

AÑO 7 · #20 · AGOSTO 2021 · DISTRIBUCIÓN GRATUITA

más SEGUROS

REVISTA DE LA ASOCIACIÓN URUGUAYA DE EMPRESAS ASEGURADORAS

UNASEV Gestionando la seguridad vial

Novedades del sector · Acciones de RSE

El derecho de subrogación · FERRERE
El SOA y la Ley de Rendición de Cuentas · Guyer&Regules

El fraude no puede ser asegurable · Barrera&Asociados

AUDEA

Asociación
Uruguaya de
Empresas
Aseguradoras

elè B.
ediciones &
gráfica

:: El fraude. “El dolo no puede ser asegurable” ::



Dra. Marianela Melgar

Socia Estudio Barrera & Asociados



JORGE BARRERA & ASOC

Al visualizarse una gran crisis económica a raíz de la PANDEMIA, seguramente con lenta recuperación, nos pareció de mucho valor recordar la vigencia e importancia del Instituto del Fraude como principal herramienta en busca de la pureza del Sistema de Seguros, teniendo presente que estamos en un momento de mayor riesgo de existencias de Fraudes, por lo que es esencial extremar los procesos internos de prevención y contralor, utilizando las herramientas legales que hoy tenemos para ello.

Para reflexionar sobre él, iremos desde lo básico que es la razón de ser del mismo, las normas vigentes tanto civiles como penales, y poder visualizar las debilidades que aun existen en el sistema resaltando que en ningún contrato de seguros podría tener validez los actos dolosos, es un elemento que carece de discusión global en el Sistema Asegurativo.

Existe variada doctrina muy relevante al respecto, pero recordando al prestigioso Dr. Corbellini con su excelencia académica, resaltaremos lo que ya manifestaba hace casi 25 años y que hoy sigue más que vigente, en las "Segundas Jornadas de Derecho de Seguros, 1997: "...el fraude es la antítesis del seguro, su principal enemigo, debiendo por ello ser combatido con tenacidad. Combatir el fraude es un derecho de todos y un deber primordial del Estado...". En términos simples el fraude es el engaño y malicia utilizados como medios para obtener un resultado contrario a derecho y perjudicar a un tercero.

En nuestro país nos rige desde el mes de Noviembre del año 2018 la nueva Ley de Seguros 19.678, siendo la primera vez que tenemos una norma con rango legal sobre el tema y que fuera omnicomprensiva del fraude y su sanción, ya que anteriormente se utilizaban todas aquellas normas en las que se resaltaba la buena fe en la ejecución de los contratos (art. 1291 C.Civil y 209 del CC) y la nulidad de los

seguros que tuvieran por objeto operaciones ilícitas (art. 639 del C.Civil y 638 CC), entre otras.

En este sentido el artículo 38 de la mencionada Ley establece: *“El fraude en seguros es la situación que se produce cuando el **tomador, asegurado o beneficiario** ha procurado **intencionalmente la ocurrencia del siniestro o exagerado sus consecuencias** con ánimo de conseguir un enriquecimiento ilícito para sí o para un tercero, a través de la indemnización que espera lograr del asegurador. En caso de fraude el tomador, asegurado o beneficiario no tendrá derecho a indemnización alguna **ni a devolución de la prima abonada.**”*

Este artículo conjuntamente con el art. 37 de la misma Ley resalta la intencionalidad específica que debe existir por parte del Tomador, asegurado, beneficiario o por las personas por las que aquellos deben responder. El mismo establece: *“El asegurador no está obligado por los siniestros causados con dolo por parte del tomador, el asegurado o el beneficiario, o con dolo por parte de las personas por las que aquellos deben responder, salvo pacto en contrario...”*



De la lectura de los mismos se desprenden los elementos esenciales que requieren los arts. 37 y 38 de la Ley de Seguros:

a) Sujetos activos del Fraude: del análisis conjunto de ambas normas surge claramente identificados quienes pueden cometerlos, esto es solo **4 personas: Asegurado, Tomador, Beneficiario o las personas por las que aquellos deben responder.** La configuración ideológica y material del mismo por **un tercero** no nos encontraría en esta hipótesis.

b) Dolo e intencionalidad como sinónimos y denominados así en cada una de las normas y equiparable a Mala Fe en el ámbito contractual. Se resalta la conducta consciente y voluntaria hoy reprochable civil, comercial como penalmente. No incluye a la culpa grave. No se presume debe ser probada por la Compañía de Seguros. Los hechos voluntarios e intencionales de las personas no se pueden asegurar, ya que la característica esencial del seguro es “la incertidumbre de la ocurrencia de un hecho cuyo riesgo está asegurado.” Sin embargo rechazamos enfáticamente la opción que establece la norma en el art. 37 al decir **“salvo pacto en contrario”**, la posibilidad de asegurar “voluntades dolosas” **ya que desnaturalizaría totalmente el alea esencial del contrato de seguros.**

c) Momento de ocurrencia: "El Siniestro". El fraude es un instituto que se analiza recién ante la ocurrencia de un Siniestro, no antes. Previo al Siniestro cualquier conducta detectada por el Asegurador respecto de algún sujeto activo no puede considerarse Fraude estrictamente, sino que hay otros institutos para ello.

d) Objetivo de las acciones intencionales de los sujetos activos: "ánimo" de conseguir un enriquecimiento ilícito para sí o para un tercero. La norma es clara en cuanto a que **no exige el haber obtenido el enriquecimiento ilícito** sino solamente el ánimo, la voluntad de quererlo.

e) Finalmente resaltaremos como elemento de mayor análisis la Sanción que se estableció con rango legal ante el Fraude y es **la pérdida del derecho a la indemnización y a la devolución de la prima que ya abonó**. Esto significa que ante una conducta intencional, maliciosa, fraudulenta del asegurado a raíz de un Siniestro no corresponde la nulidad del contrato de Seguros y la desvinculación contractual entre Asegurador y Asegurado.

Por ello luego de analizar los 5 elementos relevantes de la norma, no podemos olvidar que en el contrato de seguro (contrato basado en la extrema buena fe de los contratantes art. 32 y 33 de la nueva ley), la ocurrencia del Siniestro es un suceso totalmente incierto y la conducta activa del asegurado (en los casos de fraude) que provoca la ocurrencia del Riesgo, desnaturaliza el seguro en sí mismo ya que elimina el alea.

De aquí que la sanción extrema ante la detección de un caso de Fraude no solo sea la pérdida del derecho a indemnización, sino también la nulidad de las pólizas sin derecho a devolución de primas, o la rescisión de la misma.

Sin embargo, solamente fundándose la Compañía en los artículos 37 y 38 de la Ley de Seguros, *NO se puede invocar la Nulidad del Contrato*.

El fraude, la culpa grave, el dolo o mala fe hoy, en la nueva legislación no tienen previsto como consecuencia en una norma específica la nulidad del contrato, como si se establecía el art. 667 del Código de Comercio: "...Si el contrato se anula por dolo, fraude o mala fe del asegurado, gana el asegurador el premio íntegro, sin perjuicio de la acción criminal a que pueda haber lugar...". Entonces nos debemos preguntar cómo nos desvinculamos contractualmente del asegurado ante un acto Fraudulento. Las Condiciones Generales y Particulares de Póliza deben acompañar la normativa existente para poder hacer frente los reclamos de los asegurados.

Las opciones que plantea la norma respecto a la desvinculación contractual son las siguientes:

- **Nulidad** del contrato de Seguros (art. 57)
- **Rescisión** del contrato de Seguros (art. 13)

A estos efectos las Compañías deben realizar un análisis mayor del hecho en cuestión para poder analizar cuál es la mejor solución para desvincularse contractualmente del asegurado.

El art. 46 denominado Declaraciones falsas o inexactas y reticencia establece lo siguiente: *"Toda declaración falsa o toda reticencia de circunstancias conocidas del asegurado, aun hechas de buena fe, que a juicio de peritos hubiese impedido el contrato o modificado sus condiciones, si el asegurador hubiese sido cerciorado del verdadero estado de las cosas, hace nulo el seguro."* Pero cuando la Compañía

puede hacer valer la reticencia, ¿al momento de la contratación o al momento del Siniestro? Siendo claros entendemos que es al momento de la contratación por lo que nos dejaría también sin esta herramienta.

Tomando la opción de la rescisión, el art. 13 inciso segundo es muy exigente cuando la resolución la toma el Asegurador al decir: "...El asegurador podrá rescindir el contrato mediando *justa causa*, siempre que lo comuniqué fehacientemente al asegurado con una antelación de un mes...".

Esta solución normativa contractual se ve como más idónea para culminar la vinculación con un asegurado fraudulento, pero ¿qué es *justa causa*? ¿la simple sospecha de un asegurador de la comisión de un fraude lo es?. De acuerdo a los diversos significados del término "*justa causa*", el mismo se refiere a "*circunstancia o conjunto de circunstancias que justifican un acto distinto (e incluso contrario, en ocasiones) a la previsión normativa*". Esto permite concluir que la inclusión en las Condiciones Generales de la Compañía de Seguros de la definición de "*justa causa*", al no estar definida legalmente nos permitiría ir por la rescisión unilateral del contrato.

En nuestro Código Penal encontramos dos normas que se pueden utilizar en las situaciones de Fraude. Por un lado específicamente nos encontramos con el art. 349 que establece lo siguiente: "*El que con el fin de obtener el precio de un seguro o algún otro provecho indebido, destruyese, deteriorare u ocultare una cosa de su propiedad, será castigado con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría...*". Si bien es la norma penal más específica en materia de Seguros, la misma refiere exclusivamente a la destrucción, deterioro y ocultamiento de algo de su propiedad por parte del propietario. Esto lleva a que si el asegurado, tomador o beneficiario fueron los que intencionalmente provocaron el hecho y no tienen a su vez la calidad de propietarios del bien asegurado NO tiene aplicación esta norma.

Por otro lado en nuestra legislación penal también se encuentra el art. 347 del CP el cual establece: "*El que con estratagemas o engaños artificiosos indujere en error a alguna persona, para procurarse a sí mismo o a un tercero, un provecho injusto, en daño de otro, será castigado con seis meses de prisión a cuatro años de penitenciaría*".

En este sentido, si podemos afirmar que penalmente la reticencia y la declaración falsa se adecuan a esta norma. Ambas acciones son calificadas como un engaño por haberse violado un deber contractual esto es, decir la verdad sobre el riesgo que se estaba asegurando.

La mayoría de los asegurados al tomar este accionar no se representan estar cometiendo un delito contra la Compañía de Seguros, por lo contrario refiriéndonos en términos simples, se lo toman como una cosa menor, intrascendentes, irrelevante. Sin embargo el fraude, al partir de una errónea representación del riesgo del asegurador repercute en todas las instancias del proceso asegurativo, principalmente en el económico, tanto en el precio como en las reservas que permiten cubrir a toda la mutualidad, por lo que el interés sobre este tema debería trascender a las Compañías y ser también muy importante para cada uno de los Asegurados, siendo imperioso que las Empresas le den publicidad a este tema no desde la visión negativa del no pago de Siniestros, sino de resaltar lo valioso que es para toda la comunidad de asegurados evitar que el dinero que se paga por primas se invierta en indemnizaciones ilícitas. ●