

Un inesperado alcance de la responsabilidad civil del Productor Asesor de Seguros.

Autor Dr. Gastón Raúl Martínez

En el mes de febrero de 2017 hice un comentario¹ sobre un fallo dictado por la Sala F de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial en los autos caratulados Maggio Rocío Soledad c/ Aseguradora Federal Argentina s/ Ordinario” (Exp. 051238).

Lo novedoso y, por aquel entonces también cuestionado fallo judicial, era la extensión de responsabilidad por el incumplimiento del contrato de seguro de la entidad Aseguradora al Productor Asesor de Seguros (PAS). El tribunal a cargo de la sentencia había interpretado que el productor asesor de seguros era un vendedor de los servicios (productos) de la compañía de seguros en los términos del artículo 40 de la Ley de Defensa del Consumidor, y por esa razón, formaba parte de su cadena de comercialización, y por consiguiente, responsable patrimonial y solidariamente con la aseguradora por los incumplimientos en que incurriera la entidad.

A casi siete años de aquel pronunciamiento judicial (1/09/2016), la sala primera civil y comercial de la cámara de apelaciones de la ciudad de Gualeguaychú en la provincia de Entre Ríos se pronunció en el mismo sentido con fecha 27/07/2023 en autos caratulados “Sanchez H. D. c/ Diaz S. H. s/ Ordinario Daños y Perjuicio – Expediente 7496/C.

Con matices, nos encontramos en ambos asuntos frente a similares circunstancias. En los dos, la entidad aseguradora que incumpliera sus obligaciones se trata de Aseguradora Federal Argentina, entidad a la que se le decretara la revocación forzosa de la autorización para operar con fecha 26 de diciembre de 2016².

Poco importará analizar la conducta desplegada por el Productor Asesor, porque al igual que en el asunto “Maggio”, en el resuelto en Gualeguaychu se cita al intermediario a responder de manera *“solidaria en cuanto resulta el vendedor de los servicios o productos de la compañía aseguradora, formando parte de la cadena de comercialización, conforme normativa del artículo 40 de la ley de Defensa del Consumidor.”*³

Los deberes profesionales del Productor Asesor no han sido cuestionados en estos fallos, sino el hecho objetivo de su participación en la cadena de comercialización como vendedor⁴ del que resultare solidariamente responsable en razón al incumplimiento de la entidad aseguradora.

La demanda:

El Sr. Sánchez promueve demanda por daños y perjuicios contra el Sr. Diaz y/o quien resulte responsable del accidente de tránsito del cual resulta la muerte de su hijo.

¹ Apuntes y Precisiones Respecto de la Responsabilidad de los Productores Asesores - Autor Gastón Raúl Martínez – Portal WEB “El Seguro en Acción”

² Resolución SSN N° 40271.

³ Así lo recepta el juez de primera instancia del mismo asunto en sentencia de fecha 19 de octubre de 2021.

⁴ En el asunto “Maggio”, por ejemplo, el hecho que se reclamaba (robo del automotor asegurado) había ocurrido en el año 2012, o sea, más de cuatro años antes del dictado de la resolución revocatoria y casi cinco de que adquiriera firmeza judicial en el año 2017.

El hecho que origina el reclamo tuvo ocurrencia el día 1 de mayo de 2016 a las 8.30 hs⁵. El hijo del Sr. Sánchez circulaba como acompañante en una moto sin casco reglamentario colisionando en una encrucijada de la ciudad de Gualeguaychú con la camioneta conducida por el Sr. Díaz, hecho del que resultara la muerte del hijo del Sr. Sánchez.

En el proceso se acreditó la prioridad de paso de la motocicleta y el exceso de velocidad de la camioneta. No se pudo determinar la velocidad de la motocicleta.

El asegurado cita en garantía a Aseguradora Federal Argentina S.A. informando que la misma se encuentra en liquidación y notificándose al Juzgado Nacional de Primera Instancia Nro. 14 donde tramita tal proceso (Se hizo presente el delegado liquidador).

Como consecuencia de la impotencia patrimonial de la aseguradora, el asegurado cita en los términos del artículo 91 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Entre Ríos al productor asesor de seguros solicitando respuesta solidariamente por ser vendedor de los servicios o productos de la entidad aseguradora, por considerar que forma parte de la cadena de comercialización conforme la normativa del artículo 40 de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC).

La Sentencia de Cámara:

La vocal, Dra. Ana Clara Pauletti, camarista que trazara las líneas argumentales de la condena a las cuales se adhirieron sus compañeros de sala, enmarca la contratación de un seguro como una relación de consumo en los términos del artículo 1º de la Ley de Defensa del Consumidor, *“porque el actor es una persona física que adquirió un servicio oneroso, como destinatario final de una prestación – cobertura de seguro- y no puede negarse que tanto productor como la aseguradora intervinieron en esta operación de manera profesional, vinculada al negocio del mercado asegurador.”*

Refiere además al deber de información como uno de los pilares de sistema protectorio consumeril impuesto a los proveedores de bienes y servicios en general, y en particular con la del productor de seguros y la compañía aseguradora, quienes deben cumplir cabalmente el artículo 4 de la Ley 24.240.

Remarca la camarista que el actor habría invocado en sus planteos *“ la responsabilidad del productor de seguros por déficits en su obligación de asesorar al asegurado a fin de que este obtenga la más adecuada cobertura – art 10, Inc c) de la Ley 22.400 -, lo cual era exigible en la celebración del contrato de seguro, como durante el plazo de vigencia de dicho seguro.”*

Puntualiza más adelante diciendo que la sentencia de primera instancia *“ ...tuvo en cuenta esa imputación y al respecto el Sr. Benedetti no expuso una defensa específica que mostrara una interpretación diferente de su obligación “de asesor”, ni su diligencia (demostrativa también de su buena fe) en base a la información profesional disponible en el mercado en relación a la*

⁵ El evento ocurre casi siete meses antes del cierre forzoso de la entidad aseguradora, y más aún desde que se celebrara el contrato de seguro que otorgara cobertura al evento.

Aseguradora Federal SA y ni siquiera expuso que no estaba a su alcance haber accedido a la misma, para en función de su obligación de asesoramiento, evitar el desamparo de aquel.”

Finalmente dice la Dra. Pauletti que **“aun así” (o sea, aun cuando el productor asesor hubiera producido prueba que demuestre su obrar diligente y ajustado a los términos de su deber de información con relación al cliente asegurado)** *“...como se sabe, el artículo 40 LDC establece la responsabilidad objetiva frente al consumidor de todos los miembros de la cadena de comercialización (la responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan), y el aquí vendedor, no explicó ni acreditó con su defensa, como tampoco lo puso en evidencia en el recurso, su ajenidad a la misma, siendo que legalmente la función que reconoció comprende la venta de seguros, medio indirecto para vender seguros que incluyen las compañía de seguros en su plan de negocios.*

La realidad de esa operatoria impide que se la pueda excluir del alcance del estatuto protectorio del consumidor, cuando el sistema de comercialización del mercado asegurador se destina a ellos, siendo que la tutela especial constitucional que emana del art. 42 CN atraviesa el sistema jurídico en su conjunto, sin excluir al microsistema de seguros. Con esto digo, que la existencia de una relación de consumo activa al sistema de protección consumeril -arts. 1 y 2 LDC y 1092 y 1093 CCC- cuyo carácter transversal expande sus efectos a los regímenes especiales aplicables a la situación jurídica específica.

Así las cosas, de la interpretación armónica de la normativa aludida, reforzada por los artículos 1094 y 1095 CCC surge de modo efectivo la responsabilidad estudiada, y en la medida que según el artículo. 93 CPCC la sentencia puede condenar al tercero si al sustanciarse el pedido de su intervención, el actor hubiese ampliado la demanda solicitando su condena, supuesto que aconteció en la especie, por ende, la condena solidaria al productor de seguros así citado es para mí acercada.”

En definitiva, la cámara interpreto que la responsabilidad del Productor Asesor de Seguros ha sido en los términos del artículo 40 de la Ley de Defensa del Consumidor.

Ley de Consumo y Seguros.

La relación jurídica descrita en la sentencia fue enmarcada en los términos de una relación de consumo. Tal como la describe la Dra. Compiani: *“... el contrato de seguro constituye un contrato de consumo cuando se celebra a título oneroso, entre un consumidor final y una persona jurídica, que, actuando profesionalmente, se obliga, mediante el pago de una prima, a prestar un servicio cual es la asunción del riesgo previsto en la cobertura asegurativa. En consecuencia, resulta aplicable al contrato de seguro celebrado con destino final de consumo, en cuanto resulte pertinente, las disposiciones de la ley de protección al consumidor.”*⁶

⁶ El contrato de seguros a la luz del código civil y comercial – Autor María Fabiana Compiani – Infojus.

Compiani apoyada en los fundamentos del anteproyecto de la ley 26.994 refiere que en los casos en que el contrato de seguro constituya un contrato de consumo, la armonización de los regímenes jurídicos que concurren en su juzgamiento, no determina que se prescinda sin más de institutos propios del contrato de seguro tales como ejemplo, la reticencia, agravación del riesgo, suspensión de cobertura, citación en garantía del asegurador, exclusiones de cobertura, suma asegurada y franquicia, la prescripción, etc.), sino que, por el contrario, ellos resultan, en lo pertinente, enteramente aplicables.

En el mismo sentido pasa con la ley 22.400, que preve un regimen especial y previo a la sanción de la ley 24.240. El carácter principal de este profesional es su independencia tanto del asegurado como del asegurador, nota que se extrae de la lectura del artículo 1, 10 y 11 de la citada norma federal.

La aplicación del derecho de consumo a la actividad de intermediación sin un “diálogo” adecuado con su otra fuente, la ley 22.400, puede importar el temido deterioro de la seguridad jurídica a la que se hace referencia en el citado anteproyecto de ley.

El artículo 40 de la Ley 24.240.

Dice el Dr. Carlos H. Plana⁷ que la redacción del citado artículo 40⁸, con el cúmulo de legitimados pasivos y la solidaridad dispuesta, fue el resultado de años de trabajos doctrinarios que intentaron superar el escollo que planteaba la situación del consumidor dañado frente al fabricante y/o intermediario no contratante cuando la cosa salió de las esferas jurídicas del dominio o la guarda de estos últimos. Antes de la sanción de la ley 24.240 y de la aparición del artículo 40, autores como Atilio Alterini y Roberto López Cabana discutían sobre si el consumidor podía reclamar a sujetos no contratantes con él, en base a la doctrina del artículo 1113 segundo párrafo, segunda parte del Código Civil vigente en ese momento, por riesgos o vicio de la cosa⁹. Plana, refiere que previamente al dictado del artículo 40 de la Ley 24.240 la jurisprudencia nacional recurrió al artículo 1113 del viejo Código Civil para responsabilizar civilmente frente al consumidor a quienes, sin ser dueños o guardianes del producto o servicio, se beneficiaron económicamente de su introducción en el mercado. Sigue diciendo este autor que el cúmulo de legitimados pasivos que del artículo 40 incluye a todos los que se benefician económicamente con el producto (factor de atribución derivado de la teoría de riesgo – provecho).

Debido a lo expuesto, algunos autores afirman que hubiera sido más conveniente no redactar el artículo designando un número acotado de responsables¹⁰, sino extender el número de

⁷ Factores de Atribución de Responsabilidad por Daños y Defensa del Consumidor (pag281) – Revista de Derecho Privado y Comunitario 2012-1 – Editorial Rubinzal Culzoni

⁸ Dice el artículo 40 de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240: “**Responsabilidad.** Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Solo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.”

⁹ Alterini Atilio A. y López Cabana, Roberto M - Responsabilidad Civil por Daños al Consumidor, en Cuestiones Modernas de Responsabilidad Civil y otros estudios – La Ley, Buenos Aires, 1989 págs. 247/268

¹⁰ Lovece G. y Weingarten C. – Responsabilidad Objetiva. El artículo 1113 y la Ley 24.999 – Responsabilidad Civil 3 (págs., 156/157).

legitimados pasivos a todos los agentes económicos intervinientes en el proceso de producción o comercialización de bienes y servicios, obteniendo por ello un beneficio¹¹.

No comparto esta última afirmación. Así como el legislador pudo haber contemplado la ampliación del cúmulo de legitimados pasivos y la solidaridad dispuesta frente al consumidor, hizo lo contrario y optó por listar taxativamente un grupo dentro de los cuales no se encuentran expresamente descriptos los intermediarios, los corredores y/o los agentes de seguro.

En este sentido Héctor Soto¹² afirma en relación al artículo 40 LDC que, así como el legislador no hizo referencia al Productor Asesor, tampoco lo hizo con relación a los propietarios o accionistas de las entidades que han vendido la cosa viciosa o riesgosa, o de las entidades que se han comprometido a prestar un determinado servicio, o a los directivos o gerentes de quien ha vendido la cosa o de quien se ha obligado a prestar el servicio.

¿Un Productor Asesor es un Vendedor de Seguros?

Ejemplifica Soto¹³ diciendo que cuando el artículo 40 de la Ley de Defensa del Consumidor se refiere al vendedor alude exclusivamente a aquellas personas humanas o jurídicas que, celebrando un contrato de compraventa, se obligan a transmitir la propiedad de una cosa a otra persona denominada comprador (Artículos 1123, 1137 y concordantes del CCC).

Dice Soto que no se puede confundir al vendedor, parte del contrato de compraventa, con una persona que sólo representa al mismo; o con el empleado que atiende al cliente en el mostrador; o con la persona que lo ha auxiliado a concretarla operación. Es más que claro que el vendedor al que se refiere el artículo 40 de la Ley de Defensa del Consumidor no es un dependiente, o un auxiliar, o un intermediario, o un mandatario del vendedor, sino la persona humana o jurídica que, a cambio de recibir una suma de dinero, se obliga a entregar a la otra parte una cosa en propiedad.

En materia de servicios la figura del vendedor, continúa diciendo el citado autor, es sustituida por la figura del prestador. En ese caso el prestador es la persona obligada a la prestación del servicio, y no la persona que lo representó en la contratación, o lo ayudó a concretarla, o posibilitó su concreción.

Yo voy a completar los comentarios de este importante autor argentino diciendo que la definición de la Real Academia Española aporta poca claridad en sentido de considerar al PAS como vendedor, y por el contrario, más bien parece confirmar las afirmaciones del Soto¹⁴.

¹¹ Vale aclarar que en este sentido había resuelto el juez de primera instancia en los autos comentados con fecha 5 de abril 2023 refiriendo que el texto del artículo 40 es simplemente enunciativo

¹² Los productores Asesores no son garantes de las obligaciones asumidas por las partes en el contrato de seguro – El seguro en Acción – Héctor Soto - enero 2017

¹³ Los productores Asesores no son garantes de las obligaciones asumidas por las partes en el contrato de seguro – El seguro en Acción – Héctor Soto - enero 2017

¹⁴ Vendedor: Conforme Diccionario de la Real Lengua Española (Real Academia Española) Vigésima Segunda Edición: (Del lat. Venditor, Oris) Adj Que vende. Vender: (del lat Vendere)

1. tr. Traspasar a alguien por el precio convenido la propiedad de lo que se posee.

Por el contrario, Waldo Sobrino, asevera que el PAS es un vendedor¹⁵. Lo hace sin definir lo que se entiende por ese término, justificándolo sobre la idea de la pertenencia del PAS a la organización económica de la empresa.

Por desgracia ni en el recientemente dictado fallo “Sánchez”, ni el anterior “Maggio”, se dieron precisiones que clarifiquen sobre la asimilación del PAS con la figura del Vendedor del que habla el artículo 40 de la LDC. Aunque puede advertirse una opinión más próxima a la de Sobrino cuando la Camarista Pauletti afirma que: “... *legalmente la función que reconoció comprende la venta de seguros, medio indirecto para vender seguros que incluyen las compañías de seguros en su plan de negocios.*”

El PAS no es “Parte” de la Cadena de Comercialización.

-
2. tr. Exponer u ofrecer al público los géneros o mercancías para quien las quiera comprar.
 3. tr. Sacrificar al interés algo que no tiene valor material. Vender la honra, la justicia.
 4. tr. Dicho de una persona: Faltar uno a la fe, confianza o amistad que debe a otra.
 5. tr. Hacer aparecer o presentar algo o a alguien de una manera hábil y persuasiva. Vendía bien su imagen.
 6. intr. Dicho de una persona, de una idea, de una conducta y, especialmente, de un producto comercial: Conseguir mayor o menor éxito de ventas o alcanzar aceptación social. La novela histórica vende mucho últimamente.
 7. prnl. Dejarse sobornar.
 8. prnl. Ofrecerse a todo riesgo y costa en favor de alguien, aun exponiendo su libertad.
 9. prnl. Dicho de una persona: Decir o hacer inadvertidamente algo que descubre lo que quiere tener oculto.
 10. prnl. Dicho de una persona: Atribuirse condición o calidad que no tiene.

¹⁵ Los Productores de Seguros y su Representación de las Compañías de Seguros”, ponencia que presentara dicho autor en el XIII Congreso Nacional de Derecho de Seguros – XI Conferencia Internacional. Autor Waldo Sobrino.

“Para analizar la responsabilidad de las Compañías de Seguros por las actividades de los Productores de Seguros, debemos tener presente distintas cuestiones: (i) La venta de seguros: el Productor de Seguros vende los seguros de la Compañía de Seguros. Es decir, que la Compañía podría optar por vender seguros de manera directa (sin Productores de Seguros). Pero, por una decisión estratégica, prefiere vender más a través de Productores de Seguros (que venden sus seguros). Por tanto, si la Compañía de Seguros se beneficia por la actuación de los Productores de Seguros, también tiene que responsabilizarse por lo que hagan sus vendedores. Así, resulta plenamente aplicable las pautas del Art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor. (ii) el pago de las Comisiones a los Productores: complementando el punto anterior, es menester señalar que previo a la venta de los seguros, el Productor y la Compañía de Seguros, pactan el porcentaje de dichas comisiones por sus servicios de ventas de seguros. Ello es de toda lógica y absolutamente legal. La Compañía de Seguros (empresa / Compañía de Seguros), le paga a sus vendedores (Productores de Seguros) por la venta de sus servicios. Nuevamente aquí, se aplica en forma directa y lineal, las pautas del Art. 40 de la Ley 24.240, donde se establece la responsabilidad solidaria de la empresa, por los actos de sus vendedores.” (iii) Comisiones contingentes: se trata de otro tipo de retribuciones que la Compañía de Seguros realiza a los Productores de Seguros. Dichas comisiones se pueden pagar por la venta de un seguro específico; o por la no siniestralidad de una póliza; o por superar un nivel específico de primas; etc.

Como consecuencia de lo expuesto, siendo absolutamente claro que el Productor de Seguros, es un 'vendedor' de los 'servicios' (productos) de la Compañía de Seguros, es que resulta evidente que forma parte de su "cadena de comercialización"; de manera tal que se torna aplicable, en forma directa, el Art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor, que establece la "responsabilidad solidaria" de la empresa (v.gr Compañía de Seguros), por los actos de su vendedor (v.gr. Productor de Seguros).”

El Productor Asesor es un intermediario con un deber intensificado de informar en razón a la exigencia legal de asesoramiento a la que alude el artículo 10 de la Ley 22.400¹⁶.

El PAS **no es parte del binomio** contractual asegurador – asegurado, y precisamente por ello se relaciona con el asegurador a través de un contrato definido como de **Intermediación y Promoción**, mientras que por otro lado también se vincula con el asegurado a través de un contrato distinto denominado de **Intermediación y Asesoramiento**¹⁷.

El Productor Asesor, al igual que el corredor (El contrato de Intermediación y Asesoramiento adquiere sus principales notas características del contrato de corretaje previsto en el artículo 1345 CCyC y Sgtes)¹⁸, es un mediador, un tercero que no es parte del contrato principal y que permanece equidistante tanto del asegurador como del asegurado.

Las instrucciones recibidas de cada una de las partes no llegan a tener la entidad suficiente como para desequilibrar la intervención desinteresada y neutral de mediador entre los intereses opuestos de las partes y, aun cuando fuera requerido por una sola de estas para la búsqueda del negocio, su actividad no puede ser unilateral ni dirigida con parcialidad para ventaja de una, cosa que, de otro modo, excluye la mediación, para configurar mandato o comisión¹⁹.

Esta particular característica explica también por qué el PAS no podría ser alcanzado por la cadena del artículo 40 LDC, aun cuando se entienda, que la descripción de sujetos pasivos allí prevista sea simplemente enunciativa²⁰. En ese sentido los descriptos en el artículo 40 LDC (y los que puedan enunciarse a partir de este criterio) responden a la condición de “Parte”, carácter que evidencian todos los descriptos en el artículo en comentario, y que, por consiguiente, en armónica y analógica interpretación deberían extenderse con esa misma lógica y naturaleza jurídica para los no expresamente listados que se pretendan incluir.

El Productor Asesor de Seguros en su carácter de Agente Auxiliar de Seguro No Institorio (Sección XIV – Intervención de Auxiliares en la Celebración del Contrato de la Ley de Seguros 17.418) no está alcanzado por las previsiones de la Ley de Defensa del Consumidor. En el sentido que venimos afirmando Farina²¹ refiere, en su comentario al artículo 2º de la Ley de Defensa del Consumidor, que con respecto al agente de comercio, se pone en cuestionamiento que el mismo se halle incluido en las actividades del mencionado artículo, por cuanto actúa como intermediario entre su proponente y el consumidor, de modo que la relación contractual directa se formaliza entre estos, sin perjuicio de la responsabilidad que le cabe en cuanto al deber de información (art. 4º) a los efectos de la publicidad (art. 8º) y al contenido del documento de venta (art. 10).

Otras razones para no considerar al Productor Asesor parte de la cadena de comercialización. El deber de Consejo.

¹⁶ El deber de información precontractual y contractual. Deber de Consejo. La cuestión en los contratos paritarios y de consumo. TRLALEY AR/DOC/1259/2009) – Autor Rubén Stiglitz.

¹⁷ Intermediación en el Contrato de Seguros. Régimen Jurídico de los Productores Asesores, Autor SOTO Héctor M Ed.La Ley

¹⁸ Rasgos Profesionales de la Actividad del Productor Asesor de Seguros – Autor Gastón Martínez – El Seguro en Acción año 2018

¹⁹ Contratos Comerciales Modernos Tomo 1 Pagina 509, Editorial Astrea, Juan M Farina.

²⁰ “Régimen Jurídico del Consumidor”, autor Wajtraub Javier H. Ed. Rubinzal Culzoni, p.g. 248).

²¹ Defensa del Consumidor y del Usuario - Juan M.Farina - Editorial Astrea 2008, página 91.

Por otro lado, algunos asimilan el término vendedor con un simple comerciante²². El simple comerciante solo está obligado a informar diversos aspectos del producto o servicio que vende, y eventualmente también de advertir (art. 1110 CC y C) si este es idóneo o no lo es para las necesidades del cliente, pero por el contrario, no está obligado a hacerle conocer al cliente, por ejemplo, la existencia de otros que serían más convenientes a sus intereses, como sí lo está el productor asesor de seguros.

Precisamente con motivo al rol de **intermediario no “parte” del contrato de seguro** al que hice referencia en el apartado anterior, el productor asesor de seguros mantiene INDEPENDENCIA tanto del asegurado como del asegurador, rasgo que se justifica en el deber de asesoramiento impuesto por el artículo 10 de la ley 22.400. Aparece nítida y útil la distinción entre lo que se entiende por venta informada y venta asesorada.

Tal como afirma Chamatropulos²³, el deber de información no trae aparejado necesariamente el deber de consejo a menos que exista una disposición legal que obligue en ese sentido.

La obligación de aconsejar o de asesorar forma parte de los deberes del productor asesor de seguros conforme el artículo 10 de la ley N° 22.400 (Venta Asesorada) que a diferencia del “vendedor” solo tiene obligaciones de información de las previstas en el artículo 4 de la LDC (venta informada), aportando un rasgo distintivo adicional que impide identificar al PAS con este último.

Vicio o Riesgo de la Cosa o la Prestación del Servicio.

Como se dijo el artículo 40²⁴ de la Ley de Defensa del Consumidor definió un régimen de responsabilidad objetiva y solidaria que comprende al "productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio" cuando el daño es producto del riesgo o vicio de la cosa o de la prestación de servicio, consagrándose un sistema de responsabilidad objetiva. En consecuencia la víctima solo debe acreditar el daño ocasionado y la relación de causalidad entre este y la cosa o el servicio consumido, prescindiendo de la prueba de la culpa (dolo) del legitimado pasivo.

Una pregunta que podríamos hacernos es si, considerando servicio a la actividad aseguradora, esta pueda ser entendida como viciosa o riesgosa.

En lo que tiene que ver con los servicios, el riesgo puede tener origen en la naturaleza de este, como por ejemplo con la prestación del servicio de seguridad personal en clubes de campo,

²² Puntualmente resulta interesante el análisis del Profesor Camilo Tale en LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LAS “RELACIONES DE CONSUMO” (con especial consideración del concepto legal de “consumidor” y del resarcimiento de daños por productos defectuosos). Revista del Colegio de Abogados de Río Cuarto – Año 2012.

²³ Tal como surge por ejemplo en el Código Civil y Comercial de la Nación, cuando regulando los contratos bancarios de consumo, se expresa que “antes de vincular contractualmente al consumidor, el banco debe proveer información suficiente para que el cliente pueda confrontar las distintas ofertas de crédito existentes en el sistema, publicadas por el Banco Central de la República Argentina.” **El impacto del Código Civil y Comercial en la regulación del deber de información vigente en las relaciones de consumo (más algunos aspectos adicionales...)** – Chamatropulos Demetrio A – Cita TR La Ley AR/DOC/3860/2016

²⁴ “Las normas contenidas en los artículos 5° y 40 de la ley 24.240, se hallan interrelacionadas en cuanto la primera es fundamento de la responsabilidad consagrada en la segunda, constituyendo ambas disposiciones concreciones de las exigencias de seguridad impuestas por la Constitución Nacional en el ámbito de las relaciones de consumo” – Las exigencias de seguridad en las relaciones de consumo.” Autor Carlos A. Hernández – Sandra A Frustagali – septiembre 2005 - d SAIJ: DASF060081

oficinas, casas de familia, etc., o en materia de servicios públicos domiciliarios como el eléctrico. En otras ocasiones el riesgo del servicio obedece a circunstancias instrumentales y se relaciona, principalmente, con la naturaleza peligrosa o riesgosa de los medios empleados (servicio de transporte) o con otras modalidades relativas a personas.

Ninguno de los conceptos brindados sirve para enmarcar la actividad de seguro, o de intermediación profesional brindados por el Productor Asesor de Seguros, ya que ninguna de esas actividades puede ser considerada riesgosa, sumándose una razón adicional que justifica excluir a este último profesional de la cadena de comercialización a la que hace referencia el artículo 40 LDC.

Si bien existen opiniones encontradas²⁵, fallos judiciales recientes obligan con justa razón a evaluar el carácter riesgoso o vicioso del servicio previamente a determinar al sujeto pasivo comprendido dentro del artículo 40 LDC²⁶.

Poder de Policía de Seguros. Deberes y Atribuciones de la Superintendencia de Seguros de la Nación.

No debe perderse de vista que el contenido de la Ley 20.091 constituye actividad “policial”, ejercida por el órgano legislativo del Estado, a través de una norma reglamentaria de los derechos y cumplimiento de las obligaciones²⁷.

El ejercicio del Poder de Policía por parte del Estado se ha traducido no solo en la sanción de la Ley 20.091, reguladora de la actividad aseguradora y reaseguradora sino, además en el control de cumplimiento de la disciplina legal, actividad esta última que importa vigilancia, inspección, fiscalización, siendo sujetos de control los descriptos en la normativa citada -empresas de seguros, reaseguros, productores asesores de seguros, agentes institorios, peritos, liquidadores

²⁵ Chamatropulos Demetrio expone la discrepancia de criterios citando a los Dres. Pietro Moline y Lorenzetti y refiere que: “Respecto a los servicios se ha dicho que, salvo el supuesto del artículo 6º LDC, que menciona expresamente a los servicios públicos domiciliarios, no se requiere que exista “vicio” o “riesgo” ya que el artículo 40 LDC solo aplica esto a las cosas. Sin embargo, desde la misma posición se señala que si un servicio causa daño es porque es riesgoso, pues “el riesgo se relaciona con la posibilidad de causar daño.

El artículo 40 aunque poco claro en su redacción, se refiere a los vicios o riesgos no solo de cosas sino también de servicios. El problema que se genera es que se ha usado el término “vicio” que se identifica más con las cosas que con los servicios. Quizás hubiera sido bueno agregar también palabras como “falla”, “defecto” u otra similar para que resulte más claro cuando se responde por servicios ...”

“En sentido distinto al que pregono, López Herrera señala que el factor de atribución objetivo en caso de daños derivados de la prestación de servicios es la garantía. Es decir que no hace falta que exista “vicios o riesgos” en el servicio prestado. Basta con que ellos produzcan daños para que nazca la responsabilidad.” Estatuto del Consumidor Segunda Edición (pag 868-869 - Editorial La Ley

²⁶ *En los autos Mariano Morón Oscar c/ RIMAX Argentina SRL y Otros s/ Ds y Ps, la sala M de la cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (12/4/2022) resolvió en relación a un contrato de corretaje que: “2.2.2. En primer lugar, teniendo en cuenta las palabras de la ley (art. 2, CCCN), el análisis sintáctico de la norma desautoriza la interpretación de la anterior instancia. En efecto, tal como está redactada la primera parte de la oración, la base o núcleo es el “vicio o riesgo”. Al no haber coma hasta servicio significa que el núcleo tiene dos modificadores indirectos o determinantes que especifican los sustantivos “vicio o riesgo”: 1) la cosa; 2) la prestación del servicio. La explicación es que al no haber coma entre “cosa” y “o”, los términos “cosa” y “servicio” van necesariamente juntos. La ausencia de coma lo que indica es que “cosa” y “prestación de servicios” son construcciones sintácticamente equivalentes que modifican a “vicio o riesgo”. Es útil recordar que la función básica de la coma es separar. Si la “prestación de servicio” fuese un término independiente, debería estar aislado sintácticamente, es decir, llevaría una coma antes de la “o”; ante su ausencia, se supone que modifica también a “vicio o riesgo”. Por lo tanto, la sintaxis del texto legal indica que la prestación de servicio también debe ser viciosa o riesgosa. Desde este análisis gramatical, entonces, es evidente que toda la actividad desplegada en este caso no responde a una prestación de servicio con vicio o riesgo y, por lo tanto, queda excluida del art. 40 de la LDC.” (Cita: MJ-JU-M-137353-AR/MJJ137353/MJJ137353).*

²⁷ Derecho de Seguros Tomo I, Rubén Stiglitz, páginas 43 a 83

y otros-, conforme se desprende de la lectura de los artículos 1, 13, 55, 59, 60, 67 inc. f, 68, 69 y 70.

Según Schiavo²⁸ “la policía de seguridad económica en materia de seguros (policía de seguros), que en nuestro país viene ejerciendo con fundamento y causa en distintas fuentes jurídicas (decreto 108.295/37, decreto 23.350/39, art. 150 ley 11.672, ley 12.360, decreto 11.424/38, decreto 3165/53, ley 19.248, decreto 4612/58, decreto 1063/63, ley 20.091, decreto 2567/76) por la Superintendencia de Seguros de la Nación, tiene imperium (restringido al ámbito específico en que se atribuyó su competencia) por delegación legislativa; y se le atribuyeron facultades punitivas y jurisdiccionales”²⁹.

Como es conocido, al igual que el sistema bancario, el negocio del seguro supone una contratación en masa mediante la utilización de contratos tipo formulario, con cláusulas predisuestas, que se sustenta en la confianza pública, pues las empresas de seguros acumulan grandes masas del ahorro de la población.

Esta actividad socio - económica requiere de una estructura empresarial para poder desarrollarse. Su hacienda se conforma con fondos propios (capitales mínimos) y se mantiene con el pago de premios (prima) por tomadores de seguros. Está conformada por personal capacitado en distintas especialidades – contadores, actuarios, abogados, ingenieros, etc.).

Su particular importancia ha sido destacada por el máximo tribunal de nuestro país al referir que: “...los preceptos mencionados demuestran la preocupación del legislador por resguardar la confianza del público en el sistema de seguros, pues tienen la indudable finalidad de obtener un manejo comercial eficiente de las empresas encargadas de atender una actividad decisiva para el desarrollo económico de la comunidad. Es que, dadas las características del mercado, su normal funcionamiento depende del grado de credibilidad pública que exista respecto de las aseguradoras, toda vez que no es difícil advertir las graves consecuencias que podrían derivarse para el sistema en su conjunto, si esa confianza inicial que movilizó a los asegurados a contratar sus coberturas quedase defraudada por incumplimientos o engaños.”³⁰

El control del estado sobre la actividad desplegada por las entidades aseguradoras es profuso y diverso. Dicho control es ejercido por la Superintendencia de Seguros de la Nación en distintos aspectos: a) A partir del **control y aprobación del contenido de los documentos contractuales** (artículos 23 y 25 Ley 20.091; b) **La solvencia** es condicionante para obtener la autorización para operar en seguros (artículos 7 inc. c y 30 Ley 20.091). Por su parte el artículo 30 determina que la Superintendencia de Seguros establecerá con criterio uniforme y general para todos los aseguradores, sin excepción el monto y las normas de capitales mínimos a las que deberán ajustarse las entidades aseguradoras; c) La ley regula pautas para **garantizar la solvencia de las empresas de seguros** en el artículo 31 de la Ley 20.091, cuando esa cuenta de capital “resulte afectado por cualquier pérdida”, dotando de facultades a la SSN para que

²⁸ SCHIAVO, Carlos A., “Del excesivo ritual manifiesto a la total discrecionalidad administrativa (los cambiantes criterios de la CSJN, entre los casos Resguardo y La Concordia)”, en Revista Jurídica Argentina del Seguro, la Empresa y la Responsabilidad, Nro. 27, agosto 1997, págs.90/91.

²⁹ Idem Anterior.

³⁰ CSJN, 18/9/90, “Reaseguradora Argentina S.A: c/ Estado Nacional”, R.411.XXII. Recurso de hecho (Consid. 7º).

adopte medidas para mantener la integridad de ese capital; d) La norma también regula pautas para el **cálculo de las reservas técnicas y de siniestros pendientes** (reserva legal – riesgos en curso – reservas matemáticas – siniestros pendientes) que sean necesarias para atender al cumplimiento de obligaciones; e) Como lo refiere Rubén Stiglitz³¹ la salud económico – financiera de la empresa sería insuficiente si, al capital mínimo y al plan financiero que incluye sus reservas técnicas no se suma, a los fines del cálculo de cobertura, un **programa de inversiones** de sus reservas. A esos fines la ley 20.091 establece que los importes de las reservas previstas en el artículo 33 y de los depósitos de reservas de garantías retenidos a los reaseguradores – deducidas las disponibilidades liquidas y los depósitos de reservas en garantía retenidos por los reaseguradores – deben invertirse íntegramente en bienes indicados en la norma (prefiriéndose siempre los que supongan mayor liquidez y suficiente rentabilidad y garantía (art. 35 Ley 20.091); f) Para preservar el patrimonio de las empresas de seguros, como garantía común de asegurados y beneficiarios, **la ley enuncia un número de operaciones prohibidas**, en razón a que no garantizan liquidez ni rentabilidad; g) Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y reglamentarias, la ley 20.091 dota a la Superintendencia de Seguros de la potestad de aplicar sanciones ; g) Previo a la revocación de la autorización para operar, **la Superintendencia de Seguros de la Nación cuenta con la posibilidad normativa (Artículo 86 Ley 20.091) de aplicar medidas cautelares sobre las inversiones de las entidades aseguradoras** en caso de pérdida de capital mínimo, disminución de capacidad económico financiera, irregularidades societarias, incumplimiento de presentación de estados contables, etc.

Debo remarcar que el control que ejerce el estado se lleva a cabo con información provista trimestralmente por las entidades aseguradoras de manera obligatoria mediante la entrega de los estados contables trimestrales intermedios (cuatro en total) dentro del ejercicio económico que inician periódicamente los 1/07 de cada año³².

Pero, si el Productor Asesor fuera considerado un Vendedor: ¿Podría oponer alguna exigente de responsabilidad?

Luego de analizar las potestades que otorga la Ley 20.091 a la Superintendencia de Seguros, resulta importante preguntarse si el productor asesor tiene obligaciones legales de asesoramiento relativos con la situación económico-financiera de la entidad aseguradora. En mi opinión, la respuesta es negativa. Todo el farrago regulatorio de la ley 20.091 expuesto más arriba, explica y justifica la ausencia normativa en este sentido. El Supervisor de seguros cuenta con áreas de vigilancia especializadas en cada tramo de actividad (económico – financiera, reaseguro, elementos técnicos y contractuales, legales, etc). Los productores asesores no tienen conocimiento ni recursos técnicos y/u humanos para emitir una opinión con debida solidez. Eso lo sabía perfectamente el legislador, y en ese sentido regulo las obligaciones del PAS en el artículo 10 de la Ley 22.400.

³¹ Derecho de Seguros Tomo I, Pagina 68. Ed. Abeledo Perrot 1998.

³² Punto 40 del Reglamento General de la Actividad Aseguradora. Res. 38708-2014

Mientras el organismo de control, que tal como se vio, tiene amplias potestades regulatorias y de resguardo del patrimonio de las empresas aseguradoras, así como información suficiente y, particularmente actualizada sobre el desarrollo de los negocios del asegurador, no disponga medidas que importen la suspensión para operar en una o más ramas autorizadas, o la revocación conforme lo previsto en el artículo 58 de la Ley 20.091, ¿porque debería un intermediario “desaconsejar” la operatoria con tal o determinado asegurador?. ¿Tiene el productor asesor de seguros los conocimientos suficientes para evaluar los balances de las entidades aseguradoras? Claro que no. La actividad aseguradora (y puntualmente la lectura de sus balances) es compleja, al punto que requieren de auditores (con un grado de especialización superior al contador egresado de ciencias económicas), actuarios, síndicos que asesoran a un órgano de administración particularmente capacitado³³.

Debo aclarar además que de poco serviría achacar al PAS rumores de mercado. La experiencia indica que, en situaciones de stress económico - financiero de las entidades aseguradoras, de la que resultare la ulterior revocación de la autorización para operar y el inicio del proceso de liquidación forzosa, los momentos previos a dicho acto pueden exhibir a una entidad aseguradora con un comportamiento dispar en el cumplimiento de sus obligaciones o respuesta en el pago de los siniestros (zonas donde paga y otra donde no lo hace) que impidan al intermediario conocer o sospechar sobre la real situación de la entidad. No es un dato menor en el sentido de lo que venimos hablando, que la Superintendencia de Seguros de la Nación no hace públicas las medidas cautelares que dispone con relación a las entidades aseguradoras que hubieren verificado pérdida de capital mínimo, disminución de capacidad económico-financiera o irregularidades en la administración, contabilidad, constitución o actuación de sus órganos de administración y/u otras.

Queda claro que el Productor Asesor no está obligado a asesor sobre la capacidad económico-financiera de la entidad aseguradora mientras el supervisor específico no hubiere ordenado alguna de las medidas antes descriptas y las hubiere hecho públicas o comunicado de alguna manera.

En este orden, los interpreten que el Productor Asesor de Seguros es un “Vendedor”, deberán contemplar la eximición de responsabilidad para el **caso fortuito** por cuanto resulta claro que la causa del daño les es ajena con motivo a ser imprevisible, ajena e inevitable cuando tienen origen en la liquidación forzosa de una entidad aseguradora³⁴.

Finalmente: Los peligros de la Sentencia.

³³ El punto 9 del Reglamento General de la Actividad Aseguradora determina pautas de formación, honorabilidad y conocimiento comprobable en la actividad aseguradora y/o financiera de al menos dos terceras partes de los miembros del órgano de administración.

³⁴ Las otras causales de eximición de responsabilidad para el factor de atribución de tipo objetivo no serían relevantes de análisis para el caso. Según la mayoría de los autores la noción amplia de riesgo empresarial pone límites para que el demandado pueda oponer, como causa ajena, el hecho de cualquiera de los otros integrantes de la cadena de comercialización (la culpa de un tercero, como por ejemplo sería en este caso, la entidad aseguradora). Por su parte, para que procesa la culpa de la víctima, previamente debería acreditarse asesoramiento del PAS, pero como se vio, este profesional carece de conocimiento y obligación legal en ese sentido.

La sentencia resulta peligrosa para la actividad aseguradora, y más puntualmente para los intermediarios con motivo a que extiende a estos últimos las consecuencias económicas de los incumplimientos de las empresas de seguro, tornando la actividad de los auxiliares potencialmente ruinosa.

Si los productores asesores están expuestos a sentencias como las comentadas, mucho más lo estarán los agentes institorios en razón a su condición de representantes³⁵. Para las entidades financieras, bajo el control del Banco Central de la República Argentina, que operen como agentes Institorios (art. 53 y 54 LS) el fallo en análisis importará una alerta para sus equipos técnicos comiencen a medir, desde sus pautas de gobernanza corporativa -modelo de supervisión/administración basada en riesgos-, el riesgo legal o regulatorio contenido dentro del riesgo operacional³⁶ en razón a las disposiciones de la Circular del B.C.R.A A 2384 del 17-10-1995³⁷. Sentencias como la analizada podría significar excluir a este canal comercial poniendo en riesgo alrededor del 11 al 15%³⁸ de las operaciones del mercado asegurador argentino.

El poder judicial deberá actuar con mayor responsabilidad en este sentido. Como se vio el sistema asegurador verifica un control permanente y de policía a partir de las especiales facultades otorgadas a la Superintendencia de Seguros de la Nación.

Ese control estatal se extiende también al proceso falencial de la entidad aseguradora en especial resguardo de los derechos de asegurados y terceros, al punto que los artículos 51 y 52 de ley 20.091 establece que la liquidación judicial tendrá como procedimiento sustitutivo las disposiciones de ley de Concursos y Quiebras. En tal entendimiento todos aquellos acreedores que insinúen sus créditos en el proceso universal pueden invocar la solicitud de privilegio especial del 241 inciso 6 de la Ley 24522 y 54 inciso b de la ley 20.091 (Privilegio General).

³⁵ Los Agentes Institorios prescinden de la “independencia” de los productores asesores de seguros a la que hice referencia en estas líneas. No son mediadores entre las partes del contrato de seguro. Dice el Dr. Osvaldo Marzotatti que *“Otro elemento claramente distintivo esta dado por la unilateralidad de la gestión del agente, en el sentido de su acción promotora se realiza en favor de una sola de las partes que intervienen en la operación, y no de ambas, modalidad que lo distingue claramente del corredor. En efecto, el corredor se mantiene equidistante entre ambos contratantes, en tanto el agente promueve negocios en beneficio del empresario con quien se encuentra ligado por un contrato.”* - Sistemas de Distribución Comercial – Editorial Astrea 1992 Pg 13.

³⁶ Anexo del punto 9.1.1 Reglamento General de la Actividad Aseguradora (Res. 38708-2014) Principios y Recomendaciones de Gobierno Corporativo de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras - Principio 6 - 6.3. Un adecuado sistema de gestión de riesgo contempla al menos los siguientes riesgos: i) Riesgo de Seguro; ii) Riesgo de mercado; iii) Riesgo de Crédito, iv) Riesgo de Liquidez; v) Riesgo Operacional; vi) Riesgo de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo.

³⁷ A través del artículo 1º de la Circular A 2384 de. 17-10-1995 el B.C.R.A procede a: *“Autorizar a las entidades financieras a actuar en la intermediación de contratos de seguros que se ofrezcan a su clientela, cumpliendo mandatos expresamente pactados con compañías de seguros mediante los que asuman el carácter de “agentes institorios”, conforme a las disposiciones legales y reglamentarias que rigen la actividad aseguradora”*

Sin perjuicio de ello, también se admitirá la intervención de las entidades financieras en el régimen de comercialización masiva de seguros con ajuste a las disposiciones de la Resolución N° 23.469 del 31.8.94 de la Superintendencia de Seguros de la Nación. **En ningún caso la actuación de los intermediarios financieros podrá implicar la asunción de responsabilidad hacia terceros, ni afectar su solvencia o patrimonio.”**

³⁸ <https://www.elseguroenaccion.com.ar/los-pas-individuales-aumentaron-18-su-participacion-en-las-primas/>

Si luego del informe del liquidador del artículo 218 de la Ley 24.522 los fondos no son suficientes para hacer frente a los pagos de asegurados³⁹ y/o terceros⁴⁰, habrá tiempo para hurgar en la responsabilidad del estado por daños derivados del defectuoso control o en la falta de servicio. En el marco del poder de policía sobre el mercado asegurador, los controles deben garantizar el correcto funcionamiento de todo el sistema asegurativo, a fin de no frustrar la efectiva reparación de los asegurados o beneficiarios y terceros para el caso de una eventual insolvencia de la empresa aseguradora.

La Superintendencia de Seguros de la Nación se encuentra dotada de todas las herramientas necesarias para realizar una efectiva fiscalización de modo que un ejercicio correcto y adecuado le permitiría controlar a tiempo el estado económico – financiero, que puede poner en riesgo el funcionamiento normal de la aseguradora. La omisión de hacerlo, o las irregularidades en el servicio, importan faltas que comprometen la responsabilidad del Estado.⁴¹

Una reforma legislativa de la ley 20.091 que incorpore instrumentos de garantía (similar al fondo de reserva de la ley 24.557) podría ser una alternativa a explorar para mejorar los niveles de protección a los asegurados.

³⁹ Dice Rubén Stiglitz – Derecho de Seguros Tomo I página 98 -Ed Abeledo Perrot: “El daño es la frustración que sufren asegurados y beneficiarios, cuando la insolvencia de las aseguradoras importa la imposibilidad de obtener el cobro de la indemnización o prestación debida (art. 1 Ley 17.418). Para responsabilizar al Estado será menester que esa insolvencia o la privación del cobro (daño causado al particular) sean causalmente imputables al hecho o acto administrativo (omisiones y faltas de control de SSN).”

⁴⁰ Dice Rubén Stiglitz – Derecho de Seguros Tomo I página 99 -Ed Abeledo Perrot: “. . . a) Si por insolvencia del asegurador, imputable a la Superintendencia de Seguros de la Nación, el primero incumple la obligación de mantener indemne al asegurado (at. 109 ley 17.418) y este afronta la indemnización, el daño patrimonial del mismo se configura por el pago efectuado al tercero damnificado.

b) Si por el contrario, el tercero damnificado, beneficiario de una sentencia indemnizatoria firme, ve impedido el cobro por la insolvencia de la aseguradora (siendo también insolvente el asegurado o no pudiendo percibir el crédito a este por cualquier otro motivo) será legitimado activo contra el Estado (si la SSN es responsable de la insolvencia) por cuanto la condena firme hace cosa juzgada contra el asegurador y el mismo goza de privilegio para el cobro (art. 118 Ley 17.418)”

⁴¹ Derecho de Seguros – Tomo I Pagina 95 – Abeledo Perrot Buenos Aires- Ruben Stiglitz