciones a la luz de las "reglas de la sana crítica" tal como resulta de lo anteriormente expuesto.

23. El art. 5° de la ley 17.418, tuvo como fuente directa el art. 498 del cód. de com. de 1889, el que a su vez lo tomó del art. 640 del cód. de com. de 1862, que adoptó el código de comercio de 1859, para la Provincia de Buenos Aires; siendo sus fuentes el código de comercio de Portugal, en sus arts. 1677 y 1678 (Alcorta, "fuentes y Concordancias del Código de Comercio", Buenos Aires, 1887, p. 205).

Ahora bien, este precepto que cuenta con tal prolongada prosapia dentro de nuestra legislación mercantil, solamente deja librado al juicio de peritos, con el carácter de "prueba legal", la circunstancia de si los hechos cuya reticencia o falsa declaración invoca el asegurador, hubiesen impedido el contrato o modificado sus

condiciones.

Tanto es así, que si la reticencia imputada por el asegurador, aún comprobada suficientemente con otras pruebas rendidas adoleciese del juicio de peritos, apreciando su trascendencia e importancia para la celebración del contrato, en la forma predicada en el párrafo anterior, se sacaría al seguro en este punto capital, del sistema expresamente implantado por la ley (ver, CNCom., sala E, *in re* "Casaglia, Pedro A. c. Betania Cooperativa de Seguros s/sumario", sent. De julio 25-1984, con voto en primer término del doctor Guerrero, en Rev. Jur. del Seguro la Emp. y la Resp.", núm. 6, p. 257 y sigtes.).

Es sobre este punto que el dictamen pericial es "indispensable" y "no" puede ser sustituido por otros medios de prueba admitidos por la ley ritual (ver en igual sentido, Fernández "Código de comercio Comentado", Buenos Aires, 1961, t.II, p.430; Zavala Rodríguez, "Código de Comercio", Buenos Aires, 1959, t. II, p. 371; Obarrio, "Curso de Derecho Comercial", Buenos Aires, 1898, t. II, p.66; Malagarriga, "Código de comercio Comentado", Buenos Aires, 1918, p. 105 y sigtes; ídem, ob. cit., t. III, p. 428; Castillo, "Curso de Derecho Comercial", Buenos Aires, 1937, t. IV, ps. 25 y 26; Halperín, "análisis de una crítica", DJA, de mayo 24-1968; Díaz de Guijarro, "La prueba pericial de la reticencia en los contratos", JA, 49-645; Torres, "el informe pericial de la reticencia", "Revista Seguro y Capitalización", Buenos Aires, octubre-noviembre, 1941, t. IX, núm. 98, ps. 33 a 36; también, Morandi, "El riesgo en el contrato de seguro", Buenos Aires, 1974, p. 140 y sigtes. y jurisprudencia citada en nota 182).

Pero debe quedar perfectamente en claro, que los "hechos" que acreditan los antecedentes materia de la reticencia o de la falsedad, pueden ser probados por "todos" los medios de prueba admisibles en derecho, y, si eventualmente los peritos proceden a la apreciación de esos hechos, más allá de los estrechos límites que les fija la ley, la prueba pericial en lo restante, puede ser analizada por el juez de acuerdo con las "reglas de la sana crítica".

23bis. Cabe recordar, a mayor abundamiento y en lo que es materia de tratamiento en el anterior apartado, que las afirmaciones de los peritos en todo aquello que no es asunto propio de la "prueba legal", puede dar lugar a un apartamiento por el Juzgador.

Tal lo dispone expresamente el art. 386, del cód. procesal, cuando alude a las "reglas de la sana crítica", las que aún no definidas en la ley, suponen la existencia de ciertos principios generales que deben guiar en cada caso la apreciación de la prueba, y excluyen por ende, la discrecionalidad absoluta del sentenciante.

Se trata, por un lado, como bien dice Palacio, ("Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, 1967, t.IV, p.415) de los principios de la lógica, y por otro, de las máximas de experiencia. Es decir, de los principios extraídos de la observación del corriente comportamiento humano, y científicamente certificables, actuando ambos respectivamente, como fundamentos de posibilidad y realidad.

Sobre este particular, enseña Couture, a quien se le deben importantes trabajos en la materia, que las reglas de la sana crítica, son ante todo las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas, intervienen las reglas de la lógica con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas ("Fundamentos del Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, 1942, p. 270, núm. 171; y "Estudios de Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, 1978, t.I, p. 318 y sigtes., y t. II, p. 181 y sigtes.: en similar sentido, Sentis Melendo, "La prueba", Buenos aires, 1976, p. 272 y sigtes.).

En consecuencia, por categórica, mayoritaria, o, eventualmente unánime, que sea la opinión de los peritos, ésta carece de valor vinculante para el órgano judicial, el que puede apartarse de sus conclusiones con la apoyatura de razones serias; es decir, con fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión de los

expertos no corresponde que sea acogida a través de una simple operación aritmética.

23ter. Analizados desde este punto de vista los informes periciales producidos en estos autos, nos encontramos con los siguientes resultados:

a) El perito médico, único de oficio, en su informe corriente a fs. 371, al contestar el punto 4 del cuestionario de la demandada, de fs. 314vta. que dice: "Si puede caber alguna duda razonable sobre la relación de causa efecto entre la enfermedad del causante que él sitúa el 15 de agosto de 1980 y su desenlace fatal el 17 de abril de 1982, teniendo en cuenta los elementos tecnicomédicos agregados a los autos", contestó: "Se considera que la causal de muerte está en directa relación con la enfermedad que padecía el extinto Jorge Risso Patrón (el subrayado me pertenece).

Posteriormente, cuando se le interroga en la pregunta 5ª , "Si tomando en cuenta la omisión que el extinto hace en su declaración del 27 de abril de 1981, el riesgo de que se trata, a juicio de los peritos hubiera resultado aceptable para la Compañía Aseguradora dentro de sus prácticas habituales y las normales del mercado o por el contrario no hubiera aceptado ni emitido el seguro correspondiente, ni siquiera con una prima especial"; el perito médico, único de oficio, a fs. 371vta., respondió lo siguiente: "De lo que se desprende de la Declaración de Salud del 27 de abril de 1981 el extinto Jorge Risso Patrón no realiza ninguna omisión lo que sí no realiza es un informe detallado de su enfermedad. Si hubiera sido detallada, *seguramente* la compañía de seguros no hubiera aceptado sin revisación médica la emisión del seguro" (el subrayado me pertenece).

La sola lectura de las dos contestaciones dadas por el perito médico, a los puntos sometidos a su consideración, permiten determinar algunos aspectos que, a los fines de la calificación de la conducta seguida por el asegurado, tienen una importancia básica, en nuestra opinión.

En primer lugar, lo vinculado con la "relación de causalidad" existente entre la enfermedad que padecía Jorge Risso Patrón y su muerte. En segundo término, que si la entidad aseguradora hubiese sido cerciorada en detalle sobre dicha enfermedad, "...seguramente...no se hubiera aceptado sin revisación médica la emisión del seguro".

Lo informado por el perito sobre este último aspecto, es lo que constituye la materia propia de la prueba legal; pero no todo aquello sobre lo que informa en cuanto a si Jorge Risso Patrón omitió circunstancias o no, o si como allí se dice, el asegurado no hizo omisiones, si bien lo que no realizó fue un informe detallado de su enfermedad.

Analizando esta contestación, la misma entraña en mi concepto, una contradicción, porque al considerar el perito que el declarante no efectuó un informe detallado de su enfermedad, según se le pregunta en el cuestionario, ello de por sí, entraña una ocultación reticente.

Debe tenerse en cuenta –como se ha dicho anteriormente-, que cuando se le preguntó al declarante si "ha sufrido algún malestar físico o enfermedad; y en caso afirmativo indique cuáles y en qué fecha", la simple respuesta: "si", "intervención quirúrgica 15 de agosto de 1980", implica una ocultación manifiesta y reticente.

En efecto, antes del 27 de abril de 1981, el causante había sufrido los malestares físicos y la enfermedad de que da cuenta la historia clínica del doctor C., que para mejor ilustración de este acuerdo se ha incluido en el consid. 18, que abarca un largo período que se extiende desde el 29 de abril de 1980, hasta la declaración fechada el 27 de abril de 1981, con problemas en el enfermo de olfato y respiratorios, estado confusional, crisis de tipo epiléptico (hasta 7 veces por día); leve paresia facial izquierda; restricción hemianópsica en hemicampo izquierdo; tratamiento con radioterapia con acelerador lineal; permanente ingestión de

anticonvulsivos; mareos; restricción campimétrica temporal superior para el ojo izquierdo. A todo lo cual se agrega, la craneotomía que se le practicó el 15 de agosto de 1980, para la extracción de un "tumor en el cerebro".

Resulta para mí evidente, que aún cuando por vía de hipótesis se aceptase que Jorge Risso Patrón no sabía la rapidez de la evolución de su enfermedad y de su malignidad, él fue reticente y malicioso al ocultar los "malestares" que se han detallado y que no le podían ser ignorado bajo ningún concepto.

b) Pasando ahora a estudiar el informe del consultor técnico médico de la parte actora, con respecto a las dos preguntas que se han meritado bajo *sub* a *retro*, nos encontramos con que el experto según surge de fs. 375, y con relación a la pregunta 4ª , considera que "no cabe duda alguna" sobre la relación de "causa efecto" entre la enfermedad del causante, que él sitúa el 15 de agosto de 1980 y, su desenlace fatal el 17 de abril de 1982, teniendo en cuenta los elementos técnicomédicos, agregados a estos autos.

En lo que se refiere a su respuesta al punto 5, el experto considera que Jorge Risso Patrón, "no omitió" como se pregunta, llegando a la conclusión de que si las respuestas fueron veraces, fueron insuficientes y requerían un pedido de aclaración por parte de la Compañía.

Pero dejando para luego lo que se vincula con el comportamiento de la Compañía de Seguros, en la emergencia (es decir, si debió pedir o no explicaciones y practicar una revisación médica), la insuficiencia en las respuestas del asegurado, frente al conocimiento que tenía de sus malestares, es configurativa de un ocultamiento manifiesto y reticente.

Además, este consultor técnico de la actora, no contesta categóricamente lo que se le pregunta, porque cabe aclarar suficientemente, que no está en juego si la solicitud firmada por el causante, "requería un pedido de aclaración" por parte de la Compañía, sino algo muy concreto, cual es, si de haber conocido el asegurador las reales circunstancias que hacen a las contestaciones insuficientes; es decir, las circunstancias no declaradas, éste habría hecho o no el seguro, o lo habría hecho en otras condiciones.

Dice el experto, que la sola declaración insuficiente del causante, de por sí no justificaría que el riesgo fuese rechazado y sería injusto tarifar con extraprimas o rechazarlo o aceptarlo por pura presunción del médico examinador.

Tampoco esta respuesta satisface el requerimiento que se le formuló al experto, porque no se debate en estos autos si la declaración efectuada por el asegurado de por sí justificaba o no su rechazo, tal como fue formulada, sino si la entidad aseguradora en conocimiento de los malestares que sufría y había sufrido el asegurado, y que éste conocía pero no declaró, habría rechazado el riesgo o lo habría cubierto en otras condiciones.

Debe advertirse que este experto a fs. 375, al contestar la pregunta 3ª (que dice: Si el diagnóstico inicial de la enfermedad que fue causa eficiente del fallecimiento de Jorge Risso Patrón ocurrido el 17 de abril de 1982 se tradujo en hechos y padecimientos que el extinto no pudo ignorar desde su origen hasta su muerte, aunque no tuviera conocimiento científico de la índole diagnóstica y pronóstica de su enfermedad), manifestó: "Aparentemente, por las constancias, el diagnóstico primero fue de disrritmia cerebral, que puede ser dada por un proceso tumoral que irrita, pero que el vulgo traduce como epilepsia. El diagnóstico se hizo en base a la tomografía pedida por el doctor C. y con el hallazgo y extirpación del tumor cerebral. El electroencefalograma efectuado el 4 de julio de 1980 y la medicación anticonvulsivante induce a pensar que el diagnóstico médico era el de epilepsia (aura, crisis convulsivas, sueño). Por ello opinamos que *su enfermedad se tradujo en hechos y padecimientos,* inclusive la intervención quirúrgica, *de importancia*, y que además tuvieron períodos de mejoría (ver, historia clínica, doctor C.) evidentes" (el subrayado nos pertenece).

Pues bien, si los hechos y padecimientos fueron de importancia, según el experto, no debieron ser omitidos por el asegurado, y aquél debió contestar al responder el punto 4 del cuestionario, a fs. 375, si la entidad aseguradora, en conocimiento de esos hechos y padecimientos, habría o no hecho el seguro, o lo habría efectuado en otras condiciones. Y sobre este aspecto concreto, el consultor técnico médico de la actora, no se ha expedido.

Termina el experto a fs. 377, comentando palabras de Lían Entralgo, quien al hablar de la personalización del cuerpo enfermo, dice: "Yo tengo lo que siento" o "Yo soy lo que siento", llegando a esta conclusión: "No es aventurado afirmar que Jorge Risso Patrón dijo el 27 de abril de 1981, lo que él sentía".

Esta referencia es precisamente la que me lleva a una conclusión contraria a la sostenida por el consultor técnico médico de la actora, porque según el interrogatorio que se le formuló al asegurado, fechado el 27 de abril de 1981, no sólo se le pidió lo que él sentía a esa fecha, sino lo que él había sentido (utilizo aquí las mismas palabras y el mismo verbo que utilizó el experto), y en este aspecto el asegurado fue reticente y malicioso en su contestación.

c) El consultor técnico médico, de la parte demandada, cuyo informe obra a fs. 412/416, al contestar la pregunta 4ª (ver, *sub* a *retro*), dice lo siguiente: "El suscripto no tiene ninguna duda sobre la relación causa efecto entre su cáncer y su muerte acontecida el 17 de abril de 1982". En este aspecto coincide con el informe del perito médico, único de oficio, y el consultor técnico médico de la parte actora.

Mas luego, al evacuar la pregunta 5ª (ver, *sub* a *retro*), expresa: "Como ya se ha mencionado todos los manuales de clasificación consideran que con un diagnóstico como el del extinto, no es aceptable el riesgo como para un seguro de vida". Esta respuesta coincide sustancialmente con la dada a ese mismo punto de pericia, por el perito médico único de oficio, a fs. 317vta.

d) Pasando ahora a las pericias actuariales, se estudiará en primer lugar la producida por la perita actuaria y el actuario consultor de la parte actora, que corre a fs. 380/387, y que fuera presentada en conjunto.

Los peritos evacuan los puntos 4 y 5 del interrogatorio de fs. 314 vta., los que han sido transcriptos, *sub* a *retro*.

Sobre la relación causa efecto la enfermedad del causante que él sitúa el 15 de agosto de 1980 y su desenlace fatal el 17 de abril de 1982, los peritos manifiestan que actuarialmente corresponde informar que el causante suministró toda la información necesaria para que la Aseguradora pudiese formar una representación exacta del riesgo. Agregando: "La evolución posterior de la enfermedad no tiene ninguna trascendencia; si la Aseguradora tuvo la oportunidad mencionada (ver cap. II del informe)".

Si bien consideramos que la materia contenida en la pregunta, es propia de la incumbencia de los peritos médicos, la respuesta no hace siquiera alusión a la coincidencia que sobre el punto manifiestan los tres galenos: el perito médico, único de oficio; el consultor técnico médico de la actora, y el consultor técnico médico de la demandada.

Discrepo con los peritos actuarios en el sentido de que con la simple información del causante suministrada a través de la declaración fechada el 27 de abril de 1981, la Aseguradora pudo formarse una representación exacta del riesgo, cuando han faltado requisitos básicos para poder establecer la peligrosidad del evento cuya cobertura se requería a través de la solicitud.

En cuanto a la remisión que se hace al cap. II de la pericia, ésta no ayuda en la contestación a la pregunta, ya que se refiere a otros aspectos que nada tienen que ver con lo que se interroga. Tanto el tema acerca de "si la Aseguradora ha sido cerciorada del verdadero estado del riesgo" (letra A); como el siguiente ítem, sobre, "Si el causante declaró falsamente u omitió circunstancias conocidas" (letra B), y

los que a continuación se desarrollan bajo el título: "Si hubo culpa de la Aseguradora" (letra C), y "Si la Aseguradora impugnó el contrato dentro del plazo legal" (letra D), se vinculan con cuestiones que no guardan relación con la pregunta, razón por la cual considero que la respuesta, concreta al punto de pericia, ha quedado soslayada por los expertos con una contestación y remisión que no satisfacen el interrogante que se les formuló.

Pasando ahora a la pregunta 5ª (ver *sub* a *retro*), vinculada con la trascendencia e importancia de la reticencia, los peritos a fs. 387, dicen lo siguiente: "No puede considerarse que la Declaración de Salud del 27 de abril de 1981, haya incurrido en ninguna omisión. La aseguradora ha sido cerciorada del verdadero estado del riesgo (ver cap. II, letra A de este informe); el causante no declaró falsamente ni omitió circunstancias conocidas (ver cap. II, letra B) y, la Aseguradora actuó con culpa (ver cap. II, letra C)".

Ninguna de estas referencias y remisiones contesta la pregunta que contiene el *quid* sobre el cual los peritos han debido expedirse concretamente, sobre todo tratándose de actuarlos, para que su informe pueda ser calificado como "prueba legal", en los términos del art. 5° de la ley 17.418.

Es decir, se omite responder el objeto básico y fundamental que persigue el interrogatorio a saber, si el asegurador hubiese conocido el verdadero estado del riesgo no hubiese hecho el seguro o hubiese modificado sus condiciones.

Todo lo relativo a si en la Declaración de Salud que el causante hizo con fecha 27 de abril de 1981, éste incurrió o no en alguna omisión, no hace a la prueba legal, y si bien los peritos pueden haber hecho conocer su parecer sobre esos particulares, su informe sobre los mismos no obliga al juez, y como tales deben ser analizados según las reglas de la sana crítica.

e) El actuario consultor de la demandada, se expide a fs. 430/432, manifestándose sobre la importancia del verdadero estado del riesgo del causante, respecto del que éste declaró en su Solicitud del 27 de abril de 1981, y con relación a los malestares y padecimientos por él sufridos y conocidos al momento de suscribir aquélla; dijo:

*) Las conclusiones a que arriba el asesor médico de la accionada demuestra que el asegurado debía conocer cabalmente su estado de salud, lo que no fue manifestado en su declaración de fecha 27 de abril de 1981.

*) Ello constituye reticencia a los efectos de la aceptación del riesgo, teniendo en cuenta los principios básicos sobre "selección de riesgos" y "aplicación de primas" en la contratación de seguros de vida.

*) La enfermedad padecida por Jorge Risso Patrón hacía que técnicamente el riesgo *debía ser rechazado*, conforme con los manuales de selección de uso.

*) El caso de autos, está comprendido en lo preceptuado por el art. 5° de la ley 17.418, al haber incurrido el causante en reticencia, la que puede calificarse de maliciosa, si se tiene en cuenta la Declaración de Salud que éste hiciera con fecha 15 de octubre de 1980.

Ahondando ahora en las manifestaciones del experto, individualizadas precedentemente en los consids. 2° y 3°, que son los que abordan los aspectos que especialmente interesan para satisfacer la materia propia del "juicio de peritos", a que se remite el art. 5° de la ley de seguros; debe ponerse el acento en algunos aspectos que se consideran básicos para la dilucidación del asunto que nos ocupa.

Cabe referirse fundamentalmente a la explicación que se efectúa a fs. 430, en cuanto a que las primas previstas por la tarifa de una compañía de seguros de vida sirven en la *suposición de que el asegurado tenga una mortalidad normal.*

Si éste no es el caso, habrá que *compensar* de alguna manera el riesgo más

elevado que corre la Compañía, *siempre que no sea un riesgo no asegurable.*

Agrega el actuario, formulándose la pregunta acerca de qué se entiende por mortalidad normal, que es la que surge de la Tabla de Mortalidad confeccionada por los actuarios en base a vidas aseguradas (carteras de compañía de seguros), las que han sido aceptadas previos requisitos médicos de selección. Se las denomina también "Tablas Selectas".

Son estas tablas las que usan las entidades aseguradoras del mundo, en la Argentina, con la aprobación de la Superintendencia de Seguros de la Nación (arts. 23 y 24, ley 20.091 [ED, 46-1264]).

Añade el experto que cada día llegan a las oficinas de las compañías de seguros de vida, determinado número de propuestas acompañadas de los respectivos informes médicos y, en caso preestablecidos, simples Declaraciones de Salud. Procede *examinar cuidadosamente* estas propuestas. Hay que *estudiar* las Declaraciones de Salud y los informes médicos, y separar los casos que sin duda son aceptables a tarifa de prima normal. Los demás en principio, se consideran riesgos "tarados".

Anexiona el actuario de la demandada, que analizados estos riesgos tarados y sometidos al médico revisor de la Compañía, éstos serán tarifados por un especialista en razón de los problemas que plantean: selección, tarifación y compensación.

En realidad, determinado número de estos riesgos serán finalmente considerados como normales y aceptados sin sobreprima; otros, lo serán como sobreprima por vida, otros con sobreprima temporaria, y, en fin, otros, *no podrán ser asegurados ni con extraprima alguna y por tanto serán rechazados por no asegurables* (los subrayados precedentes de este punto e, me pertenecen).

He tomado esta parte del informe del actuario de la demandada, porque en mi concepto explica correctamente el proceso que se sigue no sólo en la confección de la Tabla de Mortalidad y en la preparación de la Tarifa, sino que ilustra además suficientemente acerca del comportamiento a seguir por el asegurador, sobre todo cuando en los seguros de vida, la contratación se hace sobre la base de una "Declaración de Salud", con prescindencia de la exigencia de una revisación del asegurable por el médico de la entidad aseguradora, así como de los exámenes radiográficos, de orina y sangre, etc., que tienden a evitar la antiselección de riesgos. Es decir, que puedan asegurarse riesgos "subnormales" a una tarifa inadecuada, o "riesgos inasegurables", que traerán como consecuencia que la hipótesis de la mortalidad prevista por la tabla, no coincida con la real o que se incorpore a la mutualidad de asegurados, un riesgo por el cual no se haya abonado el equivalente tarifario.

Sobre esta base el experto llega a la conclusión de que si Jorge Risso Patrón hubiese declarado el riesgo que se presenta con las características del que declaró el 15 de octubre de 1980, el asegurador no lo hubiese cubierto, ya que lo habría rechazado.

24. Compulsando ahora la opinión de todos los expertos en lo que se vincula con lo que es materia de la "prueba legal", a que se refiere el art. 5° de la ley 17.418, y en lo relativo al conocimiento del asegurado respecto de su enfermedad, padecimientos y malestares así como en lo que se relaciona con el nexo causal entre la enfermedad padecida por el causante y la que originó su muerte, y en cuanto a la valoración de su comportamiento en la emergencia, llegó a las siguientes conclusiones:

a) El asegurado Jorge Risso Patrón en su Declaración de Salud fechada el 27 de abril de 1981, incurrió en reticencia según la calificación del art. 5° de la ley 17.418, y en el sentido de que si hubiese hecho conocer al asegurador el verdadero estado del riesgo, a través de su enfermedad, padecimientos y malestares sufridos y por él conocidos, aquél hubiese rechazado el seguro.

b) Su conducta en la emergencia ha sido maliciosa, incurriendo por tanto en reticencia dolosa y de mala fe, calificación que su comportamiento merece si se toman en cuenta la historia clínica del doctor C., los síntomas que éste había sufrido y no declaró, la Declaración de Salud que efectuara el asegurado el 15 de octubre de 1980, y su actuación en oportunidad de hacer la Declaración de Salud fechada el 27 de abril de 1981.

25. Corresponde estudiar ahora la manifestación de los peritos en el sentido de que la entidad aseguradora habría obrado con negligencia al no haber dispuesto en la oportunidad, ni una revisación médica (ver informe del perito médico, único de oficio), ni requerido un pedido de explicaciones al declarante (ver informe del consultor técnico médico, de la parte actora), ni solicitado la historia clínica del médico que lo atendía (ver informe de la perita actuaria, única de oficio, y del consultor técnico actuario de la accionante); razón por la que habría perdido su derecho de alegar la reticencia del asegurado.

Considero que este asunto debe ser enfocado desde distintos ángulos, para tener una idea acabada del mismo, en cuanto a su incidencia sobre el resultado definitivo del pleito.

26. En primer lugar, en lo relativo a la posible vinculación existente entre las declaraciones del 15 de octubre de 1980 y del 27 de abril de 1981.

Al desarrollar los consids. 12 y 15, *retro*, de este mismo voto, he adelantado las razones que me llevan a sostener (a diferencia de lo alegado por la accionante y los peritos médicos), que ambas declaraciones no tienen carácter adicional o complementario (ver, afirmación de la actora, punto 3°), porque una u otra, sirven a dos contratos distintos de ahorro y préstamo, y además, porque el asegurado tomó la precaución para que esas declaraciones "no" pudiesen conectarse. Así, en ambas se mencionan distintos documentos de identidad (cédula de identidad y libreta de enrolamiento), lo mismo con el lugar en que aparecen redactadas (Buenos Aires y Mar del Plata) a lo que hay que agregar, la diferente letra utilizada (trazo corrido y letra de imprenta).

Pero no obstante lo expuesto, que en mi concepto ratifica la calificación que hemos dado a la reticencia incurrida por el asegurado en su Declaración de Salud fechada el 17 de abril de 1981, estimo conveniente, para un mayor esclarecimiento de la cuestión, traer a colación una afirmación de los peritos actuarios, tendiente a argumentar a favor de la relación existente entre ambas declaraciones, aludiendo al hecho de que Jorge Risso Patrón, licitó el 7 de mayo de 1981, las cuotas correspondientes a la Solicitud del contrato de Ahorro Previo, individualizado con el N° 1369, Grupo 4, de Círculo Cerrado, S.A. de Ahorro para Fines Determinados.

Razonan los peritos actuarios que el causante no tuvo en mira prevalerse del primer contrato de seguro para suplantar el pago de las cuotas convenidas con Círculo Cerrado, S.A. de Ahorro para Fines Determinados, pues en el supuesto de una verdad contraria –así se expresan los expertos-, no habría licitado y, esta licitación, es coetánea con la segunda solicitud a la cual la entidad aseguradora atribuye reticencia.

Sin embargo, tal argumento no resuelve el porqué el causante abandono el trámite tendiente a concretar su primer seguro, hasta que licitó las cuotas 28 a 40; quedando en pie lógicamente mi convicción de que Jorge Risso Patrón conocía ya que era requisito ineludible para obtener la cobertura del primer seguro, la verificación médica que daría necesariamente un resultado negativo a su propuesta; circunstancia por la cual trató de soslayarla.

También corresponde hacer constar, como elemento coadyuvante de la falta de conexión entre ambas Declaraciones de Salud (de octubre 15-1980 y la de fecha abril 27-1981), que esta última (es decir la segunda), correspondió al contrato de ahorro previo que el causante solicitó a Círculo Cerrado, S.A. de Ahorro para Fines Determinados, el 20 de mayo de 1981 (bajo el N° 04537, Grupo 51, Orden 30); es

decir, con posterioridad a la licitación del 7 de mayo de 1981, relativa al contrato 1369, Grupo 4, aludido anteriormente.

La consideración de las fechas puede tener importancia a los fines de lo que se viene sosteniendo, en cuanto a que ambas Declaraciones de Salud no pueden en manera alguna conectarse (como lo sostienen los peritos) porque la segunda, que lleva fecha 27 de abril de 1981 ingresó recién a Círculo Cerrado, S.A. de Ahorro para fines Determinados, el 20 de mayo de 1981, cuando ya ningún interés existía respecto de la Declaración de Salud del 15 de octubre de 1980, porque el contrato de ahorro previo al que se hallaba vinculado esta última, había sido objeto de la licitación del 7 de mayo de 1981.

Decae pues el argumento basado en la coetaneidad de ambas Declaraciones de Salud y el carácter adicional o complementario que la actora les atribuyó a fs. 179vta. (punto 3°), así como la alegada negligencia de la aseguradora, de no haber tenido en cuenta la Declaración del 15 de octubre de 1980, al darle curso a la de fecha 27 de abril de 1981.

27. Pasando ahora a estudiar la eventual negligencia de la Entidad Aseguradora, en haber admitido la Declaración de Salud del asegurado, fechada el 27 de abril de 1981, sin haber dispuesto previamente un pedido de explicaciones o bien una revisación médica, corresponde poner de resalto que este Tribunal no puede dejar de advertir la razonabilidad que tiene la explicación dada por Plus Ultra, a fs. 510vta./511, de su expresión de agravios, respecto de la multiplicidad de las operaciones que se concertan diariamente a través del sistema de ahorro previo, que obliga a las entidades aseguradoras a seguir un ritmo que se caracteriza por su gran celeridad, tanto en lo referente a la formación del Grupo Cerrado, como en cuanto a la emisión de la póliza que ampara a cada integrante; lo que si por una parte hace necesario excluir el examen médico en los seguros de vida concertados a esos fines; por otro, obliga a una mayor rigurosidad en la buena fe del asegurado, y a un cuidado más detallista de la Compañía de Seguros.

28. Pero aún colocándonos por vía de hipótesis en la situación de que la aseguradora frente a una Declaración de Salud como la fechada el 27 de abril de 1981, hubiese debido requerir explicaciones al asegurado, o bien al médico que lo atendía, o tendría que haber practicado al declarante una revisación médica; aún en ese caso, considero que la eventual negligencia de la Aseguradora no ha podido ser alegada con éxito en este juicio con el efecto de cubrir la malicia, el dolo y la mala fe del asegurado; y en el que surge una patente reticencia, como la precedentemente calificada, a través de la cual el asegurado logró concluir el seguro mediante engaño al asegurador.

29. En cuanto a la negligencia que la perito actuaria única de oficio y el consultor técnico actuario de la accionante, le endilgan a la Aseguradora respecto de que si hubiese contado esta última con un registro y archivo adecuados no le habría pasado inadvertida la primera Declaración del asegurado (se refieren los expertos a la de octubre 15-1980), en oportunidad de tramitar la fechada el 27 de abril de 1981, es extremo que no puede aceptarse, porque no se ha demostrado en los autos que la entidad tuviese obligación de llevar dicho registro y archivo, o bien que lo llevase y que hubiese incurrido en negligencia al llevarlo deficientemente o no haberlo consultado como correspondía a los efectos de no ser engañada mediante una Declaración de Salud que contaba con antecedentes sobre el asegurado en la misma compañía como para que ésta la hubiese rechazado de plano, o hubiese solicitado aclaraciones al asegurable, o lo hubiese sometido a un examen médico.

Todos estos extremos que los expertos invocan a favor de la posición de la parte actora, no alcanzan a desvirtuar las conclusiones a que hemos arribado precedentemente, en cuanto al comportamiento malicioso, doloso y de mala fe seguido por el declarante en oportunidad de concertar el seguro que diera lugar al

presente pleito.

Pero la insistencia expuesta por los peritos en el curso de estas actuaciones, hacen que considere necesario una mayor profundización respecto del tema de la buena fe en el seguro, que se entronca como una condición esencial para el correcto funcionamiento de todo el sistema asegurador.

30. Es sabido y repetido que la buena fe aparece, como factor primordial de las relaciones de asegurador y asegurado. Por ello si bien dicho principio gravita incuestionablemente sobre todo el campo de los negocios jurídicos, respecto del seguro, se ha sostenido desde siempre, que tiene una preeminencia que se ha traducido en el recordado aforismo, *uberrimae tona fidei*.

Personalmente me he esforzado en difundir la trascendencia de la buena fe en el ámbito del derecho comercial y en especial en el derecho de seguros, porque ella no puede faltar tanto en el asegurado, cuanto en el asegurador, al igual que debe presidir, el comportamiento del productor y del liquidador de seguros.

Pero centrándonos ahora en lo que aquí interesa, la exigencia de la buena fe se manifiesta en el seguro de una manera extrema y hasta podría decirse, de una manera desconocida en los demás contratos, ya que esa nota peculiar se expresa de modo dominante en el momento anterior al contrato; es decir, en el llamado período precontractual y cuando el asegurado todavía no lo es; ya que el asegurador tiene que "fiarse" del asegurado, al fijar las condiciones del contrato y el alcance de sus obligaciones, porque la estimación del riesgo, dependerá de las declaraciones que haga el asegurado, y sobre cuya exactitud la entidad aseguradora no puede comprobar por sí misma –dado el número enorme de propuestas de contrato-, que normalmente recibe.

No se trata de una obligación nacida de un contrato, puesto que éste no existe todavía. Es más bien una carga que impone la ley al asegurado y, como tal, no genera a favor del asegurador ninguna acción cuyo cumplimiento sea susceptible de ejecución forzosa, si bien la ley establece con toda precisión, como efecto jurídico, el de la nulidad *ex tunc* de la relación contractual (ver, Garrigues, "Estudios sobre el contrato de seguros", Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1968, N° 109/110, ps. 448/449; Sánchez Calero, "Efectos de la declaración inexacta del asegurado", cit., p. 57 y sigtes.; Reimer Schmidt, "Die Obliegenheiten", Karlsruhe, 1953, p. 132 y sigtes.; Donati, "Trattato", cit., t.II, ps. 386/388; Morandi, "Estudios", cit., p. 224).

Ahora bien, la ley 17.418, en su art. 5° -ya lo hemos dicho-, siguió a diferencia de las leyes más modernas, el criterio más severo, al considerar como causa de nulidad del contrato, aún la reticencia de buena fe, recogiendo en ese precepto el supuesto del puro error que consiste en la desarmonía entre la situación real del riesgo y la situación aparente, deducida de la declaración del asegurado, aunque éste no hubiese incurrido ni en culpa ni en mala fe.

Es en virtud de la estrictez de la ley, que ya se había advertido frente al art. 498 del cód. de com., derogado (similar al art. 5°, ley de seguros, en vigencia), que la doctrina y la jurisprudencia buscaron suavizar tal régimen legal, privilegiando a los contratantes que habían incurrido en reticencia de buena fe.

Todos los aspectos que señalan el perito médico, único de oficio, a fs. 372 y el consultor técnico médico, de la parte actora, a fs. 375 vta., y los actuarios, que se expiden a fs. 380/387, en el sentido de que el asegurador habría perdido su derecho de alegar la reticencia por su negligencia en la emergencia; no son argumentos que puedan funcionar, cuando la reticencia es, como en el presente caso, dolosa, maliciosa y de mala fe, según la he calificado precedentemente.

31. La liberación del asegurador en el supuesto de dolo, malicia y mala fe del asegurado, se presenta como una regla constante en la ley 17.418; así como la tendencia de una mayor benevolencia cuando existe buena fe.

Viene en ayuda de tal conclusión, lo dispuesto en numerosas disposiciones de

ese cuerpo legal.

Así el art. 6°, cuando en el caso de reticencia no dolosa, se admite en los seguros de vida, que el asegurado pueda "imponer" el reajuste del contrato al asegurador, cuando le fuere perjudicial y siempre que dicho reajuste fuese posible a juicio de peritos; y el contrato, según el verdadero estado del riesgo, se hubiera podido celebrar de acuerdo con la práctica comercial del asegurador.

También debe tenerse en cuenta que el art. 130, establece un plazo, vencido el cual, el contrato es incontestable para el asegurador, pero en los siguientes términos: "Transcurridos tres años desde la celebración del contrato, el asegurador no puede invocar la reticencia, excepto cuando fuese dolosa".

Lo mismo se advierte en el texto del art. 7°, referido a los seguros de vida, cuando el asegurado fuese de buena fe y la reticencia se alegase en el plazo del art. 5°, después de ocurrido el siniestro; la prestación debida "se reducirá" si el contrato fuese reajustable conforme con el art. 6°.

Debe tenerse particularmente en cuenta que, según la ley, si la reticencia fuese dolosa o de mala fe, el asegurador tiene derecho, incluso a las primas de los períodos transcurridos y del período en cuyo transcurso se invoque la reticencia o falsa declaración (art. 8°).

De otras normas de la ley (y para mayor ilustración), surge clara también la exclusión de todo derecho del asegurado cuando ha mediado dolo, mala fe, o malicia de su parte. Tal sucede con los arts. 70 (provocación del siniestro), 43 (incumplimiento malicioso de la carga impuesta al asegurado por el art. 46, párr. 2° , o cuando se exagera fraudulentamente los daños), 77 (violación maliciosa de la carga de no cambiar en las cosas dañadas), 152 (dolo o culpa grave en la provocación del accidente), 137 (muerte del tercero por el contratante), 136 (muerte del asegurado por el beneficiario), 114 (dolo o culpa grave en la provocación del hecho del que surge la responsabilidad del asegurado), y 72 (violación dolosa o por culpa grave de la carga de salvamento).

Corresponde advertir por último, que cuando el art. 8° de la ley 17.418, sanciona con la pérdida de las primas al asegurado, lo hace aludiendo a la reticencia "dolosa o de mala fe" identificando a esos efectos a ambas figuras jurídicas, no obstante que la mala fe es un concepto más amplio al de dolo, ya que en el caso de reticencia, implica sencillamente la existencia de una conducta en desacuerdo con el imperativo de obrar recta y lealmente, y todo dolo implica mala fe, pero no al contrario.

En el caso que nos ocupa la mala fe del asegurado llega en nuestro concepto al dolo, porque éste conocía la importancia de los datos silenciados para que el asegurador pudiese efectuar una correcta estimación del riesgo, y maliciosamente los omitió para obtener su cobertura en perjuicio de la entidad aseguradora (Barbato, "Culpa grave y dolo en el Derecho de Seguros", Buenos Aires, 1988, p. 36).

32. Atento las numerosas citas que en estos autos se han efectuado, por la parte actora, por los peritos intervinientes y por el *a quo*, respecto de trabajos que en materia de reticencia he efectuado, me obligan a recordar –en cuanto al argumento de que la negligencia en que incurrió la Aseguradora le impediría a ésta oponer la reticencia al asegurado- que, el examen médico –cuando éste se efectúa-, no exonera al asegurado de su deber de informar, porque lo que vale, a los efectos de la plena validez del contrato, *es siempre la declaración del riesgo hecha por el contrayente,* que no se exime por la revisación médica (del asegurador), de las consecuencias que se derivan de la violación del deber de declarar con exactitud el estado del riesgo. Ello valdría tanto como establece un estímulo a su posible malicia (Vivante, "Del contrato de seguro", cit., t.I, ps. 188 y 425: admitir la validez del seguro porque el médico de la compañía se ha engañado, sería *premiar la malicia del asegurado que supo engañar al médico*) (los subrayados me pertenecen).

Si en el presente caso no existió examen médico, la doctrina y la jurisprudencia sentada sobre el punto, sirve para ratificar el concepto acerca de que la culpa o negligencia del asegurador, no puede invocarse como justificación o disculpa de la ocultación de antecedentes de importancia, cuando está fuera de lo verosímil – como sucede en la especie-, que el asegurado los hubiese olvidado o los ignorase. En este supuesto, aunque medie culpa o negligencia del asegurador, el asegurado no queda librado de su deber de informar con veracidad el estado del riesgo (Morandi, "Estudios", cit., ps. 234/235, y la numerosa doctrina y jurisprudencia allí citada). Queda excluido el dolo del asegurador en los términos del art. 932, inc. 4° del cód. civil, que no se da ni ha sido invocado en el presente juicio.

33. Los peritos actuarios que presentan el informe de fs. 380/387, por su cuenta analizan, a fs. 384vta., si la aseguradora impugnó el contrato dentro del plazo legal. Es decir, según lo dispuesto en el párr. 2° del art. 5° de la ley 17.418, cuando prescribe que el asegurador debe impugnar el contrato dentro de los tres meses de haber conocido la reticencia o falsedad.

Al margen de la procedencia o improcedencia de esta articulación, cabe aclarar que ésta no fue invocada por la actora en su demanda, ni existe en el curso de este pleito constancia de que se haya querido prevalecer de este plazo de caducidad (en tiempo propio), dando oportunidad a su oponente de argumentar sobre el particular, conforme a su interés y a su derecho.

En razón de dicha circunstancia, la introducción de este argumento en estos autos por conducto de los citados peritos actuarios, impide a este Tribunal considerar dicho extremo, ya que, de no hacerlo así, se violaría el derecho de defensa de la demandada y el principio procesal de "congruencia" que impone la conformidad o correlación necesaria de la sentencia con los elementos fácticos contenidos en los actos de alegación (demanda, contestación, ampliaciones legalmente autorizadas), que integran y delimitan el objeto del proceso sobre el cual debe recaer el fallo final (Clariá Olmedo, "Derecho Procesal", Buenos Aires, 1983, t. II, p. 235).

Manifiesta Devis Echandía ("Teoría General del Proceso", Buenos Aires, 1984-1985, t. I, p. 49 y t. II, p. 533 y sigtes.) que las resoluciones judiciales deben dictarse de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes para el efecto de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones y defensas oportunamente deducidas, a menos que la ley otorgue facultades especiales para separarse de ellas.

La concordancia es, pues, un principio general normativo que delimita las facultades resolutivas del juez y se liga íntimamente con el derecho constitucional de defensa, ya que ésta exige que el demandado en cualquier clase de proceso conozca las pretensiones que contra él se han formulado, por lo que la violación de la congruencia, implica la de aquel derecho. La actividad probatoria, las excepciones o simples defensas y las alegaciones, se orientan lógicamente por las pretensiones, excepciones y defensas formuladas en el proceso (ídem, t.I, p. 50).

Por ello, las peticiones contenidas en la demanda determinan el objeto de las pretensiones (vocablo que el referido autor prefiere a los de acción y demanda, ídem, t. II, p. 540). Los hechos que las partes alegan en la demanda configuran la causa jurídica de donde se pretende que emana el derecho para perseguir tal objeto, que delimita y circunscribe el sentido y alcance de la resolución que debe adoptarse en la sentencia (ídem, t. II, p. 541) (ver, en similar orientación, Podetti, "Tratado de los actos procesales", Buenos Aires, 1955, ps. 442/443).

34. Por lo expuesto anteriormente, considero procedentes los agravios deducidos por Plus Ultra contra la sentencia de fs. 480/485, correspondiendo revocarla en cuanto hace lugar a la demanda deducida contra la Aseguradora citada, por cobro de la indemnización proveniente del contrato de seguro. Consecuentemente se rechaza la pretensión de la actora en este aspecto.

Las costas deberán imponerse en el orden causado, en razón de que la sucesión de Jorge Risso Patrón, en trámite ante el Departamento Judicial de Mar del Plata, se ha podido considerar con derecho a litigar, en razón de la complejidad de este asunto que bueno es reconocer, me ha obligado a leer y a releer este expediente en más de una oportunidad, al par que a repensar conceptos y opiniones emitidas en varios trabajos vinculados con la materia debatida.

35. Pasando ahora a considerar los agravios que expresa la parte actora contra el mismo decisorio, cabe previamente hacer una breve relación de los hechos que dan lugar a los mismos.

A fs. 10/13, el letrado de la parte actora se presentó a los autos por la sucesión de Jorge Risso Patrón y por Angel E. Caprioli, en virtud de que este último aportó los fondos para el pago de las cuotas vencidas a partir del fallecimiento del causante, cuyos recibos se agregaron con el escrito de inicio como anexo M., haciéndose constar por Acta Notarial que los pagos no implicaban declinar los derechos acerca del seguro de vida que había concertado Jorge Risso Patrón, el que había sido rechazado por Plus Ultra invocando la reticencia del asegurado, circunstancia que le fue comunicada a Caprioli por carta documento, del 22 de junio de 1982, enviada por el Círculo Cerrado, S.A. de Ahorro para Fines Determinados y Plus Ultra, con costas.

37. Contra dicho decisorio manifiesta sus quejas la parte actora, a fs. 513, expresando sobre el punto en consideración que si bien el juez de la anterior instancia refiere en los vistos de su sentencia, detalladamente, que la demanda de Caprioli fue promovida contra Círculo Cerrado, S.A. de Ahorro para Fines Determinados, solicitándose la condene a devolver el importe de las cuotas abonadas a partir del fallecimiento del causante; sin embargo, esa pretensión no ha sido adecuadamente desarrollada en los "considerandos" y tampoco, objeto de expreso decisorio en la parte resolutiva.

Dice la agraviada a fs. 513, que la resolución del *a quo* no puede perjudicar a los accionantes eximiendo de la obligación de reembolso a quien exigió sin derecho el pago de las cuotas sucesivas posteriores a la muerte del causante.

Esa exigencia imperativa de pago, se encuentra acreditada en autos por lo que Círculo Cerrado, S.A. de Ahorro para Fines Determinados debe ser condenada a la devolución de lo percibido sin derecho lo que la sentencia en recurso no ha resuelto a pesar de haber sido materia de la litis.

38. También se agravia la actora porque el *a quo* ha rechazado la demanda promovida por Caprioli –quien aportó los fondos para el pago de las cuotas arbitraria y perentoriamente exigidas por Círculo Cerrado, S.A. de Ahorro para Fines Determinado-, fundando erróneamente su fallo en el art. 2306 del cód. civil, atento que siendo aquél administrador de la sucesión de Jorge Risso Patrón, que implica un mandato legal, su conducta en la emergencia configuró una gestión de negocios, por lo que dicha disposición luce inaplicable. Eventualmente pide eximición de costas.

39. Es evidente que la suerte que corren estos agravios, está vinculada directamente con el tema principal debatido en estas actuaciones, relativo a la procedencia de la pretensión de la actora al cobro del seguro contratado con Plus Ultra.

Habiéndose revocado la sentencia del juez de grado en la materia referida, según lo propongo precedentemente a este acuerdo, cae automáticamente el sustento de lo perseguido tanto por la sucesión de Jorge Risso Patrón, como lo peticionado por Caprioli, y la alegada improcedencia de los pagos efectuados, posteriores al fallecimiento del causante; en razón de que los mismos no fueron indebidos, sino que resultaron hábiles e idóneos para el mantenimiento del contrato de ahorro previo que Jorge Risso Patrón había concertado con Círculo Cerrado, S.A. de Ahorro para Fines Determinados.

Como bien dice esa última entidad a fs. 521, al responder los agravios en el punto en estudio, ella no es una entidad financiera, sino una de ahorro y préstamo, una sociedad que administra grupos, donde la falta de pago de un integrante hace imposible la entrega del préstamo a otros suscriptores.

De ello resulta lógico y razonable, que habiéndose negado Plus Ultra a pagar la indemnización del seguro celebrado por Jorge Risso Patrón, en virtud de la reticencia analizada en los considerandos precedentes (del 1 al 30) y destinada a cubrir la deuda que el causante tenía a la fecha de su fallecimiento con Círculo Cerrado, S.A. de Ahorro para Fines Determinados, derivada del contrato que lo unía con esta última; para no caer en mora el coaccionante Caprioli, ya como administrador del sucesorio o bien a título personal, aportó los fondos para el pago de las cuotas cuyo reembolso ahora resulta improcedente por el fracaso de la acción seguida por la sucesión del extinto contra Plus Ultra.

Si el resultado de esta última acción, no hubiese sido el indicado, atento el texto del endoso N° 1 de la póliza, Círculo Cerrado S.A. de Ahorro para Fines Determinados solamente habría tenido derecho a cobrar por los saldos adeudados por la sucesión del causante y el restante excedente debería habérsele pagado a los herederos legales del asegurado.

La acción pues, contra Círculo Cerrado, S.A. de Ahorro para Fines Determinados, se torna improcedente, ya ejercida por la sucesión del asegurado, como por Caprioli, en su calidad de gestor que invoca.

Propongo por ello al acuerdo el rechazo de ambos agravios, y la confirmación de la sentencia en cuanto no hace lugar a la demanda de Caprioli contra Círculo Cerrado, S.A. de Ahorro para Fines Determinados y Plus Ultra. Con costas.

40. En lo que se refiere al tercer agravio de la actora, cuyo desarrollo efectúa a fs. 515/vta., expresaré que el mismo no puede tener acogida por este Tribunal en razón de que se vincula con la modalidad de la revalorización a aplicarse a la indemnización que eventualmente debía abonar la entidad aseguradora, pretensión ésta que como ya se ha explicado, no tiene resultado favorable para este Tribunal, según lo propongo en el consid. 34.

41. Por todo lo expuesto propongo al acuerdo: a) Se revoque la sentencia del *a quo*, de fs. 480/485, en cuanto hace lugar a la acción deducida contra Plus Ultra, imponiéndose las costas por su orden, en ambas instancias, todo según lo explicito en el consid. 34, *retro*, b) Confirmar dicho decisorio en cuanto rechaza la demanda entablada por Caprioli contra Círculo Cerrado, S.A. de Ahorro para fines Determinados. Con costas también en la alzada.

42. Los honorarios de los profesionales intervinientes se regularán por este Tribunal una vez que se haya determinado el monto económico de este juicio.

43. Oportunamente los autos pasarán al representante del Fisco en lo que se relaciona con el impuesto de justicia.

Por análogas razones la doctora *Piaggi* adhiere al voto anterior.

-Por los fundamentos del acuerdo que precede, se resuelve: a) revocar la sentencia de fs. 480/5, en cuanto hace lugar a la acción deducida contra Plus Ultra Cía. Argentina de Seguros, S.A. con costas –en ambas instancias- por su orden; b) confirmar el fallo en cuanto rechaza la demanda entablada por Angel E. Caprioli contra Círculo Cerrado, S.A. de Ahorro para Fines Determinados, con costas también en la alzada. Se difiere la regulación de honorarios hasta tanto se haya determinado el valor económico de este juicio. Oportunamente, pasen los autos al representante del Fisco en lo que se refiere a la tasa de Justicia. Sólo intervienen los suscriptos por estar vacante el restante cargo de juez de esta sala (art. 109, reglamento para la justicia nacional). – *Juan C. F. Morandi – Ana I. Piaggi*

(Sec.: Alfredo O. Bianchini).

ADDENDA

Traduccin Textos en idioma extranjero

Párrafo 80

A nuestro parecer, sólo un análisis profundizado del alea - denominador común de todos los contratos aleatorios- y, más precisamente, el estudio de su incidencia y de su lugar en el contrato puede contribuí a rescatar una coherencia de conjunto. En efecto, bajo una misma denominación, la aprehensión del alea por el derecho de las obligaciones no es uniforme: unas veces, el alea afecta a la obligación engendrada por el contrato y constituye un elemento objetivo; otras, el alea vuelve incierto el valor de una prestación al momento del intercambio de los consentimientos y corresponde a un elemento subjetivo. Por convención, denominaremos jurídica la primera alea y económica la segunda."

Párrafo 81

" Mostramos, más arriba, que, en los contratos aleatorios, el riesgo, es decir, la buena o la mala suerte esperada o temida por los contratantes, es uno de los elementos determinantes de su consentimiento y forma parte del En perseguido por cada uno de ellos.

Párrafo 111

"El contrato es conmutativo cuando cada una de las partes se compromete a dar o a hacer una cosa que es mirada como el equivalente de lo que se le da o de lo que se hace para ella. Cuando el equivalente consiste en la suerte de ganancia o de pérdida para cada una de las partes, según un evento incierto, el contrato es aleatorio."

"El contrato aleatorio es una convención recíproca cuyos efectos, en cuanto a las ventajas y a las pérdidas, ya sea para todas las partes, o para una o varias de entre ellas, dependen de un evento incierto.."

*Párrafo*113

"Si el contrato fuese aleatorio, por referirse a cosas futuras, asumiendo el adquirente el riesgo de que no Llegasen a existir, el vendedor tendrá derecho a todo el precio aunque de ellas no llegue a existir absolutamente nada, si de su parte no hubiese habido culpa,"

Si el contrato fuese aleatorio, por referirse a cosas o hechos futuros, asumiendo uno de los contratantes el riesgo de que no llegasen a existir, el otro tendrá derecho a recibir integralmente lo que le fue prometido, aunque nada de lo acordado llegase a existir, si de su parte no hubiese habido dolo o culpa.

Párrafo 114

Si fuese aleatorio, por ser objeto de él cosas futuras, tomando el adquirente para si el riesgo de que llegasen a existir en cualquier cantidad, el vendedor tendrá también derecho a todo el precio, aunque la cosa llegue a existir en una cantidad inferior a la esperada, si de su parte no hubiese concurrido culpa,.

Parágrafo único. Mas, si de la cosa nada llegase a existir, no habrá venta, y el vendedor restituirá el precio recibido.

Si el contrato fuese aleatorio, por referirse a cosas existentes, pero expuestas a riesgo, asumido ese riesgo por el adquirente, el vendedor tendrá igualmente derecho a todo el precio, aunque la cosa ya no existiera, en todo o en parte, en el día del contrato.

La venta aleatoria a que se refiere el artículo anterior podrá ser anulada como dolosa por la parte perjudicada, si probase que el otro contratante no ignoraba la consumación del riesgo, a que se consideraba expuesta la cosa en el contrato.

Párrafo 115

"El contrato aleatorio es un acuerdo mutuo en el cual los efectos con respecto a las ventajas y a las pérdidas ya sea para todas las partes o para una o más de ellas dependen de un evento incierto"

Nota 253

"buena fe lealtad del Treu und Glaube de la doctrina alemana, que tanta aplicación encuentra en nuestra materia en cuanto es característica del aseguramiento que la buena fe obra respecto al contratante, como hemos dicho, desde el iter precontractual. El motivo de esto está en el hecho de que el asegurador debe fiarse del contratante en el momento en el cual establece las condiciones del contrato y el alcance de sus obligaciones" y al que nosotros entendemos también corresponde aquel otro aspecto detallado por Morandi (Il principio..., ob. cit.) bajo el nombre de *"buena fe probidad que se traduce en las relaciones recíprocas entre las partes contratantes y en el ejercicio de los derechos"*

"buena fe creencia se presenta como la convicción de obrar confolille a derecho, esto es, la creencia de obrar en el ámbito de lo que está legalmente permitido.

"Es en el concepto de buena fe, noción de base del derecho privado, donde con más luz aparece este cambio profundo. La arcaica fides que exigía despiadadamente el cumplimiento de todo compromiso según la palabra y la letra, reaparecía, renovada, en las relaciones contractuales del ius gentium, en tanto que bona fides, como si se buscara indicar por la equidad y la justicia, que no se conecta ya a la superficie formalista del derecho, sino compromete a todo hombre, en tanto que hombre de bien (bonus vir). En efecto, el bonus vir figura-modelo y punto de referencia para evaluar lo que se puede y debe exigir como base de comportamiento honesto entre las gentes, refleja una evolución espectacular..

Nota 347

Obligación de declaración El asegurado tiene la obligación de declarar exactamente, en el momento de la conclusión del contrato, todas las circunstancias conocidas de él y que él debe razonablemente considerar como constitutivas para el asegurador de los elementos de apreciación del riesgo. Sin embargo, no debe declarar al asegurador las circunstancias ya conocidas de éste o que éste debería razonablemente conocer. Los datos genéticos no pueden ser comunicados. Si no se ha respondido a ciertas preguntas escritas del asegurador y si este último, no obstante, concluye el contrato, no puede, fuera del

caso de fraude, prevalerse ulteriorinente de esta omisión. En su artículo 6 Omisión o inexactitud intencionales Cuando la omisión o inexactitud intencionales en la declaración inducen a error al asegurador sobre los elementos de apreciación del riesgo, el contrato de seguro es nulo. Las primas vencidas hasta el momento en que el asegurador ha tenido conocimiento de la omisión o de la inexactitud intencionales le son debidas. Por último en su artículo 7 dice: Omisión o inexactitud no intencionales 1 Cuando la omisión o la inexactitud en la declaración no son intencionales, el contrato no es nulo. El asegurador propone, en el plazo de un mes a contar del día en el cual ha tenido conocimiento de la omisión o de la inexactitud, la modificación del contrato con efecto al día en que ha tenido conocimiento de la omisión o de la inexactitud. Si el asegurador aporta la prueba de que no habría en caso alguno asegurado el riesgo, puede rescindir el contrato en el mismo plazo. Si la proposición de modificación del contrato es rehusada por el asegurado o si, al término de un plazo de un mes a contar de la recepción de esta proposición, esta última no es aceptada, el asegurador puede rescindir el contrato en los quinces días. El asegurador que no ha rescindido el contrato ni ha propuesto su modificación en los plazos indicados arriba no puede prevalerse en adelante de los hechos que le son conocidos. 2 Si la omisión o la declaración inexacta no puede ser reprochada al asegurado y si sobreviene un siniestro antes de que haya tenido efecto la modificación del contrato o la rescisión, el asegurador debe proveer la prestación convenida. 3 Si la omisión o la declaración inexacta puede ser reprochada al asegurado y si sobreviene un siniestro antes de que haya tenido efecto la modificación del contrato o la rescisión, el asegurador no está obligado a proveer una prestación que según la relación entre la prima pagada y la prima que el asegurado habría debido pagar si hubiera regularmente declarado el riesgo. Sin embargo, si, fuera de un siniestro, el asegurador aporta la prueba de que no habría en caso alguno asegurado el riesgo cuya naturaleza real es revelada por el siniestro, su prestación está limitada al reembolso de la totalidad de las primas pagadas. 4. Si una circunstancia desconocida de las dos partes en el momento de la conclusión del contrato viene a ser conocida en curso de ejecución de éste, se hace aplicación del artículo 25 o del artículo 26 según que dicha circunstancia constituya una disminución o una agravación del riesgo asegurado

Nota 353

De no estar incluida en la declaración, de una manera conspicua debería figurar en el foi uiulario de propuesta una acotación: i) en que se llame la atención del proponente sobre las consecuencias de la no revelación de todos los hechos pertinentes, explicados éstos como aquellos hechos que un asegurador entendería que probablemente tendrían influencia sobre la aceptación y evaluación de la propuesta ii) en la cual se advierta que, si el proponente tiene dudas acerca de los hechos considerados pertinentes, deber-La revelarlos" Ver Hodgin Ray The Doctrine of Utmost Good Faith in Insurance Contracts [La Doctrina de la Máxima Buena Fe en los Contratos de Seguro) in The law and practice of insurance in the single European market [Legislación y práctica del seguro en el mercado único europeo], Ed. Adrew McGree e Wolfgand Jeusel, Era Bundessanzeiger Koln 1995, p. 205)

Párrafo 444

" Toda declaración inexacta, así como toda reticencia de hechos o circunstancias conocidas por el asegurado o por quien hizo el seguro, y que hayan podido influir sobre la existencia o condiciones del contrato tornan nulo el seguro. Si de la parte de quien hizo las declaraciones hubiese habido mala fe el asegurador tendrá derecho al premio. "

Párrafo 445

El asegurado y el asegurador están obligados a guardar en el contrato la más estricta buena fe y veracidad, tanto respecto del objeto, como de las circunstancias y declaraciones a él concernientes.

Si el asegurado no hiciere declaraciones verdaderas y completas, omitiendo circunstancias que puedan influir en la aceptación de la propuesta o en la tasa del premio, perderá el derecho al valor del seguro, y pagará el premio vencido.

Párrafo 446

El asegurado y el asegurador están obligados a guardar en la conclusión y en la ejecución del contrato, la más estricta buena fe y veracidad, tanto con respecto al objeto como a las circunstancias y declaraciones a él concernientes.

Si el asegurado, por sí o por su representante, hiciere declaraciones inexactas u omitiere circunstancias que puedan influir en la aceptación de la propuesta o en la tasa del premio, perderá el derecho a la garantía, además de quedar obligado al premio vencido

Parágrafo único. Si la inexactitud u omisión en las declaraciones no resultasen de mala fe del asegurado, el asegurador tendrá derecho a anular el contrato, o a cobrar, asimismo después del siniestro, la diferencia del premio.

Párrafo 447

El proponente debe declarar por escrito al asegurador, sobre la base de un cuestionario o en respuesta a otras preguntas escritas, todos los hechos relevantes para la apreciación del riesgo, en cuanto y como le son o le deben ser conocidos a la conclusión del contrato. Son relevantes los hechos que pueden influir sobre la detennínación del asegurador a concluir el contrato o a concluirlo a las condiciones convenidas. Se presumen relevantes los hechos en mérito a los cuales el asegurador haya fo nulado por escrito cuestiones precisas, no equívocas.

Párrafo 448

Hace nulo el seguro toda representación incorrecta o no verdadera o cualquier ocultamiento de circunstancias conocidas al asegurado, aun de buena fe de- su parte, que son de tal naturaleza que si el asegurador (un asegurador prudente, JHW) hubiera conocido el verdadero estado de las cosas no se habría concluido el contrato en las mismas condiciones o no se habría concluido en absoluto.

Párrafo 450

"el tenedor de una póliza de seguro sólo está obligado a contestar las preguntas explicitadas en el formulario de propuesta"

Párrafo 453

"Cada parte de un contrato de seguro comunicará a la otra, de buena fe, todos los hechos de su conocimiento que son o que crea que son pertinentes al contrato y en cuanto a los cuales no otorga garantía y los cuales la otra parte no tiene modo de averiguar".

Párrafo 454

"Una omisión intencional y fraudulenta, por parte de un asegurado, de comunicar información de materias que prueben o tiendan a probar la falsedad de una garantía, da derecho a rescindir al asegurador"

Nota 361

" Ninguna de las partes de un contrato de seguro está obligada a comunicar información, salvo en contestación a las demandas Informativas de la otra parte, acerca de las siguientes materias: 1) Las que la otra parte conoce, 2) Las que, en el ejercicio de un cuidado ordinario, la otra parte debería conocer y de las que la parte no tenga razón alguna para suponer ignorante a la otra parte. 3) Las de cuya comunicación la otra parte desista, 4) Las que prueben o tiendan a probar la existencia de un riesgo excluido por una garantía y que por lo demás no sean pertinentes. 5) Las que se relacionen con un riesgo exceptuado del seguro y que por lo demás no sean pertinentes" agregando los artículos 334 y 335: "La pertinencia ha de estar determinada no por el evento, sino exclusivamente por la probable y razonable influencia de los hechos sobre la parte a la cual es debida la comunicación en la formación de su estimación de las desventajas del contrato propuesto o en la formulación de sus demandas infolrllativas", "Cada parte de un contrato de seguro está obligada a conocer a) todas las causas generales pendientes de su demanda informativa, igualmente si se trata de la una o de la otra parte, y que puedan afectar a los peligros contemplados, sean políticos o materiales; b) todos los usos generales del sector.

Nota 375

".. Los principios que acabamos de enunciar no presentan ningún carácter excepcional y coinciden exactamente con la teoría consagrada por el Código civil para el error substancial

Nota 384

" No todo error vicia el consentimiento. La debilidad humana es tal que los hombres incurren continuamente en uno u otro error, la verdad absoluta no existe más que en Dios. El legislador tiene pues que determinar cuáles son los errores que tienen tanta gravedad para que vicien el consentimiento de las partes contra tan tes. ,

Nota 388

cuando la omisión o la inexactitud intencionales en la declaración inducen a error al asegurador sobre los elementos de apreciación del riesgo, el contrato de seguro es nulo "

Nota 424

"La aventura conceptual de las obligaciones precontractuales de información y la consecuencia más inmediata y vistosa de su epifanía, es decir, la construcción de la reticencia como causa de anulabilidad del contrato ha constituido la primera y, al momento, la más importante (y, aparentemente, triunfante) tentativa de agredir la ciudadela del principio de autonomía entre reglas de validez y reglas de buena fe. A la conclusión de esta batalla, uno de sus sostenedores, puede escribir que desde cuando la jurisprudencia ha equiparado el dolo omisivo al dolo comísivo (debe retenerse que) la violación de la buena fe precontractual puede producir el efecto invalidante del contrato. '".

Nota 425

"En esta perspectiva, el contrato deviene también el medio destinado a repartir entre las partes los riesgos derivados de la operación económica. La relevancia del per-El económico y el alea que está insito en el contrato imponen, en efecto, considerarlo

como funcional a la distribución de los riesgos derivados del asunto que los contratantes intentan poner en existencia" y agrega: "En particular, en los contratos para lo cuales no rigen obligaciones infoi¡nativas (duty of disclosure), la praxis negocial ha introducido varias técnicas para atenuar las consecuencias negativas derivadas de la asimetría. Las cláusulas adoptadas pueden referirse tanto a la fase precontractual como a la conclusión o ejecución del contrato.

Párrafo 633

- Nulo es el pacto de seguro frente a reticencias, falsas o contradictorias declaraciones cuando éstas puedan inducir a error. Absteniéndose la empresa de recolectar infoi.tnaciones que confirmen, nieguen o completen las respuestas al cuestionario, se entiende que renunció a hacer valer la nulidad, más aún cuando recibió regularmente el premio. Irrecusable, en esa coyuntura, la cobertura del evento (TJSC AC una. Da Ira. Cam. Civ. Publi em 07-11-1994 ap 44.613 Seguros Gerais S.A. c/ Benilde Colzani

Nota 451

"Declaraciones inexactas y reticencias con dolo o culpa grave. Las declaraciones inexactas y las reticencias del contratante relativas a circunstancias tales que el asegurador no habría dado su consenso o no lo habría dado en las mismas condiciones si hubiese conocido el verdadero estado de las cosas, son causa de la anulación del contrato cuando el contratante ha actuado con dolo o culpa grave..."

Indice

I.- Prelusiones 1-7 p. 2

II.- La Dialecticidad del Derecho, principales Aporias 8-25 p. 5

III.- Exposición critica al régimen de los Contratos Comerciales

Introducción 26-38 p. 11
La contratación civil y la mercantil 39-53 p. 16
El orden público mercantil 54-58 p. 24
Carácter imperativo o supletorio 59-63 p. 25
Reglamentación mercantil 64-67 p. 28
Del consentimiento y de la contractual mercantil 68-78 p. 29

IV.- Exposición y critica a la regulación de los Contratos Mercantiles Aleatorios

Definición de Contrato Aleatorio 79-90 p. 33
Teoría del Riesgo 91-108 p. 36
Legislación Comparada 109-116 p. 42
Proyectos de Refot_ ma 117-119 p. 44
Onerosidad de los contratos aleatorios mercantiles 120-122 p. 45
Alea, Riesgo, Peligro y Condición contractual 123-142 p. 46
Cargas precontractuales especiales en los contratos aleatorios. 143-147 p. 51
Efectos de los contratos aleatorios, diferencias con los conmutativos.
Cláusula comisoria, imposibilidad, frustración e imprevisión 148-157 p. 55
Sealo arras 158-161 p. 58
Lesión 162-166 p. 59
La mora en los contratos Aleatorios 167-174 p. 61
Tipos de contratos aleatorios
Contratos Civiles Aleatorios 175-187 p. 63
Contratos Aleatorios Administrativos 188-195c p. 68

Contratos Mercantiles Aleatorios 196-201 p. 72
Contratos mercantiles conmutativos que se Convierten en aleatorios 202-206 p. 73
Principios generales a todos los tipos de Contratos mercantiles aleatorios 207-208 p. 75
Contratos mercantiles aleatorios paritarios (o negociados) 209-214 p. 77
Contratos mercantiles aleatorios de consumo 215-222 p. 78
Exposición de algunos contratos mercantiles aleatorios
Seguro (remisión) 223-223 p. 82
Préstamo a la gruesa 224-225 p. 82
Factoring 226-235 p. 84
Fianza Onerosa 236-240 p. 86
Otros negocios jurídicos bancarios y de bolsa 241-251 p. 88
Negocios Mercantiles de Riesgo que no Configuran contratos aleatorios 252-263 p. 93

V.- Tesis sobre la regulación de los contratos mercantiles aleatorios 264-279 p. 96

VI.- Concepto y caracteres del contrato de seguro

Naturaleza Jurídica 280-285 p. 100
Influencias y diferencias con la naturaleza del Contrato de seguros 286-291 p. 101
Principales Caracteres Jurídicos del Contrato de Seguro
Diversas Enumeraciones de Caracteres. Crítica 292-339 p. 103
Tipicidad Contractual El Orden Público 340-352 p. 117
Aleatoriedad (remisión) 353-355 p. 121
Por Adhesión a cláusulas predispuestas 356-362 p. 121
Bilateralidad y Consensualidad 363-369 p. 123
Celebración del contrato de seguros
Conceptos preliminares 370-384 p. 126
Oferta de contrato 385-406 p. 129
Aceptación de la oferta 407-411 p. 134

VII.- Exposición critica del régimen de la reticencia

Introducción	412-454	*p.*	*136*
Antecedentes Normativos	455-465	*p.*	*147*
Naturaleza Jurídica			
A)Vicio de la Voluntad	466-538	*p.*	*151*
B)Carga precontractual	539-600	p.	*169*
Definición y Delimitación del concepto			
Concepto genérico de reticencia	601-601	*p.*	*186*
Concepto especifico de reticencia	602-605	*p.*	*187*
Análisis crítico general de artículo 5			
De la Ley de Seguros	606-618	*P.*	*187*
Toda declaración	619-637	*p.*	*191*
Toda declaración falsa	638-641	*p.*	*200*
Reticencia	642-643	*p.*	*201*
Circunstancias conocidas	644-204	*p.*	*201*
Quien debe conocer las circunstancias			
Y comunicarlos	652-653	p.	204
Incapaz	654-655	*p.*	*204*
Condominio	*656-659*	*p.*	*205*
Sociedad anos anal o de hecho	*660-662*	*p.*	*206*
Sociedad de personas	*663-664*	*p.*	*206*
Propiedad Horizontal	*665-669*	*p.*	*207*
Productor asesor de seguros	*670-673*	*p.*	*209*
Concepto especial de buena fe en el			
Instituto de la reticencia	674-675	*p.*	*210*
Reticencia dolosa	676-684	*p.*	*211*
El juicio de peritos	685-707	*p.*	*217*
Impedimento de contrato o modificación			
De las condiciones contractuales	708-711	*p.*	*225*
El asegurador cerciorado	712-718	*p.*	*226*
Nulidad del contrato	719-720	p.	*228*
La Reticencia como acción de			
Impugnación del contrato	721-727	*p.*	*229*
Subsanación de la reticencia	728-737	*p.*	*231*
El reajuste, la incontestabilidad	738-746	*p.*	*236*
Plazo para alegar la reticencia			
Caducidad de la impugnación			
Y el término de prescripción	747-758	*p.*	*239*
La reticencia como defensa del asegurador			
En caso de siniestro	759-784	*p.*	*242*

La relación causal entre la reticencia y
La causa del siniestro 785-789 *p.* *248*
La reticencia y la exclusión de las
Enfermedades preexistentes
En los seguros de personas 790-799 *p.* *250*
La reticencia y el genoma humano 800-818 *p.* *252*

VII Tesis de la Reticencia 819-894 P. 261

Proyecto de Reforma Parcial de Código de Comercio
Contratos Mercantiles Aleatorios p. 284

Proyecto de Reforma Parcial de la Ley de Seguros p. 287

Proyecto Parcial para la confección de una futura
Ley sobre seguros de personas p. 297

Bibliografía I

Adenda Fallo Sucesión de Jorge Risso Patrón y otros
C/Circulo Cerrado S.A. de Ahorro para
Fines Determinados y otros XXV

Adenda Traducción Textos en idioma extranjero LXIX
Indice LXXVIII