

“El contrato de seguro frente a la pandemia”

por Miguel Piedecabras¹

1. Introducción.²³

El presente ensayo abordará algunas de las cuestiones generales que relacionan al seguro como sistema económico, financiero y jurídico y al contrato que permite el ingreso al mismo; con la situación que puede ser calificada como de fuerza mayor o su equivalente jurídico en nuestro sistema, el caso fortuito (conforme lo ha establecido el artículo 1730 del CCC).

Los extremos en análisis serán la base normativa; el tratamiento y gestión profesional del riesgo; las posibles vicisitudes propias del contrato de seguro y la fuerza mayor y la posibilidad de aplicación de algunos institutos previstos en el CCC.

La pandemia de Covid-19 y el ASPO deben considerarse circunstancias públicas y notorias respecto de las cuáles ninguna de las partes del contrato puede alegar desconocimiento sobre su existencia, independientemente de la consideración individual y efectos en particular para las partes del caso concreto.

A ello se suma la especial y diferente calidad de las partes involucradas en este análisis; por un lado la empresa de seguros (organización/persona jurídica)⁴ y la contraparte que puede tener diferente entidad y caracterización (estado, empresa, consumidor, persona en condición

¹ Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales; Profesor titular FCJS-UNL Derecho Comercial; miembro del Instituto de Derecho Empresarial de la Academia Nacional de Derecho; Ex Presidente del Consejo de la Magistratura de la Nación (períodos 2016 y 2018)

² Puede consultarse de nuestra autoría, un trabajo complementario y de mayor extensión sobre esta temática “El contrato de seguro y la fuerza mayor” en la obra “Efectos jurídicos de la pandemia de COVID-19” Tomo II, obra colectiva dirigida por Ramón Daniel Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos, Ed. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2020.

³ Se utilizarán las siguientes siglas: CN (Constitución Nacional); CCC (Código Civil y Comercial); LDC (ley de defensa de los consumidores 24.240); LCS (Ley de contrato de seguro, 17.418); ES (empresa de seguros); RGA (Reglamento General de la actividad aseguradora); ASPO (Aislamiento social, preventivo y obligatorio) entre otras.

⁴ Puede verse el desarrollo de esta noción en “Teoría de la organización” de James G. March y Herbert A. Simón; Editorial Ariel, España, 1977

de vulnerabilidad) según la clase de seguro de que se trate y asimismo la categoría especial de contrato de seguro al que se refiere⁵ (paritario o de consumo; de daños o de personas; voluntarios u obligatorios; individuales o colectivos; de grandes riesgos o microseguros u otra categoría diferente); que han de intensificar o relativizar la incidencia de la fuerza mayor y sus efectos sobre el vínculo jurídico y sus consecuencias.

La situación de fuerza mayor generada por la pandemia y el aislamiento pone en juego el negocio del seguro; su idoneidad técnica frente a esta clase de riesgos; la “centralidad” de la empresa aseguradora y el carácter virtuoso y socialmente útil del sistema en relación a la situación de excepción que vive la humanidad.⁶

2. Bases normativas.

La primera de las cuestiones que entendemos se debe analizar, es la base normativa de la fuerza mayor y el seguro, de manera tal que nos permita luego establecer las relaciones posibles y consecuentemente los efectos que esta interpretación y aplicación de las normas determinadas producen o regulan en la situación en concreto.

En relación a la primera de las cuestiones, señalamos que se ubica a estas contingencias (Covid-19/ASPO) en el ámbito de los supuestos de fuerza mayor (definición contenida en el art. 1730 CCC, que comprende como sinónimo legal al caso fortuito⁷), que inciden sobre el cumplimiento de las obligaciones y la eventual responsabilidad de las partes por daños derivados de su incumplimiento.

Las normas aplicables al contrato de seguro en virtud del carácter de ley complementaria del CCC (en referencia a la ley 17.418), conforme lo

⁵ Para ampliar sobre la caracterización del contrato en relación al mercado, puede verse la obra “Contrato y Mercado” de Fulvio G. Santarelli; Editorial La Ley; Buenos Aires, Argentina, 2018.

⁶ Sobre el rol del seguro en la sociedad moderna, puede profundizarse en la obra SHILLER, Robert J., *El nuevo orden financiero – El riesgo en el siglo XXI*, Editorial Turner Publicaciones SL, traducción al español, Madrid, España, 2004.

⁷ El art. 1730 del CCC establece que “Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad excepto disposición en contrario.

Este Código emplea los términos “caso fortuito” y “fuerza mayor” como sinónimos.”

dispuesto por el art. 5º de la ley 26.994; y en base a lo reglado por el art. 963 CCC⁸ serían :

a) las normas indisponibles de la ley especial (17.418 en virtud de su art. 158, las que correspondan de la ley 20.091 y 22.400 para todos los contratos de seguro; la ley 24.240⁹ para los seguros de consumo) y las del mismo carácter del CCC (en particular las referidas a los contratos de adhesión , 984 CCC y siguientes para todos los seguros) y las referidas a los contratos de consumo (1092 y siguientes del CCC, para los seguros de consumo) y en todos los casos las que deriven de la CN y de los tratados de derechos humanos de los que la República sea parte (por remisión directa del art. 1º del CCC);

b) en segundo orden las normas particulares del contrato de seguro (las que surjan de la autonomía de la voluntad de las partes);

c) las normas supletorias de la ley especial (17.418, que no sean inmodificables o parcialmente inmodificables);

d) las normas supletorias del CCC, aplicables a los contratos.

Este orden de prelación es esencial al momento de resolver las cuestiones de conflicto que se pueden plantear en virtud de la causal de fuerza mayor antes señalada.

A ello se le debe adicionar la caracterización de las partes (empresa/empresa; empresa/estado; empresa/consumidor; empresa/persona en condiciones de vulnerabilidad) y del contrato de seguro celebrado (paritario o de consumo y en ambos casos celebrado por adhesión, en principio).

Así, la aseguradora será calificada como una empresa profesional, experta, especializada, de objeto exclusivo, que administra grandes masas de capital, gestiona los riesgos y oportunamente paga las prestaciones económicas que se encuentran a su cargo ante el acaecimiento de los siniestros; siendo depositaria de la confianza individual y pública que las personas, la sociedad y

⁸ El art. 963 establece que “Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código”

⁹ Que se integra en virtud de su art. 3º, con la ley 27.442 de defensa de la competencia y con el decreto 274/19 sobre lealtad comercial.

el estado han depositado en ella y en el sistema de seguros y por la cual se encuentra sujeta a una estricta regulación legal y control estatal (art. 320 CCC; ley 20.091; CSJN en Fallos 295:552; 313:929, LL 1997-E-1028, entre otros; art. 1725 siguientes y ccs CCC).

El tomador/asegurado, puede ser también una empresa (art. 320 CCC, sea de estructura individual o colectiva); el estado; o un consumidor (queda enmarcado en el art. 42 CN, ley 24.240, y arts. 1092 y siguientes CCC) y en esta última calidad, ser, además, una persona en condiciones de vulnerabilidad (ver definición de las 100 Reglas de Brasilia CJI, versión actualizada 2018, para el concepto).¹⁰

En el primer caso (contraparte empresa), la resolución del contrato afectado por la fuerza mayor, será resuelto en base a las normas del contrato de seguro y del CCC, en principio aplicables a los contratos denominados paritarios, incluyendo las reglas para los contratos celebrados por adhesión, que se aplican a todas las categorías contractuales, según haya existido ese particular modo de formación del consentimiento.¹¹

Cuando la contraparte es el estado, se debe articular la normativa de derecho administrativo con la regulación especial del denominado derecho de seguros; sin perjuicio de acudir en forma complementaria al CCC. Ejemplo de ello puede serlo el contrato de seguro de caución relacionado con una obra pública, donde la figura encuentra regulación en la ley 13.064; ley 17.804 y decreto reglamentario 411/69, articulada con la ley 17.418 y a su vez complementada por el CCC; lo que se patentiza cuando se trata de determinar los efectos que la fuerza mayor provoca sobre las obligaciones de la empresa contratista y en forma refleja sobre las obligaciones de la aseguradora.

En el tercer supuesto (consumidor/persona vulnerable como tomadora/asegurada), el conflicto será resuelto a través de las normas del art. 42 CN; ley 24.240; ley 17.418 (normas inmodificables); y en caso de personas en condiciones de vulnerabilidad cobran especial relevancia los tratados de

¹⁰ El proyecto de Código de Defensa del Consumidor, en tratamiento en el Congreso Nacional, lo conceptualiza bajo la denominación de “hipervulnerable”

¹¹ Se tornan aplicables los artículos 984 y siguientes del CCC y 23 segunda parte siguientes y concordantes de la ley 20.091 y correspondientes del RGA.

derechos humanos en los que la República sea parte, que se relacionen con la condición o condiciones de vulnerabilidad de que se trate (niños/as; adultos mayores; discapacidad; pobreza; género, entre tantas otras) y aquí deben adicionarse en la consideración, las normas que existan en la materia en el orden nacional y provincial, que constituyen un núcleo de orden público de la vulnerabilidad, que no puede ser soslayado.¹²¹³

Este “sistema de normatividad” se completa con las normas de emergencia que se han dictado (leyes, decretos, resoluciones) y que se autocalifican como de orden público, de manera tal que se incorporan en el primer orden de prelación y en algunos supuestos, en virtud del estado de excepción al que da origen una situación generalizada de fuerza mayor; pretenden (aunque no siempre corresponde) desplazar aún a las normas indisponibles del primer segmento en la escala del orden de prelación en materia contractual.¹⁴¹⁵

En esta ecuación que contrapone a una organización/empresa/aseguradora, con una persona consumidora y en condición de vulnerabilidad; es lógico y jurídicamente sustentable que en la distribución (razonable y posible) de esfuerzos para soportar la incidencia distorsiva de la fuerza mayor sobre el contrato y sus efectos, sea la organización y no la persona vulnerable la que lleve el mayor peso de las consecuencias, que las diversas figuras jurídicas aplicables al caso puedan implicar (revisión y adecuación del contrato; eximición de la mora; frustración del fin del contrato; imposibilidad objetiva de cumplimiento; suspensión de los efectos; caducidades;

¹² En este apartado cabe tener en cuenta a las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, texto actualizado 2018, de la CJI, que brinda un concepto general sobre las mismas y en relación a la situación de fuerza mayor provocada por la pandemia; en lo que sea atinente, la resolución CIDH 1/20

¹³ Debe recordarse que en los fundamentos del proyecto de Código Civil y Comercial, se señala que las leyes especiales no pueden vulnerar esos “pisos mínimos” que en materia de relación y contrato de consumo establece el CCC.

¹⁴ Sobre la constitucionalidad de las normas de emergencia en materia de seguros, deberán considerarse los precedentes que en general ha dictado la CSJN y los específicos en relación a esta materia; entre otros; Corte Suprema de Justicia de la Nación • 16/09/2008 • Benedetti, Estela Sara c. Poder Ejecutivo Nacional • 331:2006; Corte Suprema de Justicia de la Nación • 03/03/2009 • Álvarez, Raquel v. Siembra Seguros de Retiro S.A. • SJA 27/5/2009 • 70051883

¹⁵ También en relación a las normas de emergencia y su basamento constitucional en relación a esta particular situación de excepción, puede verse BARRERA BUTELER, Guillermo E., *Emergencia sanitaria y Constitución*, Ebook-TR 2020 (andruet), 20/08/20; 101.

prescripción; excesiva onerosidad sobreviniente; o cualquier otra que resulte potencialmente aplicable al caso).

3. El riesgo y su tratamiento profesional.

Como secuela de la conclusión manifestada en el primer punto, nos parece interesante realizar algunas reflexiones que guardan vinculación con lo expuesto y refiere al tratamiento empresarial, experto y profesional del riesgo por parte de la aseguradora.¹⁶

El contrato de seguro se supone aleatorio (968 CCC; 2,3,60 siguientes y concordantes de la ley 17.418), donde la empresa de seguros (concebida para ello; ley 20.091) asume los riesgos que la masa de asegurados le transfiere, los gestiona técnicamente (a través de diversos procedimientos de dilución y relacionamiento económico, financiero, interno y externo), con el resguardo jurídico que supone conocer siempre el verdadero estado del riesgo (lo que es protegido en la celebración por el instituto de la reticencia/falsa declaración y en la etapa de desarrollo del contrato por la figura de la agravación, entre otras) y paga cuando ocurre el siniestro, las cantidades de dinero a las que se había obligado, dentro de los límites establecidos (prestación convenida; daño efectivamente sufrido; suma asegurada; arts. 61,65,68, 77 siguientes y ccs de la ley 17.418).

El detalle a considerar es que estamos en presencia de una organización ideada y de objeto exclusivo para el tratamiento profesional del riesgo y ello hace que en determinados supuestos no sea invocable por la aseguradora la causal de fuerza mayor provocada por el Covid-19/ASPO, ya que justamente podemos estar en presencia de un riesgo que ha sido asumido; porque integra el objeto profesional de la empresa; o bien porque conforme su particular estructura y fin hace que los rasgos caracterizantes de la misma (inevitable, irresistible; imprevisible), no se configuren o sus efectos se diluyan, sin impactar sustancialmente en el contrato ni en el sistema de seguros, que la aseguradora, administra y gestiona.

¹⁶ Puede verse un amplio desarrollo técnico de la gestión del riesgo en relación a las empresas de seguro en la obra de Mark R. Greene “Riesgo y Seguro”, editorial MAPFRE, Madrid, España, 1979

En este sentido, nos permitimos considerar dos normas (sin perjuicio de las demás existentes y que pueden ser aplicadas), que se encuentran en el CCC y se relacionan directamente con las ideas que se exponen en este ensayo.

La primera es la contenida en el artículo 1733 CCC, inciso e), donde la aseguradora puede ser considerada igualmente responsable por constituir estas situaciones de fuerza mayor, “contingencias propias del riesgo de la actividad”, ya que estamos frente a un contrato/sistema, donde la ES “pide” (invita a ofertar) que le transfieran riesgos y primas, con la obligación correspondiente de absorber ese alea (a través de una específica organización empresarial y procedimientos económicos, financieros, actuariales y jurídicos) que hace a la eventual ocurrencia del siniestro y los consecuentes efectos económicos negativos del mismo.

El alea que implica en relación al contrato de seguro de que se trate (que adquiere particular relevancia, según la rama a la que se encuentre autorizada a operar la aseguradora, art. 23 ley 20.091), la pandemia y el aislamiento; puede ser justamente uno de los riesgos que potencialmente el asegurado ha transferido (o por lo menos consideró que así lo estaba haciendo), a una organización que está estructurada para asumirlo y eventualmente pagar o cumplir las prestaciones convenidas ante la ocurrencia del siniestro.

La asunción de riesgos es un rasgo propio de la actividad de la aseguradora (arts. 1,2,60 siguientes y ccs ley 17.418), teniendo por objeto exclusivo la misma (art. 7º inciso b, ley 20.091) y por ello, en muchos de los supuestos de que se trate quedará comprendido en la excepción a la liberación de responsabilidad por fuerza mayor, conforme lo estipula el art. 1733, inciso e) del CCC y sin perjuicio, claro está, de los supuestos comprendidos directamente en los incisos a) y b) de la misma norma, o sea aquellos casos donde contractual o legalmente está obligado a cumplir sin liberarse, porque así se comprometió o la norma legal se lo impone.

La aseguradora tiene la posibilidad de delimitar el riesgo que ha de asumir, y lo debe hacer de manera clara, precisa y fundada e informar debidamente a la contraparte de la existencia de una expresa cláusula de exclusión de cobertura; la que estará sujeta a las condiciones establecidas para

esta clase de formulaciones contractuales en tanto el contrato de seguro es casi siempre celebrado por adhesión a cláusulas generales predispuestas (con. Art. 984 y siguientes del CCC) y en su caso lo que se establece para los seguros de consumo (1117 siguientes y ccs del CCC y 37 y ccs de la ley 24.240).¹⁷

La segunda norma a la que nos referimos es el artículo 1725 del CCC, ya que entendemos que al tratarse de una organización empresarial (320 CCC; ley 20.091) profesional, experta, de objeto exclusivo, concebida para el tratamiento del riesgo; tiene una mayor capacidad de previsibilidad que la contraparte que en el caso más extremo de diferencia estructural, será una persona consumidora y en condiciones de vulnerabilidad.

A ello se adiciona la confianza especial que se deposita en la aseguradora y en el sistema de seguros como instrumento idóneo para asumir los riesgos y pagar los siniestros y de esa manera neutralizar sus efectos negativos sobre la persona, el patrimonio, los bienes colectivos o sobre aquello respecto de lo cual exista interés económico lícito en que un siniestro no ocurra (art. 2 y 60 LS).

La empresa de seguros tiene una condición especial generadora de confianza en ella, ya que es la organización habilitada para absorber riesgos y cobrar por ello, sometida a una estricta regulación estatal y control de funcionamiento y actuación por parte de la SSN (art. 8 ley 20.091).

Donati, le atribuye a las empresas de seguros la función esencial de “crear seguridad” y “captar capital”. “La seguridad contra el riesgo implica, tanto en el aspecto individual como colectivo, la primordial utilidad del seguro, porque libera a la humanidad de la inquietud derivada del riesgo y le impulsa a toda clase de iniciativas económicas. La percepción de las primas convierte a las instituciones aseguradoras en importantes y frecuentemente colosales centros de captación de capitales que, invertidos en bienes existentes, ya en la producción de bienes futuros, constituyen en otro aspecto, fuente de desenvolvimiento económico”¹⁸.

¹⁷ Respecto del contenido del contrato de seguro y las exclusiones, ampliar con la obra de STIGLITZ, Ruben S., *Derecho de Seguros*, 6ª edición actualizada y ampliada; Tomo I; Ed. La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2016.

¹⁸ DONATI, Antígono, *Los seguros privados*, Librería Bosch, Barcelona, España, 1960, p. 12.

Agrega Halperin que “El control estatal se justifica , pues por la necesidad de la confianza pública en la institución, la protección del público contra la incompetencia y la deshonestidad y la necesidad de restablecer el equilibrio jurídico de las partes en un contrato de condiciones generales uniformes, en el cual la contraparte muchas veces ignora el alcance de las cláusulas que acepta”¹⁹

Siempre recordando que “El fin perseguido con el seguro es la traslación de un riesgo a un tercero, para que sus eventuales consecuencias graviten sobre éste, que lo asume mediante el pago de una prima o cotización, siempre que exista interés asegurable” ²⁰

Esta caracterización fue expuesta por la CSJN, en diversos precedentes, en relación a determinadas modalidades de seguro: “En consecuencia, no es razonable ni justo que esa protección pactada por ambos contratantes pretenda incumplirse, aún cuando la devaluación del signo monetario ocasiona una mayor onerosidad de la prestación a la aseguradora, pues no resulta admisible trasladar las secuelas del riesgo empresario que ésta asumió sobre la parte más débil del contrato.

En efecto, por un lado los extremos atinentes a la excesiva onerosidad que se alega, en parte, se encuentran ínsitos entre las contingencias inherentes a la entidad del contrato y, por ende, no pudieron ser desconocidos por una empresa que desarrolla su actividad en el campo del seguro, en tanto en ese proceder rige la profesionalidad que impone el manejo de los fondos destinados a la satisfacción del beneficio de índole previsional, que se caracteriza por ser de tracto sucesivo...no es admisible soslayar la indudable naturaleza previsional de la materia en debate y, por otra parte el carácter aleatorio del contrato en examen, con la consiguiente responsabilidad asumida por la entidad aseguradora, por lo que resulta razonable que esta última deba soportar las consecuencias del contrato en su condición original.”²¹

¹⁹ HALPERÍN, Isaac, *Seguros*, segunda edición actualizada por Juan C. F. Morandi; Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina 1986, p. 136.

²⁰ HALPERÍN, op. cit., p. 52.

²¹ CS “Benedetti, Estela Sara C/ Poder Ejecutivo Nacional” LL 01-10-2008, 1 y en el mismo sentido “Favero, Viviana Ramona C/ SMG Life Compañía de Seguro de Retiro SA” en DJ 15/04/2009,959; “Alvarez, Raquel C/ Siembra Seguros de Retiro SA” DJ 25/03/2009,737; “Coralini, Osvaldo C/ PEN”

La condición especial de la aseguradora (organización empresarial, experta, profesional, de objeto exclusivo); la confianza pública e individual que se tiene respecto de ella y el sistema (justamente por ser las únicas autorizadas a este negocio, bajo estricta regulación y control estatal); la transferencia del riesgo en virtud de esa confianza, para que lo gestione y a la vez administre los capitales consecuentes; para que desaparezca el temor, la incertidumbre y el impacto económico negativo en caso de siniestro; hace que al momento de juzgar su responsabilidad, se le exija el cumplimiento en base a los estándares de mayor diligencia y previsibilidad, que establece el art. 1725 del CCC.

De manera tal que la base normativa aplicable al caso y la especial consideración que merece el riesgo como objeto propio de la empresa de seguros, son aspectos que cobran especial relevancia en relación a los conflictos que se puedan plantear en materia de seguros relacionados con la especial situación de fuerza mayor que pueda afectar al contrato y sus efectos.

Igualmente debe señalarse que la empresa de seguros tiene una relevancia y centralidad notoria en el esquema de “funcionamiento/solución”, que el seguro representa para la problemática generada por la pandemia y es por ello que no debe dejar de advertirse que al igual que en otras situaciones de crisis generalizadas, aunque de otra naturaleza y características, la estructura misma de la ES, su solvencia, liquidez, funcionamiento y eficiencia en sus respuestas, puede verse conmovida por la propia situación generalizada de fuerza mayor.²²²³

En este sentido se ha sostenido que “A grandes rasgos, la producción del sector asegurador argentino (de 186 aseguradoras) es de poco menos del 3% del PBI y los seguros más relevantes son los obligatorios, entre los cuales, los de mayor volumen son el de la responsabilidad civil automotor y el de riesgos del trabajo (concentran el 74% de la producción de los ramos patrimoniales y el 62% del total de las primas emitidas por toda la industria). El primer impacto que

01/12/2009, en LL on line y concordante CNCom Sala C “La Rocca, Antonia C/ Metlife Seguros de Retiro SA” 20/05/14 LL on line; CNCom Sala C, “Lozano, Ederlinda C/ Estado nacional S/ Amparo” LL on line.

²² Es interesante observar el comportamiento del mercado asegurador argentino luego de la crisis de 2001/2 y la internacional de 2008; en “Diagnóstico sobre el mercado argentino de seguros”, de Jorge García Rapp y Guillermo J. Collich; documento de debate del Banco Interamericano de Desarrollo; www.iadb.org; 2011.

²³ Resulta de sumo interés, repasar en este sentido las apreciaciones de ALEGRÍA, Héctor en relación a la empresa como valor, en *La empresa como valor y el sistema jurídico*, LL 2006-D-1172.

se ha hecho notar en ambos riesgos es su disminución producto de la cuarentena obligatoria.

Desde otra perspectiva, no debe dejar de advertirse que la crisis ha afectado severamente las inversiones de las aseguradoras, fundamentalmente por la caída en el valor de los activos financieros y no financieros. Precisamente, la industria del seguro en forma directa o indirecta es tenedora de casi el 70% de los títulos públicos del país.”²⁴

4. Normas y alternativas contractuales propias del contrato de seguro.

La fuerza mayor que hemos identificado, nos puede colocar frente a determinadas situaciones que deben ser enmarcadas en el ámbito legal y contractual propio del contrato de seguro (conforme leyes 17.418, 20.091 y RGA); sin perjuicio de articular con las normas del CCC y en el supuesto de los seguros de consumo, con las de la ley 24.240 (entre otras normas).

Es por ello, que a los fines de tratar la fuerza mayor y los efectos que eventualmente puede producir sobre las obligaciones de las partes en el contrato de seguro, es que debemos indagar en la regulación específica y su posible contención normativa, a los fines de valorar si la respuesta que se brinda ante la hipótesis de conflicto que se ha planteado, resulta ser una justa y razonable solución para el caso.

En este desarrollo genérico, podemos encontrarnos, en la etapa correspondiente a la celebración del contrato, con la configuración hipotética de la reticencia o falsa declaración, conceptualizadas legalmente en los artículos 5 y siguientes de la LCS. En este sentido y con posterioridad a la declaración de pandemia por parte de la OMS (11 de marzo de 2020; ya que antes de esa fecha, pocos meses –desde Diciembre de 2019- la humanidad no tenía conocimiento de la existencia de esta enfermedad), pudo o puede ocurrir, que el tomador, al momento de la celebración del contrato haya omitido manifestar padecer o haber

²⁴ COMPIANI, María Fabiana, *Panorama de la pandemia por COVID-19 en el seguro*; SJA 01/07/2020; AR/DOC/1958/2020

padecido Covid-19 y ello llevar a la aplicación del instituto de la nulidad o adecuación contractual que se prevé para estos casos en los artículos citados y otras normas correspondientes de la propia LCS. Sin embargo, cierto es que dependerá su incidencia de la clase de contrato respecto del cual se pretenda aplicar el instituto en cuestión, la buena fe con la que hayan actuado las partes y sustancialmente considerar que la ES como organización profesional, experta, y de objeto exclusivo, debió ante esta circunstancia notoria y pública, que no podía ignorar -y menos por tratarse de una empresa especializada (320 CCC y ley 20.091)- la existencia de esta posible circunstancia y evaluar su incidencia en relación al estado del riesgo y actuar en consecuencia con la diligencia que se le exige atento a su calidad y adoptar las medidas de indagación necesarias para la identificación de esta variable, si la consideraba relevante para la celebración del contrato.

El artículo 15 de la LCS contiene un principio esencial en la materia y el mismo refiere al “conocimiento del asegurador”, que cobra relevancia sustancial en relación a nuestro tema de análisis. Esta norma señala que el asegurador no puede invocar las consecuencias desventajosas de la omisión o del retardo de una declaración, denuncia o notificación, si a la época en que debió realizarse tenía conocimiento de las circunstancias a las que ellas se refieren. La pandemia de Covid-19 y el ASPO, son circunstancias relevantes que pueden considerarse conocidas por todo el mundo, más aún por las organizaciones especializadas en gestión profesional del riesgo, como lo son las aseguradoras y por ende, en todo caso deberá considerarse este conocimiento en relación a los efectos que establece el citado artículo 15 LCS.²⁶

El artículo 18 de la LCS, norma modificable solo a favor del asegurado (conforme el artículo 158 LCS), consagra la posibilidad de que no obstante el plazo estipulado y con excepción de los seguros de vida, podrá convenirse que cualquiera de las partes tendrá derecho a rescindir el contrato sin expresar causa. Esta cláusula, si es predispuesta, en contratos celebrados por adhesión y más aún en los de consumo, debería adecuarse en su aplicación y efectos a lo

²⁶ Es dable observar en fallos diversos de diferentes materias, la consideración de la pandemia y la consecuente medida gubernamental del ASPO como hechos públicos y notorios, ajenos a las partes del contrato y cuyo desconocimiento no resulta invocable.

establecido en el CCC para esta modalidad de celebración de contratos, particularmente por su posible carácter abusivo, que puede configurarse en relación al estado de excepción generalizado (Covid-19/ASPO) y posible fuerza mayor respecto del contrato en particular (conforme artículos 988; 963; 1094;1095 1011, siguientes y concordantes del CCC y 37 siguientes y ccs de la LDC).²⁷

La fuerza mayor identificada tiene o puede tener incidencia sobre la prima (precio del seguro, artículos 27 siguientes y concordantes LCS; y correspondientes del RGA) y más allá de la consideración macro (en sus aspectos económicos, financieros y jurídicos) sobre la adecuación de la misma en relación a la baja en la secuencia de siniestros e intensidad del riesgo en determinadas ramas y la respuesta del análisis estructural que refleje la “suficiencia” de la prima exigida por la técnica actuarial y además por la solvencia del sistema y el cumplimiento del imperativo legal que así lo establece (art. 26 ley 20.091); la problemática se ha dado en relación al lugar y forma de pago y a la eventual mora en hacerla efectiva.

En relación al primer supuesto y siguiendo lo establecido por el artículo 29 LCS la prima debe abonarse en el domicilio del asegurador o en el lugar convenido por las partes; sin perjuicio que hace tiempo ya se instrumentan los canales alternativos que reemplazan el lugar físico por la transferencia electrónica de fondos (EFT) en sus diversas modalidades, por lo que puede afirmarse que teniendo en cuenta las consideraciones generales antes realizadas sobre el sistema, las partes y el contrato, podría concluirse que el asegurador ante la existencia de esta causal de fuerza mayor, debe poner a disposición de los obligados al pago, ámbitos virtuales adecuados para suplir el traslado físico para efectivizar el mismo, máxime cuando ello es una práctica generalizada y alternativa, aún antes de la existencia de la fuerza mayor y debidamente contemplada en la segunda parte del artículo 29 LCS, que

²⁷ Sin perjuicio de las normas de emergencia que puedan imponer la subsistencia de la relación, a pesar de la falta de pago y en los contratos paritarios, la observancia de la regla consagrada en el artículo 1011 del CCC, que establece la oportunidad razonable de renegociar de buena fe y sin abuso del derecho, en los contratos de larga duración.

establece con claridad que el lugar de pago se juzgará cambiado por una práctica distinta, establecida sin mora del tomador.²⁸

La segunda de las cuestiones, relativa a la mora del pago de la prima y delimitando el estudio a la falta de pago de la primera prima o de la prima única y las eventuales consecuencias establecidas en el artículo 31 de la LCS que pueden desembocar en que el asegurador no sea responsable del siniestro ocurrido antes del pago; llevan a analizar la posibilidad de invocar la dispensa de la mora por parte del obligado al pago, por aplicación del artículo 888 del CCC, que le permite al deudor eximirse de las consecuencias jurídicas probando que la misma no le es imputable; en cuyo caso y en consecuencia, si ello resulta acreditado, la mora en el pago de la prima quedaría eximida por provenir de una causal de fuerza mayor que no le es imputable y por ende la aseguradora sería igualmente responsable del siniestro ocurrido antes del pago y ello sin perjuicio de la posible aplicación de otros institutos previstos en la legislación de fondo.

La agravación del riesgo prevista en los artículos 37 y siguientes LCS, nos colocaría en la situación de aquellos eventos que tienen origen en el “hecho ajeno” de la pandemia y del aislamiento y que según los casos pueden derivar en la rescisión o la adecuación del contrato; sin perjuicio de que no sería alegable el desconocimiento por parte de la aseguradora, en virtud de lo claramente establecido en el art. 40 segunda parte inciso b) y el art. 15 LCS, por lo que sí desde la declaración de pandemia por la OMS y del ASPO por el gobierno nacional, se dejaron transcurrir los plazos legales y contractuales, no podrá luego activarse la consecuencia prevista de suspensión de cobertura, rescisión o liberación de las prestaciones a cargo de la ES en caso de siniestro (según el caso); independientemente de que el tomador/asegurado no lo haya puesto en conocimiento dentro de los plazos legales o contractuales.

A ello se suma en el ámbito de los seguros de vida, la clara norma limitante del art. 132 LCS, por la cual solo deben denunciarse las agravantes que expresamente se encuentren previstas en el contrato, y por ello si esa referencia

²⁸ Estas nuevas situaciones se han de ampliar en el ámbito del seguro, con el desarrollo de las denominadas “Insurtech”. Puede verse un desarrollo inicial de esta incidencia en ZAPIOLA GUERRICO, Martín, *Insurtech. El impacto de las nuevas tecnologías en la actividad aseguradora*, LL 2019-E-1011 y en la resolución SSN 733/2019.

expresa al Covid-19 no existe, tampoco será exigible su puesta en conocimiento respecto del asegurador

La falta de denuncia del siniestro en el plazo legal o contractual (art. 46 LCS), habiendo probado que ello tuvo su origen/causa en el supuesto de fuerza mayor/caso fortuito/imposibilidad de hecho del Covid-19/ASPO, no produce la caducidad del derecho del asegurado ni la liberación de la aseguradora de las prestaciones a su cargo, ya que así se encuentra expresamente previsto en el art. 47 LCS. Ello se hace extensivo en lo relativo a la aplicación del art. 115 LCS, en el ámbito del seguro de la responsabilidad civil.

Una situación que resulta de problemática resolución se configura cuando la fuerza mayor afecta el pronunciamiento del asegurador, establecido en el artículo 56 LCS (norma inmodificable por su letra y naturaleza, art. 158 LCS) y hace operativa la sanción de caducidad por el no cumplimiento de la carga en tiempo y forma. No existe ninguna norma que habilite a utilizar a la fuerza mayor como justificación del plazo de pronunciamiento (el 888 CCC refiere a la mora en el cumplimiento de las obligaciones y no de las cargas) y siendo aplicables las reglas para las caducidades legales, los plazos no se suspenden ni interrumpen (art. 2567 CCC) siendo materia sustraída a la disponibilidad de las partes (art. 2572 del CCC). Además la aseguradora debe verificar que la notificación del pronunciamiento llegue a efectivo conocimiento del asegurado y ello ofrece sus complejidades en la situación de cuarentena, aislamiento, paralización de actividades, que hacen de obstáculos al desplazamiento y normalidad de las comunicaciones, lo que deberá ser considerado por el intérprete al momento de estimar cumplida (razonablemente) la carga de la aseguradora.

La mora en el pago del siniestro es inexcusable y opera por el mero vencimiento de los plazos, conforme la clara letra de los artículos 50 y 51 de la LCS y en caso de configurarse debería cargar la aseguradora con los intereses moratorios, punitivos, daños causados por el incumplimiento y eventualmente la aplicación de daño punitivo en los seguros de consumo (arts. 768,769,1082,1716 CCC y 52 bis LDC); sin perjuicio de que pueda invocarse el art. 888 CCC, el que para el supuesto de admitirse su aplicabilidad, deberá serlo con carácter restrictivo, atendiendo a las especiales calidades que reúne la ES y

que han sido recogidas en apartados anteriores de este desarrollo y hacen a su grado de diligencia, previsibilidad y profesional gestión del riesgo, aún ante estas circunstancias que para la persona común tendrían otro sentido e intensidad.

El instituto de la prescripción en relación a las acciones derivadas del contrato de seguro es afectado por la misma problemática que en los demás supuestos en general, sin que la regla del artículo 58 LCS o las normas que se consideren aplicables para los seguros de consumo²⁹, tengan una incidencia particular. El curso de la prescripción no se suspende ni interrumpe en principio y salvo que se dicte una norma legal que así lo establezca, y solo queda entonces, ante esta situación generalizada de fuerza mayor, demostrar que la obligación no era exigible o bien solicitar la dispensa de la prescripción cumplida, conforme lo contempla el artículo 2550 CCC, en virtud de que las circunstancias de hecho, que son públicas, notorias y generalizadas, ajenas al titular de la acción, le han impedido su ejercicio y luego de superadas las mismas, en el plazo de seis meses posteriores a su desaparición hace valer sus derechos.

Debe considerarse que en determinados seguros, como aquellos que se vinculan con la operatoria de comercio exterior, se asumen riesgos ordinarios (de incumplimiento contractual), así como riesgos extraordinarios, sea por cuenta propia o del estado, donde podría quedar comprendida la pandemia y el ASPO.

Asimismo, en base a la estructura técnica y jurídica del seguro y en los casos que tenga relevancia en relación al riesgo y su cobertura, se puede establecer la asunción expresa del riesgo de Covid-19 y las posibles consecuencias del ASPO o bien por el contrario excluirlos expresamente, quedando en este último supuesto la posibilidad de analizar la sustentabilidad técnica, económica y jurídica de la cláusula y de plantear su calidad de abusiva,

²⁹ Se deja constancia del debate doctrinario y jurisprudencial sobre el plazo de prescripción aplicable a los seguros de consumo, que sostienen posturas diversas que van desde la aplicación del artículo 58 LS a todas las acciones derivadas del contrato de seguro; a otra que considera aplicable el plazo de 5 años previsto en el art. 2560 del CCC y también otra variante que aplica el plazo de 1 año del 58 LCS a las acciones de cumplimiento en los seguros paritarios, el de 5 años para las que correspondan a seguros de consumo; de 3 años, conforme el art. 2561 del CCC para el reclamo de daños generados por el incumplimiento, sean contratos de seguro, paritarios o de consumo y de 3 años para el reclamo de daño punitivo en los seguros de consumo conforme lo previsto en los arts. 50 y 52 bis de la ley 24.240.

intentando la nulidad de la misma y la integración del contrato, conforme lo habilita el art. 964 del CCC.

5. Institutos del CCC que podrían resultar aplicables.

El CCC regula diversos institutos relacionados con los contratos que pueden resultar aplicables directamente o bien complementar los efectos especialmente regulados por la ley 17.418 o por las cláusulas que han elaborado las partes en virtud de su autonomía material a los fines de conformar el contenido contractual.

Se trata entonces de analizar los posibles efectos que podrían generarse en virtud de la aplicación de normas expresas del CCC, sea articuladas con las que correspondan a la ley 17.418 o bien en forma autónoma respecto de estas y en tanto que el CCC constituye la estructura normativa principal y la LCS una ley complementaria de la misma.³⁰³¹

En lo referido a la mora del deudor, que bien vale aclararlo, puede serlo el obligado al pago de la prima, tomador/asegurado y en base a las reglas que correspondan según sea el seguro por cuenta propia o ajena (artículo 31° LCS) o de las prestaciones que se derivan siniestro por parte del asegurador (49 y 50 LCS). La norma del CCC con la que articula en principio es el artículo 888 del CCC; o sea la posibilidad que tiene el deudor de eximirse de las consecuencias jurídicas derivadas de la mora, probando que la misma no le es imputable.

En este aspecto, se debe probar que la mora se originó por la fuerza mayor (COVID19/ASPO); pero la incidencia será diferente, en nuestra apreciación según se trate del pago de la prima o la obligación de pago del asegurador y si estamos en presencia de un seguro de consumo o paritario.

La mora en el pago de la prima, en un contrato de consumo podría activar la excepción del 888 CCC y más aún si estamos en presencia de seguros

³⁰ Conforme lo establece el artículo 5° de la ley 26.994.

³¹ Bien se ha señalado por autores del proyecto y se extrae de sus fundamentos, la calidad de “eje articulador” del CCC, lo que se denota en el lenguaje común; en los pisos mínimos; en la consideración de las fuentes del derecho; interpretación de la ley y orden de prelación de normas (arts. 1°, 2°, 963 del CCC)

emparentados con finalidades sociales y de consumidores que puedan ser considerados personas en condición de vulnerabilidad.

Diferente puede ser la cuestión en los seguros paritarios y más aún si el tomador/asegurado es una persona jurídica con estructura de empresa o bien el estado, en cuyo caso deberá analizarse la eximente de la mora con toda estrictez.

En relación a la mora del asegurador en el cumplimiento de la obligación de pago que deriva del siniestro (daño efectivamente sufrido o la prestación convenida con el límite de la suma asegurada), el artículo 50 LCS considera nulo el convenio que exonere al asegurador de la responsabilidad por su mora, por lo que la eximición del 888 CCC sería inaplicable; sin perjuicio de que la prueba de su existencia e incidencia en relación al incumplimiento que se le imputa, podría evitarle las consecuencias de responder por los mayores daños o bien la imposición de la multa civil que contempla el art. 52 bis de la LDC, en los supuesto de seguros de consumo.

Respecto de la imposibilidad de cumplimiento, definitiva (955 CCC) o temporaria (956 CCC), podría ser invocada por una u otra parte del contrato de seguro. Sin embargo, entendemos que si la aseguradora la invoca y prueba la incidencia de tal magnitud de la fuerza mayor que la lleva a la imposibilidad de cumplir, estaríamos en un supuesto de disminución de la capacidad económica o financiera, o manifiesta desproporción entre ésta y los riesgos retenidos o déficit en cobertura de los compromisos asumidos con los asegurados; dificultad de liquidez que haya determinado demora o incumplimiento de sus pagos y por ende podrían activarse las medidas y acciones que llevan a la suspensión o revocación de la autorización para operar en seguros (artículo 86 siguientes y concordantes de la ley 20.091), ya que el sistema de seguros no concibe que la aseguradora no pague (sea cual fuere la causa, comercial ordinaria o de fuerza mayor)

En cambio el tomador (según quién sea el obligado al pago de la prima) puede invocar y demostrar la aplicabilidad del artículo 888 CCC, para no pagar la prima y no tener responsabilidad por ello.

La situación que se genera tiene su complejidad.

Sino paga la prima por imposibilidad de cumplimiento fundado en la causal de fuerza mayor; esta obligación se extingue sin responsabilidad. O sea no hay una deuda exigible con el asegurador.

Ahora bien, cabe preguntarse qué ocurre con la cobertura del riesgo; mantiene su vigencia o se suspende primero y fenece después por falta de pago de la prima (aunque esta no sea reclamable).

El principio legal específico establece que el asegurador no será responsable por el siniestro ocurrido antes del pago como lo señala la regla del artículo 31 LCS; pero el mismo puede ser excepcionado en virtud de considerar a la mora excusada por la fuerza mayor e interpretar que sus obligaciones permanecen vigentes y más aún cuando estamos en presencia de seguros de consumo, con tomadores o asegurados en condiciones de vulnerabilidad y seguros con finalidades sociales.

Una respuesta posible sería que en estos casos de seguros de consumo, la obligación del asegurador subsiste por el plazo que dure la fuerza mayor (atendiendo a la situación de mora excusada por la fuerza mayor); respuesta que guarda coherencia con lo establecido en relación a otras materias, como los mutuos con garantía hipotecaria donde se encuentra afectada una vivienda familiar y donde la normativa de emergencia recogió los principios de orden público protectorio de las personas en condiciones de vulnerabilidad (decreto 319/20) y enervó temporalmente los efectos de la mora en el cumplimiento de sus obligaciones de pago, sin que se afectaren sus derechos.

En los seguros negociados o paritarios seguirían rigiendo las reglas y principios comunes, con la variante que el tomador que probare esa imposibilidad definitiva o temporaria para pagar la prima en virtud de la fuerza mayor, igualmente vería suspendida su cobertura conforme el art. 31 LDC, pero no le sería reclamable el pago de los accesorios de la prima devengada y no abonada.

La suspensión de cumplimiento que regula el artículo 1031 del CCC resulta de difícil aplicación, en virtud del requisito que refiere al cumplimiento simultáneo de las partes. Pero además, la falta de pago de la prima da lugar a la suspensión de la cobertura y eventual rescisión del contrato; o sea que la propia LCS establece una regulación específica en este caso (art. 31 LCS). Respecto

de la obligación del asegurador, mientras se encuentre paga la prima debe (si ocurre el siniestro) abonar las prestaciones comprometidas, caso contrario ingresará en situaciones que hacen a su posibilidad (o no) de seguir operando en el negocio del seguro (ley 20.091, artículo 86 siguientes y concordantes) y si el siniestro no ha acontecido nada deberá abonar, por lo que entendemos que el instituto de la suspensión por incumplimiento tiene regulación propia en las leyes vinculadas al seguro.

La tutela preventiva, regulada en el artículo 1032 del CCC, aunque no requiere la simultaneidad en el cumplimiento de las prestaciones, como lo hace el artículo anterior; también se encuentra reglada en los artículos señalados de la LCS y de ES.

La frustración de la finalidad del contrato se encuentra establecida en el artículo 1090 del CCC y tiene como presupuesto una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. El supuesto de fuerza mayor que nos ocupa podría encuadrar (según el caso concreto) en esta configuración. Ahora bien, en materia de contrato de seguro, la agravación del riesgo tiene su tratamiento específico y ese el primer canal que se debe utilizar o por lo menos analizar (37 a 45 y 35 LCS), ya que son mecanismos que permiten revisar, adecuar y/o rescindir el contrato; sin perjuicio de su articulación con la regulación que trae el CCC en este sentido.

El instituto de la imprevisión, reglado en el artículo 1091 del CCC, refiere a los contratos conmutativos y no a los aleatorios, por lo que en principio, no resultaría aplicable al contrato de seguro. Ciertamente es que en otras oportunidades se ha pretendido blandir la teoría de la imprevisión cuando se ha dado una legislación específica que se aplicó a toda clase de contrato (pesificación de las obligaciones en moneda extranjera) y allí se brindó desde la jurisdicción la respuesta fundada en la particularidad del negocio y de la empresa de seguros como organización profesional: “Siendo que la normativa de emergencia presupone por parte del legislador la aplicación genérica de la teoría de la impresión contemplada en el art. 1198 del Cód. Civil, y que para la aplicación de la citada teoría es menester la presencia de dos elementos: el carácter imprevisible o extraordinario del hecho sobreviviente y la excesiva

onerosidad que para una de las partes resulta como efecto de ese hecho, esto no es aplicable a un contrato de seguro de vida pactado en dólares, porque al pactarse en esta moneda, pudiendo contratarse en pesos, la variación monetaria fue prevista, ya que si bien el riesgo de la devaluación no es propio del contrato de seguro, lo es cuando este fue convenido en dólares, por lo que corresponde pagar el rescate solicitado por los actores en dicha moneda.”³²

La revisión judicial de los intereses se encuentra establecida en el artículo 771 CCC y podría resultar aplicable a la prima devengada y no abonada y a las prestaciones del asegurador no cumplidas en tiempo y forma, (la falta de pago en término debería serlo a consecuencia de la fuerza mayor del COVID19/ASPO). Consecuentemente no existe obstáculo alguno para que se active la posibilidad de revisión judicial de los intereses para el supuesto de que los mismos excedan el costo medio del dinero en forma injustificada y desproporcionada.

Las sanciones conminatorias establecidas en el artículo 804 del CCC, de carácter pecuniario a quienes no cumplen deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial, pueden graduarse y aún dejarse sin efecto, cuando el deudor invoque y pruebe que la causal de fuerza mayor (COVID 19/ASPO) es la que ha impedido el cumplimiento, en forma total o parcial, definitiva o temporaria; del mandato judicial y en base a ello “justificar su proceder” (conforme criterio expuesto en Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, 13/11/2007, “Banco Credicoop Coop. Ltda. v. Gherpelli, Luis A. y otros”, 70042366), cuando el cumplimiento devino imposible por un hecho ajeno al deudor).

La posibilidad de revisión del contrato (960 CCC a pedido de parte o de oficio), en virtud de la incidencia de la causal de fuerza mayor, resulta aplicable al seguro, como a cualquier otro contrato. Esto no significa que sea procedente, ya que como se observa, no es lo mismo que la revisión la plantee un consumidor vulnerable o la empresa de seguros; sin perjuicio de que entendemos que no existe obstáculo para intentarlo, con otra particularidad que

³² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, 03/10/2005, “Zimmerman, Sergio A. c. Nationale Nederlanden Compañía de Seguros de Vida N.V.”, JA 2006-I, 841, AR/JUR/6490/2005.

es la de aplicar las normas propias de adecuación que en relación al riesgo, prima y suma asegurada establece la propia LCS.

La responsabilidad por daños derivados del incumplimiento de una obligación (1716 CCC), que resulta posible en este contrato al igual que en cualquier otro (1082 CCC), nos coloca en el supuesto de hecho que por la fuerza mayor no se hubiera cumplido con las obligaciones a cargo de las partes y que ello generó un daño cuyo resarcimiento se pretende.

Como se ha señalado en párrafos anteriores, en los supuestos de daños derivados del incumplimiento contractual, cobra importancia la consideración del artículo 1725 CCC, ya que la empresa de seguros, en tanto organización profesional de objeto exclusivo y capacidad técnica, económica y financiera para absorber los riesgos y pagar oportunamente los siniestros, es depositaria de una confianza especial, en virtud de tales calidades y por ende carga con la obligación de actuar con mayor deber de prudencia, pleno conocimiento de las cosas, se incrementa la diligencia exigible y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. De hecho posee los elementos técnicos para evitar consecuencias negativas a través de la delimitación del riesgo (objetiva y subjetiva) y plantear las exclusiones de cobertura que entienda procedentes (económica, actuarial y jurídicamente); aún frente a la pandemia y el consecuente aislamiento, ya que no son hechos que no hayan ocurrido (peste de Justiniano; peste negra; viruela; sarampión; gripe española; gripe asiática; gripe de Hong Kong; virus de inmunodeficiencia adquirida) y es más, ello fue alertado por la OMS en Septiembre de 2019, de que era probable la producción de una nueva pandemia: “el pasado septiembre la Organización Mundial de la Salud publicó un informe en el que alertaba de que el riesgo de que se produjera una pandemia global estaba creciendo, y sólo han hecho falta unos meses, hasta diciembre de 2019 en China, para que surgiera el nuevo coronavirus SARS-Cov-2, que origina la pandemia por la enfermedad COVID-19.”³³

En este sentido, se ha expresado que “Parece ser que el seguro sí esperaba una pandemia. Tal vez no ésta, pero sí una con efectos similares. De otro modo, no habría tomado la precaución de excluir en muchos contratos tal

³³ Breve historia de las pandemias globales: cómo hemos luchado contra los mayores asesinos” (<https://www.infosalus.com/salud-investigacion/noticia-breve-historia>)

eventualidad. En general, los profesionales hemos pasado de largo por esta exclusión dándola como admisible dado el nulo riesgo para un mercado nacional al que no afectaba algo así desde la llamada gripe española de 1918. Erramos.”

34

Ello coloca a la empresa de seguros en una particular situación respecto del eventual planteo de justificar su incumplimiento en la fuerza mayor que nos ocupa; ya que no solo sería demostrativo de su pérdida de capacidad económica financiera e incumplimientos frente a los asegurados, beneficiarios, damnificados con créditos a su favor; que pueden poner en riesgo su permanencia en la operatoria (art. 86 ley 20.091) sino que además por su particular estructura, profesionalidad, experticia y justamente objeto exclusivo en la asunción y gestión de riesgos y reparación de siniestros; tiene una condición especial que la obligaba (en términos razonables, como organización) a tener conocimiento del escenario que se ha planteado (conducta que no es exigible a las personas con conocimiento medio); máxime cuando el clausulado es elaborado y predispuesto por la empresa de seguros y tiene la posibilidad, como lo hemos advertido, de delimitar el riesgo que va a asumir y no lo ha hecho, por lo que resulta una hipótesis de difícil configuración, el incumplimiento sin responsabilidad por parte de la aseguradora.

El reclamo de daños excede el cumplimiento de la obligación y se refiere a los daños causados por ese incumplimiento y se deberá responder en base al art. 1728, sin posibilidad de que la fuerza mayor sea (en principio) invocada como eximente (1730 CCC) ni pueda ser considerada como motivo de una posible imposibilidad de cumplimiento (1732 CCC) en relación a la obligación principal de pago incumplida; aunque podría tener alguna incidencia en el lugar y forma de pago, o los intereses que puedan fijarse, o el daño punitivo que en su caso corresponda.

Se reitera la importancia del artículo 1733 inciso e del CCC; ya que la actividad aseguradora tiene como objeto principal justamente el riesgo, lo delimita; asume, gestiona, traslada, diluye y ocurrido el siniestro, lo paga. Por lo

³⁴ LLUCH, Carlos, corredor de seguros, *¿Cómo puede afectar la pandemia de Covid-19 a las coberturas del seguro de vida?*, <https://revistas.economista.es/seguros/2020/junio>

que estas contingencias identificadas como supuestos genéricos de fuerza mayor para las personas, no lo configuraría para la empresa de seguros.

En sentido relacionado, se ha resuelto que “El planteo de caso fortuito y fuerza mayor formulado por una aseguradora, tendiente a suspender temporalmente el pago de una condena de daños hasta que sean superados los efectos comerciales de la pandemia debe rechazarse, pues aquella debió haber presupuestado la totalidad de las sumas convenidas, conforme exige un obrar diligente, sin que la circunstancia de no hallarse aprobadas las cuentas liquidatorias de la accionante resulte impedimento para ello, ya que los obligados al pago de la condena contaban con las pautas necesarias para establecer el monto de la obligación con anterioridad a la irrupción de la emergencia sanitaria y a que se decretara en el país el aislamiento social preventivo y obligatorio” ³⁵³⁶

6. Conclusiones

El sistema de seguros se estructura sobre la base de un negocio que responde a necesidades individuales y colectivas; sustentado sobre presupuestos técnicos, económicos, financieros y jurídicos; gestionado y administrado por organizaciones profesionales, expertas, de objeto exclusivo; bajo control y regulación del estado en virtud de las grandes masas de capital involucradas y la confianza pública que se deposita en él; teniendo como objeto central la transferencia de riesgos y dinero, desde el estado, las empresas, los consumidores y las personas en general; hacia las empresas de seguros; en el caso del riesgo para su tratamiento, prevención, dilución, dispersión y en relación al dinero, para administrarlo e invertirlo profesional y eficientemente y eventualmente ante el siniestro, cumplir con las prestaciones a su cargo y lograr la sustitución total o parcial de los efectos económicos negativos que este produce.

³⁵ CNC, sala J, 30/07/20; “Toledo, Victoria Andrea C/ Línea de Microóminibus 47 SACFEI y otros S/ daños y perjuicios” RCyS 2020-IX-231.

³⁶ Ello sin dejar de señalar que por el inciso a) del artículo 1733, la aseguradora pudo excluir expresamente estas contingencias y no lo hizo, por lo que en principio queda comprendida en la cobertura y asimismo debe contemplarse legislación específica que impone el aseguramiento de los riesgos denominados extraordinarios como pueden serlo la pandemia o la medida gubernamental que nos ocupan; hecho que se configura, por ejemplo en el seguro de crédito a la exportación.

Ello encuentra regulación jurídica específica en la normativa referida al seguro, como lo son las leyes 17.418, 20.091, 22.400 y la normativa derivada de la Superintendencia de Seguros de la Nación, en particular el reglamento general de la actividad aseguradora y en los supuestos de seguros de consumo, en la normativa de defensa de los derechos de los consumidores entre las que cabe destacar al artículo 42 de la Constitución Nacional y la ley 24.240 con la integración que prevé con la ley 27.442 y el decreto 274/19; articulado todo ello con la estructura principal que supone el Código Civil y Comercial; interpretado y aplicado este conjunto normativo en base a las disposiciones constitucionales y convencionales en materia de derechos humanos, conforme lo establecen los artículos 1º y 2 del CCC.

En el amplio espectro de los tomadores, asegurados, beneficiarios y damnificados, adquiere particular relevancia la consideración de las personas en condiciones de vulnerabilidad, que conforme las reglas y principios convencionales, constitucionales y legales, deberán recibir una atención particular y relevante en relación a sus derechos y la real operatividad de los mismos, en la resolución de cualquier conflicto que las involucra, aún los de esta naturaleza y característica como lo es el seguro, que en muchas de sus modalidades se relaciona con la vida y la salud de las personas.³⁷

El riesgo es el objeto principal del contrato de seguros (art. 2º ley 17.418) y la base del sistema, estando concebidas las aseguradoras como organizaciones profesionales que tienen por objeto exclusivo efectuar operaciones de seguro (art. 7.b, ley 20.091) y ello implica una transferencia de riesgo (y de confianza) de los tomadores, asegurados hacia las empresas de seguro como administradoras profesionales y expertas que lo asumen, gestionan y ante la ocurrencia del siniestro sustituye los efectos económicos negativos del siniestro a través del cumplimiento de las prestaciones a su cargo.

³⁷ En relación con los conceptos de vulnerabilidad y el derecho a la salud y la vida en confrontación con normas e institutos jurídicos específicos, resulta de interés la lectura de diversos precedentes (si bien referidos a otras materias) del máximo tribunal de nuestro país, a los fines de trasladar hipotéticamente esa labor hermenéutica y el consecuente discurso jurídico al ámbito del seguro; entre ellos cabe señalar: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 26/03/2019, “García, María Isabel c. AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, 342:411, LA LEY 17/04/2019, 1; Corte Suprema de Justicia de la Nación, 26/03/2019, “Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R. A. F. y L. R. H. de F.)”, 342:459, LA LEY 12/04/2019, 4.

La situación de fuerza mayor/caso fortuito (1730 CCC) generada por el Covid-19/ASPO; hechos públicos y notorios, queda enmarcada dentro de los riesgos posibles según la clase de seguro de que se trate y por ello su incidencia debe ser analizada considerando especialmente que el sistema de seguros está concebido sobre la base del riesgo mismo, no siendo ajena ninguna de las situaciones que puedan encuadrar dentro de su noción, concepto o caracterización, sin perjuicio de la posibilidad de exclusión legal o contractual del mismo; cobrando en el caso concreto especial relevancia esta cuestión, junto a la naturaleza específica de la empresa de seguros como organización estructurada y autorizada con el único y exclusivo objeto de asegurar riesgos que le transfiere la mutualidad de asegurados, para que los asuma, gestione y depositando su confianza en ella y en la reglamentación y control estatal, que lo hará de la mejor manera con la prudencia, diligencia, previsibilidad de consecuencias que supone el sistema, la empresa, el estado y con la expectativa contractual de que ocurrido el siniestro la aseguradora cumpla con las prestaciones a su cargo que sustituyen total o parcialmente los efectos económicos negativos que este ha producido; dejando siempre que en claro que cobra un precio en dinero por ello, conformando grandes masas de capital, el que es administrado e invertido conforme lo establecido en el régimen legal y reglamentario y que sirve de base para el pago de los siniestros.

Frente a este contexto, la responsabilidad de las aseguradoras como organizaciones profesionales, expertas y de objeto exclusivo; adquiere especial relevancia e intensidad,³⁸³⁹⁴⁰ atendiendo a que el riesgo es propio de su actividad

³⁸ Ello sin dejar de advertir el impacto que la pandemia y el aislamiento han producido sobre las estructuras de las organizaciones empresariales que pueden condicionar sus decisiones económicas y jurídicas y aún su viabilidad como unidad de negocios

³⁹ Aún con las distorsiones que suelen producirse en mercados convulsionados y como lo denuncia FAPASA, señalando que “Ciertos intermediarios salieron a pescar en río revuelto, aprovechando el aislamiento, para intentar promover canales alternativos para ofrecer coberturas, asimismo fueron notorias las exigencias de algunas entidades financieras de imponer la contratación de seguros en canje para el otorgamiento de créditos a tasas promocionales.

Con preocupación observamos como parecieron en gran escala los tradicionales vendedores ilegales de seguros, fundamentalmente en el interior del país, colocando supuestos seguros de entidades que no existen o emitiendo falsos comprobantes para poder circular con vehículos automotores” ZOTTOS, Jorge L.C.; *El seguro, la pandemia y la postpandemia*, 4 de Agosto de 2020, www.fapasa.org.ar/

⁴⁰ Resulta interesante analizar en cuanto resultan trasladables al negocio del seguro en relación directa o indirecta con la salud y la vida humana, los criterios que ha elaborado el máximo tribunal de nuestro país, en relación al denominado “compromiso social de las empresas”, en precedentes como CSJN, “Cambio de Pés de Nealón” del 28-8-2007, Fallos: 330:3725, “Sartori, Karina Mabel c/ Cemic Empresa de Medicina Prepara s/ amparo”, S. 1078. XL.; 27-12-2005; T. 328 P. 4747; “V., W. J. c/ Obra Social de Empleados de

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 5

y núcleo central de la misma, haciendo que la fuerza mayor/caso fortuito sea una contingencia propia y por ende se mantenga el deber de cumplir con las obligaciones a su cargo, sin que pueda invocar estas eximentes (art. 1733 inciso e CCC) y sin perjuicio de la razonable, transparente y justificada delimitación de riesgos que puede configurar la aseguradora en la etapa previa y simultánea a la celebración del contrato y ello extrema la diligencia y previsibilidad que se le exige en virtud de la confianza especial (1725 CCC) que se le tiene al momento de transferir los riesgos por un precio en dinero y con la razonable expectativa, en el sistema, la empresa y el contrato mismo; de recibir las contraprestaciones comprometidas al momento del acaecimiento del siniestro.⁴¹



DECONOMI

Comercio y Actividades Civiles s/ sumarísimo”, V. 1389. XXXVIII.; 02-12-2004; T. 327 P. 5373; “Etcheverry, Roberto Eduardo c/ Omint Sociedad Anónima y Servicios”, E. 34. XXXV.; 13-03-2001; T. 324 P. 677, conjugado con lo resuelto en CSJN, 02/08/2000, “Risolia de Ocampo, María J. v. Rojas, Julio C. y otros”, 323:1934.

⁴¹ Subyace en nuestras apreciaciones las ideas que se han expresado en relación a la concepción misma del derecho de los negocios y sobre las que nos ilustra ALEGRÍA, Héctor en *Humanismo y derecho de los negocios*, LL 2004-E-1206.