

RETICENCIA, OMISIÓN, INFORMACIÓN INCORRECTA Y LA EFICACIA DEL CONTRATO DE SEGURO

*RELUCTANCE, OMISSION, INCORRECT INFORMATION
AND THE EFFECTIVENESS OF THE INSURANCE CONTRACT**

*HENRIQUE PIRES ARBACHE***

Fecha de recepción: 29 de mayo de 2023

Fecha de aceptación: 15 de junio de 2023

Disponible en línea: 30 de junio de 2023

Para citar este artículo/To cite this article

ARBACHE, Henrique Pires. *Reticencia, omisión, información incorrecta y la eficacia del contrato de seguro*, 58 Rev.Ibero-Latinoam.Seguros, 91-104 (2023). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris58.roii>

doi:10.11144/Javeriana.ris58.roii

* El presente estudio es resultado de una investigación realizada durante las clases de análisis económico de derecho, impartidas por los profesores Pablo Ianelo y Eduardo Stordeur, en la Maestría en Derecho de la Empresa de la Universidad ESEADE, en los años 2012 y 2013, actualizado en 2023.

** Máster y especialista en Derecho Empresarial. Profesor en cursos de posgrado. Integrante de los GNT Salud Suplementaria y Procedimiento Civil de AIDA BRASIL. Socio, gerente de litigios estratégicos, en Almeida Santos Abogados. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8912-571X>. Contacto: henrique.arbache@almeidasantos.com/arbache@aasp.org.br.



RESUMEN

En esta investigación, buscamos esbozar supuestos importantes para examinar el tratamiento legal adecuado de la información presentado por el asegurado, a favor de la eficiencia de los contratos de seguro.

Partiendo del examen de las principales características de los contratos de seguro, el mutualismo, los cálculos actuariales, su función social, llegamos a la importancia de la información proporcionada por el asegurado, para la adecuada y equilibrada tarificación del servicio.

En este escenario, buscamos evaluar las consecuencias atribuidas por los ordenamientos jurídicos argentino y brasileño, destacando los puntos positivos de cada uno y los que podrían sufrir aportes.

Palabras Clave: seguro, información, omisiones, reticencia, eficiencia

ABSTRACT

In this research, we seek to outline important assumptions to examine the proper legal treatment of the information presented by the insured, in favor of the efficiency of insurance contracts.

Starting from the examination of the main characteristics of insurance contracts, mutualism, actuarial calculations, its social function, we arrive at the importance of the information provided by the insured, for the adequate and balanced pricing of the service.

In this scenario, we seek to evaluate the consequences attributed by the Argentine and Brazilian legal systems, highlighting the positive points of each one and those that could suffer contributions.

Keywords: insurance, information, omissions, reticence, efficiency.

SUMARIO: 1. EL CONTRATO DE SEGURO. 2. EL MUTUALISMO Y LOS CÁLCULOS ACTUARIALES. 3. FUNCIÓN SOCIAL DEL CONTRATO DE SEGURO. 4. LAS INFORMACIONES PRESTADAS POR EL ASEGURADO. 5. LAS INFORMACIONES NO VERÍDICAS E IMPRECISAS PROPORCIONADAS POR EL ASEGURADO EN LA LEY BRASILEÑA Y ARGENTINA. 6. ANÁLISIS CRÍTICO CON MIRAS A UNA MAYOR Y MEJOR EFICIENCIA CONTRACTUAL. 7. CONCLUSIÓN. 8. BIBLIOGRAFÍA.

1. EL CONTRATO DE SEGURO

La vida es y siempre fue rastreada en riesgos, de diversas naturalezas y extensiones. Algunos más previsibles, parte de ellos remediable. Otros casi imperceptibles. Con la modernidad, la sociedad paso a preocuparse substancialmente con el contaje de riesgos.

En este escenario es que se estableció el contrato de seguro, cuyo principio más grande es ratear entre el mayor número de personas los riesgos individuales. Para el profesor Fran MARTINS *“Se entiende por contrato de seguro aquél en una empresa asume la obligación de resarcir perjuicio sufrido por otros, en virtud de evento incierto, mediante el pago de determinada importancia”*¹¹.

Un dato importante para el estudio del contrato de seguro reside en el hecho de que las personas difieren en cuanto a la disposición a asumir riesgos. Esto se puede ver en la política de inversión o incluso en la comparación entre alguien que prefiere un ingreso garantizado y otros que eligen un trabajo riesgoso. Y como no podía ser de otra manera, es un factor que también se manifiesta en la ciencia de la seguridad.

Las especificidades del contrato de seguro fueron bien sintetizadas por Robert Bloch, en el sentido de que *“Lo seguro promueve, por una parte, una función individual para los que del participan. Por Otra parte, desarrolla una función social al volverse posible a todas las fases del proceso económico”*²².

Aún, es pertinente mencionar un extracto del trabajo de Hans-Bernd SHAFER y Claus OTTO:

*“Los potenciales perjudicados actúan de forma adversa al riesgo, es importante que los seguros solo se lleven a cabo con una configuración privada de las relaciones jurídicas. Los costes del seguro con reintegro de un daño, con un número suficientemente alto de asegurados, tendrían que ser iguales al valor previsto del daño por asegurado, multiplicado por el número de éstos., Puesto que el seguro produce otros costes, solo se llevarán a cabo contractualmente se existe disponibilidad para pagar las primas que sobre pasen el valor previsto de daño. Solo entonces se acordaría en el marco de un contrato perfecto para cubrir los riesgos inevitables”*³³.

2. EL MUTUALISMO Y LOS CÁLCULOS ACTUARIALES

El contrato de seguro, por lo tanto, gira en torno del mutualismo. La aseguradora administra el fondo común para el pago de indemnizaciones, de forma a atingir la finalidad del contrato de seguro: repartir en la masa de asegurados los riesgos predeterminados.

Según el escolio de José Alberto GARRONE y Mario E. Castro SAMMARTINO:

¹ *“Entende-se por contrato de seguro aquele em que uma empresa assume a obrigação de resarcir prejuízo sofrido por outrem, em virtude de evento incerto, mediante o pagamento de determinada importância.”* (Contratos e obrigações comerciais. 16ª ed. São Paulo: Forense, 2010, p. 330, tradução livre).

² *Los seguros del comercio exterior*: Buenos Aires: Ad-hov, 2011, p. 13.

³ *Manual de análisis económico del Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, 1991, p. 268.

“El riesgo asegurado es aquel específicamente previsto y determinado en el contrato de seguro. La individualización es la precisión de la especie del riesgo (por ejemplo, incendio, robo, etc.). La delimitación es la precisión de los alcances de la cobertura, es decir, los hechos que van a quedar comprendidos o excluidos. Las delimitaciones del riesgo pueden ser convencionales o legales. Las convencionales se configuran cuando el asegurador estipula expresamente en que siniestros se va a hacer cargo y cuáles van a quedar excluidos, y pueden ser causales, objetivas, temporales o espaciales. Las delimitaciones causales son aquellas por las cuales el asegurador solo va a cumplir su prestación si el siniestro ha sido causado por determinado hecho. Las delimitaciones objetivas implican que el asegurador va a responder cuando el siniestro afecte a determinada persona o bien. Las delimitaciones temporales se refieren a la vigencia en el tiempo de la cobertura. Las delimitaciones espaciales limitan geográficamente el alcance del seguro”⁴.

Para establecer el valor de la contribución de cada asegurado, de acuerdo con el mutualismo, la aseguradora se basa de los cálculos actuariales, que averiguarán la probabilidad de consumación del riesgo dividida por el número de participación en la masa de asegurados.

Olívio Lucas FILHO bien ejemplifica el mutualismo, con la comparación a un seguro informal donde mil estudiantes se asocian para proteger sus computadoras portátiles de los eventos de robo y hurto⁵.

Considerando que el precio de cada unidad es de 5.000,00 (cinco mil unidades), la contribución de cada uno para cualquier evento que ocurra es de 5,00 (cinco unidades – 5.000,00/1000).

Hasta acá simple mutualismo. Ahora entran los cálculos actuariales, cuya función es averiguar la probabilidad de ocurrencia del evento cubierto por el contrato de seguro. Supongamos que el resultado presentado sea de cuarenta eventos. En esa hipótesis el valor del premio sería de 200,00 (doscientas unidades), representadas por la multiplicación de la probabilidad (40), por el valor unitario del perjuicio (5,00 por asegurado).

El cálculo del valor del perjuicio es simple. Ya lo mismo no se puede decir acerca de la estimativa de las probabilidades realizadas por cálculos actuariales y regulados por el Poder Público.

El ejemplo del profesor Olívio Lucas FILHO es muy oportuno en el examen del contrato de seguro a la luz de la herramienta analítico del contrato perfecto. En el plan imaginario de una asociación para división de los riesgos individuales, se desconsidera por completo los costos de la transacción, simplemente por la inexistencia de una estructura empresarial organizada para la administración y comercialización de productos con tales finalidades.

⁴ *Ley de seguros. Comentario y jurisprudencia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 20.

⁵ *Seguros: fundamentos, formação de preço, provisões e funções biométricas*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 3.

3. FUNCIÓN SOCIAL DEL CONTRATO DE SEGURO

Otro aspecto que debe ser resaltado, para fines de la presente pesquisa, es la función social del contrato de seguro, ya percibida en las entrelineas de los párrafos anteriores.

En términos prácticos, un contrato seguro puede: (I) traer comida a la mesa de una familia, que recién haya perdido uno de sus entes responsable o con gran contribución al sostenimiento de la misma; (II) evitar la bancarrota de profesionales y empresarios; (III) reponerla perdida de un bien importante y que demandaría tiempo o mucho esfuerzo y sinergia para hacerlo de forma individual.

Estos son apenas algunos de los muchos ejemplos que muestran la gran importancia del contrato de seguro para la sociedad contemporánea. Actualmente, con la necesidad de garantizar riesgos estratosféricos, las aseguradoras se ordenan en una estructura compleja que permite la división entre ellas (coaseguro), o la trasferencia de parte del riesgo a un reasegurador.

Así, a los ejemplos citados aún podemos sumar que el contacto de seguro permite, por ejemplo, la protección de toda una nación de pérdidas relacionadas a bien público de valores inimaginables y cuya baja podría llevar el país a una crisis económica gravísima⁶.

El profesor nostálgico Rubens S. STIGLITZ, en la obra laureada “Derecho de Seguros”, resumió bien que el seguro se presenta como una respuesta a la necesidad de eliminar las consecuencias derivadas de la realización de un riesgo⁷.

4. LAS INFORMACIONES PRESTADAS POR EL ASEGURADO

La fase precontractual del contrato de seguro implica deberes recíprocos de información (denominado deber secundario de conducta)⁸.

Por un lado, el asegurador debe cumplir con el deber esencial de presentar las características del producto comercializado, especialmente cuando se ofrece en relación al consumo.

De otro lado, uno de los pilares de los cálculos actuariales son las informaciones prestadas por el asegurado. Sea cual sea el ramo del seguro, en cualquier lugar del mundo, el cálculo de la probabilidad de consumación del riesgo para por el examen de tales informaciones⁹.

⁶ A ilustrar esa constatación, podemos citar el seguro que protege las plataformas de la empresa brasilera Petrobras.

⁷ Tomo 1, 2ª. Ed. Buenos Aires: Abeledo-perrot, 1998, p. 15 e ss.

⁸ Idem, p. 267.

⁹ Insertado, como acertadamente lo señala una investigación presentada por el relator del tema de AIDA Bolivia, en el Congreso Ibero-latinoamericano de Derecho de Seguros en el año 2002, Nora Andreina Claros Soria, como “*el deber precontractual de declaración de riesgo*” (Efectos del incumplimiento del deber de declaración del riesgo – reticencia, falsedad, omisión, 57 Rev.Ibero-Latinoam.Seguros, 67-96 [2022]. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris57.eidd>, acceso em 17.5.2023).

Esta es la máxima del mutualismo que, sumado a la probabilidad, torna posible delimitar los detalles que importan para levántate o disminuir las chances de consumación del riesgo.

Importante destacar, sobre ese aspecto, la necesidad de agrupar el mayor número posible de riesgos homogéneos, para una adecuada y más precisa aplicación de la teoría de la probabilidad.

Esta necesidad fue muy bien expuesta por Sandra FIGUEIREDO¹⁰, según quien algunos matemáticos europeos, durante la construcción de una tabla de mortalidad, verifican que para la constancia en el porcentaje de muerte de hombres y mujeres en relación al año de nacimiento, era necesario tabular un número suficiente de nacimientos.

Olivio Luccas FILHO, a su vez, cita la Ley de los Grandes Números para explicar que, si un cubo es lanzado por seis veces, difícilmente tendremos como resultado un sexto para cada cara. Todavía, tirando el cubo millones de veces, la tendencia es que se verifique ese resultado. O sea, cuanto más lo tires, con mayor perfección se moldará el resultado a la teoría de la probabilidad, derivando resultado muy próximo de un sexto a cada cara.

Esto se debe a que, como enseñaron Robert PINDYCK y Daniel RUBINFELD¹¹, es una ciencia basada en la ley de los grandes números y, aunque los eventos singulares siempre son aleatorios e impredecibles, el resultado promedio de muchos eventos singulares es predecible.

Todo eso es dicho para resaltar la importancia fundamental que ganan, en el contrato de seguro, las informaciones prestadas por el asegurados, adoptadas como parámetro para cálculo del premio, justamente por reflexionaren en el resultado de las chances de consumación del riesgo. Si el seguro es el resultado de la suma de diversas ciencias del conocimiento humano (sobre todo la matemática actuarial), determinar la ejecución contractual de manera diversa de aquel previsto puede corromper el buen funcionamiento del contacto de seguro.

Al tratar de esa cuestión, Carlos Alberto GHERSI así se pronuncia: " *Hemos visto que la información y el conocimiento son los instrumentos por excelencia para determinar el proyecto del Aseguramiento y, por lo tanto, es un mecanismo de selección de alternativa (de seguro y de los seguros) "*¹².

Si la información del asegurado es tendencialmente insuficiente o imperfecta (Itii), debe complementarse por el conocimiento profesional de la aseguradora (Cp), de tal manera que el primer factor se compense y potencialice para generar confiabilidad (Cf) y Seguridad (Sg)¹³.

¹⁰ *Contabilidade de seguros*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 18.

¹¹ *Microeconomía*. 5ª Ed. São Paulo: Person;Prentice Hall, 2005, p. 161.

¹² *Contrato de Seguro*. Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 143.

¹³ $Itii + Cp = Cf / As$

En el caso la información del asegurado sea eficiente y eficaz (Iee), se potencializara con el conocimiento profesional de la aseguradora (Cp) y genera mayor eficiencia y eficacia en la seguridad (See)¹⁴.

Este deber precontractual asume consecuencias relevantes, con la constitución del vínculo¹⁵.

5. LAS INFORMACIONES NO VERÍDICAS E IMPRECISAS PROPORCIONADAS POR EL ASEGURADO EN LA LEY BRASILEÑA Y ARGENTINA

La legislación brasileña atribuye penalidad severa al asegurado que presta información no verídica a la aseguradora. El art. 766, del Código Civil, dispone la pérdida del derecho a indemnización de seguridad, cuando tales informaciones tengan el poder de alterar el valor del premio o la propia aceptación del riesgo¹⁶.

El problema es que la disposición legal determina que se compruebe la existencia de mala gana del asegurado, rehusando la solución de la cuestión a un juicio subjetivo de valor. Además, a despecho de la disposición legal relacionar la información no verídica a la influencia en la aceptación de la propuesta o en la fijación del premio, a lo práctico la jurisprudencia exige que haya conexión de casualidad en esta y el siniestro ocurrido¹⁷.

La legislación argentina (Ley de Seguros Argentina 17.418), a su vez, posibilita la declaración de nulidad del contrato, desde que contrariado en el plazo de 3 (tres) meses, contados a la fecha que el asegurador toma conocimiento de la no exactitud o u omisión en la información prestada por el asegurado¹⁸.

¹⁴ Iee + Cp = Aee

¹⁵ FEDERIK, Carlos José María. Ob. Cit., p. 102.

¹⁶ Art. 766. *Si el asegurado, por sí o por su representante, hace declaraciones inexactas u omite circunstancias que puedan influir en la aceptación de la propuesta o de la prima tarifaria, perderá el derecho a la garantía, además de estar obligado a pagar la prima vencida.* (traducción libre: Art. 766. *Se o asegurado, 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.*)

¹⁷ Nesse sentido: (i) TJSP, APL 992.07.061759-6, 35ª Câmara de Direito Privado, juez ponente Clovis Castelo, f. 26.4.2010; (ii) TJRS, 3º Grupo de Câms. Cíveis, E.I. nº 7006.718894-6, juez ponente Léo Romi Pilau Júnior, f. 4.12.2015.

¹⁸ Art. 5. *Toda declaración falsa o toda reticencia de circunstancias conocidas por el asegurado, 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.*

Plazo para Impugnar

El asegurador debe impugnar el contrato dentro de los tres meses de haber conocido la reticencia o falsedad.

Falta de dolo

Art. 6. *Cuando la reticencia no dolosa es alegada en el plazo del artículo 59, el asegurador, a su exclusivo juicio, puede anular el contrato restituyendo la prima percibida con deducción de los gastos, o reajustarla con la conformidad del asegurado al verdadero estado del riesgo. En los seguros de vida el reajuste puede ser impuesto al asegurador cuando la nulidad fuere perjudicial para el asegurado, si el contrato fuere reajutable a juicio de peritos y se hubiera celebrado de acuerdo a la práctica comercial del asegurador.*

La legislación argentina relega aun al exclusivo juicio del asegurador, en el caso que no se conste dolo por parte del asegurado, la posibilidad de reajustar el valor del premio, llevando en cuenta la diferencia generada por la información imprecisa o no verídica.

Carlos Alberto GHERSI resumió, con propiedad, el alcance de tales dispositivos en cuatro tópicos a seguir transcritos:

- a) Em primer lugar, debemos señalar el núcleo de cognición: ‘circunstancias conocidas ... del verdadero estado del riesgo’.
- b) Em segundo lugar, La derivada, que a su vez es premisa de la siguiente consecuencia: el asegurado o tomador produce una declaración falsa o recidencia o información de buena Fe insuficiente o deficiente.
- c) En tercer lugar, los que juzgan La conducta sobre la información de mala fe falsa o reticente o insuficiente de buena fe, son los peritos (ésta es La segunda derivada y fundamento de La consecuencia o efecto final sobre el contrato).
- d) Em cuarto lugar, de haberlo sabido el asegurador, hubiese modificado las bases del contrato o éste será nulo¹⁹.

El problema que identificamos, *prima facie*, en la construcción lógica obtenida a partir de las disposiciones de la Ley de Seguros Argentina, es su gran potencial de elevar, de forma considerable, los costos de la transacción, sobre todo por la necesidad de lucrarse a la existencia de dolo²⁰ por parte del asegurado.

Aun así, la legislación argentina atribuye al asegurado una carga mayor por la exactitud de la información proporcionada, independientemente de la presencia de mala fe o dolo.

Esto es lo que se desprende de la redacción del art. 6, de la LS argentina, así ejecutado, en juzgado de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe:

“1.-Corresponde confirmar la sentencia rechazó la demanda intentada contra la aseguradora desde que se acreditó en la causa que la esposa del actor era diabética, cuando menos, desde el momento de la contratación del seguro, y que ésa fue la causa de su muerte, lo que determina la preexistencia de la enfermedad, y que ello no fue declarado ante la aseguradora al momento de contratar -sin entrar a juzgar la buena o mala fe con que lo haya hecho-, todas cuestiones que justifican adoptar la decisión de desestimar el reclamo pretendido.

2.-Es causa de nulidad del contrato de seguro la reticencia -aún de buena fe-, reconociendo en ese precepto el supuesto del puro error consistente en la desarmonía entre la situación real de riesgo y la situación aparente deducida de la declaración del

¹⁹ Sistema de Información en el Contrato de seguro *in* Contrato de Seguro. Ob. Cit., pp. 144 e 145.

²⁰ Cuya definición, en el ámbito del derecho privado, se encuentra en la memorable obra de Andreas VON TUHR: “La ley no define el dolo, que, lo mismo que la estafa del derecho penal, tiene su origen en el *dolus* romano y se distingue de la estafa en algunos requisitos. El dolo es la conducta que intencionadamente provoca, refuerza o deja subsistir una idea errónea en otra persona, con la conciencia de que ese error tendrá valor determinante en la emisión de su declaración de voluntad” (Derecho Civil: teoría general del derecho civil alemán, vol II. Buenos Aires: Depalma, 1947, p. 293).

asegurado, aunque éste no hubiese incurrido en culpa ni mala fe y la declaración del asegurado es reticente cuando la circunstancia influyente sobre el riesgo es “omitida”, “declarada de forma incompleta” o “de manera confusa”, siendo falsa cuando la circunstancia es declarada de un modo que no corresponde a la realidad.

3.- Toda vez que la reticencia o falsa declaración (relevante) importa una alteración del riesgo, o sea del objeto o materia sobre la que se contrata y, consiguientemente, se modifica el premio por la contraprestación prometida por el asegurador, el que técnicamente ha sido calculado en consideración al riesgo declarado, resulta evidente, que debe mediar una adecuada relación de causalidad entre los antecedentes omitidos o falsamente declarados y el riesgo realizado para tornar operable el art. 5 de la Ley de Seguros; de lo contrario, dicho precepto resulta inaplicable.

4.- La reticencia que determina la nulidad del contrato de seguro de vida o que habilita el incumplimiento de la cobertura asumida, no requiere solamente de la ocultación de información relevante, sino que también se necesita que se acredite que esta omisión hubiese impedido el contrato o hubiera modificado sus condiciones”²¹.

El juzgado agrega, respaldado por construcciones pretorianas, que “*el asegurador debe conocer todas las circunstancias que influyen en la apreciación del riesgo*’ (...) *y esa información debe ser muy amplia y comprender las circunstancias accesorias que influyan en la justa apreciación del riesgo*’ (v. CNCiv., Sala C, 25.06.2007, “*Silva c/ Ibáñez*”, RCyS, 2008-584)”²².

6. ANÁLISIS CRÍTICO CON MIRAS A UNA MAYOR Y MEJOR EFICIENCIA CONTRACTUAL

Como se ha visto en otra parte, la suficiencia y la integridad de la información proporcionada por el asegurado al asegurador son de suma importancia para la eficacia del contrato de seguro.

La mayor causa de ineficiencia, en relación a problemáticas que giran en torno del cambio de informaciones entre asegurado y asegurador, es, sin duda alguna, la asimetría de informaciones, con causa del llamado riesgo moral.

Esta falla del mercado es muy perjudicial a la eficiencia del contacto de seguro, consonante alertan Luciano Benetti Timm y João Francisco Menegol Guarisse, al concluir que para volverse en contra esta, las aseguradoras “*introducen premios o simplemente aumentan sus precios. Eso hace entonces que haya menos transacciones que la cantidad eficiente*”²³.

Cabe acordar que esta consecuencia, además de llevar a la ineficiencia típicamente económica, se agrava en el contrato de seguro, en vista de la necesidad de repartirse el

²¹ MJ-JU-M-96372-AR | MJJ96372, Sala 1, f. 19.10.2015.

²² Extracto del voto del ponente.

²³ “(...) introduzem prêmios ou simplesmente aumentam os seus preços. Isso então faz com que haja menos transações do que a quantidade eficiente” (Direito e economia. São Paulo: Atlas, 2012, p. 167, traducción libre).

riesgo en la mayor cantidad posible de intereses homogéneos, en razón del mutualismo ya examinado, a poner en riesgo la propia sostenibilidad del sector.

Del punto de vista económico, la mejor manera de examinar el conflicto de intereses en relación a las informaciones prestadas por el asegurado al asegurador, se da con la adopción de la teoría de los juegos, sobretudo el dilema del prisionero.

Según esta teoría, en juego cuyas partes tienen estrategias dominantes, habrá dos posibilidades: cooperar con otros *players* o actuar de manera oportunista.

Para fines didácticos, consideramos que la cooperación entre ambos genera valor de riqueza igual a 10 (diez), para cada uno. Ambos actuando de manera oportunista, se tienen el valor de riqueza igual a 5 (cinco), para cada uno. Y actuando uno de forma cooperativa el primero tiene 0 (cero) y el segundo 15 (quince).

Un verdadero dilema, como el nombre ya lo dice. La estrategia dominante es actuar de manera oportunista, con la posibilidad de un mayor bien estar social (pues permite que se obtenga mayor ganancia individual de riqueza). Aparte de eso, actuando de esta manera se elimina el riesgo de obtenerse 0 (cero) de riqueza (caso actuase de forma colaborativa y la otra parte con oportunismo).

Conforme frisa Ronald O. HILBRECHT, el “*dilema de los prisionero es una estructura de análisis muy importante en teoría de los juegos, pues aparece en innumerables situaciones de naturaleza económica, política social y jurídica*”.

La legislación brasilera, como visto, trae severa penalidad al asegurado que actúa de forma oportunista, previendo la pérdida del derecho a la indemnización, caso se consuma el riesgo asegurado.

Es posible amoldar perfectamente la cuestión objeto de la presente pesquisa con el dilema de los prisioneros. Si el asegurado actúa de forma cooperativa, prestando informaciones precisas y correctas, pagara un valor superior al que si actuara de forma oportunista, prestando informaciones no verídicas e imprecisas. Si ambos (asegurado y aseguradora) actúen de forma oportunista, el asegurado pagara un valor menor, todavía ocurriendo siniestro la aseguradora a de negarle la respectiva indemnización. Y, por fin, caso el asegurado actúe de manera cooperativa y la aseguradora de manera oportunista, se valdrá de filigranas para negar derecho a la cobertura, sin fundamento relevante.

No es casual que el profesor Eduardo Stordeur, al tratar de la cooperación, en el ámbito de análisis del dilema del prisionero, lo haga en la clasificación de lo que llamó “*juego del aseguramiento*”, clasificado como “*juego del seguro o la confianza*”²⁴.

La problemática surge en la necesidad de valerse de mala fe del asegurado, en un juicio completamente subjetivo. La solución que se impone es exigir la presencia de la llamada buena fe objetiva, en que se muestra necesario comprobar los actos y diligencias comunes al negocio subyacente²⁵.

²⁴ *Análisis Económico del Derecho*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2011, p. 134 y ss.

²⁵ Esencial, como corolario de la seguridad jurídica, para el correcto establecimiento del mutualismo, como bien lo destacó el Ministro del Superior Tribunal de Justicia de Brasil, João Otavio de Noronha, en un

No obstante, las barreras impostas por la jurisprudencia, traduciendo sensación de impunidad al asegurado, hace con que caigan por completo al alcance de la norma del art. 766, del Código Civil, abriendo resquicios para que se alejen de las disposiciones que exigen buena fe objetiva, en la celebración de los contratos, en el ámbito del derecho civil brasileño²⁶.

A este respecto, nos parece que la legislación argentina tiene la virtud de minorar estos problemas²⁷. Todavía, el procedimiento burocrático²⁸, con la necesidad de declaración de nulidad del contrato, puede aumentar mucho los costos de la transacción y, de la misma manera, volverlo ineficiente o realizar disposiciones ineficaces, fomentando actitudes que se alejan de la colaboración que se necesita, en la fase precontractual.²⁹.

artículo titulado “riesgo, mutualismo y seguridad jurídica” (Revista Jurídica de Seguros. N. 14. Rio de Janeiro: CNseg, maio de 2021, p. 16 e ss, traducción libre).

²⁶ Arts. 422 y 765 del Código Civil brasileño.

²⁷ Sin embargos de la existencia de desacuerdos sobre, por ejemplo, la necesidad de demostrar la causalidad entre la omisión y el riesgo asegurado, como bien ilustra juzgado de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina (Sala de Casación Civil y Agraria, processo T 0800122130002021-00092-01, M. ponente Luis Armando Tolosa Villabona, f. 26.5.2021).

²⁸ Bien explicada en el artículo de Carlos José María Federik, denominado “efectos del incumplimiento del deber de declaración del riesgo: particularidades del régimen legal argentino y su cotejo con los sistemas uruguayo y chileno” in Rev.Ibero-Latinoam.Seguros, Bogotá (Colombia), vol. 31 (57): 97-120, julio-diciembre de 2022.

²⁹ A este respecto:

“La reticencia que determina la nulidad del contrato o que habilita el incumplimiento de la cobertura asumida, no requiere solamente de la ocultación de información relevante, lo cual no resulta acreditado en el presente caso, sino que, además, exige que tal omisión hubiese impedido el contrato o modificado sus condiciones, no pudiendo acreditarse esta circunstancia por cualquier medio de prueba, sino que por mandato legal (art. 5° Ley 17.418) tiene que surgir del juicio de peritos, configurando la misma una prueba tasada.” (Cámara De Apelaciones En Lo Civil, Comercial, Laboral Y De Minería – I Circunscripción Judicial – Sala Iii – (Expie.: Exp 473337/2012) – Sentencia: S/N – Fecha: 23/05/2019);

“SEGURO DE VIDA. INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS. BUENA FE. BENEFICIARIO DEL SEGURO. INFORMACION SOBRE SU SALUD. DECLARACION JURADA. LEY DE SEGUROS. RETICENCIA. JUICIO DE PERITOS. TRASCENDENCIA DE LA RETICENCIA. PRUEBA. INFORMACION SOBRE EL RECHAZO DE LA COBERTURA

1.- En el contrato de seguro, la buena fe de las dos partes contratantes se constituye en una base esencial y –si es posible- de mayor importancia aún, que en el resto de los contratos. Concretamente, en el caso del asegurado, debe poner en conocimiento del asegurador, en forma franca y sin reservas todas las circunstancias que pudiesen influir en la apreciación del riesgo, en tanto las primas se determinan matemáticamente sobre la base de cálculos de probabilidades. Debe también abstenerse de todo engaño, por medio de declaraciones falsas u ocultación de hechos que conocía o que hubiera debido conocer.

2.- [...] conforme surge de las constancias de autos, el diagnóstico de la enfermedad renal crónica, grave y en fase terminal fue posterior – a la toma del seguro-, lo cierto es que la dolencia había tenido manifestaciones anteriores, tal como dan cuenta los estudios llevados a cabo y requeridos por Dialquen (los últimos del año 2006 frustrados, por no regresar la actora a la consulta). [...] Tengo, entonces, para mí que la reticencia se encuentra acreditada, no sólo en orden a los desarrollos efectuados por la magistrada en punto al tratamiento de fertilización, que no logran ser desvirtuados sino, y a más de ello, por el conocimiento que en esta causa se ha probado de la enfermedad renal, manifestada en el año 2006, aunque no con la gravedad que produjera el desenlace del año posterior.

3.- (...) no se desconoce la diferencia central que existe en este caso, con los restantes juicios en los que se produce la prueba pericial: la relevancia de la reticencia en la contratación no es materia de decisión

Por otro lado, no raras las veces las aseguradoras alegan que fueron prestadas informaciones no verídicas, en casos de nítida irrelevancia y muchas veces con la clara presencia de buena fe³⁰ (como, por ejemplo, el asegurado que declara ser casado y, a lo largo de la vigencia contractual, viene a separarse de su pareja, olvidar avisar a la aseguradora).

Y la legislación no trae cualquier penalidad a la aseguradora que, actuando de forma oportunista, busca a cualquier costo negarle cobertura al asegurado. Ese fallo también puede, sin duda alguna, llevar a la ineficiencia contractual, ya que ataca la propia función social del negocio jurídico de que se trate.

De ahí que la legislación deba fomentar la conducta colaborativa, atribuyéndole consecuencias negativas, proporcionales a la conducta de quienes incumplen sus obligaciones, ya sea en la fase contractual o en las negociaciones que preceden a la formalización del acuerdo.

judicial, estrictamente, sino del “juicio pericial”; sobre este particular aspecto, el perito es el juez.

4.- (...) no cualquier desconocimiento sobre el verdadero estado del riesgo hace procedente la nulidad- del contrato- prevista en el art. 5° de la ley 17.418; sólo cuando el desconocimiento de la entidad aseguradora es de tal naturaleza que, de no haberse producido, no hubiera contratado o hubiera contratado de manera diferente, es causal de nulidad.

5.- En este caso y, aún cuando se dejara de lado la especialidad del perito (el cual por otra parte y conforme consigna en su informe, revestiría la calidad de perito “actuario”), lo cierto es que su juicio carece de los recaudos necesarios para determinar el extremo exigido por la ley, conforme los parámetros precedentemente apuntados. Esto surge claramente de la lectura de la pieza obrante en (...): ninguna referencia o análisis concreto efectúa, a punto tal que sólo concluye “que el accionar hubiese sido distinto”, pero no expone en qué modo hubiera variado o las soluciones adoptadas en casos análogos, ni se expide en concreto, sobre porque reviste gravedad o trascendencia –la reticencia–.

6.- (...) quien impugna la eficacia del contrato de seguro y busca su nulidad es el asegurador –en lo términos del art. 5° de la ley 17.418–; por lo tanto, es a su cargo la prueba de la trascendencia de la reticencia que alega. De allí que, de no producirse esta prueba o de carecer de valor –tal como acontece en el caso, por la ausencia de elementos de convicción y fundamentos que la respalden– no puede ser suplida por otra y, por consiguiente, al no estar probado el presupuesto al que la ley condiciona la declaración de nulidad, la misma no puede ser receptada.

7.- En lo concerniente al planteo subyacente de la demandada en punto a que la invalidez total que autorizaría el cobro del seguro, no se encuentra acreditada. Entiendo que este planteo no es procedente en tanto en oportunidad de rechazar la petición de la asegurada, la compañía no hizo referencia alguna a esta circunstancia, limitándose a invocar la reticencia. En consecuencia, la demanda prosperará por el capital asegurado, en tanto que, por tratarse de un riesgo cubierto, es claro que, en lo que respecta a las pólizas contratadas por la asegurada, la compañía de seguros no se hallaba exceptuada de su deber de pronunciarse en relación al siniestro denunciado, precisando todas las causas de su rechazo.” (Cámara de Apelaciones el lo Civil de Neuquen, Sala 1, EXP N° 392785/2009, f. 23.7.2015).

³⁰ Principio conceptualizado de manera robusta en el ámbito doctrinario y, en el campo jurisprudencial, con maestría por la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en la sentencia constitucional que lo proclamó: “Principio vertebral de la convivencia social, como de cualquier sistema jurídico, en general, con sujeción a la cual deben actuar las personas –sin distingo alguno– en el ámbito de las relaciones jurídicas e interpersonales en las que participan” Identifícase entonces, en sentido muy lato, la *Bona Fides* con la confianza, la legítima creencia, la honestidad, la lealtad, la corrección y, especialmente, en las esferas prenegocial y negocial, con el vocablo ‘fe’, puesto que “fidelidad, quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en el cumplimiento de sus obligaciones, fiando que esta no lo engañará” (Sentencia Constitucional n. 6146 de 2 de agosto de 2001 sobre Reticencia en el Contrato de Seguros).

En definitiva, es necesario tener en cuenta, en un análisis sistémico, los engranajes que no funcionan correctamente, para extraer la máxima eficacia a este negocio jurídico de tanto valor social³¹.

7. CONCLUSIÓN

Dada la alta función social que cumplen los contratos de seguro, su funcionamiento eficiente es de enorme interés público.

Sin embargo, mientras el ordenamiento jurídico brasileño termina presentando vacíos que incentivan acciones no colaborativas, la ley de seguros argentina termina generando mayores costos de transacción, con trámites burocráticos y requisitos innecesarios.

Por lo tanto, lo que tenemos, en un análisis comparativo de los dos sistemas, son claras oportunidades de mejora, de un tratamiento más adecuado, de importar mayor seguridad jurídica y financiera no sólo para las partes involucradas, sino para toda la sociedad (en vista de las externalidades positivas erigidas de los contratos de seguro).

La forma más eficiente de regular este problema de asimetría de información es imputar su solución al que lo haga al menor costo, especialmente cuando los excedentes de tales ganancias revierten considerablemente a favor del interés social.

Por ello, el asegurador debe ser responsable de informar al asegurado de las principales características del producto que ofrece. Este, a su vez, debe declarar las principales características del riesgo que pretende cubrir, siendo cada uno responsable de la equidad de su conducta.

8. BIBLIOGRAFIA

BLOCH, Robert. *Los seguros del comercio exterior*. Buenos Aires: Ad-hov, 2011.

CARLINI, Angélica; SARAIVA NETO, Pery (orgs.). Año VII. *Porto Alegre: Livraria do Advogado*, 2022.

FIGUEIREDO, Sandra. *Contabilidade de seguros*. São Paulo: Atlas, 1997.

GARRONE, José Alberto; CASTRO SAMMARTINO, Mario E. *Ley de seguros. Comentario y jurisprudencia*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

GHERSI, Carlos Alberto. *Contrato de Seguro*. Buenos Aires: Astrea, 2007.

LUCAS FILHO, Olivio. *Seguros: fundamentos, formação de preço, provisões e funções biométricas*. São Paulo: Atlas, 2011.

³¹ Como, *mutatis mutandis*, obvado, en coautoría con José Carlos Van Clef de Almeida Santos, en el artículo titulado “Análisis sistémico de la salud complementaria y su importancia para el equilibrio y la sostenibilidad de las complejas y relevantes relaciones que se establecen en su entorno” in CARLINI, Angélica; SARAIVA NETO, Pery (orgs.). Año VII. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022 (traducción libre del título).

- MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 16ª ed. São Paulo: Forense, 2010.
- PINDYCK, Robert; RUBINFELD, Daniel. *Microeconomia*. 5ª Ed. São Paulo: Person;Prentice Hall, 2005.
- SHAFER, Hans-Bernd; OTTO, Claus. *Manual de análisis económico Del Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, 1991.
- STIGLITZ, Rubens S. *Derecho de Seguros*, Tomo I. 2ª Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.
- STORDEUR, Eduardo. *Análisis Económico del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2011.
- TUHR, Andreas Von. *Derecho Civil: teoría general del derecho civil aleman*, vol II. Buenos Aires: Depalma, 1947.