

## CAPÍTULO I

# FUNCIÓN DEL SEGURO: ELIMINACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS DERIVADAS DE UN DAÑO EVENTUAL. FUNDAMENTOS TÉCNICOS, ECONÓMICOS Y JURÍDICOS DEL SEGURO. NATURALEZA INDEMNIZATORIA DEL SEGURO

### 1. EL SEGURO COMO RESPUESTA A LA NECESIDAD DE ELIMINAR LAS CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA REALIZACIÓN DE UN RIESGO

El costo de la reparación de un daño futuro e incierto ejerce sobre el eventual agente pasivo una presión de tal entidad que lo coloca, casi compulsivamente, ante la necesidad de adoptar técnicas preventivas que contribuyan a bloquear, total o parcialmente, las consecuencias derivadas de un daño eventual. Una de ellas la constituye el seguro, en tanto su función reside en satisfacer la necesidad de previsión frente a todo tipo de eventos dañosos, futuros e inciertos y, en principio, cualquiera sea la fuente que los origina (1).

En rigor, el seguro no elimina el daño sino que tolera que sus consecuencias resulten transferidas (trasladadas) por el sujeto amenazado por un evento económicamente desfavorable, a otro (asegurador) que, a esos fines, ha constituido una mutualidad especialmente "preparada para absorber el riesgo de indemnización" (2).

Lo hasta aquí expresado se traduce, en la práctica, en la celebración de contratos de seguro.

Al objeto del contrato de seguro (*infra*, Cap. VIII) se lo identifica como una operación jurídico-económica cuya materia la constituye

(1) STIGLITZ, G. A., *Daños y Perjuicios*, La Rocca, Buenos Aires, 1987, págs. 88 y 91.

(2) FRIEDMANN, W., *El Derecho en una Sociedad en Transformación*, Fondo de Cultura Económica, México, 1966, pág. 144, quien afirma que se trata de un traslado de la carga económica.

el intercambio de una cotización o prima a cargo del asegurado, por el resarcimiento de un daño, si es que se verifica un evento futuro e incierto susceptible de provocarlo, o el cumplimiento de una prestación a cargo del asegurador. Ello significa que el asegurador se compromete, contra el pago de un precio convenido, a eliminar las consecuencias dañosas sufridas por el asegurado derivadas de la verificación de un siniestro cubierto que implique la realización de un riesgo determinado, o en afrontar el pago de una prestación convenida sin consideración a la existencia de daño. La forma que adopta la supresión de los efectos del daño es, en el primer caso, el pago de la indemnización y, en el segundo, el pago de la prestación previamente acordada con abstracción de la existencia de daño.

## 2. GENERALIDADES SOBRE LA OPERACIÓN TÉCNICA

La operación "seguro" no es factible de ser entendida desde un punto de vista técnico-económico, fuera de una mutualidad de asegurados y con la intervención de una empresa como intermediaria entre una pluralidad de sujetos expuestos a riesgos determinados. Lo expuesto implica aceptar, de inicio, que el seguro no es posible comprenderlo, en su función económica ni técnica, como la asunción aislada de las consecuencias dañosas de un riesgo al que se halla sometido un sujeto.

De allí que constituye fundamento esencial de la operación, la conformación de una mutualidad que consiente el reparto entre aquella pluralidad de sujetos expuestos a riesgos, de la carga económica que implica su efectiva realización (siniestros). Lo expresado presupone una transformación del riesgo individual en riesgo colectivo. De más en más, ha quedado rezagada la idea de que el seguro importa una transferencia del riesgo porque, en suma, la función básica que cumple está dada, en lo que socialmente interesa y se enuncia, como un instrumento al servicio de la eliminación de las consecuencias que se derivan de la realización de un riesgo, a través de la constitución de una mutualidad que lo afronta, neutralizando las consecuencias económicas individual y colectivamente dañosas. La causa-fin económico-técnica del seguro alcanza su sentido en la dispersión del riesgo individual en una pluralidad o suma de economías individuales que conforman la noción de comunión de riesgos o mutualidad (3).

(3) FANELLI, G., "Diritto e tecnica delle assicurazioni", en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, T. I, Vol. XXXVI, Giuffrè, Milano, 1973, nro. 5, pág. 19.

El método estadístico de relevamiento de probabilidades de los hechos humanos y naturales facilita una determinación anticipada del costo que afronta cada integrante de la mutualidad.

De la comparación entre la probabilidad teórica y su frecuencia práctica resulta una diferencia (saldo) que será menor en proporción inversa a la mayor cantidad y grado de homogeneidad por riesgo que participen en la mutualidad.

El éxito de la gestión técnico-económica de la misma consiste en eliminar o, cuanto menos, reducir sensiblemente aquella diferencia (saldo), a fin de que la contribución de cada individuo a la comunión o comunidad de riesgo sea en su totalidad suficiente para satisfacer las necesidades de aquellos que han sufrido la realización del riesgo (siniestro).

En una primera visión de conjunto de lo que se enuncia como homogenización de los riesgos, señalamos que su primera etapa consiste en la aplicación de un método de elección o, si se prefiere, de selección de riesgos por asumir, a cuyo efecto se agrupan por rama lo que presupone la identidad cualitativa de los eventos a los que se hallará expuesto, lo que conforma el portafolio o cartera de la empresa.

En ocasiones, el procedimiento mutualístico de una empresa requiere, a los fines de preservar el equilibrio técnico-económico de la mutual, dividir o repartir el riesgo, a cuyo efecto acude al coseguro y al reaseguro, mecanismos ambos que contribuyen a la homogeneidad de los riesgos.

### 3. CONCEPCIÓN UNITARIA DEL CONTRATO DE SEGURO. PLANTEO DE LA CUESTIÓN

En su afán de capturar conceptualmente al contrato de seguro en una única fórmula, que atrape en su desarrollo y con propósito totalizador su disciplina (todos los riesgos), predomina hoy, en doctrina, la concepción unitaria del contrato de seguro que lo concibe como un contrato indemnizatorio. No quedan dudas de la correcta aplicación de los principios atinentes al derecho de daños en los seguros de daños patrimoniales: así, la obligación de resarcir (art. 61-1, L.S.), su limitación al monto de la suma asegurada (art. 61-2, L.S.) siempre y cuando no supere el valor actual del interés asegurado (art. 62, L.S.), el seguro a valor tasado (art. 63, L.S.), el sobreseguro (art. 65-1, L.S.), el infraseguro (art. 65-2, L.S.), la subrogación (art. 80, L.S.), etcétera.

La cuestión no se limita a un debate meramente teórico, sino que, en los hechos, si la concepción unitaria con sustento indemnizatorio

no es suficientemente abarcadora, pues no comprende en su formulación la totalidad de los riesgos asegurables, los principios de reparación del daño no serán aplicables a las ramas ajenas a los seguros de daños patrimoniales, como ser los seguros de personas.

En otras palabras, no existirían normas ni principios comunes referidos a toda la disciplina contractual.

Pero, a nuestro juicio, acontece que el principio indemnizatorio atrapa conceptualmente todos los riesgos que constituyen su objeto, se trate de seguros de daños patrimoniales o de personas, lo que justifica y explica la existencia de principios generales comunes a todos ellos, aun cuando, normativamente, se regulen hipótesis particulares correspondientes a tipos contractuales diversos entre sí. Y esto es lo que preceptivamente acontece en Argentina, donde la Ley de Seguros 17.418, al implementar la relación aseguradora, contiene disposiciones atinentes al seguro de daños patrimoniales (Cap. II, arts. 60/127) y al seguro de personas (Cap. III, arts. 128/156).

#### 4. TESIS FAVORABLE A LA DICOTOMÍA NORMATIVA

Sostiene que el desarrollo del seguro de personas —especialmente el seguro de vida, y de él específicamente el seguro de vida en caso de supervivencia— ha dejado bloqueada la posibilidad de que el contrato de seguro —en todas sus ramas (riesgos)— pueda ser explicado o fundado en una única concepción indemnizatoria.

Así, se ha sostenido que “el concepto de indemnización es demasiado estrecho para que comprenda en sí propio, también, los seguros de vida, que tienen como única finalidad la de garantizar al asegurado el cobro de un capital o de una renta para el día en que desee tenerlos a su disposición. No se discute que esta suma en algunas ramas del seguro está destinada a reparar un daño, pero esta finalidad de resarcimiento, aun cuando existe, aun cuando acompaña al contrato a lo largo de toda su duración, permanece desconocida e indiferente para el asegurador en los seguros de vida y, por consiguiente, no puede considerarse como un requisito general del contrato”(4).

Entre nosotros, Halperin niega el carácter resarcitorio en el seguro sobre la vida y en el de supervivencia, aduciendo que el capital se debe al tiempo del vencimiento del plazo o del siniestro porque se

(4) VIVANTE, C., *Derecho Comercial*, T. 14, Vol. 1 (“Del contrato de seguro”), Ediar, Buenos Aires, 1952, nro. 7, pág. 29.

percibió la prima correspondiente, sin prueba del daño, aunque se hayan cobrado otros seguros o se haya percibido de un tercero la indemnización por la muerte, o aun si ésta no produjo ningún daño, o también si ha sido beneficiosa. Y agrega "que el seguro contratado sobre la vida de un tercero no requiere interés concreto sobre la vida del tercero, ya que el artículo 128 de la Ley de Seguros —aplicable al seguro de supervivencia y al mixto (art. 148, L.S.)— ha reemplazado el interés concreto, que exigían los artículos 549 y 550, Código de Comercio, por el consentimiento del tercero" (5).

Debemos admitir que, según la tesis expuesta, aparenta ser distinta la situación del seguro de daños patrimoniales, donde la obligación del asegurador consiste en resarcir el daño (art. 61-1, L.S.) y la del asegurado la de pagar una prima o cotización como contraprestación del daño que eventualmente sufra (art. 1º, L.S.). La prima se determina en consideración a la probabilidad del daño (6); la obligación resarcitoria del asegurador lo es sólo hasta el monto de la suma asegurada siempre y cuando no supere el valor actual del interés asegurado (art. 62, L.S.), o sea el valor real; y su exigibilidad se halla subordinada a la prueba por el asegurado de la existencia y extensión del daño (7); se consagra la nulidad del contrato de seguro celebrado por el asegurado "con la intención de enriquecerse indebidamente con el excedente" (art. 62-2, L.S.); los derechos que corresponden al asegurado contra un tercero se transfieren *ex lege* al asegurador (art. 80, L.S.).

De lo expresado podría deducirse que los principios resarcitorios precedentemente expuestos no son aplicables al seguro de vida que, en todas sus variantes, ya sea sobre la vida del contratante o de un tercero (art. 128, L.S.), en beneficio de tercero (art. 143, L.S.), seguro de vida para el caso de muerte, de supervivencia o mixto, porta sus normas específicas (art. 148, L.S.). Pareciera como que en esta especie, dado que la obligación que asume el asegurador consiste en el pago de una prestación (art. 1º, L.S.) acordada previamente en consideración a la prima percibida, su débito no se halla condicionado a la existencia de un daño sufrido por el acreedor de la prestación ni a la prueba del perjuicio. El capital o renta en caso de muerte se paga a un tercero sobreviviente determinado o determinable (art. 143, L.S.), a los hijos concebidos o sobrevivientes al tiempo de ocurrido el even-

(5) HALPERIN, I., *Seguros*, T. I, Depalma, Buenos Aires, 1983, nro. 10, pág. 37.

(6) STIGLITZ, R. S. - STIGLITZ, G. A., *Contrato de Seguro*, La Rocca, Buenos Aires, 1980, nro. 116, pág. 411.

(7) GARRIGUES, J., *Contrato de Seguro Terrestre*, Madrid, 1982, pág. 169; VIVANTE, C., *Derecho...*, cit., T. 14, Vol. 1, nro. 7, pág. 30; STIGLITZ, R. S. - STIGLITZ, G. A., *Contrato de Seguro*, cit., nro. 137, pág. 458.

to previsto (art. 145-2, L.S.) y a los herederos (art. 145-3, L.S.). Y en el seguro de vida de supervivencia (art. 148, L.S.) el capital o renta lo percibe el asegurado a determinada fecha o término fijo (8).

En síntesis, la tesis dualista afirma que la obligación del asegurador consistente en una prestación dineraria (art. 1º, L.S.) fijada en proporción a la prima, no es debida en consideración a un daño sufrido por el acreedor al pago. El asegurador lo afronta con motivo de haber percibido la cotización acordada y en favor del titular del crédito, quien no asume la carga de la prueba del daño ni de su extensión. La prestación se debe aunque por el mismo evento se haya celebrado otro contrato análogo; aunque haya obtenido una indemnización por el mismo evento, pero por distinta fuente; o aunque no haya existido daño (9).

## 5. EL SEGURO COMO CONTRATO INDEMNIZATORIO

Ciertas especies del seguro de personas, como ser, por ejemplo, el seguro de accidentes personales (arts. 149/152, L.S.) o el seguro colectivo (art. 153/156, L.S.), presuponen la existencia de un daño (lesiones corporales o muerte), que se traduce en el reconocimiento de una indemnización como contenido de la obligación del asegurador que habrá de variar, convencionalmente (10), en consideración a la incapacidad del titular del interés asegurable o del beneficiario, según el caso, o al valor de la vida humana (tarifado legalmente). Lo expresado presupone que el resarcimiento del daño será parcial, lo que atenúa el rigor del principio indemnizatorio que, a pesar de ello, es aplicable. Por lo demás, el referido principio recobra su vigencia en plenitud para rubros como el daño emergente: honorarios y gastos por asistencia médica, gastos farmacéuticos, etcétera.

En el seguro de vida para el caso de muerte del contratante o de un tercero, el daño se configura por la pérdida prematura de la vida humana, más los gastos de sepelio (11).

(8) HALPERIN, I., *Seguros*, cit., T. I, nro. 36, págs. 89 y sigs.

(9) VIVANTE, C., *Derecho...*, cit., T. 14, Vol. 1, nro. 7, pág. 31, quien da los ejemplos del asegurado que consumía en vida más de lo que producía o que vivía a expensas de los suyos.

(10) Ello en razón de la imposibilidad de determinar el daño (SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, R.D.P., Valladolid, 1984, pág. 495).

(11) GARRIGUES, J., *Contrato...*, cit., pág. 17, quien afirma que en los seguros sobre la vida es evidente el deseo de subvenir a una futura necesidad patrimonial causada por la muerte prematura que implica la extinción de la capacidad de trabajo; o por la larga vida que lleva consigo la disminución de esa capacidad.

En el seguro de vida para el caso de supervivencia, el daño queda configurado por los mayores gastos que aquélla genera o por la disminución de rentas que motiva la mayor vejez (12).

Pensamos, en síntesis, que los seguros de personas participan de la naturaleza de los contratos indemnizatorios, a tal punto que "la prestación convenida" a la que se obliga el asegurador (art. 1º, L.S.) se halla condicionada a la producción de un evento. Y esa prestación, en tanto constituye el objeto de la obligación principal a cargo del asegurador, es de carácter resarcitorio pues lo que el tomador procura, en todas las ramas de los seguros de personas, es una suma de dinero, aunque se halle previamente fijada, para la hipótesis de que se verifique el evento que constituye la realización del riesgo previsto en el contrato (13).

La circunstancia de que en los seguros de personas la entidad de la prestación no esté subordinada a la prueba del daño no empece a su naturaleza resarcitoria, dado que, en seguros de inequívoco carácter indemnizatorio como, por ejemplo, el seguro automotor obligatorio o el seguro de accidentes del trabajo, el importe del resarcimiento ha sido previa y normativamente tarifado y su procedencia, verbigracia en el caso de muerte del asegurado, se hace operativa con total prescindencia de la prueba del daño real.

En todos los casos se trata de una presunción irrefragable de daño real.

Por lo demás, el carácter indemnizatorio en los seguros de personas va siendo admitido por nuestros tribunales (14).

## 6. EL SEGURO COMO OPERACIÓN JURÍDICO-ECONÓMICA Y SUS FUNDAMENTOS TÉCNICOS

Hace al correcto funcionamiento del sistema asegurativo que se sustente en la compensación y neutralización de los riesgos a través de la repartición de la carga económica entre todos los sujetos que se hallen expuestos a riesgos.

(12) DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, Vol. II, Milano, 1952, nro. 253, pág. 21; MANES, A., *Tratado de Seguros. Teoría General del Seguro*, Logos, Madrid, 1930, pág. 8, quien si bien es cierto lidera la tesis de la necesidad mutua, señala que la supervivencia origina siempre un desembolso patrimonial.

(13) BENÍTEZ DE LUGO Y RAYMUNDO, L., *Tratado de Seguros*, T. III, Reus, Barcelona, 1955, nro. 401, pág. 4.

(14) CNCom., Sala E, 18-XII-1987, "Castro, O. c. Sud América Cía. de Seg.", JA, 1988-III-554.

Para alcanzar una definición sobre la operación jurídico-económica denominada "contrato de seguro" se requiere que, previamente, nos detengamos en una explicación técnica complementaria.

Y ello obedece a que la operación aseguradora porta fundamentos que explican un contrato de alta complejidad en el que la técnica jurídica, la financiera y la actuarial, cada una por sí sola, son insuficientes para dotarla de vida y desarrollo.

El contrato de seguro sólo es factible de ser comprendido en un contexto más dilatado que el de un elemental intercambio entre una prestación a cargo de una empresa (asegurador), contra el pago de un premio a cargo del tomador, para el supuesto de la efectiva realización de un riesgo. Así expresado conceptualmente, aunque constituya una primera aproximación, carece de sentido, pues no explica la concepción técnica, los fundamentos y las normas a la que se halla sometida la operación jurídico-económica (15).

La operación "seguro" se halla precedida de la observancia de una serie de criterios técnicos que apuntan al ejercicio de una actividad tendiente a eliminar o, en su defecto, disminuir o moderar las consecuencias del *alea*.

## 7. LA MUTUALIDAD

En un primer avance sobre la cuestión cabe afirmar que la operación "seguro" configura la transferencia a una empresa de las consecuencias dañosas para la hipótesis de realización de un riesgo (siniestro).

Acontece que no es concebible el seguro entre quien se halla sometido a la potencial verificación de un único evento incierto, futuro y dañoso, si pretende transferir los efectos perjudiciales que derivan del mismo a un asegurador que tomaría a su cargo sólo los efectos de ese siniestro y de ningún otro.

Así planteado el tema, se trataría de una operación meramente especulativa (16), si bien con desplazamiento de riesgo, pero con la

---

(15) El seguro es definido (económicamente) como una operación por la cual una empresa (asegurador) organiza en mutualidad una multitud de asegurados expuestos a la realización de ciertos riesgos e indemniza a aquéllos, de entre ellos, que sufran un siniestro con fondos provenientes de la masa común de premios percibidos (LAMBERT-FAIVRE, Y., *Droit des Assurances*, Dalloz, Paris, 1998, nro. 33, pág. 34).

(16) Ni tan siquiera se aproximaría a la apuesta. En ésta, cada una de las partes promete una prestación si las circunstancias aleatorias que intervienen



inseguridad que representaría que la insolvencia del asegurador derive en el incumplimiento de pago de la prestación a su cargo (17).

Avanzando en la afirmación precedente, cabe señalar que no debe confundirse la aleatoriedad del seguro con el contrato de seguro. El primero, visualizado en su concepción técnica, requiere para su explotación comercial y su administración de una empresa cuya función consiste en eliminar o disminuir las consecuencias del azar. En cambio, el contrato de seguro, por esencia, constituye un contrato aleatorio, al que le es inherente el azar. Y el modo de eliminar los efectos derivados del *alea* se alcanza mediante el agrupamiento de una multitud o mutualidad de asegurados que contribuirán proporcionalmente con cada una de sus respectivas cotizaciones o premios a un fondo común de una misma empresa. De dicho fondo se extraerán las sumas de dinero con las que se afrontarán los siniestros, en beneficio de los integrantes de la mutualidad.

Esta última que, como queda expresado, implica agrupamiento de personas, comunidad de riesgos y contribución a un fondo, es la que permite amortiguar los efectos del *alea*, neutralizar la entidad de los riesgos realizados (siniestros), fraccionar o diluir sus consecuencias (18).

De lo hasta aquí expresado cabe deducir que el contrato de seguro no puede considerarse un contrato *meramente especulativo* pues, sin perjuicio del beneficio de la aseguradora, su objetivo debe ser la satisfacción de legítimas expectativas de solidaridad y cooperación que se conjugan en el principio de mutualidad, base de la noción de seguro (19).

## 8. ORGANIZACIÓN CIENTÍFICA DE LA EMPRESA

Así expuesta, la operación "seguro" sólo es factible de comprenderla como objeto de la actividad de una empresa científicamente organizada. Y a ésta es posible definirla como aquella que ejerce profesionalmente una actividad organizada con la finalidad de producir servicios.

Como le resultan favorables, en cambio, en el seguro la prestación a cargo del asegurado (pago del premio) se afronta aun cuando el riesgo no se realice.

(17) PICARD, M. - BESSON, A., *Les Assurances Terrestres*, T. I, L.G.D.J., Paris, 1982, nro. 1, pág. 1.

(18) PICARD, M. - BESSON, A., *Les Assurances...*, cit., T. I, nro. 10, pág. 18.

(19) CNCCom., Sala C, 31/12/1997, "Gutiérrez, J. c. La Meridional Cía. de Seg.", La Ley, 1998-E-833, jurisp. agrup., caso 13.258.

Los elementos estructurales que integran esta definición incluyen: (a) una actividad profesional, noción que presupone continuidad de la misma, destinada a tener duración, en oposición a la actividad ocasional; (b) la organización, noción que apunta a un orden coordinado y que responde a una metodología; y (c) la finalidad consistente en la producción, en este caso, de servicios para ofrecerlos en el mercado o, dicho de un modo más preciso, lo que se ofrece genéricamente como actividad continua es la efectiva, repetida y organizada conclusión de contratos de seguro.

En síntesis, la empresa de seguros constituye el ejercicio profesional y organizado de la actividad aseguradora, que se manifiesta en la conclusión (perfeccionamiento) repetida y continua de contratos (20).

La empresa de seguros requiere la organización de la mutualidad de riesgos en función de lo que se enuncia como "leyes de la estadística", que son, básicamente, las que le permiten determinar anticipadamente la probabilidad teórica o matemática (21) de producción de siniestros (entidad del *alea*), la regularidad con que se verifican (dato experimental), que denominaremos frecuencia (22), y su costo medio o entidad de la prestación.

La empresa de seguro, científicamente organizada, debe prever el número de siniestros que habrán de verificarse con relación a la naturaleza de los riesgos asegurados. Ello requiere de un cálculo de probabilidades (23), y éste sólo es posible sobre la base de experiencias siniestrales pasadas recogidas estadísticamente.

## 9. FUNDAMENTOS O NORMAS TÉCNICAS

La empresa que, con carácter profesional, tiene por objeto la organización de la actividad aseguradora y que se traduce en la conclusión repetida y continua de contratos de seguros, debe operar científicamente y para ello la referida actividad debe fundarse en una serie de

---

(20) DONATI, A., *Trattato...*, cit., Vol. I, nro. 58, pág. 153.

(21) La probabilidad matemática es la relación existente entre el número de chances de realización de un evento y el número de casos posibles.

(22) La frecuencia es la relación que existe entre el número de resultados obtenidos y el número total de experiencias.

(23) La diferencia entre la probabilidad fundada en las matemáticas y la frecuencia apoyada en los datos que suministra la estadística experimental, por insignificante, se la denomina descarte. Este es menor cuanto mayor es la cantidad de experiencias, en cuyo caso la frecuencia siniestral o experimental se aproxima a la probabilidad matemática.

criterios o normas técnicas cuya eficacia se halla condicionada a la obtención de la más amplia masa de riesgos. En efecto, para que la empresa de seguros pueda indemnizar todos los siniestros garantizados es necesario que organice la mutualidad de riesgos según reglas matemáticas rigurosas que son el fundamento de su técnica operativa.

El asegurador, con o sin intermediarios, debe intentar obtener la más amplia masa de riesgos, pues la mayor cantidad de operaciones (contratos) de seguros que concluya genera una suerte de compensación entre los riesgos de mayor probabilidad siniestral con los riesgos de menor probabilidad siniestral (24).

Logrado ello, la organización científica de la empresa de seguros obedece a una serie de criterios o fundamentos técnicos que pasamos a enunciar y desenvolver.

#### 10. FUNDAMENTOS MATEMÁTICOS DEL SEGURO. CÁLCULO DE PROBABILIDADES. FRECUENCIA. LA LEY DE LOS GRANDES NÚMEROS

El seguro técnicamente se basa en un cálculo de probabilidades. Para que esta conclusión resulte exacta es necesario que las premisas —estadísticas y riesgos seleccionados— sean convenientemente seleccionadas.

La probabilidad matemática constituye una relación entre el número de chances de realización de un evento sobre el número de casos posibles (25).

A su vez, la frecuencia se halla constituida por la relación existente entre el número de resultados obtenidos y el número de experiencias consideradas.

Pero acontece que la experiencia experimental o empírica es ligeramente distinta a la probabilidad matemática. A la diferencia se la enuncia como “margen de error”. Lo que se constata es que el “margen de error” disminuye en proporción a la mayor cantidad de experiencias.

En este caso la experiencia experimental se aproxima a la probabilidad teórica, lo que nos conduce a la “ley de los grandes números”.

(24) Ello surge de los datos que exhibe la realidad de la industria asegurativa: cuanto mayor es el número de riesgos asumidos por el asegurador, disminuye la relación existente entre la probabilidad teórica de producción de siniestros y los efectivamente verificados y ello favorece las técnicas de previsión siniestral y, al cabo, el cálculo de un premio justo y razonable.

(25) LAMBERT-FAIVRE, Y., *Droit...*, cit., nro. 35-1, pág. 35.

## 11. LA ESTADÍSTICA. FUNCIÓN

Prever el número de siniestros que habrán de verificarse con relación a los riesgos asegurados constituye un cálculo de probabilidades que no es factible de ser obtenido en base a estadísticas. Estas, a su vez, se establecen sobre la base de riesgos pasados, o sea, sobre el pasado conocido.

La estadística, la frecuencia y el costo promedio de los siniestros pasados son los elementos que contribuyen a que el asegurador pueda determinar anticipadamente el premio o cotización. En síntesis, el cálculo de probabilidades suministra a la empresa los medios instrumentales en orden a una previsión racional del costo de los siniestros y de la determinación de las primas a concentrar para afrontar el pago de las obligaciones asumidas.

La estadística se basa en la mayor cantidad de casos posibles, pues ello favorece a que el cálculo de probabilidades sea lo más exacto posible y disminuya el margen de error, aproximándose así a la probabilidad matemática; lo que no es posible con los riesgos nuevos en tanto impiden o disminuyen el rigor del cálculo.

## 12. ESTADÍSTICA Y HOMOGENEIDAD DE RIESGOS. HOMOGENEIDAD CUALITATIVA Y CUANTITATIVA

La masa de riesgos debe homogeneizarse estadísticamente (26), lo que implica una delicada selección de los mismos en función de las semejanzas que habrán de suministrar los seguros que correspondan a una misma naturaleza del riesgo, interés asegurable, suma asegurada, duración del contrato, etcétera; la denominada homogeneidad cualitativa (27). Ello significa que se clasifican los riesgos por grupos homogéneos, lo que facilita el cálculo del premio en razón de que la estadística suministra el grado de probabilidad de siniestros en función de cada grupo de riesgos y todo ello presupone homogeneidad de tarifas (28).

---

(26) Se afirma que es presupuesto de la exactitud de la estadística que recaiga sobre riesgos caracterizados por tener entre sí cierta equivalencia (PICARD, M. - BESSON, A., *Le Assurances...*, cit., T. I, nro. 12, pág. 21).

(27) LAMBERT-FAIVRE, Y., *Droit...*, cit., nro. 38, pág. 37.

(28) La homogeneidad es una condición de igualdad entre los miembros del grupo (asegurados), quienes deben pagar primas en proporción a los riesgos que introducen en la masa común, lo que implica que si los riesgos son diversos esa diversidad se traduce estadísticamente a los fines del establecimiento de tarifas diferenciadas (PICARD, M. - BESSON, A., *Les Assu-*

Cuando se afirma que las estadísticas deben agrupar los riesgos de la misma naturaleza o categoría (por ejemplo, vida, automotores), ello debe extenderse a subcategorías que respondan al principio de homogeneidad. Así, es insuficiente que la estadística en la "categoría" riesgo automotor se agote en la marca y en el modelo y prescinda de la potencia del vehículo, del destino (por ejemplo, particular, turístico, profesional, transporte), edad del conductor, etcétera.

Lo propio acontece con la estadística referida a la "categoría" vida, la que no es factible que se consuma con la edad y el sexo y prescinda de antecedentes personales referidos a la salud y a la identificación de ciertas enfermedades sufridas que aumentan o disminuyen la chance para otorgar cobertura.

Alcanzar la homogeneidad cualitativa del riesgo conlleva una sistematización que va más allá de su agrupamiento por naturaleza, pues a los fines que nos interesa es insuficiente aludir, por dar un ejemplo, al seguro automotor, si a ello no añadimos su categorización como vehículo particular o transporte público de pasajeros.

A su turno, la homogeneidad cuantitativa atiende a la producción de siniestros de carácter excepcional en punto a su gravedad. Se trata de riesgos de tal entidad que desnaturalizan toda apreciación estadística.

### 13. DISPERSIÓN DE LOS RIESGOS

De la observación empírica se predica que cuanto más amplia es la masa de riesgos son menores los eventos de una determinada natu-

rances..., cit., T. I, nro. 12, pág. 22). Alcanzar la homogeneidad de los riesgos implica su reparto o distribución según la naturaleza del evento o de las personas expuestas al mismo evento (DONATI, A., *Trattato...*, cit., Vol. I, nro. 5, pág. 15). En el seguro de vida, las tablas de mortalidad y las de supervivencia suministran datos que permiten cálculos razonablemente aproximativos. En otros seguros, como ser los de daños patrimoniales y, de entre ellos, el seguro contra la responsabilidad civil por lesiones o muerte, predomina, más que la falta de datos, la diversidad de criterios para su procedencia y determinación. IRIBARNE, H. P., *De los Daños a las Personas*, Ediar, Buenos Aires, 1994, pág. 11, especialmente cuando señala que "el sistema indemnizatorio argentino de daños a las personas tiene por notas esenciales la anarquía, suscitada por las graves desigualdades de las indemnizaciones que proporciona...", quien, por lo demás, recuerda que en una de las conclusiones a las que se arribó en las Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comercial y Procesal de Junín de 1984, se sostuvo que se considera necesario superar la situación puesta de manifiesto por el estudio de las decisiones judiciales que fijan las indemnizaciones por muerte y lesiones, que revela la ausencia de criterios regulares idóneos para fijar prestaciones resarcitorias semejantes en casos análogos.

raleza que tendrán la posibilidad de gravitar sobre la totalidad de los riesgos asumidos. En efecto, los riesgos generalizados presuponen la concentración de los daños y el consiguiente aumento de la entidad de los mismos. Para neutralizar este efecto se hace preciso asumir riesgos diseminados o dispersos, lo que evita que la realización de los mismos (siniestros) abarque gran cantidad de intereses asegurados o cuando menos los siniestros no se verifiquen simultáneamente (29).

#### 14. FRECUENCIA DE LOS RIESGOS

No es factible concebir el seguro sobre la base de la realización extremadamente repetida o reiterada del riesgo ni tampoco en consideración a que la producción del siniestro sea insólita, pues una u otra hipótesis obstarían a una adecuada apreciación estadística cuya eficacia se halla condicionada a hechos repetidos con cierta regularidad (30).

#### 15. FRACCIONAMIENTO DE LOS RIESGOS

No siempre la empresa puede afrontar las consecuencias económicas íntegras de la realización de un riesgo, en tanto podría exceder su plan financiero, por lo cual opta por su fraccionamiento. Supuesto que implica asumirlo parcialmente a través de distintas alternativas, como ser la pluralidad de seguros o seguro acumulativo o múltiple, instituto que tolera por iniciativa del tomador y sin acuerdo previo entre aseguradores la cobertura de un mismo interés asegurable, contra el mismo riesgo, durante el mismo plazo, con más de un asegurador (art. 67-1, L.S.), tomando a su cargo cada uno de ellos una contribución proporcional al monto de su contrato, hasta la concurrencia de la indemnización debida (art. 67-2, L.S.).

Otra alternativa la constituye el coseguro o coaseguro, especie de la pluralidad de seguros y que consiste en que cada asegurador cubre una cuota parte del riesgo total, fijada de antemano por convenio entre los aseguradores (31); y, finalmente, el reaseguro, que implica, en principio, una transferencia del excedente de la suma máxima asegurada (pleno) que tolera su plan financiero.

(29) PICARD, M. - BESSON, A., *Les Assurances...*, cit., T. I, nro. 12, págs. 21 y sigs.

(30) PICARD, M. - BESSON, A., *Les Assurances...*, cit., T. I, nro. 14, pág. 24.

(31) SÁNCHEZ CALERO, F., "Ley de contrato de seguro", en *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*, Aranzadi, Madrid, 1999, págs. 464 y sigs.

El fundamento del contrato de reaseguro se halla en la circunstancia de que el asegurador, al celebrar con el asegurado el contrato originario o principal, en él se compromete al pago de una suma asegurada para la eventualidad de ocurrencia de un siniestro. Si esa suma asegurada sobrepasa el límite que, según consideraciones técnicas, puede pagar, acude al reaseguro como mecanismo que elimina el peligro consistente en que, al realizarse el riesgo, quede comprometido un valor superior al que técnicamente puede pagar. Así, el reasegurador afrontará (soportará) la diferencia entre lo que puede y lo que debe pagar (32).

#### 16. EFECTOS DERIVADOS DE LA OBSERVANCIA DE LAS NORMAS TÉCNICAS

Uno de los efectos derivados de la observancia de las normas técnicas lo constituye la acumulación de la mayor cantidad de dinero proveniente de premios o cotizaciones.

La formalización de la mayor cantidad posible de contratos importará una acumulación de dinero procedente del pago de premios que le permitirá disponer de una masa importante de dinero para afrontar el pago de las indemnizaciones y prestaciones a su cargo.

A su vez, esa acumulación de fondos le permitirá la aplicación de tarifas justas y razonables.

La aplicación de éstas se halla condicionada a una correcta observación empírica de la probabilidad de realización (siniestros) de los riesgos asumidos, de su costo indicativo, de la masa de premios acumulados y de una correcta administración de esos fondos (33).

La importancia de esta cuestión radica en que la empresa asume su obligación principal en consideración a un riesgo, tal como ha sido contractualmente determinado. De ello se predica la necesidad de que verificado un siniestro que corresponda al referido riesgo, las condiciones generales de póliza que lo delimitan o condicionan sean, en caso de conflicto, interpretadas y aplicadas literalmente. Así lo exige la "comunidad de riesgos", constituida por ello en elemento esencial de la empresa aseguradora.

Si por la vía interpretativa se alcanzara a dilatar la esfera obligacional del asegurador, se afectaría el fondo colectivo de primas ad-

(32) BROSETA PONT, M., *El Contrato de Reaseguro*, Aguilar, Madrid, 1961, pág. 18.  
(33) PICARD, M. - BESSON, A., *Les Assurances...*, cit., T. I, nro. 9, pág. 18.

ministrado por la empresa y, con ello, el funcionamiento social y económico del seguro. Sobre la base de lo expuesto habrá de comprenderse cabalmente la necesidad de que el instrumento contractual contenga condiciones generales que: (a) auxilién con claridad y rigor a la determinación del riesgo; (b) consagren la suspensión automática de la cobertura para el caso de falta de pago del premio en los plazos acordados; (c) establezcan severas sanciones para las hipótesis de inobservancia dolosa de las cargas informativas, exageración fraudulenta como contenido de la denuncia de daños o empleo de pruebas falsas para acreditarlos, etcétera. Y en esa misma línea de preservación de los fundamentos mismos de la operación "seguro", se instala la necesidad de observar las reglas y criterios técnicos en punto a la gestión de la empresa, particularmente lo referido a: (d) los capitales mínimos, la (e) indisponibilidad de las inversiones hasta el monto equivalente a las reservas necesarias (constituidas) para afrontar las obligaciones para con los asegurados, el (g) cumplimiento de las retenciones, el de las (h) reservas técnicas y de siniestros pendientes, la (i) constitución de fondos de amortización, previsión y reservas, las (j) inversiones autorizadas y la (k) conclusión de reaseguros (34).

### 17. LA CONTRATACIÓN EN MASA

La disciplina uniforme de las relaciones contractuales singulares se ejerce a través de la determinación, por parte de la empresa de seguros, (a) de la tarifa de los premios como así (b) de la predisposición de las condiciones generales que devendrán en contenido contractual o, con mayor precisión, de su instrumento probatorio por excelencia, la póliza.

Con relación a las primeras, deben ser elaboradas sobre la base de un cálculo estadístico actuarial que tiene en cuenta el presupuesto financiero en cada anualidad asegurativa para hacer frente a las obligaciones contractuales asumidas por los aseguradores. Lo expresado responde a la técnica que es específica de la empresa aseguradora que opera a través del parcelamiento (división) por categorías homogéneas de la masa de riesgos y la sucesiva repartición por cuota de la carga económica, estadísticamente determinada entre el universo o mutualidad de asegurados (35).

(34) Cám. I Bahía Blanca, 16/11/1962, "Brill, J. c. La Equitativa del Plata S.A. de Seg.", La Ley, 110-909.

(35) Es el llamado concepto de solidaridad colectiva o mutualidad indirecta.



De lo expresado se predica la ineludible necesidad de que la empresa aseguradora opere con contenidos contractuales unilateral y uniformemente predispuestos por ella, lo que presupone la supresión de la etapa de tratativas o negociaciones previas al perfeccionamiento del contrato. Lo dicho es consecuencia de la comercialización o negociación en masa de servicios (36).

Habrà de aceptarse, como valor definitivamente entendido, que como la técnica o modalidad de la contratación predispuesta no deja al asegurando otra alternativa que no sea la de adherir a un esquema rígido y uniforme o no contratar, colocándolo desde la génesis negociada en una posición de desigualdad (debilidad) formal, la consecuencia que de ello deriva es la necesidad de consagrar una sólida plataforma normativa que tienda a satisfacer la legítima tutela de sus derechos contra posibles abusos (37).

Exigencia que atiende al control directo del contenido de legitimidad y claridad (transparencia) del contrato que, descartada la posibilidad de hacerlo por las mismas partes en etapa de tratativas (propias del contrato discrecional), como ellas quedan suprimidas en esta modalidad formativa, deben ser sustituidas por el ejercicio de un control que provenga de "afuera del contrato" (exógeno).

## 18. EL CONTRATO DE REASEGURO

Hemos afirmado que la estadística sólo suministra una probabilidad teórica (*supra*, parág. 4) de realización del riesgo (siniestro), de allí que, técnicamente, el asegurador deba cubrirse o hallarse garantizado por las disparidades negativas que resulten entre la probabilidad y la realidad. Para ello acude al reaseguro que, como medio instrumental, lo auxilia para una mejor división y dispersión de los riesgos (38).

La ventaja que ofrece el reaseguro al asegurador consiste en reducir las consecuencias derivadas de la verificación del siniestro. Y ello acontece en razón de que el reaseguro presupone la transferencia

(36) Lo que se produce en masa sólo es factible de ser instrumentado uniformemente para ser ofrecido mediante la modalidad de impresos (invitación a oír ofertas) con contenido predispuesto.

(37) MUNGARI, V., "Legittimità e trasparenza delle condizioni generali del contratto di assicurazione", *Assicurazione*, año LVIII, fascs. 4/5, julio-octubre 1991, págs. 216 y sigs.

(38) PICARD, M. - BESSON, A., *Les Assurances...*, cit., T. I, nro. 16, pág. 27.

cia de todo o parte del riesgo asumido por aquél, mediante la celebración de un contrato denominado de reaseguro en razón de que se superpone al primero (39).

El reaseguro se contrata en cada ocasión en que el asegurador advierte un probable desborde cuantitativo de los riesgos que normalmente explota o cuando, con motivo de la contratación de riesgos de determinada naturaleza, predominantemente los enunciados como extraordinarios, supone la posibilidad de que quede comprometido su plan de explotación (40).

Es en esas ocasiones en que el asegurador, atento o advertido de la probabilidad de un daño que afecte o comprometa su patrimonio más allá del límite cuantitativo técnicamente tolerable, lo que se denomina "pleno de seguro", toma un reaseguro. Para evitar el nacimiento de una deuda que supere el referido límite, contrata un seguro (reaseguro) que le permite, mediante el pago o renuncia de una parte del premio en favor de otro asegurador (reasegurador), que éste asuma (reintegre) todo o parte de las consecuencias dañosas derivadas de la realización del riesgo. De allí que quepa afirmar que el contrato de reaseguro participa de la naturaleza del seguro contra el nacimiento de una deuda o el surgir de un débito de carácter contractual, comprometida por el asegurador/reasegurado (41).

La Ley de Seguros dedica al tema cuatro artículos, suministrando el concepto en el artículo 159: "El asegurador puede, a su vez, asegurar los riesgos asumidos, pero es el único obligado con respecto al tomador del seguro", lo que pone de manifiesto la inexistencia de vínculo entre el asegurado y el reasegurador, circunstancia que, por lo demás, ha sido expresamente enunciado en el artículo 160: "El asegurado carece de acción contra el reasegurador...".

#### 19. LA EMPRESA ASEGURADORA. NOCIÓN. ACTIVIDAD REGULADA

La empresa aseguradora es aquella que ejerce con carácter profesional una actividad económica organizada que tiene por finalidad ofrecer en el mercado la celebración continua de contratos de seguros.

(39) GARRIGUES, L., *Contrato...*, cit., pág. 463.

(40) BROSETA PONT, M., *El Contrato...*, cit., pág. 9; HILL PRADOS, M., *El Reaseguro*, Bosch, Barcelona, 1995, pág. 23.

(41) BROSETA PONT, M., *El Contrato...*, cit., pág. 72; SÁNCHEZ CALERO, F., "Ley de contrato de seguro", en *Comentarios...*, cit., pág. 1383; BAZZANO, C., *Il Contratto di Assicurazione*, Pirola, Milano 1991, págs. 335 y sigs.

Hace a la esencia de la empresa aseguradora disciplinar, con carácter uniforme, las relaciones contractuales cuyo objeto (materia) se halla constituido por riesgos del mismo género.

Se trata de una empresa cuyo objeto exclusivo consiste en la realización de actos de comercio en los términos del artículo 8º, inciso 6º del Código de Comercio.

A la actividad aseguradora, por naturaleza, no le es aplicable el derecho común. Razones que se fundamentan en el derecho necesario justifican la aplicación de normas adaptadas a la referida actividad (42).

La ley regulatoria de la actividad no sólo debe preservar la constitución y funcionamiento de las empresas que la ejerzan sino, además, vigilar la estricta observancia de los principios sobre los que se asienta la organización de la mutualidad y la estructura de las sociedades.

Y, como habremos de referirnos en el Capítulo III, la implementación del sistema de control debe atender, como objetivo último, la protección efectiva y conducente del asegurado y de terceros interesados.

El ejercicio de la actividad aseguradora y el control de la misma se halla sometido a una ley especial que la regula (ley 20.091).

La regulación específica se extiende a (a) la naturaleza de los entes que pueden operar en calidad de aseguradores (art. 2º, incs. a), b) y c)) quienes, por lo demás, (b) deben hallarse autorizados para hacerlo (art. 2º-2), (c) bajo ciertas condiciones (art. 7º). Las empresas aseguradoras se hallan obligadas a operar sobre la base de la (d) aprobación previa de planes técnicos y contractuales (art. 23), entre los que se destaca la (e) predisposición de los textos de la póliza (arts. 23, inc. a) y 25) y la propuesta de (f) las primas aplicables (arts. 24, incs. a) y b) y 26). El control se hace extensivo a lo que la ley enuncia como gestión de la empresa, capítulo que, básicamente, contiene normas referidas a los (g) capitales mínimos al que deberán ajustarse las entidades (art. 30), a (h) las reservas técnicas y de siniestros (art. 33), a las (i) inversiones (art. 35-2), (j) reaseguros (art. 36), (k) administración (art. 37) y (l) balances (art. 38).

La ley disciplina la (m) fusión y cesión de cartera (art. 46), los casos en que procede la (n) revocación de la autorización para ope-

(42) PICARD, M. - BESSON, A, *Les Assurances...*, cit., T. II, nro. 535, pág. 12, quienes señalan que por las mismas razones que la ley regula el contrato de seguro, debe reglamentar el control sobre las empresas.

rar en la actividad (art. 48), la (o) liquidación por disolución voluntaria (art. 50) y (p) forzosa (art. 51). Se regula todo lo referente a (q) las penas aplicables (art. 58), a la (r) autoridad de control (art. 64) y finalmente al (s) procedimiento y recursos (art. 82).